

**JOR 2018/38, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14-11-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9983, 200.188.238/01 (met annotatie van mr. S.C.M. van Thiel) Bestuurdersaansprakelijkheid, Kort geding, Overboeken van subsidiegelden aan gelieerde rechtspersoon in strijd met statuten, Tegenstrijdig belang, Middellijk bestuurder treft ernstig verwijt, Schending van klachtplicht is niet aannemelijk geworden, Toepassing van HR 29 november 2002, «JOR» 2003/2, m.nt. Bartman (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek)**

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 2 artikel 9, BW BOEK 2 artikel 11, BW BOEK 2 artikel 239, BW BOEK 6 artikel 89

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:GHARL:2017:9983, OR-Updates.nl 2017-0288

**JOR 2018/38, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 14-11-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9983, 200.188.238/01 (annotatie)**

---

### Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid, Kort geding, Overboeken van subsidiegelden aan gelieerde rechtspersoon in strijd met statuten, Tegenstrijdig belang, Middellijk bestuurder treft ernstig verwijt, Schending van klachtplicht is niet aannemelijk geworden, Toepassing van HR 29 november 2002, «JOR» 2003/2, m.nt. Bartman (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek)

---

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

---

### Gegevens

<b>Instantie</b>	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden
<b>Datum uitspraak</b>	14-11-2017
<b>Publicatie</b>	JOR 2018/38 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 2, 2018
<b>Annotator</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• mr. S.C.M. van Thiel</li></ul>
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:GHARL:2017:9983
<b>Zaaknummer</b>	200.188.238/01
<b>Overige publicaties</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• ECLI:NL:GHARL:2017:9983</li><li>• OR-Updates.nl 2017-0288</li></ul>
<b>Rechtsgebied</b>	Ondernemingsrechtpraktijk
<b>Rubriek</b>	Ondernemingsrecht
<b>Rechters</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• mr. Janse</li><li>• mr. Tubben</li></ul>

- mr. Van Hees

<b>Partijen</b>	1. Leithreas BV (voorheen TCE Gofour BV) te Stadskanaal, hierna: TCE, 2. appellant 2, appellanten, hierna: TCE c.s., advocaat: mr. G.A. Pots, tegen TT Plaza Technology BV te Assen, geïntimeerde, advocaat: mr. E.P. Pandelitschka.
<b>Regelgeving</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• BW Boek 2 - 9</li><li>• BW Boek 2 - 11</li><li>• BW Boek 2 - 239 lid 6</li><li>• BW Boek 6 - 89</li></ul>

---

## Samenvatting

---

Vaststaat dat in strijd met de statuten van TT Plaza Holding is gehandeld doordat slechts één (in plaats van twee) van de drie (middellijke) bestuurders de vennootschap bij de betalingen aan TCE heeft vertegenwoordigd. TT Plaza Holding is bestuurder van TT Plaza Technology en appellant sub 2 heeft de opdrachten tot de overboekingen van de rekening van TT Plaza Technology immers alleen gegeven.

Bij dit alles komt dan ook nog dat de betalingen verricht werden aan een vennootschap (TCE) waarvan Gimo Holding (naast medebestuurder van TT Plaza Holding) eveneens middellijk bestuurder is, zodat volgens de statuten sprake is van een tegenstrijdig belang.

TCE is niet in staat om de aan haar overgemaakte bedragen aan TT Plaza Technology terug te storten en zij biedt geen verhaal voor de aldus ontstane schade. De aansprakelijkheid voor deze schade van appellant sub 2 (via Gimo Holding en via TT Plaza Holding) op grond van art. 2:9 BW is in beginsel gegeven nu (in meerdere opzichten) in strijd met de statuten is gehandeld. Het is evident dat het daarbij gaat om statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen.

Nu deze vordering aldus per saldo strekt tot redressering van onrechtmatige onttrekkingen van een bankrekening (in de vorm van schadevergoeding) acht het hof het spoedeisend belang daarmee gegeven, temeer nu het saldo van de rekening van TT Plaza Technology na deze onttrekkingen (nagenoeg) nihil was.

Het hof zal in dit kort geding niet ingaan op de principiële vraag of de klachtplicht van art. 6:89 BW toepassing kan vinden in een geschil tussen een vennootschap en haar bestuurder op grond van onbehoorlijk bestuur (zie voor een ontkennend antwoord een uitspraak van dit hof d.d. 24 januari 2017, «JOR» 2017/122, m.nt. Verboom en de in die noot vermelde literatuur).

Het ligt op de weg van appellant sub 2 om voldoende feiten en omstandigheden te stellen en bij betwisting aannemelijk te maken waaruit kan volgen op welk moment TT Plaza Technology heeft ontdekt of bij een redelijkerwijs van haar te vergen onderzoek had behoren te ontdekken dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur, alsmede dat het tijdsverloop vanaf dat moment tot aan het moment waarop TT Plaza Technology geklaagd heeft, zo lang is geweest dat niet kan worden gesproken van een tijdige klacht als bedoeld in de art. 6:89 BW. (Vgl. HR 12 december 2014, «JOR» 2015/92, m.nt. Dammingh (Far Trading/Edco II)). Schending van de klachtplicht is niet aannemelijk geworden.

