

vindt genade. Maar die is veel lager dan de uitbetaalde bedragen. Het hof neemt als benadering dat voor zover de voorschotten niet binnen het overeengekomen doel zijn besteed, de bestuurders ernstig rekening hadden moeten houden met een terugbetalingsverplichting. En dat zij in verband daarmee gelden hadden moeten reserveren, en dat het nalaten daarvan hun persoonlijk ernstig valt te verwijten.

12. Het hof beoordeelt de management fees (uitgezonderd de arbeidsbeloningen) strikt volgens hetgeen is overeengekomen met ODS, omdat uit die afspraken de potentiële terugbetalingsverplichting voortvloeit waarmee de bestuurders rekening moesten houden. Het is de vraag of dat beoordelingskader juist is. De behoorlijke taakvervulling als bedoeld in art. 2:9 BW, en de daarmee verbonden verplichting te handelen in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, kunnen immers meebrengen dat een bestuurder breder kijkt dan één overeenkomst.

13. Als ik de behoorlijke taakvervulling en het handelen in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming tot uitgangspunt neem, is de analyse als volgt. Ten aanzien van de investeringen in DAG en de aflossing van oude schulden geldt dat de bestuurders daar een grens hebben overschreden: de handelingen zijn in beide gevallen niet in het belang van AAA Energy, maar slechts in het privébelang van de bestuurders. De bedrijfskosten en een redelijke arbeidsbeloning zijn waarschijnlijk wel te rechtvaardigen: die zijn nodig om de onderneming te kunnen drijven. Het hof schaaft ze onder kosten die ODS moest verwachten en die dus impliciet overeen zijn gekomen. Maar dat is mijns inziens niet precies genoeg: het hof had zich (mede) moeten baseren op behoorlijke taakvervulling en handelen in het belang van de vennootschap.

mr. V.L. van den Berg
Counsel Dispute Resolution, Baker McKenzie
Amsterdam NV

88

Bestuurdersaansprakelijkheid in verband met niet benutten van voorafgaand aan faillissement gerealiseerd voordeel

Rechtbank Noord-Nederland zp Leeuwarden
23 juni 2021, nr. HA ZA 19-68,
ECLI:NL:RBNNE:2021:2594
(mr. Biesma, mr. Smelt, mr. Scholtens)
Noot mr. Ph.W. Schreurs

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur. Onbehoorlijke taakvervulling door voordeel uit sanering van schulden in te zetten ten behoeve van zustervennootschap. Ernstig verwijt. Doorwerking van aansprakelijkheid.

[BW art. 2:9, 2:11]

Vooropgesteld wordt dat elke bestuurder ingevolge art. 2:9 BW tegenover de vennootschap gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Indien sprake is van onbehoorlijke taakvervulling en de bestuurder daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is de bestuurder jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor de schade die de rechtspersoon als gevolg van die tekortkoming lijdt. Van onbehoorlijke taakvervulling is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo gehandeld zou hebben. Bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder aansprakelijk is, dienen alle omstandigheden in aanmerking te worden genomen. De stelplicht en bewijslast van de feiten waaruit het onbehoorlijk bestuur en de ernstige verwijtbaarheid volgen, rusten in beginsel bij de rechtspersoon dan wel de curator in het faillissement van die rechtspersoon.

Vaststaat dat de vennootschap Repa in november 2015 via haar accountant al haar schuldeisers heeft aangeschreven om te komen tot een sanering van haar schulden. Tussen partijen staat niet ter discussie dat Repa een voordeel kon realiseren doordat vijf van haar schuldeisers bereid waren om genoeg te nemen met gedeeltelijke betaling van hun vordering. Verder is niet in geschil dat bestuurder [X Beheer] dit voordeel niet gerea-

liseerd heeft ten gunste van Repa. [X Beheer] heeft het voordeel gerealiseerd – althans proberen te realiseren – ten gunste van [C], de zuster-vennootschap van Repa waarvan [X Beheer] eveneens enig bestuurder was.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft [X Beheer] door na te laten het voordeel ten gunste van Repa te realiseren, haar taak als bestuurder van Repa kennelijk onbehoorlijk vervuld en treft [X Beheer] daarvan ook een ernstig verwijt. Duidelijk is immers dat de schuldeisers van Repa, naar aanleiding van het namens Repa gedane verzoek om mee te werken aan een sanering van schulden, bereid waren – en ook de bedoeling hadden – het voordeel van die sanering ten gunste te brengen van Repa. Repa was dan ook de enige vennootschap die aanspraak kon maken op het met de sanering te realiseren voordeel. [X Beheer] heeft er als bestuurder van Repa echter voor gekozen om dat voordeel niet ten bate van Repa te benutten. In plaats daarvan heeft [X Beheer] het voordeel, in afwijking van hetgeen zij aan de schuldeisers van Repa had bericht, ingezet ten bate van [C]. Voor die handelwijze van [X Beheer] bestond geen rechtvaardiging. [X Beheer] heeft door het voordeel aan Repa te onthouden ook gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder in de gegeven omstandigheden gehandeld zou hebben. Dit betekent dat [X Beheer] als bestuurder van Repa op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk is voor de schade die Repa door de genoemde onbehoorlijke taakvervulling geleden heeft. Deze aansprakelijkheid rust ingevolge art. 2:11 BW ook op [X Holding] en op [A X] als bestuurder respectievelijk indirect bestuurder van [X Beheer]. De curator wijst er terecht op dat [A X] indirect enig bestuurder was van Repa en van [X Beheer], en dat hem gelet daarop van de genoemde handelwijze daarom ook (persoonlijk) een ernstig verwijt treft.

Mr. R. Verdonk, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Repa Concrete BV te Heerenveen,
eiser,
advocaat mr. R.M. Goudberg,
tegen

1. [A X],
gedaagde,
advocaat: mr. J.M. van Rongen,
2. [B X Holding BV],
gedaagde,

niet verschenen,
3. [X Beheer BV],
gedaagde,
niet verschenen.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De rechtbank zal bij de beoordeling uitgaan van de volgende feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of niet voldoende betwist, tussen partijen vaststaan.

2.2. Repa Concrete B.V. (hierna: Repa), [X Beheer] en [X Holding] behoren tot de groep van verbonden rechtspersonen die hierna zal worden aangeduid als het “[X]-concern”. [A X] is direct dan wel indirect enig bestuurder van alle rechtspersonen binnen het [X]-concern.

