

Jaya). In *ABN AMRO/Van Dooren III* (HR 22 december 2009, NJ 2010/273) heeft de Hoge Raad de maatstaf voor wetenschap van benadeling geformuleerd: “van wetenschap van benadeling is sprake indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.” Wetenschap van een kans op benadeling is niet voldoende (HR 1 oktober 1993, NJ 1994/257 (*Ontvanger/Pellicaan*) en HR 17 november 2000, NJ 2001/272 (*Bakker q.q./Katko*)), maar het oogmerk hebben tot benadeling is niet noodzakelijk (B. Wessels, ‘Actio Pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering’, *VRA* 2007/2, p. 57; Rb. Almelo 15 februari 1928, NJ 1928, p. 815: “onder ‘weten’ verstaan moet worden ‘redelijkerwijs moeten weten’”). In casu is echter sprake van een bewijsvermoeden ex art. 43 Fw (lid 1 aanhef en onder 5c) nu de bestreden rechtshandeling binnen een jaar (in dit geval nog geen drie maanden) voor faillissement heeft plaatsgevonden. Dat brengt mee dat, behoudens tegenbewijs, wordt vermoed dat de schuldenaar en degene jegens wie hij de rechtshandeling verrichtte, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid het faillissement en een tekort daarin hebben kunnen voorzien (HR 22 december 2009, NJ 2010/273). Het ligt dan op de weg van financiers om tegenbewijs te leveren.

5. Het hof wijkt bij de beoordeling van de wetenschap van benadeling af van de maatstaf geformuleerd in – en in de rechtspraak toegepast vanaf – het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*. Het hof overweegt als volgt: “In het licht van dit alles kan naar het oordeel van het hof niet worden gezegd dat ten tijde van het aangaan van het overwaarde-arrangement de reorganisatie van de Thieme Groep gedoemd was te mislukken en dat haar faillissement onafwendbaar was, althans dat dit op het moment van het aangaan van het overwaarde-arrangement bij de Thieme Groep en Drieakker bekend was of had behoren te zijn”. Wetenschap van benadeling was daarom niet aanwezig. Daarmee heeft het hof de indruk gewekt dat voor de wetenschap vereist is dat onzekerheid over het faillissementsscenario volledig afwezig dient te zijn.

6. De Hoge Raad volgt die lijn niet en oordeelt dat de in *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* genoemde maatstaf voor wetenschap van benadeling (zie hierboven onder 4) evenzeer geldt bij kredietverschaffing tegen zekerheid aan noodlijdende ondernemingen. Tevens dienen banken, voorafgaande aan aanvullende kredietverlening aan noodlijdende bedrijven tegen het stellen van nieuwe zekerheden, een naar gelang van de omstandigheden toegekend onderzoek te doen teneinde vast te stellen of die kredietverlening verantwoord is. Een bank die op verzoek van een in financiële problemen verkerende onderneming overweegt (aanvullend) krediet tegen zekerheid te verschaffen, dient de beschikbare financiële gegevens te analyseren met het oog op de vraag of een faillissement en een tekort daarin, en derhalve benadeling van de schuldeisers, met een redelijke mate van waarschijnlijk zijn te voorzien.

7. Daar waar de *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* de maatstaf tot gevolg heeft dat het enkel financieren van een noodlijdende onderneming reeds wetenschap van benadeling oplevert, zal de door het hof gehanteerde maatstaf nauwelijks tot een succesvol beroep op de wetenschap van benadeling ex art. 42 Fw opleveren. Het hof heeft een soepelere norm getracht te bereiken voor hen die een financieringsovereenkomst aangaan in het kader van een reorganisatie. Bij herstructurerings van ondernemingen in financiële moeilijkheden is de kans dat de ondernemer failliet gaat immers erg waarschijnlijk, waardoor de wetenschap van benadeling reeds enkel door het verkrijgen van financiering tegen (aanvullende) zekerheden is gegeven. De door het hof gebruikte maatstaf doet afbreuk aan het in art. 42 Fw opgenomen

wetenschapsvereiste. Wanneer wetenschap van benadeling slechts wordt aangenomen wanneer de schuldenaar en degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verricht wisten of hadden moeten weten dat de reddingspoging geen enkele kans van slagen had, zal nauwelijks door curatoren kunnen worden toegekomen aan vernietiging ex art. 42 Fw. De curator kan dan immers slechts toekomen aan vernietiging wanneer vaststaat dat de financiering in het kader van een reorganisatie wordt aangegaan terwijl partijen wisten of hadden moeten weten dat een faillissement onafwendbaar is. Deze maatstaf is niet logisch.