Voorts is gesteld noch gebleken dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding die meebrengt dat het rechtens noodzakelijk is dat hierover wordt beslist in een geding gevoerd door of tegen alle bij die rechtsverhouding betrokken partijen. Het enkele feit dat de aansprakelijkheid van appellant sub 2 (ex art. 2:11 BW) voortvloeit uit de aangenomen aansprakelijkheid van Gimo Holding (via TT Plaza Holding) en dit oordeel Gimo Holding zelf niet bindt omdat zij in deze procedure geen partij is, leidt niet tot een ander oordeel.

---

## Uitspraak

---

### ***1. Het verloop van het geding in eerste aanleg***

---

1.1. Het procesverloop in eerste aanleg blijkt uit het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, van 20 juli 2015 (zaaknr. C/18/157417/KG ZA 15-168; *red.*).

(...; *red.*)

### ***3. De vaststaande feiten***

---

3.1. De door de voorzieningenrechter vastgestelde feiten zijn ook in hoger beroep niet in geschil, behoudens voor zover die feiten in de *grievens I tot en met V* nader zijn gepreciseerd (zonder dat dit op zichzelf reeds kan leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis). Daarmee rekening houdende en aangevuld met wat in hoger beroep nog als gesteld en niet weersproken is komen vast te staan, gaat het om het navolgende.

3.2. TT Plaza Technology is een 100% dochter van TT Plaza Holding B.V. (waarvan de naam later is gewijzigd in ITD Holding B.V., maar hierna steeds te noemen: TT Plaza Holding). Beide vennootschappen maken onderdeel uit van het in de directe nabijheid van het TT circuit te Assen te vestigen TT Plaza, een centrum voor kennis en toepassingen op het gebied van groene en duurzame mobiliteit. TT Plaza Holding is opgericht door Gimo Holding B.V., Ijpma Beheer B.V. en L. de Wit Beheer B.V. (hierna dienovereenkomstig te noemen, zonder aanduiding B.V.). Deze drie vennootschappen houden ieder 33,3% van de aandelen in TT Plaza Holding en waren alle drie bestuurder van TT Plaza Holding. Op 10 juli 2015 is Gimo Holding ontslagen als bestuurder van TT Plaza Holding.

3.3. [appellant2] is bestuurder van Gimo Holding. Aandeelhouder van Gimo Holding is Stichting Administratiekantoor Gimo Holding. TCE is een 100% dochter van Gimo Holding. TCE werkte aan de ontwikkeling van een Bio Product Processor. Hiermee kan van bepaalde afvalstoffen het biodiesel "Advanced Pure Plant Oil" (APPO) worden geproduceerd.

Bestuurders/enig aandeelhouders van Ijpma Beheer en L. de Wit Beheer zijn respectievelijk [B] en [C] (hierna: [B] en [C]).

3.4. TT Plaza Technology heeft zich ten doel gesteld om de toepassing van APPO te realiseren in auto's, vrachtauto's, het openbaar vervoer en in de landbouw. Daartoe heeft zij – samen met drie projectpartners, te weten: TCE, Auttec (gelieerd aan [B]) en Koers Transport B.V., het project APPO gestart, waarmee zij wilde aantonen dat – met behulp van de Bio Product Processor – op basis van reststromen van boeren APPO kan worden geproduceerd als vervanger voor de huidige (diesel)brandstoffen. De totale projectkosten waren door de participanten (voorlopig) begroot op € 564.780,-, welk bedrag door de participanten zelf, al dan niet met behulp van financiering van derden, zou worden geïnvesteerd. Om een gedeelte van deze investering te bekostigen, is een subsidie bij de provincie Drenthe aangevraagd. Door de provincie Drenthe is een zogenoemde Greendeal subsidie (hierna: "Greendeal") van € 149.000,- aan TT Plaza Technology ter beschikking

gesteld. Op 24 juli 2014 heeft de provincie Drenthe als voorschot een bedrag van € 119.200,- op de rekening van TT Plaza Technology gestort.

3.5. Daarnaast was sprake van een tweede samenwerkingsverband waarbij betrokken waren TCE, Koers Transport B.V., Auttec en Van Enershi B.V. (welk bedrijf optrad als penvoerder en gelieerd is aan [C]) inzake de (verdere) ontwikkeling van de Bio Product Processor, waarvoor een rijkssubsidie (MIT-subsidie) van € 198.600,- is toegekend.

Bij kortgedingvonnis van 20 juli 2015 is Van Enershi B.V. veroordeeld om ter zake een bedrag van € 37.065,- te voldoen aan TCE.

3.6. De administratie, boekhouding en bankzaken van TT Plaza Technology werden verzorgd door (een administratiekantoor van) [appellant2]. Hij beschikte over de bankpas en over volledige inzage in de in- en uitgaven van TT Plaza Technology.

3.7. In artikel 16 van de statuten van TT Plaza Holding – welk artikel ook geldt voor het besturen van haar deelneming in TT Plaza Technology – is bepaald dat het bestuur voor het aangaan van rechtshandelingen die het financieel belang van € 10.000,- te boven gaan, voorafgaande goedkeuring van de AVA behoeft. In artikel 17 is bepaald dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging toekomt aan (a) iedere bestuurder met de titel algemeen directeur afzonderlijk en (b) twee gezamenlijk handelend bestuurders. In artikel 16 lid 6 is bepaald dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap.