2.3. [X Beheer] is enig bestuurder en enig aandeelhouder van Repa. [X Beheer] is ook enig bestuurder en enig aandeelhouder van [X] Beton Balk B.V. (hierna: [C]).

2.4. [X Holding] is enig bestuurder en enig aandeelhouder van [X Beheer].

2.5. Enig aandeelhouder van [X Holding] is “Stichting Administratiekantoor van Aandelen [B] [X] Holding B.V.” (hierna: [D]), waarvan [A X] enig bestuurder is. Bestuurder van [X Holding] is – al dan niet indirect middels [D] – [A X].

2.6. Tot het [X]-concern] behoren naast Repa, [X Beheer], [X Holding], [D] en [C], onder meer: [X] Onroerend Goed B.V. (hierna: [X] OG) en Kraanverhuur [X] B.V. (hierna: [X] Kraanverhuur).

2.7. Vanaf 2013 heeft Repa zich toegelegd op de fabricage van sleufsilo’s en betonnen elementen voor de agrarische markt. Repa handelde onder de naam “[X] Beton B.V.”

2.8. Op 1 oktober 2015 heeft Repa al haar vaste activa in het kader van een sale-and-lease-backtransactie voor € 33.639,06 (exclusief btw) overgedragen aan [X Holding].

2.9. In november 2015 heeft de accountant van Repa, H.H. van Braak van Van Braak Accountants (hierna: Van Braak), namens Repa alle schuldeisers van Repa aangeschreven om te komen tot een buitengerechtelijke sanering van de schulden van Repa. Een van de aangeschreven schuldeisers is Wegenbouwbedrijf [E] B.V. (hierna: [E]). Van Braak heeft bij brief van 6 november 2015 namens Repa aan [E] bericht:
“(…)

Wij benaderen u met betrekking tot de vordering welke u heeft op onze cliënt [X] Beton B.V. te [vestigingsplaats].

Van genoemde cliënte hebt u een bedrag tegoed van € 30.640,74. Dit bedrag hebben wij herleid uit de administratie van cliënte. Cliënte verkeerd momenteel in 'zwaar weer' en is niet in staat haar schulden te voldoen. (...) Dit betekent dat de onderneming zeer illiquide is en er geen ruimte is om de schuldeisers te voldoen.

Een derde heeft zich bereid verklaard om te helpen tot een soort sanering te komen. De derde heeft zich bereid verklaard om uw vordering op [X] Beton over te nemen tegen betaling van een bedrag van 20% van de vordering. Graag verneemen wij van u per ommegaande of u hiermee akkoord kunt gaan (...)"

2.10. Vanaf 1 januari 2016 was Repa binnen het [X-concern] de vennootschap waar de productie van de sleufsilo's en betonnen elementen plaatsvond. De grondstoffen werden door Repa zelf ingekocht. Alle werknemers van het [X-concern] stonden bij Repa op de loonlijst. [C] was vanaf de genoemde datum de vennootschap binnen het [X-concern] die sleufsilo's en betonnen elementen verkocht aan derden. [C] aanvaardde opdrachten van derden en gaf vervolgens opdracht aan Repa om de sleufsilo's en betonnen elementen voor haar te fabriceren. Repa en [C] hebben de afspraken over hun samenwerking vastgelegd in een "Exclusiviteitsovereenkomst" van 6 april 2016. De overeenkomst vermeldt dat Repa de door haar gefabriceerde producten uitsluitend mag verkopen aan [C] en dat [C] op haar beurt verplicht is om uitsluitend in te kopen bij Repa.

2.11. Begin januari 2016 heeft [F]/Friesland Beton een vordering op Repa van € 74.596,92 overgedragen aan Kradco B.V. (hierna: Kradco). Op 15 januari 2016 heeft [C] de vordering vervolgens tegen betaling van een deel van de nominale waarde overgenomen van Kradco. [C] heeft de vordering vervolgens voor de gehele nominale waarde verrekend met een schuld van haar aan Repa.

2.12. Begin 2016 heeft [G] een vordering op Repa van € 11.785,95 overgedragen aan Kradco. Op 5 februari 2016 heeft [C] deze vordering tegen betaling van een deel van de nominale waarde overgenomen van Kradco. [C] heeft de vordering vervolgens voor de gehele nominale waarde verrekend met een schuld van haar aan Repa.

2.13. In 2016 heeft [C] voorts de volgende vorderingen op Repa overgenomen tegen betaling van

een deel van de nominale waarde, en verrekend met een schuld van haar aan Repa:

– vordering van [H] op Repa van € 8.977,88, overname door [C] op 28 januari 2016, verrekend door [C] op 28 februari 2016;

– vordering van Hebo op Repa van € 28.732,30, overname door [C] op 11 augustus 2016, verrekend door [C] op 23 november 2016;

– vordering van Landustrie op Repa van € 22.461,24, overname door [C] op 25 oktober 2016, verrekend door [C] op 23 november 2016.

2.14. Op 21 juli 2016 heeft [C] vorderingen van [X Beheer] op Repa van in totaal € 14.743,74, overgenomen van [X Beheer]. Het betreft vorderingen die [X] Kraanverhuur en [X] OG op 24 maart 2016 aan [X Beheer] hadden overgedragen. De door [C] overgenomen vorderingen op Repa van in totaal € 14.743,74 zijn op 21 juli 2016 aan [C] voldaan door verrekening in de rekening-courant tussen [C] en Repa.

2.15. Op 21 juli 2016 heeft Repa aan [C] € 18.422,25 betaald ter voldoening van een schuld van Repa aan [X] OG. Op 21 juli 2016 heeft Repa voorts aan [C] € 3.707,91 betaald ter voldoening van een schuld van Repa aan [X Holding]. De betalingen door Repa aan [C] hebben plaatsgevonden door middel van verrekening in rekening-courant.

2.16. In 2016 heeft [C] een schuld van [X] Kraanverhuur aan Repa overgenomen van [X] Kraanverhuur. Het betreft een schuld aan Repa van € 15.037,13. Op 23 november 2016 heeft Repa € 15.037,13 betaald aan [C] ter voldoening van deze schuld. De betaling heeft plaatsgevonden door verrekening in rekening-courant.

2.17. Op 16 maart 2017 is Repa door de rechtbank Noord-Nederland in staat van faillissement verklaard. Het faillissement is uitgesproken op verzoek van een schuldeiser van Repa. Aanvankelijk was mr. A.J. Brink aangesteld als curator. Per 18 april 2018 is mr. R. Verdonk de curator van Repa.