8. De A-G hamert overigens terecht op het secuur hanteren van de juiste maatstaf (zoals verwoord in *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*). Louter die maatstaf van de Hoge Raad doet recht aan de diverse belangen (zijdens schuldenaar, financiers en crediteuren).

9. Kortom, de maatstaf uit *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* ter beoordeling van de wetenschap van benadeling blijft voorlopig standhouden.

F. el Houzi en S.A. van Aalst
AKD

518

77
Gerechtshof Den Haag 21 februari 2017, nr. 200.182.230/01 ECLI:NL:GHDHA:2017:304 (mr. Vetter, mr. Arpeau, mr. Van Cleef-Metsaars) Noot M.C. Schepel
Dividend. Uitkeringsbesluit algemene vergadering.
Door bestuurder/aandeelhouder betaling aan beide aandeelhouders gedaan als “interim dividend”, art. 2:216 BW. Geen uitkeringsbesluit genomen door de algemene vergadering, ook niet besloten buiten vergadering. Onverschuldigde betaling. Art. 2:8 lid 2 BW.
[BW art. 2:8, 2:216]

De klachten van de BV tegen het oordeel van de rechtbank over de uitkering van het ‘interim-dividend’ door toedoen van [Y] aan diens persoonlijke holding, treffen doel. Uit niets blijkt dat er een besluit tot uitkering is genomen door de algemene vergadering, het daartoe bevoegde orgaan (art. 2:216 lid 1 BW en art. 21 van de statuten van de BV). Dat een bijeenroeping van de algemene vergadering heeft plaatsgevonden is gesteld noch gebleken. De vermelding in de statuten (in art. 21 lid 1) dat de winst “ter vrije beschikking van de AV” staat, brengt niet mee dat voor uitkering geen besluit van de AV is vereist. Uit de omstandigheid dat [X], zoals [B.V. Y] stelt, niet (of niet prompt) heeft gereageerd op een voorstel van de advocaat van [B.V. Y] bij brief van 25 oktober 2013 om over te gaan tot uitkering van dividend, kan niet worden afgeleid dat er een aandeelhoudersbesluit is genomen. Voor een buiten vergadering genomen besluit is schriftelijke vastlegging van de wijze waarop de aandeelhouders hebben gestemd (art. 2:238 BW) althans het schriftelijk uitbrengen van de stem (art. 18 van de statuten van de BV) noodzakelijk. Dat het een of het ander is gebeurd is gesteld noch gebleken. Dit betekent dat de uitkering door de BV van € 47.500,=, aan ieder

van de aandeelhouders, dat wil zeggen aan [B.V. Y] én aan [B.V. X], onverschuldigd is betaald. De BV heeft op [B.V. Y] een vordering ter hoogte van het aan haar uitgekeerde bedrag (art. 6:203 BW).

Voor zover [B.V. Y] betoogt dat het beroep van de BV op het ontbreken van een aandeelhoudersbesluit (en van het ontbreken van een goedkeuringsbesluit van het bestuur, zoals vereist op grond van art. 2:216 lid 2 BW) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van art. 2:8 lid 2 BW, faalt dat beroep. Dat de vennootschap na de uitkering niet in betalingsproblemen is gekomen omdat er geen (betalings)verplichtingen waren en de BV geen activiteiten meer ontplooit omdat de samenwerking tussen [X] en [Y] (de facto) was geëindigd, is onvoldoende zwaarwegend om te kunnen oordelen dat het beroep op deze dwingendrechtelijke bepaling onaanvaardbaar is.

Het is duidelijk dat de BV ofwel ontbonden en vereffend dient te worden, dan wel een van beide aandeelhouders de ander zal moeten uitkopen. Kennelijk – zo bleek de raadsheer-commissaris ter comparitie – zijn de emoties zo hoog opgelopen dat het (althans op dat moment) niet lukt om tot een zakelijke en vanzelfsprekende oplossing van de impasse te geraken. Maar ook deze constatering brengt niet teweeg dat de vordering van de BV vastloopt op het bepaalde in art. 2:8 lid 2 BW.