3.8. Van de Klok heeft tussen 25 juli 2014 en 2 oktober 2014 verschillende bedragen, waarvan een drietal ver boven de grens van € 10.000,-, overgemaakt van de rekening van TT Plaza Technology (waarop de subsidie van de provincie was gestort) naar de rekening van TCE. In totaal heeft hij € 105.925,- naar TCE overgeboekt.

3.9. Bij e-mail van 8 januari 2015 (prod. 30 TCE c.s. in eerste aanleg) heeft [C] het volgende aan [appellant2] bericht:

“(…) Duidelijk dat er geen geld is dat baart mij ook zorgen. (…)

Zou dan ook graag zien dat dat geld terugkomt zodat we van start kunnen gaan.

Tevens wil ik graag dat twee personen binnen onze organisatie goedkeur moet geven voor financiële transacties van de Plaza rekeningen.”

Bij e-mail van 31 maart 2015 (prod. 8 eerste aanleg van TT Plaza Technology) heeft [C] het volgende aan [appellant2] geschreven:

“(…)

Jouw opname van de subsidie gelden en declaraties is naar mijn mening niet conform de statuten van de onderneming gebeurd.

Zou dan ook op prijs stellen dat het geld spoedig terugkomt op TT Plaza rekening.

Graag krijgen we van jou een voorstel wanneer jij denkt het bedrag uiterlijk terug te storten op onze rekening.”

Vervolgens zijn TCE c.s., onder meer bij schrijven van 15 mei 2015, tevergeefs gesommeerd tot terugbetaling van het bedrag van € 105.925,- over te gaan.

3.10. Na het vonnis in eerste aanleg, waarbij TCE en [appellant2] hoofdelijk zijn veroordeeld tot betaling van € 105.925,00, vermeerderd met rente en kosten, heeft TCE ter gedeeltelijke betaling een bedrag van € 48.373,13 aan TT Plaza Technology voldaan doordat zij ermee heeft ingestemd dat het door van Enershi B.V. aan haar verschuldigde bedrag (uit hoofde van het onder 3.5 genoemde kortgedingvonnis) is overgemaakt aan TT Plaza Technology. Voorts heeft [appellant2] ter gedeeltelijke betaling op 26 augustus 2015 een bedrag van € 64.454,30 aan TT Plaza Technology voldaan uit de opbrengst van de verkoop van zijn vakantiewoning.

3.11. Bij besluit van 11 maart 2016 heeft de provincie Drenthe de Green Deal subsidie vastgesteld op € 69.583,-. Het verschil tussen dit bedrag en het betaalde voorschot van € 119.200,- ten bedrage van € 49.617,- heeft de Provincie van TT Plaza Technology teruggevorderd.

3.12. TCE heeft haar naam gewijzigd in Leithreas B.V. en vervolgens is zij op 16 mei 2017 failliet verklaard. De curator in het faillissement van TCE heeft aangegeven de onderhavige procedure niet te zullen overnemen.

---

#### ***4. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg***

---

4.1. TT Plaza Technology heeft TCE en [appellant2] gedagvaard en gevorderd TCE en [appellant2] hoofdelijk te veroordelen om aan TT Plaza Technology te voldoen een bedrag van € 105.925,- te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf 22 mei 2015, alsmede hen te veroordelen in de buitengerechtelijke incassokosten van € 1.834,25 en tevens TCE en [appellant2] hoofdelijk, althans een ieder voor zich, gezamenlijk te veroordelen in de volledige kosten van de procedure, waaronder begrepen de kosten van de beslaglegging.

4.2. TCE en [appellant2] hebben verweer gevoerd. De voorzieningenrechter heeft de vordering nagenoeg geheel (met uitzondering van de buitengerechtelijke incassokosten) toegewezen.

---

#### ***5. De beoordeling van de (overige) grieven en de vordering***

---

---

##### ***De procedure tussen TCE en TT Plaza Technology***

---

5.1. Vaststaat dat TCE ter gedeeltelijke betaling op hetgeen waartoe TCE bij vonnis van 20 juli 2015 hoofdelijk is veroordeeld op 12 augustus 2015 een bedrag van € 48.373,13 aan TT Plaza Technology heeft voldaan. Daarna is op 16 mei 2017 het faillissement van TCE uitgesproken. Het onderhavige beroep was toen al aanhangig. In het hoger beroep vordert TCE als onverschuldigd betaald terug hetgeen zij uit hoofde van het vonnis van 20 juli 2015 aan TT Plaza Technology heeft voldaan. Daarmee is sprake van een situatie als bedoeld in artikel 27 Faillissementswet. Vaststaat dat de curator te kennen heeft gegeven deze procedure niet te willen overnemen. Daarop heeft TT Plaza Technology ontslag van instantie gevorderd. Gelet op het voorgaande zal dit worden toegewezen.

De grieven behoeven in zoverre geen bespreking.