3. Het geschil

3.1. De curator vordert na wijziging van eis, naar de rechtbank begrijpt, – samengevat – dat de rechtbank bij vonnis:

a. voor recht verklaart dat [X] c.s. hoofdelijk gehouden is aan de curator te voldoen het bedrag van de geverifieerde vorderingen in het faillissement van Repa, dan wel het bedrag van de geverifieerde vorderingen die ontstaan zijn na 1 januari 2016, dan wel het bedrag van de geverifieerde

vorderingen die ontstaan zijn na de datum die naar het oordeel van de rechtbank juist is;

b. [X] c.s. hoofdelijk veroordeelt, bij beslissing uitvoerbaar bij voorraad, om op de derdengeldenrekening van het kantoor van de curator te voldoen een bedrag van € 200.000,00, althans een zodanig bedrag als de rechtbank juist oordeelt, ten titel van voorschot inzake de door Repa geleden schade;

c. [X] c.s. hoofdelijk veroordeelt, bij beslissing uitvoerbaar bij voorraad, om aan de curator te voldoen het door de rechtbank in deze procedure vast te stellen bedrag dat Repa aan vermogensstijging is ontgaan (“zijnde het bedrag aan door [C] verrekende bedragen m.b.t. door [C] opgekochte vorderingen op Repa minus de daarvoor door [C] gemaakte aankoopkosten”), te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2017 dan wel vanaf de datum die de rechtbank juist acht;

d. [X] c.s. hoofdelijk veroordeelt, bij beslissing uitvoerbaar bij voorraad, tot betaling van de proceskosten.

3.2. De rechtbank merkt op dat de curator na dagvaarding zijn eis bij akte vermeerderd heeft met een vordering tot vergoeding van beslagkosten. Bij gelegenheid van repliek heeft de curator zijn eis gewijzigd. Uit de gewijzigde eis blijkt niet dat de curator nog vergoeding van beslagkosten vordert en de rechtbank gaat er dan ook van uit dat dit deel van de vordering is komen te vervallen.

3.3. Tegen [X Holding] en tegen [X Beheer] is verstek verleend.

3.4. [A X] voert verweer.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover dat nodig is, nader ingegaan.

4. De beoordeling

In het geding voor zover dat betrekking heeft op [A X]

Grondslag vorderingen

4.1. De curator legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat [X Beheer] haar taak als bestuurder van Repa onbehoorlijk heeft vervuld en dat haar daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. [X Beheer] is, zo stelt de curator, op grond van artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) aansprakelijk voor de schade die Repa door de onbehoorlijke taakvervulling geleden heeft. Deze aansprakelijkheid rust ingevolge artikel 2:11 BW ook op [X Holding] en op [A X] als bestuurder respec-

tievelijk indirect bestuurder van [X Beheer], aldus de curator.

4.2. Het verwijt dat de curator [X Beheer] als bestuurder maakt, is te onderscheiden in twee elementen. Ten eerste verwijt de curator [X Beheer] dat zij het voordeel dat Repa kon verkrijgen met de sanering van de schulden van Repa, niet ten goede liet komen aan Repa maar aan [C]. De curator vordert in dat verband vergoeding van de schade die Repa geleden heeft doordat het voordeel aan haar onthouden is (zie vordering (c)). Het tweede – meer algemene – verwijt van de curator is dat sprake was van een inherent risicovolle concernstructuur en dat Repa binnen die structuur gebruikt is als “verliesvennootschap”. De curator vordert in dat verband dat voor recht wordt verklaard dat [X] c.s. aansprakelijk is voor het bedrag van de vorderingen die in het faillissement van Repa geverifieerd zullen worden (zie vordering (a)). De rechtbank zal deze verwijten hieronder nader behandelen.

Eerste verwijt: onthouden van een voordeel (vordering (c))

4.3. De curator verwijt [X Beheer] in de eerste plaats dat zij haar taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld heeft door Repa een voordeel te onthouden. Volgens de curator kon Repa profiteren van de sanering van schulden waarover Repa haar schuldeisers in november 2015 had aangeschreven. Meerdere schuldeisers waren bereid om aan die sanering van de schulden mee te werken, en deze schuldeisers hebben hun vordering op Repa tegen betaling van een deel van de nominale waarde overgedragen. De vorderingen zijn daarbij, al dan niet via Kradco, overgedragen aan [C]. Het voordeel dat zo gerealiseerd kan worden is echter niet gebruikt om de schuldenlast van Repa te verlichten. [X Beheer], die bestuurder was van zowel Repa als [C], heeft het voordeel namelijk laten toekomen aan [C]. Hiermee heeft [X Beheer] aan Repa ten onrechte een voordeel onthouden. [X Beheer] heeft met deze handelwijze haar taak als bestuurder van Repa onbehoorlijk vervuld en daarvan kan haar ook een ernstig verwijt worden gemaakt. [X Beheer] is daarom op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk voor de schade die Repa door deze handelwijze geleden heeft. De schade bestaat uit het bedrag dat Repa ten onrechte onthouden is (zie vordering (c)). [X Holding] en [A X] zijn op grond van artikel 2:11 BW

hoofdelijk voor deze schade aansprakelijk, aldus telkens de curator.

4.4. [A X] betwist dat [X Beheer] haar taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld heeft. Volgens [A X] heeft Repa in november 2015 via haar accountant alle schuldeisers aangeschreven met het verzoek om in te stemmen met een sanering van de schulden van Repa. Vijf schuldeisers waren bereid om mee te werken. Begin 2016 werd evenwel besloten om de vorderingen te cederen aan [C] en vervolgens voor het volledige nominale bedrag te verrekenen. Repa had het in 2016 in financieel opzicht weliswaar zwaar, maar er was geen sprake van een dreigend faillissement. De genoemde handelwijze was dan ook rechtmatig en Repa heeft door die handelwijze ook geen schade geleden. Aan Repa is hoogstens een voordeel ontgaan. De belangen van Repa zijn niet achtergesteld bij de belangen van [C]. Van onbehoorlijke taakvervulling door [X Beheer] was geen sprake. In elk geval treft [X] c.s. geen voldoende ernstig persoonlijk verwijt. De vordering van de curator dient dan ook te worden afgewezen, aldus telkens [A X].