Gegeven dit oordeel kan in het midden kan blijven of – zoals de BV onder verwijzing naar de statuten stelt, maar in het geheel niet onderbouwt – een tussentijdse winstuitkering niet gedaan kon worden omdat het eigen vermogen van de BV ten tijde van die uitkering niet groter was dan “het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves”, zoals de statuten als voorwaarde voor een (tussentijdse) uitkering stellen.

1. [naam 1] B.V., gevestigd te Rotterdam,
 2. Autom8-IT B.V., gevestigd te Rotterdam,
- appellanten,
hierna te noemen: [B.V. X] respectievelijk de bv,
advocaat: mr. S.W. Claassen te Den Haag,
tegen
[naam 2] B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
geïntimeerde,
hierna te noemen: [B.V. Y],
advocaat: mr. M.H. den Otter te Breda.

Hof:

1 Het geding

De comparitie na aanbrengen heeft plaatsgevonden op 12 april 2016. Van de comparitie is proces-verbaal opgemaakt. Bij memorie van grieven, waaraan gehecht een productie, heeft de bv drie grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord, met producties, heeft [B.V. Y] de grieven bestreden. Vervolgens hebben partijen arrest gevraagd.

2 De feiten, de vorderingen en het oordeel van de rechtbank

2.1. De door de rechtbank in het vonnis van 22 juli 2015 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal van die feiten uitgaan. Het gaat in deze zaak om het volgende.

- a. [B.V. Y] is de persoonlijke holding van de heer [Y] (hierna: [Y]). [B.V. X] is de persoonlijke holding van de heer [X] (hierna: [X]).
- b. [B.V. Y] en [B.V. X] hebben in mei 2009 de bv opgericht ten behoeve van een samenwerking op het gebied van ontwikkeling van testsoftware. Ieder van de holdingvennootschappen houdt

50% van de in totaal door de bv geplaatste 1.800 aandelen. Zij besturen gezamenlijk de bv.

c. [Y] en [X] verrichtten consultancywerkzaamheden via de bv, die deze aan de klanten factureerde.

d. [Y] heeft op 3 december 2013 van de bankrekening van de bv een bedrag van € 47.500,- aan [B.V. Y] en een bedrag van € 47.500,- aan [B.V. X] overgemaakt onder de vermelding ‘Interimdividend’.

e. Bij brief van 27 februari 2014 heeft de advocaat van [X] [B.V. Y] gesommeerd het bedrag van € 47.500,- aan de bv terug te betalen.

f. [Y] en [X] hebben vanaf begin 2013 overleg gevoerd over de mogelijkheid tot het verbreken van de samenwerking, waaronder begrepen de verkoop en overdracht van de door [B.V. Y] gehouden aandelen in de bv aan [B.V. X]. Dit overleg heeft niet tot geleid tot overeenstemming.

2.2. Voor dit hoger beroep is nog slechts relevant de vordering die [B.V. X] en de bv in eerste instantie in reconventie hebben ingesteld, namelijk om [B.V. Y] te veroordelen tot betaling aan de bv van € 48.444,79 of (subsidiar) € 48.761,03, in beide gevallen vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding, dan wel (meer subsidiar) te verklaren voor recht dat [B.V. Y] heeft gehandeld in strijd met artikel 2:9 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en aansprakelijk is voor de daardoor geleden schade van de bv, op te maken bij staat.

2.3. De rechtbank heeft die vordering afgewezen waartoe zij – kort samengevat – het volgende overwoog. Partijen waren al geruime tijd in overleg over de afwikkeling van de samenwerking. Partijen factureerden niet meer vanuit de bv. Een bedrag van € 47.500,- is door toedoen van [Y] door de bv zowel aan [B.V. Y] als aan [B.V. X] uitgekeerd. [B.V. X] heeft pas drie maanden na het doen van de uitkering geprotesteerd. [B.V. Y] veronderstelde en mocht veronderstellen dat de uitkering de goedkeuring had van het bestuur, zodat van een onrechtmatige onttrekking geen sprake is. Ook de subsidiaire grondslag heeft de rechtbank afgewezen. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is geen sprake; [B.V. Y] heeft niet in strijd met de wet of de statuten gehandeld door een uitkering te doen. Andere gedragingen die aan het beroep op artikel 2:9 BW ten grondslag zijn gelegd leiden evenmin tot de conclusie dat aan [B.V. Y] een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken.