---

##### ***De procedure tussen [appellant2] en TT Plaza Technology***

---

5.2. Het geschil tussen [appellant2] en TT Plaza Technology vertegenwoordigt in dit hoger beroep een bedrag van € 64.454,30, te weten het bedrag dat door [appellant2] uit hoofde van het vonnis in eerste aanleg aan TT Plaza Technology is voldaan en waarvan hij in dit hoger beroep terugbetaling vordert. De grondslag voor de in eerste aanleg toegewezen vordering op [appellant2] is, kortweg, bestuurdersaansprakelijkheid. TT Plaza Technology stelt zich (onder meer) op het standpunt dat Gimo Holding als indirect bestuurder van TT Plaza Technology zonder

rechtsgrond en zonder bevoegdheid gelden aan de rekening van TT Plaza Technology heeft onttrokken en aan een gelieerde vennootschap heeft overgemaakt, dat haar daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt als bedoeld in artikel 2:9 BW en dat deze aansprakelijkheid ex artikel 2:11 BW ook op [appellant2] rust. Nu deze vordering aldus per saldo strekt tot redressering van onrechtmatige onttrekkingen van een bankrekening (in de vorm van schadevergoeding) acht het hof het spoedeisend belang daarmee gegeven, temeer nu het saldo van de rekening van TT Plaza Technology na deze onttrekkingen (nagenoeg) nihil was. *Grief VI* waarin onder meer wordt betoogd dat het (spoedeisend) belang ontbreekt faalt in zoverre.

Dit neemt niet weg dat met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in een veroordeling tot betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats is. Daarbij zal naast het spoedeisend belang moeten worden onderzocht of het bestaan van een vordering van de eiser voldoende aannemelijk is, terwijl in de afweging van de belangen van partijen mede moet worden betrokken de vraag naar – kort gezegd – het risico van onmogelijkheid van terugbetaling, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.

5.3. [appellant2] heeft de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid betwist.

5.4. Het hof stelt het volgende voorop. Voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle (relevante) omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult (vgl. onder meer HR 10 januari 1997 («JOR» 1997/29; *red.*), ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 Staleman/Van de Ven, rov. 3.3.1). De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet in dat verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert, dient de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken (vgl. HR 29 november 2002 («JOR» 2003/2, m.nt. Bartman; *red.*), ECLI:NL:HR:2002:AE7011, NJ 2003/455 Schwandt/Berghuizer Papierfabriek, rov. 3.4.5).

5.5. Art. 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Indien Plaza Holding als bestuurder aansprakelijk is, dan zijn Gimo Holding en [appellant2] dat ook, tenzij hen geen persoonlijk ernstig verwijt treft (zie HR 12 februari 2017 («JOR» 2017/121, m.nt. Leijten (*Kampschoër/Le Roux*); *red.*), ECLI:NL:HR:2017:275).

5.6. In het onderhavige geval staat vast dat [appellant2] in een aantal tranches (waarvan driemaal bedragen van ruim boven de € 10.000,-) een bedrag van € 105.925,- van de rekening van TT Plaza Technology heeft overgeheveld naar de rekening van TCE. Voor zover [appellant2] daarbij al beoogde te handelen in hoedanigheid van bestuurder van Gimo Holding en dus als een van drie middellijk bestuurders van TT Plaza Technology, is gehandeld in strijd met de statuten. Bestuurder van TT Plaza Technology is TT Plaza Holding. TT Plaza Holding kent drie bestuurders: Gimo Holding, Ijpm Beheer en L. de Wit Beheer. Gesteld noch gebleken is dat van deze bestuurders Gimo Holding tot “algemeen directeur” is benoemd als bedoeld in artikel 17 aanhef en onder (a) van de statuten van TT Plaza Holding. Derhalve dient TT Plaza Holding overeenkomstig artikel 17 aanhef en onder (b) door twee bestuurders te worden vertegenwoordigd (ook als het betreft

besluiten ten aanzien van haar dochter TT Plaza Technology). Dat is hier niet gebeurd, nu [appellant2] de opdrachten tot de overboekingen alleen heeft gegeven.

Vaststaat dat aldus in strijd met de statuten is gehandeld doordat slechts één van de (middellijke) bestuurders de vennootschap bij de betaling heeft vertegenwoordigd.

Hier komt bij dat in totaal voor ruim meer dan € 105.925,- is overgemaakt. Dat dit in tranches is gebeurd, doet naar het oordeel van het hof in dit geval niet af aan het gegeven dat de grens van € 10.000,- (waarboven toestemming nodig is van de AVA, die hier ontbreekt) ruimschoots is gepasseerd. De betalingen hebben steeds plaats gevonden aan een en dezelfde partij en hangen ook met elkaar samen. Drie van de tranches (€ 38.125,- + € 20.000,- + € 17.500,-) betreffen bovendien ook afzonderlijk bedragen van boven de € 10.000,-. In totaal betreft dit een bedrag van € 75.625,-, derhalve ruim meer dan de inzet van het geschil, te weten € 64.454,30. Bij dit alles komt dan ook nog dat de betalingen verricht werden aan een vennootschap (TCE) waarvan Gimo Holding eveneens middellijk bestuurder is, zodat sprake is van een tegenstrijdig belang als bedoeld in artikel 16 lid 6 van de statuten.

Vaststaat dat TCE niet in staat is om de aan haar overgemaakte bedragen (voor zover meer bedragend dan het wel door haar terugbetaalde bedrag) aan TT Plaza Technology terug te storten en dat zij geen verhaal biedt voor de aldus ontstane schade. De aansprakelijkheid voor deze schade van [appellant2] (via Gimo Holding en via TT Plaza Holding) op grond van artikel 2:9 BW is in beginsel gegeven nu (in meerdere opzichten) in strijd met de statuten is gehandeld. Het is evident dat het daarbij gaat om statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen.

Het ligt daarom op de weg van [appellant2] feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert.