4.5. De rechtbank stelt bij de beoordeling voorop dat elke bestuurder ingevolge artikel 2:9 BW tegenover de vennootschap gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Indien sprake is van onbehoorlijke taakvervulling en de bestuurder daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is de bestuurder jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor de schade die de rechtspersoon als gevolg van die tekortkoming lijdt. Van onbehoorlijke taakvervulling is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo gehandeld zou hebben. Bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder aansprakelijk is, dienen alle omstandigheden in aanmerking te worden genomen. De stelplicht en bewijslast van de feiten waaruit het onbehoorlijk bestuur en de ernstige verwijtbaarheid volgen, rusten in beginsel bij de rechtspersoon dan wel de curator in het faillissement van die rechtspersoon.

4.6. Vast staat dat Repa in november 2015 via haar accountant Van Braak al haar schuldeisers heeft aangeschreven om te komen tot een sanering van haar schulden (zie hierboven, onder 2.9). Naar aanleiding van die aanschrijving hebben vijf schuldeisers hun vordering op Repa tegen voldoening van een deel van de nominale waarde overgedragen. De nominale waarde van de overgedragen vorderingen bedraagt in totaal € 146.554,29

(€ 74.596,92 + € 11.785,95 + € 8.977,88 + € 28.732,30 + € 22.461,24). Twee van de vorderingen zijn overgedragen aan Kradco, waarna Kradco de vordering overdroeg aan [C]. Drie vorderingen zijn rechtstreeks overgedragen aan [C]. In de administratie van Repa en [C] is vervolgens vermeld dat de vorderingen op Repa voor de volledige nominale waarde verrekend zijn (zie hierboven, onder 2.11 - 2.13).

4.7. Tussen partijen staat niet ter discussie dat Repa een voordeel kon realiseren doordat vijf van haar schuldeisers bereid waren om genoegen te nemen met gedeeltelijke betaling van hun vordering. Verder is niet in geschil dat [X Beheer] dit voordeel niet gerealiseerd heeft ten gunste van Repa. [X Beheer] heeft het voordeel gerealiseerd – althans proberen te realiseren – ten gunste van [C], de zustervereniging van Repa waarvan [X Beheer] eveneens enig bestuurder was.

4.8. Naar het oordeel van de rechtbank heeft [X Beheer] door na te laten het genoemde voordeel ten gunste van Repa te realiseren, haar taak als bestuurder van Repa kennelijk onbehoorlijk vervuld en treft [X Beheer] daarvan ook een ernstig verwijt. Duidelijk is immers dat de schuldeisers van Repa, naar aanleiding van het namens Repa gedane verzoek om mee te werken aan een sanering van schulden, bereid waren – en ook de bedoeling hadden – het voordeel van die sanering ten gunste te brengen van Repa. Repa was dan ook de enige vennootschap die aanspraak kon maken op het met de sanering te realiseren voordeel. [X Beheer] heeft er als bestuurder van Repa echter voor gekozen om dat voordeel niet ten bate van Repa te benutten. In plaats daarvan heeft [X Beheer] het voordeel, in afwijking van hetgeen zij aan de schuldeisers van Repa had bericht, ingezet ten bate van [C]. Voor die handelwijze van [X Beheer] bestond geen rechtvaardiging. [X Beheer] heeft door het voordeel aan Repa te onthouden ook gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder in de gegeven omstandigheden gehandeld zou hebben. Dit betekent dat [X Beheer] als bestuurder van Repa op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk is voor de schade die Repa door de genoemde onbehoorlijke taakvervulling geleden heeft. Deze aansprakelijkheid rust, zoals de curator stelt, ingevolge artikel 2:11 BW ook op [X Holding] en op [A X] als bestuurder respectievelijk indirect bestuurder van [X Beheer]. De curator wijst er terecht op dat [A X] indirect enig bestuurder was van Repa en van [X Beheer], en dat

hem gelet daarop van de genoemde handelwijze daarom ook (persoonlijk) een ernstig verwijt traft.

4.9. In het midden kan blijven of, zoals [A X] betoogt, de financiële positie en de vooruitzichten van Repa tussen november 2015 en begin 2016 verbeterd waren. Ook indien juist zou zijn dat de positie van Repa inmiddels verbeterd was, vormde het onthouden van het voordeel aan Repa een ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling zoals hiervoor (onder 4.8) bedoeld. Ook in dat geval bestond er immers geen enkele rechtvaardiging om het voordeel dat bestemd was voor Repa, aan Repa te onthouden.

Tweede verwijt: risicovolle concernstructuur en gebruik verliesvennootschap (vordering (a))

4.10. Het tweede verwijt dat de curator aan zijn vorderingen ten grondslag legt, is dat de structuur van het [X-concern] inherent risicovol was en dat Repa bovendien fungeerde als “verliesvennootschap”. Volgens de curator was de structuur risicovol omdat al het personeel van het concern bij Repa op de loonlijst stond, de meeste activa elders binnen het concern waren ondergebracht, Repa de enige vennootschap was die met leveranciers contracteerde, Repa niet over bancaire krediet beschikte en alleen kon beschikken over de liquide middelen die door [C] ter beschikking werden gesteld, Repa voor haar opdrachten afhankelijk was van [C], en Repa het risico droeg dat [C] de vordering op de afnemers niet kon incasseren. Repa is – aldus de curator – bovendien gebruikt als verliesvennootschap aangezien vorderingen van Repa op [C] onbetaald werden gelaten, [C] in de positie werd gebracht dat zij haar vorderingen op Repa door verrekening kon voldoen, en aangezien het voordeel van de sanering van de schulden van Repa, aan Repa onthouden is en toebedeeld is aan [C]. Met deze gang van zaken heeft [X Beheer] de belangen van Repa en haar crediteuren ernstig veronachtzaamd en heeft zij haar taak als bestuurder van Repa onbehoorlijk vervuld. Van dat verzuim kan [X] c.s. een (persoonlijk) ernstig verwijt worden gemaakt en zij is dan ook aansprakelijk voor de schade die Repa daardoor geleden heeft. De door [X] c.s. te vergoeden schade dient vastgesteld te worden op het bedrag van de vorderingen die in het faillissement van Repa geverifieerd zullen worden, aldus de curator (zie vordering (a)).