3 De beoordeling in hoger beroep

3.1. De rechtbank heeft geoordeeld dat de bv bevoegd vertegenwoordigd was bij het instellen van de vordering in reconventie. Nu [B.V. Y] tegen dit oordeel van de rechtbank geen grief heeft gericht, geldt die bevoegdheid als vaststaand.

3.2. De klachten van de bv tegen het oordeel van de rechtbank over de uitkering van het ‘interim-dividend’ door toedoen van [Y] aan diens persoonlijke holding, treffen doel. Uit niets blijkt dat er een besluit tot uitkering is genomen door de algemene vergadering, het daartoe bevoegde orgaan (artikel 2:216 lid 1 BW en artikel 21 van de statuten van de bv). Dat een bijeenroeping van de algemene vergadering heeft plaatsgevonden is gesteld noch gebleken. De vermelding in de statuten (in artikel 21 lid 1) dat de winst “ter vrije beschikking van de AV” staat, brengt niet mee dat voor uitkering geen besluit van de AV is vereist. Uit de omstandigheid dat [X], zoals [B.V. Y] stelt, niet (of niet prompt) heeft gereageerd op een voorstel van de advocaat van [B.V. Y] bij brief van 25 oktober 2013 om over te gaan tot uitkering van dividend, kan niet worden afgeleid dat er een aandeelhoudersbesluit is genomen. Voor een buiten vergadering genomen besluit is schriftelijke vastlegging van de wijze waarop de aandeelhouders hebben gestemd (artikel 2:238 BW) althans het schriftelijk uitbrengen van de stem (artikel 18 van de statu-

ten van de bv) noodzakelijk. Dat het een of het ander is gebeurd is gesteld noch gebleken.

Dit betekent dat de uitkering door de bv van € 47.500,=, aan ieder van de aandeelhouders, dat wil zeggen aan [B.V. Y] én aan [B.V. X], onverschuldigd is betaald. De bv heeft op [B.V. Y] een vordering ter hoogte van het aan haar uitgekeerde bedrag (artikel 6:203 BW).

3.3. Voor zover [B.V. Y] betoogt dat het beroep van de bv op het ontbreken van een aandeelhoudersbesluit (en van het ontbreken van een goedkeuringsbesluit van het bestuur, zoals vereist op grond van artikel 2:216 lid 2 BW) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van artikel 2:8 lid 2 BW, faalt dat beroep. Dat de vennootschap na de uitkering niet in betalingsproblemen is gekomen omdat er geen (betalings-)verplichtingen waren en de bv geen activiteiten meer ontplooit omdat de samenwerking tussen [X] en [Y] (de facto) was geëindigd, is onvoldoende zwaarwegend om te kunnen oordelen dat het beroep op deze dwingendrechtelijke bepaling onaanvaardbaar is.

Het is duidelijk dat de bv ofwel ontbonden en vereffend dient te worden, dan wel één van beide aandeelhouders de ander zal moeten uitkopen. Kennelijk – zo bleek de raadsheer-commissaris ter comparatie – zijn de emoties zo hoog opgelopen dat het (althans op dat moment) niet lukt om tot een zakelijke en vanzelfsprekende oplossing van de impasse te geraken. Maar ook deze constatering brengt niet teweeg dat de vordering van de bv vastloopt op het bepaalde in artikel 2:8 lid 2 BW.

Gegeven dit oordeel kan in het midden kan blijven of – zoals de bv onder verwijzing naar de statuten stelt, maar in het geheel niet onderbouwt – een tussentijdse winstuitkering niet gedaan kon worden omdat het eigen vermogen van de bv ten tijde van die uitkering niet groter was dan “het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves”, zoals de statuten als voorwaarde voor een (tussentijdse) uitkering stellen.