5.7. Het verweer van [appellant2] (grief VII, herhaald in grief X) dat hij, in de fase voordat het subsidiegeld op de rekening van TT Plaza Technology was gestort, tijdens een gesprek met [B] op 14 juli 2014 als het ware carte blanche van hem heeft gekregen om naar eigen inzichten ten behoeve van TCE de nog te storten subsidiegelden van de rekening af te halen voor zover dit nodig zou zijn ter dekking van door TCE in verband met het project te maken kosten, is stellig door TT Plaza Technology betwist. Ter zake ontbreekt ook iedere documentatie of verslaglegging. Het onderhavige kort geding leent zich niet voor bewijslevering. Derhalve kan niet van de juistheid van dit verweer worden uitgegaan.

5.8. Het verweer (*grief VII, herhaald in grief X*) dat [B] en [C] achteraf hebben ingestemd met de overboekingen wordt als onvoldoende onderbouwd verworpen. Feitelijk wordt daartoe niet meer gesteld dan dat genoemde heren niet direct hebben geprotesteerd nadat zij de overboekingen hebben ontdekt of hadden kunnen ontdekken. Die stelling zal hierna worden verworpen bij de bespreking van de klachtplicht. Het hof voegt daaraan toe dat enkel niet protesteren in deze context ook bezwaarlijk als het verlenen van instemming kan worden geduid.

5.9. Naast het hiervoor verworpen beroep op verkregen toestemming (vooraf dan wel achteraf), heeft [appellant2] nog het navolgende aangevoerd (*grief IX*).

TCE had een factuur op TT Plaza Holding open staan ad € 28.289,80 voor het maken van een bidbook, welke werkzaamheden niet vielen onder het APPO-project noch onder het Bio Product Processor-project. In zoverre waren de onttrekkingen volgens [appellant2] dan ook niet zonder grond. Het hof overweegt als volgt. Voor zover is bedoeld dat TT Plaza Technology (uiteindelijk) niet is benadeeld ter grootte van het bedrag van de factuur omdat die uiteindelijk toch had moeten worden betaald en aldus geen sprake is van een te maken ernstig verwijt, faalt het verweer reeds omdat de gegrondheid van de onderhavige factuur, die ook nog eens niet op naam staat van TT

Plaza Technology maar op naam van de Holding, gemotiveerd is betwist en dit kort geding zich niet leent voor bewijslevering, wat er overigens ook zij van dit verweer.

5.10. [appellant2] heeft verder aangevoerd (*grief VIII*) dat een deel van de subsidiegelden (van tenminste € 41.000,- althans € 32.753,20) “aan TCE zou toekomen”. TT Plaza Technology heeft dat betwist en aangevoerd dat de betrokken projectpartners ter zake van de subsidiegelden nog geen verdeelsleutel waren overeengekomen en dus ten tijde van de overboekingen geen opeisbare vorderingen van TCE op TT Plaza Technology bestonden. Vaststaat dat ook volgens [appellant2] een verdeelsleutel nog niet is overeengekomen (MvG 94). In dit licht heeft [appellant2] onvoldoende onderbouwd dat TCE ten tijde van de overboekingen een opeisbare vordering had op TT Plaza Technology dan wel dat die vordering daarna is ontstaan. Het enkele feit dat, zoals met *grief VII* is betoogd, TCE de gelden nodig had om investeringen te kunnen doen en dat zij de gelden mogelijk (mede) heeft gebruikt ter financiering van activiteiten in het kader van het APPO-project, zoals [appellant2] stelt en TT Plaza Technology gemotiveerd betwist (onder meer door verwijzing naar een verslag van de Provincie), leidt niet tot een ander oordeel. Het feit dat TCE mogelijk in de toekomst een vordering zou hebben verkregen op TT Plaza Technology Technology van € 41.000,- maakt ook niet dat [appellant2] ter zake van de met de statuten strijdige onttrekkingen geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, of dat daardoor geen schade is ontstaan.

5.11. *Grievens IX en X* vormen voor het overige herhalingen van hiervoor reeds verworpen standpunten van [appellant2]. Voorts wordt in de toelichting op *grief X* aanvullend geklaagd dat de rechtbank ten onrechte:

(a) het beroep op te laat klagen niet heeft gehonoreerd;

(b) de rechtbank het beroep op de *exceptio plurium litis consortium* niet heeft gehonoreerd.

5.12. ((ad a) Het hof zal in dit kort geding niet ingaan op de principiële vraag of de klachtplicht van artikel 6:89 BW toepassing kan vinden in een geschil tussen een vennootschap en haar bestuurder op grond van onbehoorlijk bestuur (zie voor een ontkennend antwoord een uitspraak van dit hof d.d. 24 januari 2017: ECLI:NL:GHARL:2017:523, JOR 2017/122, m. nt. U.B. Verboom en de in die noot vermelde literatuur). Ook indien dat wel zo zou zijn, dan is een schending van de klachtplicht in dit geval niet aannemelijk geworden.