4.11. Volgens [A X] is ook dit tweede verwijt onterecht. [A X] betoogt dat de structuur van het [X-concern] geoorloofd was en dat een dergelijke structuur ook niet ongebruikelijk is. Repa is volgens hem ook niet gebruikt als verliesvennootschap. Het faillissement van Repa is te wijten aan een verslechtering van de marktomstandigheden in het vierde kwartaal van 2016. De bestuurder van Repa kan daarvan geen verwijt worden gemaakt. Repa heeft bovendien geen schade geleden als gevolg van de handelingen die de curator [X Beheer] verwijt. De vordering van de curator dient dan ook te worden afgewezen, aldus [A X].

4.12. Naar het oordeel van de rechtbank kan dit tweede verwijt niet leiden tot verdere aansprakelijkheid van [X] c.s. Het verweer van [A X] slaagt in zoverre dan ook. De curator legt, zoals hij bij repliek bevestigd heeft, niet aan zijn vordering ten grondslag dat de inrichting van het [X-concern] als zodanig meebrengt dat sprake was van onbehoorlijke taakvervulling. De curator verwijt [X Beheer] – zo begrijpt de rechtbank – met name dat zij, gegeven de inrichting van het [X-concern], [C] ten onrechte in een positie heeft gebracht dat [C] haar schulden aan Repa door verrekening kon voldoen. Daarbij zou [X Beheer] ook ten onrechte het voordeel van de sanering van de schulden van Repa, ten goede hebben laten komen aan [C]. De curator heeft echter onvoldoende duidelijk gemaakt op welke grond aangenomen zou moeten worden dat dit verweten handelen geleid heeft tot de schade waarvan de curator met vordering (a) vergoeding vordert. In de administratief gevoegde procedure tussen de curator en [C] is bij vonnis van heden vastgesteld dat [C] de vorderingen op Repa en de schuld aan Repa die zij in 2016 van derden en van concernvennootschappen heeft overgenomen, gezien het verrekeningsverbod van artikel 54 lid 1 Faillissementswet niet rechtsgeldig verrekend heeft. [C] dient haar schuld aan Repa van in totaal € 198.465,32 die zij meende door verrekening voldaan te hebben, alsnog aan Repa te voldoen. Bovendien is hierboven vastgesteld dat [X] c.s. aansprakelijk is voor de schade die Repa geleden heeft doordat het voordeel van de in 2015 aangekondigde sanering van de schulden, aan Repa onthouden is (zie hierboven, onder 4.3 - 4.9). De curator heeft onvoldoende duidelijk gemaakt op welke grond aangenomen dient te worden dat Repa als gevolg van het verweten handelen nog verdere schade heeft geleden welke op grond van artikel 2:9 BW voor vergoeding in aan-

merking komt. Dat het verweten handelen geleid heeft tot op die grondslag te vergoeden schade ten bedrage van de in het faillissement van Repa geverifieerde vorderingen, is, in elk geval zonder nadere toelichting, niet in te zien. De vordering tot verklaring voor recht dat [X] c.s. voor het bedrag van de geverifieerde vorderingen aansprakelijk is, zal dan ook worden afgewezen (vordering (a)). Ook de in dat verband ingestelde vordering tot betaling van een voorschot zal worden afgewezen (vordering (b)).

Schadevergoeding; verzoek tot matiging

4.13. Hierboven is vastgesteld dat [X Beheer] haar taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld heeft door het voordeel dat met de sanering van de schulden behaald kon worden niet ten gunste van Repa te benutten, en dat zij om die reden op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk is voor de geleden schade. Deze aansprakelijkheid rust ingevolge artikel 2:11 BW ook op [X Holding] en op [A X] als bestuurder respectievelijk indirect bestuurder van [X Beheer] (zie hierboven, onder 4.3 - 4.9).

4.14. De curator stelt dat de schade die Repa door deze onbehoorlijke taakvervulling geleden heeft, vastgesteld dient te worden op het bedrag van het voordeel dat aan Repa onthouden is. [A X] bewijst dat schade is geleden. Volgens [A X] is de vermogenspositie van Repa door het opkopen van de vorderingen door Kradco en [C] en door de daarop volgende verrekeningen niet gewijzigd, en is van nadeel van Repa dus geen sprake. De rechtbank verwerpt dit verweer. Schade kan immers niet alleen bestaan uit een toebrengen van een nadeel maar ook uit het onthouden van een voordeel. Aan Repa is een voordeel onthouden doordat Repa het bedrag van in totaal € 146.554,29 dat zij verschuldigd was aan de vijf crediteuren die deelnamen aan de sanering van schulden, volledig verschuldigd is gebleven, dit terwijl de betreffende crediteuren bereid waren genoegen te nemen met een gedeeltelijke betaling. Daarbij merkt de rechtbank op dat [A X] ook niet gesteld heeft dat Repa niet tot die gedeeltelijke betaling in staat zou zijn geweest.

4.15. Volgens de curator bedraagt het voordeel dat aan Repa onthouden is de som van de vorderingen die van de vijf crediteuren zijn overgenomen, verminderd met het bedrag dat ter verkrijging van die vorderingen is voldaan. Aan de schuldeisers was aangeboden om de vorderingen tegen

betaling van 20% van de nominale waarde over te nemen. Om die reden moet worden aangenomen dat het voordeel dat Repa ontgaan is, 80% van de nominale waarde van de vorderingen bedraagt (80% van € 146.554,29, derhalve € 117.243,43). In de procedure tussen de curator en [C], heeft [C] – aldus nog steeds de curator – verklaard dat zij met het opkopen van de vorderingen een voordeel van € 84.262,85 meende te behalen. De schade bedraagt daarom in geen geval minder dan het laatstgenoemde bedrag, aldus de curator. De curator verwijst in dit verband naar het overzicht dat is opgenomen in paragraaf 33 van de als productie overgelegde antwoordconclusie uit de procedure tegen [C]. De curator wijst voorts uitdrukkelijk op zijn stelling dat uit de door [C] overgelegde bewijsstukken voor wat betreft drie van de vijf overgenomen vorderingen – de vorderingen van [H], Landustrie en [F]/Friesland Beton – onvoldoende zijn. Volgens de curator blijkt uit die bewijsstukken niet dat Kradco/[C] voor deze drie vorderingen meer dan 20% van de nominale waarde heeft betaald.