3.4. De bv vordert de veroordeling van [B.V. Y] tot terugbetaling van het uitgekeerde bedrag verhoogd met wettelijke rente. In haar memorie van grieven brengt [B.V. Y] naar voren dat zij aan die vordering al heeft voldaan doordat zij het verschuldigde op de rekening van de stichting derdengelden van haar advocaat heeft gestort en deze stichting dit bedrag – kort gezegd – houdt voor de bv. Dit doet de stichting krachtens een overeenkomst die zij, [B.V. Y], met de stichting derdengelden van haar advocaat heeft gesloten. De bv heeft op hetgeen [B.V. Y] in haar memorie van antwoord op dit punt heeft gesteld niet meer gereageerd.

Het hof zal de bv niet in de gelegenheid stellen alsnog te reageren omdat evident is dat deze storting op de rekening derdengelden niet voldoet aan de eis zoals de bv die heeft geformuleerd. De bv vordert immers betaling aan haar. Zij behoeft, naar het oordeel van het hof, geen genoegen te nemen met een storting “in escrow” bij een derde, omdat zij door die constructie niet (onmiddellijk) de beschikking heeft over het onverschuldigd betaalde bedrag.

3.5. In het geding in eerste instantie was de vordering van de bv wegens onbehoorlijke taakvervulling, artikel 2:9 BW, ‘meer subsidiair’ ingesteld. In hoger beroep heeft de bv haar petitum gewijzigd en een separate vordering op grond van artikel 2:9 BW geformuleerd.

Voor zover deze vordering is gebaseerd op het verwijt dat [B.V. Y] als bestuurder de uitkering heeft gedaan zonder dat daaraan een aandeelhoudersbesluit en een goedkeuringsbesluit van het bestuur ten grondslag lag, strandt deze. De bv stelt immers, gezien haar stellingen in eerste aanleg, dat haar schade bestaat uit het aan [B.V. Y] uitgekeerde bedrag en de daarover gekweekte

wettelijke rente. Maar deze bedragen kan zij vorderen – en vordert zij in dit geding – wegens onverschuldigde betaling, zodat een belang bij de toewijzing van een op artikel 2:9 BW gebaseerde vordering en een verwijzing naar de schadestaat op deze grondslag, ontbreekt.

De beide andere verwijten die de bv in dit verband aan [B.V. Y] maakt (het bewaken van de fiscale positie van de bv en het ontbreken van een corporate opportunity) zijn nauwelijks onderbouwd en kunnen niet tot het oordeel leiden dat [B.V. Y] een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ kan worden gemaakt. Ten aanzien van de gestelde onttrekking van een corporate opportunity overweegt het hof bovendien dat [B.V. Y] er op heeft gewezen dat beide aandeelhouders na de feitelijke beëindiging van de samenwerking in de bv weer “eigen klanten” zijn gaan bedienen en factureren. Op dat verweer heeft de bv niet gereageerd, ook niet in hoger beroep. Nu de bv is opgericht en heeft gediend als een vehikel ten behoeve van samenwerking tussen de beide aandeelhouders/bestuurders kan van ernstig verwijtbaar handelen geen sprake zijn als beide aandeelhouders ertoe zijn overgegaan ‘hun eigen’ klanten weer buiten de bv te gaan bedienen.

Artikel 2:9 BW biedt daarom geen grondslag voor aansprakelijkheid van [B.V. Y].

3.6. De conclusie uit het voorgaande is dat grief I slaagt en het vonnis van de rechtbank, voor wat betreft de beoordeling in reconventie, niet in stand kan blijven. De vordering tot terugbetaling van het onverschuldigd betaalde, verhoogd met wettelijke rente, is toewijsbaar. Met grief II, die ziet op de afwijzing van de op artikel 2:9 BW gebaseerde vordering in het licht van de gewijzigde eis in hoger beroep, heeft de bv geen succes. Het hof zal [B.V. Y] alsnog veroordelen in de kosten van het geding in reconventie in eerste instantie en daarmee honoreert het hof grief III. De kosten van het hoger beroep komen evenzeer ten laste van [B.V. Y], als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij.

heeft het gelijk aan haar zijde waar zij stelt dat [B.V. X] geen eigen belang heeft bij de procedure in hoger beroep. Dit heeft echter geen consequenties voor de proceskostenveroordeling, waar [B.V. X] en de bv samen zijn opgetrokken.