Het ligt op de weg van [appellant2] om voldoende feiten en omstandigheden te stellen en bij betwisting aannemelijk te maken waaruit kan volgen op welk moment TT Plaza Technology heeft ontdekt of bij een redelijkerwijs van haar te vergen onderzoek had behoren te ontdekken dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur, alsmede dat het tijdsverloop vanaf dat moment tot aan het moment waarop TT Plaza Technology geklaagd heeft, zo lang is geweest dat niet kan worden gesproken van een tijdige klacht als bedoeld in de art. 6:89 BW. (Vgl. HR 12 december 2014, («JOR» 2015/92, m.nt. Dammingh; *red.*), ECLI:NL:HR:2014:3593, Far Trading/Edco II). In dit verband is door [appellant2] betoogd dat aan de hand van door hem tijdens bestuursvergaderingen overgelegde grootboekkaarten met de aanduiding “O-sales” (dat naar [C] en [B] wisten stond voor Outdoor Boiler Sales, een “wel vaker door TCE gebruikte naam”) waarin de betalingen waren verwerkt voor de andere bestuurders duidelijk moest zijn dat de onttrekkingen hadden plaatsgevonden. Daarnaast is betoogd dat uit de e-mail van [C] van 11 januari 2015 (zie rov. 3.9) blijkt dat hij toen al op de hoogte was van de onttrekkingen zonder dat daartegen werd geprotesteerd.

Het hof volgt [appellant2] in zijn standpunt dat [C] blijkens de inhoud van zijn e-mail van 11 januari 2015 op de hoogte was van de onttrekkingen. Dat [C] en [B] nog eerder op de hoogte waren, is niet onderbouwd. Het hof acht gelet op de betwisting door TT Plaza Technology onvoldoende aannemelijk dat [C] en [B] bekend waren met de betekenis van “O-Sales” en daarom alert hadden moeten zijn op die grootboekkaart. Het hof voegt hieraan toe dat ook niet goed valt in te zien waarom [appellant2] deze ontwijkende benaming heeft gehanteerd, nu de gelden niets van



doen hadden met de outdoor boiler activiteiten van TCE. Bovendien dateert de oudste overgelegde grootboekkaart van 21 januari 2015 (prod. 20 TCE c.s. in eerste aanleg). Het hof volgt [appellant2] niet in zijn stelling dat in de e-mail van 11 januari 2015 niet is geklaagd. Uit de inhoud ervan volgt duidelijk dat [C] erop wijst dat het geld terug moet en dat door twee functionarissen binnen de organisatie goedkeuring moet worden gegeven voor financiële transacties. Maar ook al zou niet reeds in januari 2015 zijn geklaagd dan is dat in ieder geval gebeurd in de e-mail van 8 maart 2015 (zie eveneens rov. 3.9). Niet valt in te zien dat dit te laat is, temeer nu niet aannemelijk is geworden dat [appellant2] door het niet eerder klagen nadeel heeft ondervonden. De stelling van [appellant2] dat hij bij eerder klagen van verdere onttrekkingen had kunnen afzien, sneuvelt op de constatering dat de laatste onttrekking al in oktober 2014 heeft plaatsgevonden (rov. 3.8). De stelling dat hij bij eerder klagen de gelden niet had uitgegeven of wegen had kunnen vinden om de gelden terug te boeken is niet onderbouwd. Het hof merkt in dit verband nog op dat de overgelegde facturen (prod. 28 TCE c.s. in eerste aanleg) inzake door TCE gedane uitgaven alle dateren uit 2014. Enkele van de overgelegde facturen dateren uit 2015, doch deze staan niet op naam van TCE maar op naam van "MTS Dun J.J. en Wijbrands A.". Bovendien dateren die facturen van na 8 maart 2015.

5.13. ((ad b) [appellant2] baseert zijn beroep op de exceptio plurium litis consortium op het feit dat Gimo Holding (en TT Plaza Holding en haar medebestuurders) niet mede in rechte is (zijn) betrokken. Het hof gaat hierin niet mee. Gesteld noch gebleken is dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding die meebrengt dat het rechtens noodzakelijk is dat hierover moet worden beslist in een geding gevoerd door of tegen alle bij die rechtsverhouding betrokken partijen. Het enkele feit dat de aansprakelijkheid van [appellant2] in de onderhavige zaak (ex artikel 2:11 BW) voortvloeit uit de aangenomen aansprakelijkheid van Gimo Holding (via TT Plaza Holding) en dit oordeel Gimo Holding zelf niet bindt omdat zij in deze procedure geen partij is, leidt niet tot een ander oordeel.

5.14. Op grond van het voorgaande falen de grieven VII tot en met X.

5.15. Met grieven XI en XII wordt geklaagd over toewijzing van de beslagkosten en de proceskosten. Voor zover deze grieven voortbouwen op de overige grieven, delen zij het lot daarvan en falen zij. Subsidiar is nog aangevoerd dat de beslagkosten en proceskosten voor te hoge bedragen zijn toegewezen. Nu dit verder niet is onderbouwd, falen de grieven ook in zoverre.

5.16. Grief XIII is gericht tegen het dictum en mist in zoverre zelfstandige betekenis. In de toelichting op de grief wordt nog geklaagd dat de rechtbank is voorbijgegaan aan een aantal subsidiaire verweren. Het gaat om het verweer dat een eventuele veroordeling voorwaardelijk zou moeten zijn en dat een onvoorwaardelijke veroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad zou moeten worden verklaard. Het hof stelt vast dat nu reeds uitvoering is gegeven aan de veroordeling, het belang bij deze klacht niet valt in te zien. De grief faalt.