4.16. [A X] heeft ten aanzien van de omvang van de schade geen nader verweer gevoerd. De rechtbank gaat er daarom van uit dat [C], zoals de curator stelt, de vorderingen van [H], Landustrie en [F] /Friesland Beton tegen betaling van 20% van de nominale waarde heeft overgenomen. Verder gaat de rechtbank ervan uit dat Hebo en [G] hun vorderingen hebben overgedragen voor de bedragen die vermeld zijn in het door de curator aangegeuide overzicht in paragraaf 33 van de overgelegde conclusie van [C]. De rechtbank gaat er zodoende van uit dat de vijf vorderingen voor de volgende bedragen zijn overgenomen:

– vordering [F] /Friesland Beton € 74.596,92; overname voor € 14.919,38 (20%); voordeel: € 59.677,54.

– vordering [G] € 11.785,95; overname voor € 6.042,98; voordeel: € 5.742,97.

– vordering [H] € 8.977,88; overname voor € 1.795,58 (20%); voordeel: € 7.182,30.

– vordering Hebo € 28.732,30; overname voor € 8.150,00; voordeel: € 20.582,30.

– vordering Landustrie € 22.461,24; overname voor € 4.492,25 (20%); voordeel: € 17.968,99.

Het voordeel dat [X Beheer] aan Repa onthouden heeft door Repa niet van de sanering van haar schulden te laten profiteren, bedraagt derhalve € 111.154,10 (€ 59.677,54 + € 5.742,97 + € 7.182,30 + € 20.582,30 + € 17.968,99).

4.17. De met vordering (c) gevorderde wettelijke rente over de hoofdsom vanaf 1 januari 2017 is eveneens toewijsbaar. Vast staat namelijk dat de onbehoorlijke taakvervulling in 2016 heeft plaatsgevonden en dat de schade ook in dat jaar geleden is, zodat aangenomen moet worden dat in elk geval vanaf 1 januari 2017 sprake was van verzuim.

4.18. De rechtbank acht geen gronden aanwezig om, zoals [A X] verzocht heeft, het toe te wijzen schadebedrag te matigen. Ten aanzien van vordering (c) heeft [A X] in dit verband enkel naar voren gebracht dat het toe te wijzen bedrag in de juiste verhouding dient te staan tot de verweten gedraging. De rechtbank acht, gezien ook het ontbreken van een nadere toelichting op het matigingsverzoek, geen gronden aanwezig om aan te nemen dat toewijzing van het genoemde schadebedrag tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden (vgl. artikel 6:109 lid 1 BW).

4.19. De stellingen van [A X] bevatten voor het overige geen voldoende duidelijke en begrijpelijke verweren die aan de gedeeltelijke toewijzing van de vordering in de weg kunnen staan.

4.20. De rechtbank zal op de bovengenoemde gronden vordering (c) toewijzen in die zin dat [A X] veroordeeld zal worden tot betaling van € 111.154,10, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 1 januari 2017. Vordering (c) zal voor het overige worden afgewezen (zie hierboven, onder 4.3 - 4.9 en 4.13 - 4.19). Vorderingen (a) en (b) zullen volledig worden afgewezen (zie hierboven, onder 4.10 - 4.12).

Proceskosten

4.21. [A X] zal als de overwegend in het ongelijk te stellen partij veroordeeld worden in de kosten van de procedure. De kosten voor salaris advocaat aan de zijde van de curator, zullen ten laste van [A X] worden gebracht (2 salarispunten). De kosten aan de zijde van de curator in het geding voor zover dat betrekking heeft op [A X] worden aldus tot op heden vastgesteld op: (...; red.).

Uitvoerbaarheid bij voorraad

4.22. De curator vordert met vorderingen (c) en (d) dat de veroordelingen tot betaling van schadevergoeding en tot vergoeding van de proceskosten uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. [A X] heeft zich tegen uitvoerbaarverklaring bij voorraad verzet. Volgens [A X] is sprake van een negatieve boedel of in elk geval van een boedelte-

kort, en zal bij een andersluidende beslissing in hoger beroep de curator het voldane bedrag dus niet of niet volledig kunnen terugbetalen. Dit restitutierisico dient volgens [A X] zwaarder te wegen dan het belang van de boedel bij uitvoerbaarverklaring bij voorraad.

4.23. De rechtbank stelt bij de beoordeling van dit verweer voorop dat uitgangspunt is dat moet worden voorkomen dat het aanwenden van rechtsmiddelen wordt gebruikt als middel om uitstel van executie te verkrijgen. Dit betekent dat tot uitgangspunt dient dat een veroordeling hangende een hogere voorziening uitvoerbaar dient te zijn en zonder de voorwaarde van zekerheidstelling ten uitvoer kan worden gelegd. Afwijking van dit uitgangspunt kan worden gerechtvaardigd door omstandigheden die meebrengen dat het belang van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand zolang niet op het door hem ingestelde rechtsmiddel is beslist, of diens belang bij zekerheidstelling, ook gegeven dit uitgangspunt, zwaarder weegt dan het belang van degene die de veroordeling heeft verkregen bij de uitvoerbaarheid bij voorraad daarvan of bij deze uitvoerbaarheid zonder dat daaraan de voorwaarde van zekerheidstelling wordt verbonden (zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026).

4.24. Naar het oordeel van de rechtbank kan niet worden aangenomen dat het belang van [A X] bij behoud van de bestaande toestand totdat in hoger beroep is beslist, zwaarder weegt dan het belang van de curator bij uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat niet weersproken is dat er voor de boedel sprake is van een reëel verhaalsrisico. De curator heeft bovendien aangeboden het door [A X] te betalen bedrag in depot te plaatsen bij een derde. De vordering tot uitvoerbaarverklaring zal gelet daarop worden toegewezen.

In het geding voor zover dat betrekking heeft op [X Holding] en op [X Beheer]

4.25. Tegen [X Beheer] en [X Holding] is verstek verleend. De vorderingen tegen deze gedaagden zullen worden toegewezen tot dezelfde bedragen als de vorderingen tegen [A X], dit op de gronden zoals die hierboven zijn vermeld. [X] c.s. zal derhalve hoofdelijk veroordeeld worden tot betaling van € 111.154,10 te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 1 januari 2017. De veroordeling zal voor wat betreft [X Beheer] en [X

Holding], zoals de curator gevorderd heeft, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

4.26. [X Beheer] en [X Holding] zullen beide als de overwegend in het ongelijk te stellen partij hoofdelijk veroordeeld worden in de kosten van de procedure voor zover het deze gedaagden betreft. De kosten voor salaris advocaat zijn reeds ten laste van [A X] gebracht. De kosten aan de zijde van de curator worden zo tot op heden vastgesteld op in totaal:
(...; red.).