De veroordelingen worden, als gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

4 De beslissing

Het hof:

– vernietigt het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 22 juli 2015 uitsluitend voor zover in reconventie gewezen, en opnieuw rechtdoende:

– veroordeelt [B.V. Y] aan de bv te voldoen € 48.444,79, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de datum van de dagvaarding in het geding in eerste instantie tot de dag van voldoening;

– veroordeelt [B.V. Y] in de kosten van het geding in reconventie in eerste instantie, aan de zijde van de bv begroot op € 894,=;

– veroordeelt [B.V. Y] in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van de bv begroot op € 1937,= wegens griffierecht en op € 3262,= (2 punten op basis van tarief IV);

– verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad; en

– wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. In deze uitspraak gaat het om de betaling van een ‘interim-dividend’ zonder dat daar een besluit van de algemene vergadering en een goedkeuringsbesluit van het bestuur aan ten grondslag ligt.

2. Op de uitspraak valt weinig af te dingen. Een kanttekening is dat uit de uitspraak niet goed valt op te maken welk belang met deze procedure is gediend.

3. Autom8-IT B.V. is door twee partijen opgericht; X B.V. en Y B.V. Ieder houdt vijftig procent van de aandelen. X B.V. en Y B.V. zijn de persoonlijke holdings van X en Y. X en Y verrichten hun consultancywerkzaamheden via Autom8-IT.

4. De samenwerking tussen X en Y is vastgelopen. In 2013 hebben zij overleg gevoerd over het verbreken van de samenwerking. Er is geen overeenstemming bereikt.

5. Y heeft op 3 december 2013 van de bankrekening van Autom8-IT aan ieder van X B.V. en Y B.V. een bedrag van € 47.500,= overgemaakt onder vermelding van "interim-dividend". X B.V. heeft bij brief van 27 februari 2014 daartegen bezwaar gemaakt en Y B.V. gesommeerd dat bedrag terug te betalen. Uit de uitspraak blijkt dat niet, maar ik veronderstel dat X B.V. uit zichzelf het bedrag dat zij van Autom8-IT heeft ontvangen, aan Autom8-IT heeft terugbetaald.

6. Y B.V. heeft vervolgens een vordering tot uittreding (ex art. 2:343 BW) tegen X B.V. en Autom8-IT ingesteld. In reconventie hebben Autom8-IT en X B.V. gevorderd dat Y B.V. het bedrag van € 47.500,= (plus rente) aan Autom8-IT terugbetaalt.

7. De rechtbank heeft de vorderingen in conventie en in reconventie afgewezen.¹

De rechtbank oordeelde dat ook X B.V. een bedrag van € 47.500,= uitgekeerd had gekregen en pas na drie maanden tegen die uitkering bezwaar heeft gemaakt. Daarnaast factureerden X B.V. en Y B.V. hun klanten niet meer vanuit Autom8-IT. Tegen die achtergrond acht de rechtbank het niet uitgesloten dat Y B.V. veronderstelde dat de uitkering aan X B.V. en Y B.V. de goedkeuring van het bestuur van Autom8-IT had. Daarmee was volgens de rechtbank geen sprake van een onrechtmatige onttrekking. De rechtbank was van oordeel dat ook geen sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Autom8-IT en X B.V. hadden subsidiair aansprakelijkheid van Y B.V. op de voet van art. 2:9 BW bepleit.

8. Van der Kraan gaat in zijn noot («JIN» 2015/223) onder het vonnis vooral in op het gestelde onbehoorlijke bestuur. Autom8-IT en X B.V. hadden in dat kader onder meer betoogd dat Y B.V. een *corporate opportunity* aan Autom8-IT heeft onthouden.

9. Autom8-IT en X B.V. hebben hoger beroep tegen het vonnis ingesteld. Voor het hoger beroep is alleen nog de reconventionele vordering aan de orde. Autom8-IT en X B.V. hebben (ook) in hoger beroep aangevoerd dat aan de uitkeringen geen besluit van de algemene vergadering en geen goedkeuringsbesluit van het bestuur ten grondslag ligt. Autom8-IT en X B.V. krijgen van het hof gelijk.