## **6. De slotsom**

---

6.1. In de zaak TCE-TT Plaza Technology zal ontslag van instantie worden verleend. In de zaak [appellant2]-TT Plaza Technology falen de grieven en zal het bestreden vonnis worden bekrachtigd, met veroordeling van [appellant2], als de in het ongelijk te stellen partij, in de kosten van het hoger beroep, (...; red.).

## **7. De beslissing**

---

Het hof:

*In de zaak TCE-TT Plaza Technology*

verleent aan TT Plaza Technology ontslag van instantie;

*In de zaak [appellant2]-TT Plaza Technology*

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen d.d. 20 juli 2015, waarvan beroep;

veroordeelt [appellant2] in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*)

verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

## Noot

---

1. In dit arrest bekrachtigt het Hof Arnhem-Leeuwarden de veroordeling van A door de voorzieningenrechter Noord-Nederland (locatie Groningen) om de gelden die hij als indirect bestuurder aan de vennootschap heeft onttrokken, aan de vennootschap (terug) te betalen. Hoewel er bij het arrest enkele kritische kanttekeningen te maken zijn, is deze uitkomst gelet op de feiten niet verrassend.

2. Ik vat die feiten eerst samen. A is bestuurder van Gimo Holding BV, die een belang van 33 1/3% in TT Plaza Holding BV houdt. Er zijn nog twee andere aandeelhouders, B en C, met ieder een even groot belang. Gimo Holding, B en C vormen samen het bestuur van TT Plaza Holding. TT Plaza Holding heeft een 100% dochter genaamd TT Plaza Technology. TT Plaza Holding is enig bestuurder van TT Plaza Technology. De Provincie Drenthe kent voor één van de twee projecten die binnen TT Plaza Technology worden ontplooid een voorlopige subsidie toe aan TT Plaza Technology van ongeveer € 120.000. A maakt van dat bedrag in tranches bijna € 106.000 over aan TCE Gofour BV ('TCE'), één van de partijen waarmee TT Plaza Technology in het project samenwerkte. TCE is een (indirecte) dochter van Gimo Holding en wordt ook indirect door A bestuurd. Na deze overboekingen resteert er bij TT Plaza Technology geen geld meer (r.o. 5.2). De berooide vennootschap sommeert A en TCE om het onttrokken bedrag terug te storten, maar zonder resultaat. Daarop start zij een kort geding waarin A en TCE hoofdelijk worden veroordeeld om de € 106.000 terug te betalen. Zoals vermeld, houdt die veroordeling in het onderhavige hoger beroep stand.

3. Het komt vrijwel nooit voor dat een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid in kort geding wordt ingesteld, laat staan toegewezen. Toch is dit technisch niet onmogelijk. De voorzieningenrechter kan weliswaar geen declaratoir oordeel vellen over de aansprakelijkheid van een bestuurder, hij kan in gevallen die spoedeisend zijn en die zich in een overzichtelijk feitelijk en juridisch kader afspelen, wel een voorschot op de schadevergoedingsplicht bevelen. Op die manier kan geprobeerd worden om onherstelbaar nadeel voor de vennootschap te voorkomen. Uit r.o. 5.2 blijkt dat het hof de opvatting van de voorzieningenrechter deelt, dat de vordering in casu voldoende spoedeisend was. Dat is op zich ook logisch, omdat TT Plaza Technology door de onttrekkingen berooid achterbleef. De enige (andere) uitspraak met een vordering in kort geding op grond van bestuurdersaansprakelijkheid die ik kon vinden, is Rb. Maastricht 4 juni 2007, ECLI:NL:RBMAA:BA6307. In die zaak probeerde de curator een voorschot te krijgen van de aangesproken bestuurders. De voorzieningenrechter achtte de vordering echter onvoldoende spoedeisend.

4. Naar aanleiding van het bevel van de voorzieningenrechter voldoet TCE een deel van het onttrokken bedrag en A de rest. Beiden gaan vervolgens in beroep om deze bedragen terug te krijgen. TCE gaat echter tijdens het hoger beroep failliet en de curator neemt de procedure niet

over. Het hof verleent TCE daarom ontslag van instantie. Daardoor richt het arrest zich vooral op A.