5. De beslissing

De rechtbank:

5.1. veroordeelt [X] c.s. hoofdelijk om aan de curator te betalen een bedrag van € 111.154,10, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 1 januari 2017;

5.2. veroordeelt [A X] tot betaling aan de curator van (...; red.) aan proceskosten, en veroordeelt [X Beheer] en [X Holding] hoofdelijk tot betaling aan de curator van (...; red.) aan proceskosten;

5.3. verklaart de veroordelingen onder 5.1 en 5.2 uitvoerbaar bij voorraad;

5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Deze uitspraak laat zich, zelfs in niet geanonimiseerde vorm, maar moeilijk lezen. Teneinde de verwarring niet nog groter te maken, beperk ik mij tot een tweetal aspecten: de wijze waarop het onderhands akkoord is aangeboden en een oorzakenonderzoek.

2. Maar eerst, uiterst summier, de casus. Repa, de latere failliet, maakt deel uit van het concern van K (waarmee ik de gezamenlijke gedaagden aanduid). Eind 2015 schrijft de accountant namens haar alle schuldeisers aan: "Cliënte verkeert momenteel in 'zwaar weer' en is niet in staat haar schulden te voldoen. (...) Een derde heeft zich bereid verklaard om te helpen tot een soort sanering te komen. De derde heeft zich bereid verklaard om uw vordering op (Repa) over te nemen tegen betaling van een bedrag van 20% van de vordering." Een vijftal externe crediteuren lijkt op dat aanbod in de loop van 2016 te zijn ingegaan (r.o. 2.11-2.13) door overdracht van hun vorderingen aan KBB, ook deel uitmakend van het K-concern. Ook enkele concerngenoten dragen vorderingen op Repa over aan KBB (r.o. 2.14-

2.16). Al deze schulden worden voor hun nominale bedrag door Repa voldaan door verrekening in rekening-courant met een kennelijk bestaande (maar verder in de uitspraak niet behandelde) schuld van KBB aan Repa. Enige maanden nadien gaat Repa failliet.

3. De curator heeft diverse pijlen op zijn boog. In een administratief met deze zaak gevoegde procedure heeft de curator het beroep van concerngenoot KBB op verrekening aangevochten, hetgeen begrijpelijk lijkt nu bestuurder K en KBB natuurlijk op de hoogte waren van de hierboven geciteerde "zwaar weer"-brief van de hand van de accountant. In die zaak is KBB veroordeeld om alsnog € 198.465,32 te voldoen aan de boedel (ECLI:NL:RBNNE:2021:2595).

4. In deze zaak spreekt de curator de bestuurder aan op verschillende gronden. Als gezegd ga ik maar op een paar aspecten in. De curator meent in de eerste plaats (r.o. 4.2-4.9) dat het voordeel dat de schuldeisers gunden, door genoegen te nemen met 20%, ten onrechte niet aan Repa is toegekomen maar aan KBB. De rechtbank (r.o. 4.8) oordeelt dat K, "door na te laten het genoemde voordeel ten gunste van Repa te realiseren, haar taak als bestuurder van Repa kennelijk onbehoorlijk vervuld (heeft). (...) Duidelijk is immers dat de schuldeisers van Repa (...) bereid waren – en ook de bedoeling hadden – het voordeel van die sanering ten gunste van Repa te brengen."

5. In dit pre-WHOA onderhands akkoord valt op dat uit de tekst van het aanbod in de zwaarweerbrieven van de accountant helemaal niet af te leiden valt dat de crediteuren die daarop gingen het voordeel van de sanering aan Repa gunden. Zij gingen in op het bod van "een derde" die in het kader van "een soort sanering" bereid was de volledige vorderingen over te nemen tegen betaling van een bedrag van 20% van de vordering. Zij hebben vervolgens een dergelijk percentage ook ontvangen als koopsoom van KBB en de vordering op Repa aan KBB gecedeerd. Repa wordt daarbij dus geen enkel voordeel gegund: zij staat er als debiteur geheel buiten.

6. De belangrijkste aanleiding voor de crediteuren om een dergelijk aanbod aan te nemen is vermoedelijk geweest dat zij hebben ingeschat dat Repa uiteindelijk niet meer dan dat bedrag zou (kunnen) voldoen of simpelweg, omdat zij liever op korte termijn een beetje ontvingen dan later mogelijk meer. Of zij mogelijk belang had-

den bij het in stand blijven van Repa, bijvoorbeeld om ook in de toekomst zaken mee te kunnen doen, blijkt op geen enkele wijze uit de in de uitspraak opgenomen feiten.

7. Er zijn maar weinig regels die de hier beschreven opkoop van vorderingen belemmeren. Een motie De Lange uit 2018 (*Kamerstukken II* 2017/18, 24 515, nr. 444) verzocht het kabinet onderzoek te doen naar de problematiek die daaruit voor vooral particulieren kan voortvloeien, maar dat onderzoek heeft bij mijn weten niet geleid tot regelgeving.

8. Indien dus een echte buitenstaander de opkoper van de vorderingen was geweest, kon deze heel wel proberen na de aankoop voor 20% van het nominale bedrag ruimschoots meer dan 20% bij Repa geïncasseerd te krijgen. Rond bedrijven in moeilijkheden is een bedrijfstak actief die zich toelegt op deze aankoop van vorderingen tegen een zo hoog mogelijke discount. Het business-model is om vervolgens de uiteindelijke opbrengst te maximaliseren, hetgeen meestal gebeurt door zoveel mogelijk relevante kennis over de (toestand van de) schuldenaar te koppelen aan deskundigheid en slagkracht om die laatste tot een zo hoog mogelijke betaling te bewegen. Het is een tak waar niet zelden de nodige assertiviteit aan de dag gelegd wordt.

9. Indien een bank haar “non performing loans” verkoopt aan een derde (niet-bank) heeft dat weliswaar niet tot gevolg dat de bancaire zorgplicht mee overgaat op de niet-bank, maar heeft die niet-bank wel een zeer vergelijkbare bijzondere zorgplicht (HR 10 juli 2020, «JOR» 2020/267, m.nt. Biemans, ECLI:NL:HR:2020:1276 (*Alegre c.s./ Promontoria*)). Hier is echter geen agressieve schuldopkoper betrokken, maar blijkt de derde een zustervenootschap te zijn.