10. Het hof overweegt dat niet gesteld of gebleken is dat een (bijeenoeping van de) algemene vergadering heeft plaatsgevonden. Er is ook niet gesteld of gebleken dat een besluit buiten vergadering is genomen. Volgens het hof blijkt uit niets dat er een besluit tot uitkering is genomen door de algemene vergadering. Y B.V. heeft nog betoogd dat het beroep van Autom8-IT op het ontbreken van een aandeelhoudersbesluit (en het goedkeuringsbesluit) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van art. 2:8 lid 2 BW. De argumenten daarvoor waren dat Autom8-IT geen activiteiten meer ontplooit en door de uitkering niet in betalingsproblemen is gekomen. Het hof acht dat onvoldoende zwaarwegend en verwerpt die argumenten.

Het hof constateert dat de uitkering van € 47.500,=

onverschuldigd is betaald en wijst de vordering tot (terug)betaling aan Autom8-IT toe. Die redenering van het hof lijkt me juist.

11. Naast het (gehonoreerde) beroep op onverschuldigde betaling hebben Autom8-IT en X B.V. zich ook beroepen op onbehoorlijke taakvervulling van Y B.V. (art. 2:9 BW). Die grondslag is als alternatief, in plaats van subsidiair zoals in de eerste instantie,² aangevoerd. Op basis daarvan is verwijzing naar de schadestaatprocedure gevraagd.

12. Het eerste argument voor de onbehoorlijke taakvervulling is dat de uitkering is gedaan zonder dat daar een besluit van de algemene vergadering en een goedkeuringsbesluit van het bestuur aan ten grondslag ligt. Het hof overweegt dat Autom8-IT heeft gesteld dat haar schade bestaat uit het aan Y B.V. uitgekeerde bedrag plus rente. Dit kan Autom8-IT "vorderen – en vordert zij in dit geding – wegens onverschuldigde betaling, zodat een belang bij de toewijzing van een op artikel 2:9 BW gebaseerde vordering en een verwijzing naar de schadestaat op deze grondslag, ontbreekt". Helemaal overtuigend is deze overweging van het hof niet. Er zijn volgens het hof kennelijk twee grondslagen die beide zouden kunnen slagen en beide tot hetzelfde resultaat leiden. Daarmee kan nog niet gezegd worden dat Autom8-IT geen belang meer heeft bij haar vordering, gebaseerd op een van beide grondslagen. Het hof zou hebben kunnen overwegen dat de tweede grondslag geen bespreking meer behoeft omdat toewijzing van de vordering niet tot een ander resultaat leidt dan de grondslag die het hof al heeft gehonoreerd.

13. Het hof had kunnen wijzen op art. 612 Rv (als het even kan begroot de rechter de schade in zijn vonnis). Als de schade bestaat uit het uitgekeerde bedrag plus rente, dan is verwijzing naar de schadestaatprocedure niet nodig. Dat schadebedrag kan de rechter begroten. Er is dan geen behoefte aan een alternatieve grondslag met een daarop gebaseerde vordering strekkende tot verwijzing naar de schadestaatprocedure.³

14. Autom8-IT en X B.V. hadden nog twee andere stellingen om onbehoorlijke taakvervulling te bepleiten: het bewaken van de fiscale positie van de vennootschap en het onthouden van een *corporate opportunity*. Het hof verwerpt die stellingen omdat deze naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd zijn. Het hof gebruikt het argument dat niet is voldaan aan de stelplicht om tot afwijzing van die stellingen te komen. Onder meer Van Schaick is kritisch over deze wijze van afdoen.⁴

15. Het hof concludeert dat art. 2:9 BW "daarom" geen grondslag biedt voor aansprakelijkheid van Y B.V. Helemaal scherp is dat niet. Art. 2:9 BW biedt wel een grondslag, maar naar het oordeel van het hof heeft Autom8-IT bij haar op die grondslag gebaseerde vordering deels geen belang en heeft Autom8-IT deels haar vordering onvoldoende onderbouwd.

16. X B.V. en Y B.V. zijn opgehouden met het factureren van hun klanten vanuit Autom8-IT. De samenwerking is gestopt. Autom8-IT heeft kennelijk geen verplichtingen naar derden, althans de nakoming van die verplichtingen is door de uitkering aan de aandeelhouders niet in gevaar gekomen. Het hof constateert dat het duidelijk is dat Autom8-IT ontbonden en vereffend dient te worden of dat een van de aandeelhouders de ander moet uitkopen.