5. In r.o. 5.4 en 5.5 geeft het hof eerst het relevante toetsingskader voor bestuurdersaansprakelijkheid; Staleman/Van de Ven (HR 20 januari 1997, «JOR» 1997/29) voor het vereiste ernstig verwijt, Schwandt/Berghuizer Papierfabriek (HR 29 november 2002, «JOR» 2003/2, m.nt. Bartman) in verband met de daarin vervatte in-beginsel-regel, die geldt in geval van schending van een statutaire bepaling, en Kampschoër/Le Roux (HR 12 februari 2017, «JOR» 2017/121, m.nt. Leijten) in verband met de doorschakeling van bestuurdersaansprakelijkheid naar tweedegraads bestuurders op grond van art. 2:11 BW. In r.o. 5.6 past het hof dit toetsingskader toe op de feiten, maar daar gaat volgens mij iets niet goed. Het hof constateert dat A (via Gimo Holding) als bestuurder statutaire bepalingen heeft geschonden die de vennootschap beogen te beschermen, en past daarom de in-beginsel-regel uit Berghuizer Papierfabriek toe. Het hof constateert schending van (a) de vertegenwoordigingsbepaling, (b) het voorschrift dat rechtshandelingen met een financieel belang van meer dan € 10.000 goedkeuring van de algemene vergadering behoeven, en (c) de tegenstrijdig-belangbepaling. Op zich kunnen deze schendingen stuk voor stuk grond zijn voor toepassing van de in-beginsel-regel, maar de statuten waarop het hof doelt, zijn de statuten van TT Plaza Holding (zie r.o. 3.7) terwijl A wordt aangesproken door TT Plaza Technology. Het hof overweegt dat het evident is dat het gaat om “*statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen*”, maar miskent dus dat het in casu om een andere rechtspersoon gaat, TT Plaza Technology. Die laatste is degene die de schade (direct) lijdt en (dus) als claimant optreedt. Weliswaar bevatten de statuten van TT Plaza Holding ook bepalingen die haar dochter TT Plaza Technology beogen te beschermen (zie wederom r.o. 3.7), maar dogmatisch is de toepassing van de in-beginsel-regel op de vordering die door de dochter wordt ingesteld mijns inziens onjuist. Of de statuten van TT Plaza Technology vergelijkbare bepalingen bevatten die toepassing van de in-beginsel-regel rechtvaardigen, is onduidelijk en wordt door het hof in elk geval genegeerd. Het is jammer dat het vonnis van de voorzieningenrechter niet is gepubliceerd. Ik ben benieuwd of dat vonnis óók met toepassing van de in-beginsel-regel is opgebouwd. Maakt de constatering met betrekking tot de in-beginsel-regel in casu veel uit voor de uitkomst? Op zichzelf heeft A er natuurlijk belang bij dat de in-beginsel-regel niet ten onrechte wordt toegepast. De regel geeft de aanlegger (de vennootschap) immers de wind in de rug doordat het ernstig verwijt wordt vermoed. Daardoor kunnen elementen zoals de voorzienbaarheid van de schade onbesproken blijven. Hoewel dat element geen vereiste is voor het aannemen van een ernstig verwijt, is het doorgaans wel een belangrijke omstandigheid in de afweging of sprake is van een ernstig verwijt. In het onderhavige geval lijdt TT Plaza Technology mogelijk vooral schade doordat TCE intussen failliet is gegaan en dus geen verhaal meer biedt. Maar dat faillissement kwam twee jaren ná het gewraakte handelen van A. Dat roept de vraag op of de schade destijds voor A ook reeds voorzienbaar was. Toch vermoed ik dat de uitkomst niet anders was geweest indien het hof de in-beginsel-regel niet had toegepast. Immers, reeds het feit dat A (via Gimo Holding) onbevoegd TT Plaza Holding vertegenwoordigde als bestuurder bij TT Plaza Technology, terwijl de statuten van TT Plaza Holding juist beperkingen bevatten mede ter bescherming van TT Plaza Technology, weegt als omstandigheid voor het aannemen van een ernstig verwijt op het niveau van TT Plaza Technology waarschijnlijk zwaar. Daarbij komt dat de redenen die A aanvoert om de onttrekkingen te rechtvaardigen (de disculperende verweren genoemd in r.o. 5.7-5.10) vaag zijn en ongeloofwaardig overkomen (en daarom ook niet slagen). Waarschijnlijk was de conclusie dus ook zónder de toepassing van de in-beginsel-regeling geweest dat TT Plaza Holding's bestuurshandelen door toedoen van A (via Gimo Holding) ernstig verwijtbaar is en A via de band van art. 2:11 BW daarvoor hoofdelijk aansprakelijk is.

6. Een ander opvallend punt is dat het hof zich in r.o. 5.12 nadrukkelijk op de vlakte houdt omtrent de vraag of de klachtplicht van art. 6:89 BW van toepassing is op vorderingen op grond van onbehoorlijk bestuur. De rechtspraak en literatuur zijn hierover nog steeds verdeeld. Het was echter uitgerekend het Hof Arnhem-Leeuwarden dat in begin 2017 als eerste gerechtshof uitdrukkelijk de stelling betrok dat de klachtplicht op dergelijke gevallen *niet* van toepassing is (Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, «JOR» 2017/122, m.nt. Verboom). De toevoeging “*ook indien dat wel zo zou zijn, (...)*” wekt de suggestie dat de discussie ook binnen het Hof Arnhem-

Leeuwarden zelf nog niet definitief is beslecht. Hoe dit ook zij, het hof oordeelt dat tijdig is geklaagd en de motivering daarvan is begrijpelijk.

7. Ten slotte wijs ik op het weliswaar creatieve maar ook enigszins naïeve beroep van A op de exceptio plurium litis consortium. A stelt dat Gimo Holding en haar medebestuurders B en C in TT Plaza Holding in de procedure betrokken hadden moeten worden. Dit verweer slaagt terecht niet. De grondslag van de vordering jegens A is immers zijn eigen (via Gimo Holding en TT Plaza Holding) onrechtmatige handelen, dat te onderscheiden is van het eventuele onrechtmatige handelen van B en C. Het gaat hier dus niet om een ondeelbare processuele rechtsverhouding. De rechter kan over de aansprakelijkheid van A beslissen ook zonder een beslissing ten aanzien van de anderen te nemen. Dat zelfs Gimo Holding niet gedaagd is, maar enkel A als derdegraads bestuurder via art. 2:11 BW, maakt evenmin dat jegens A niet zelfstandig kan worden gevorderd en gevonnist.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij Evers Soerjatin