10. De rechtbank oordeelt dat K hierdoor gehandeld heeft zoals geen weldenkend bestuurder zou handelen en op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk is voor de schade. Die schade wordt begroot op het bedrag van de nominale vorderingen minus hetgeen aan de crediteuren is betaald, in feite dus de 80% korting die de crediteuren zich hebben getroost. Dit oordeel valt in zoverre te billijken dat, waar de brief aan crediteuren repte van “een soort sanering”, Repa van deze operatie geen enkel voordeel heeft gehad.

11. In de tweede vordering stelt de curator dat er een inherent riskante concernstructuur was, in verband waarmee een schadevergoeding wordt

gevorderd gelijk aan het bedrag van de te verifiëren schuldvorderingen. Een quasi-2:248 BW-vordering die de rechtbank afwijst wegens onvoldoende onderbouwing naast de hiervoor besproken eerste vordering.

12. Wat ik in deze zaak mis (maar wat mogelijk wel beschikbaar was) is een ordentelijk oorzakenonderzoek zoals sinds geruime tijd vereist op grond van art. 68 lid 2 sub a Fw (zie L. Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?’, *TvI* 2018/42). Aan de hand van de feitelijke vaststellingen en na toepassing van hoor en wederhoor kan een goed onderzoek in een vroeg stadium inzicht verschaffen in de oorzaken en veroorzakers van een faillissement. En bovenal kan het bewerkstelligen dat geen nodeloze procedures worden ingesteld, bijvoorbeeld doordat andere oorzaken van het faillissement al in een vroeg stadium in beeld komen. In dit faillissement Repa lijken in ieder geval een aantal vorderingen door elkaar heen te zijn gaan lopen. Het doet verwarrend aan te lezen dat enerzijds wordt ingezet op art. 2:9 BW en dat anderzijds gemikt wordt op een schadevergoeding die overeenkomt met het boedeltekort dat bij art. 2:248 BW zou zijn gevorderd.

mr. Ph.W. Schreurs
advocaat corporate litigation bij Boels Zanders te
Eindhoven

89

Billijke prijsverhoging in kader van geschillenregeling

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

6 juli 2021, zaaknr. 200.263.177/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2021:2245

(mr. Tillema, mr. Makkink, mr. Nieuwe Weme,
Wind, prof. dr. Loonen)

Noot prof. mr. C.D.J. Bulten

Geschillenregeling. Vordering tot uittreding toewijsbaar. Waarde van aandelen inmiddels gering. Doel en strekking van billijke verhoging ex art. 2:343 lid 4 BW. Geen eerdere peildatum. OK betreft gronden voor mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid bij beantwoording van vraag of, en zo ja welke billijke verhoging passend is. Bewijsopdracht.

[BW art. 2:343 lid 4]

Voor toewijzing van de uittredingsvordering is voldoende dat [A] als aandeelhouder door gedragingen van [C] zodanig in haar rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd. Deze maatstaf houdt niet in dat de vordering slechts kan worden toegevoegd in geval van "bijkomende zwaarwegende omstandigheden", "zwaarwegende gronden" of "verwijtbaarheid" van de medeaandeelhouder of de vennootschap (vgl. OK 3 september 2019, «JOR» 2020/59, m.nt. De Vries, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222).

De volgende bijzonderheden zijn voorts van belang: i) de omstandigheid dat [A] en [C] beiden aandeelhouder zijn van Beheer BV hangt samen met de affectieve relatie die tussen beiden bestond; aanvankelijk, vanaf 2000 dreef [C] alleen de onderneming, Beheer BV is in 2009 opgericht; ii) die affectieve relatie is beëindigd in 2013 en de verstandhouding tussen [A] en [C] is ernstig en duurzaam verstoord; iii) Beheer BV en haar dochtervennootschappen houden geen onderneming meer in stand en Beheer BV heeft geen functie

meer als gemeenschappelijke vennootschap van [C] en [A]; en iv) de verstoorde verstandhouding tussen [C] en [A] staat in de weg aan gezamenlijke besluitvorming over ontbinding en vereffening van Beheer BV.

Tegen deze achtergrond acht de OK voor toewijzing van de uittredingsvordering het volgende toereikend: 1) [C] en [A] zijn niet langer in staat zich jegens elkaar zodanig te gedragen dat het bestuur en de algemene vergadering van de vennootschappen naar behoren kunnen functioneren. De jaarrekeningen over de jaren vanaf 2014 zijn niet vastgesteld en [C] heeft eigenmachtig jaarrekeningen enkel bestaande uit een balans gedeponneerd bij het handelsregister van de KvK; 2) [C] heeft minst genomen eraan bijgedragen dat activiteiten die (voorheen) in Promedis België werden ontplooid, thans door de Belgische vennootschappen IMS, en later PMS, worden ondernomen, met dezelfde leverancier. Laatstgenoemde vennootschappen zijn opgericht door respectievelijk de nieuwe levenspartner van [C] en haar moeder. Ook indien dit zich alleen heeft voorgedaan in het Belgische deel van de gezamenlijke onderneming van [C] en [A], draagt dit bij aan de toewijsbaarheid van de uittredingsvordering.

Tussen partijen is in wezen ook niet in geschil dat het moet komen tot een ontvlechting tussen hen als aandeelhouders van Beheer BV. Evenmin is in geschil dat de waarde van de aandelen in Beheer BV inmiddels gering is, zij het dat [A] heeft gewezen op een mogelijke vordering van Beheer BV op [C] op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Die mogelijke vordering kan echter buiten beschouwing blijven omdat de OK de voor die vordering aangevoerde gronden zal betrekken bij de vaststelling van een eventuele billijke verhoging als bedoeld in art. 2:343 lid 4 BW. Anders gezegd: het geschil tussen partijen heeft in wezen betrekking op de vraag of [C] de onderneming en daarmee indirect [A] heeft benadeeld en of [A] in het kader van de uittreding aanspraak kan maken op compensatie van dat nadeel.

Als uitgangspunt heeft te gelden dat de peildatum voor de waardering van de aandelen gelegen is dicht bij het tijdstip waarop de overdracht plaatsvindt. Afwijking van dat uitgangspunt door het kiezen van een eerder gelegen peildatum is denkbaar in situaties waarin aanleiding is voor het toekennen van een billijke verhoging op grond van art. 2:343 lid 4 BW en de waarde van de aan-