Ja, juridisch gezien is er sprake geweest van onverschuldigde betaling, maar uit de uitspraak valt niet op te maken waarvoor Autom8-IT dat geld dan nodig had. Als het geld niet voor een concrete verplichting nodig is, zou het geld als liquidatieoverschot bij ontbinding en vereffening aan de aandeelhouders toekomen. Wat het belang van Autom8-IT is

521

¹ Zie ECLI:NL:RBROT:2015:6644, «JIN» 2015/223, m.nt. J van der Kraan.

² Of die wijziging van eis nodig is, laat ik hier in het midden.

³ Vgl. HR 8 april 2005, NJ 2005/371.

⁴ Zie o.a. par. 71, 95 en 96 in *Asser Procesrecht/Van Schaick 2*, 2016.

geweest bij het instellen van de reconventionele vordering (en het aantekenen van hoger beroep tegen de afwijzing daarvan), is uit de uitspraak niet op te maken. Ontbreekt er een (voldoende concreet) belang, dan had (de rechtbank en) het hof kunnen overwegen op die grond de vordering van X B.V. en Autom8-IT af te wijzen, hoe onverschuldigd de uitkeringen ook zijn geweest. Autom8-IT heeft (een deel van het) terugggevorderde bedrag nu aan deze procedure besteed.

M.C. Schepel
UdinkSchepel Advocaten

Civiel recht

78

Hoge Raad
31 maart 2017, nr. 15/04247
ECLI:NL:HR:2017:563
ECLI:NL:PHR:2016:1196
(mr. Bakels, mr. Heisterkamp, mr. Polak,
mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron)
(concl. A-G mr. Rank-Berenschot)
Noot G.J. de Bock en R.A.G. de Vaan

Faillissementsrecht. Verplichting tot verwijdering van opgeslagen afval dat toebehoort aan de boedel. Boedelschuld. Verplichting tot verwijdering geldt in beginsel ook jegens de exploitant (niet zijnde eigenaar) van het betrokken opslagterrein.

Faillissementsrecht. Exploitant opslagterrein bewaart afval dat eigendom is van de boedel. Exploitant vordert in kort geding verwijdering van het afval door curatoren. Curatoren stellen dat de exploitant slechts een concurrente vordering heeft op de gefailleerde tot verwijdering van het afval. Hoge Raad oordeelt dat de verplichting tot verwijdering rust op de curatoren in hun hoedanigheid. Nu de exploitant (niet zijnde de eigenaar van het betrokken terrein) een exclusief gebruiksrecht op het terrein heeft, kan hij in beginsel van de curatoren verwijdering van de zaken verlangen.

[Fw art. 37, 37a, 40; BW art. 3:296, 5:2, 6:162, 6:277]

Aluminium Delfzijl B.V. (Aldel) laat afvalstoffen opslaan op een terrein in Brunssum. Dit terrein is eigendom van de provincie Limburg. Vossenbergh Kranenpool B.V. (VKP) is, op grond van een overeenkomst met de provincie, exclusief gerechtigd om het terrein te gebruiken en te exploiteren. Als Aldel failliet gaat, bevindt zich nog een aanzienlijke hoeveelheid afvalstoffen op het terrein. Vaststaat dat Aldel eigenaar is van deze zaken. VKP vordert in kort geding veroordeling van de curatoren tot verwijdering van de afvalstoffen. De curatoren verwerpen zich onder meer met de stelling dat VKP slechts een concurrente vordering tot verwijdering van de zaken heeft, die VKP ter verificatie zal moeten indienen. De voorzittingsrechter wijst de vorderingen van VKP aanvankelijk toe, maar in hoger beroep vernietigt het hof dit vonnis. Volgens het hof is onder meer van belang dat VKP geen eigenaar is van het terrein. Het hof oordeelt dat een veroordeling van de curatoren tot verwijdering strijdig zou zijn met de systematiek van de faillissementswet en het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. In cassatie vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof. De Hoge Raad beslist dat ook een partij die geen eigenaar is van het terrein waarop zich tot de boedel behorende zaken bevinden maar die wél exclusief gebruiksrecht heeft, in beginsel het recht heeft om van de curatoren (in hun hoedanigheid) verwijdering van die zaken te verlangen.

[eiseres],
gevestigd te [vestigingsplaats],
eiseres tot cassatie,