

RO 2024/21

## Interne bestuurdersaansprakelijkheid in verband met aankoop en betaling valse of vervalste facturen.

Hof Amsterdam 05-12-2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2974

|                |   |
|----------------|---|
| Instantie      | Hof Amsterdam   |
| Datum          | 5 december 2023   |
| Magistraten    | Mrs. J.M. van den Berg, Y. Steeg-Tijms, T.M. Snoep            |
| Zaaknummer     | 200.302.896/01  |
| JCDI           | JCDI:ADS950516:1  |
| Vakgebied(en)  | Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht                       |
| Brondocumenten | ECLI:NL:GHAMS:2023:2974, Uitspraak, Hof Amsterdam, 05-12-2023 |
| Wetgang        | Art. 2:9, 2:11, 2:242 BW                                      |

### Essentie

Bestuurdersaansprakelijkheid. Benoeming bestuurder.

Is de (voormalige) bestuurder rechtsgeldig benoemd als bestuurder? Is de (voormalige) bestuurder jegens de vennootschap aansprakelijk wegens onbehoorlijk bestuur in verband met de aankoop en betaling van valse of vervalste facturen?

### Samenvatting

Tussen 2018 en 2019 was Eli Holding B.V. (Eli) enige tijd medebestuurder van CS Factoring B.V. (CS Factoring), een factoringmaatschappij. De andere bestuurder was Quantum Satis B.V. (Quantum Satis). In die periode is CS Factoring op voorstel van Eli in een evenementenbureau gaan participeren. CS Factoring heeft in dat kader enkele aanzienlijke facturen gefinancierd, die later vals of vervalst bleken. CS Factoring heeft daarop Eli, haar bestuurder X en twee externe personen die bij het evenementenbureau betrokken waren aansprakelijk gesteld. Eli op grond van artikel 2:9 BW en bestuurder X via de schakelbepaling van artikel 2:11 BW. De twee anderen werden primair op grond van artikel 6:166 BW aangesproken (onrechtmatig handelen in groepsverband). In eerste aanleg wees de rechtbank Noord-Holland de vorderingen jegens de twee externen gedeeltelijk toe; zij zijn bij mijn weten niet in hoger beroep gegaan. Eli en bestuurder X ontsprongen in eerste aanleg de dans. CS Factoring berustte daarin niet en ging in hoger beroep. Het gaat in dit arrest enkel over de vermeende aansprakelijkheid van Eli en bestuurder X bij de factuurfraude. Eli is niet verschenen, maar bestuurder X wel. De reden daarvoor blijft onduidelijk. Het verweer van X als enig bestuurder van Eli moet ook worden gezien als het verweer van Eli.

Hof: Eli en bestuurder X zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die CS Factoring door de factuurfraude heeft geleden. Het hof stelt eerst vast dat Eli statutair bestuurder was van CS Factoring. Een besluit tot benoeming van een bestuurder komt volgens het hof vormvrij tot stand en kan ook stilzwijgend worden genomen (r.o. 5.6, onder verwijzing naar Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2022:31, vóór HR 3 juni 2022,

ECLI:NL:HR:2022:817). Uit de verklaring van Quantum Satis ((indirect) enig aandeelhouder van CS Factoring) bleek dat de algemene vergadering van CS Factoring Eli als bestuurder had benoemd, Eli was als bestuurder in het handelsregister geregistreerd geweest en die inschrijving was door de bestuurder en enig aandeelhouder van Quantum Satis ondertekend. Volgens het hof blijkt hieruit voldoende dat het benoemingsbesluit rechtsgeldig is genomen. Vervolgens komt het hof aan de hand van de ernstig verwijtmaatstaf (artikel 2:9 BW) tot het oordeel dat Eli onbehoorlijk heeft bestuurd en aansprakelijk is voor de door CS Factoring daardoor geleden schade. Ook wordt naar bestuurder X doorgegrepen (artikel 2:11 BW). Het hof laat bij dit alles onder meer de kennis en ervaring van (bestuurder X van) Eli meewegen, waardoor (extra) oplettendheid en nauwgezetheid mocht worden verwacht. Ook was Eli nauw betrokken bij de aankoop en betaling van de valse of vervalste facturen terwijl zij zich daarmee normaliter niet bezig hield, drong zij erop aan de gebruikelijke procedures niet te volgen en zette zij druk om de aangekochte facturen onmiddellijk te voldoen. Dat het controleren van facturen 'niet tot de bestuurstaak van Eli behoorde', deed volgens het hof niet aan haar aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur af.

## Verwant oordeel

### Zie ook:

- HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ 1997/360* m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*);
- HR 14 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1234, *NJ 1994/405* m.nt. J.M.M. Maeijer (*Hendriks c.s./KvK Den Haag c.s.*);
- A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2022:31, par. 3.6, in zijn conclusie vóór HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:817;
- Hof Amsterdam 23 oktober 2003, *JOR 2004/7 (Volgers/Invensys)*;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:4514, *JOR 2023/201* m.nt. K.A.M. van Vught;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10269, *JOR 2021/57* m.nt. M. Holtzer;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1568, *JOR 2019/101* m.nt. S.M. Bartman;
- Ktr. Rotterdam 9 januari 2014, *JOR 2014/34*;
- K.A.M. van Vught, 'De totstandkoming en uitleg van besluiten. Een vloeiende lijn tussen Boek 2, Haviltex en cao?', *Ars Aequi* 2018, p. 449-46;
- Y. El Harchaoui & K. Wiersma, 'Het benoemingsbesluit en de bestuurder: de stand van

## Wenk

De basis voor de vordering is interne bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:9 BW). Daartoe moet eerst vaststaan dat Eli statutair bestuurder van CS Factoring was. De benoeming van bestuurders geschiedt in beginsel door de algemene vergadering (artikel 2:242 BW). Aan de benoeming moet een besluit van de algemene vergadering ten grondslag liggen. Zonder benoemingsbesluit is de betrokken (rechts)persoon geen bestuurder, ook niet als hij op grond van verklaringen of gedragingen van de vennootschap heeft aangenomen dat hij tot bestuurder is benoemd (HR 15 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AG9047, *NJ* 2001/109 m.nt. Maeijer (*Van Ekelenburg/Squamish*)). Besluitvorming door de aandeelhouders kan in vergadering plaatsvinden en daarbuiten. Besluitvorming in vergadering vergt uiteraard dat een rechtsgeldige vergadering heeft plaatsgevonden, d.w.z. met inachtneming van de wettelijke en statutaire voorschriften. In de vergadering zelf kan de besluitvorming vervolgens in beginsel vormvrij plaatsvinden (Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2022:31, vóór HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:817 (*Investinfuture*); HR 14 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1234, *NJ* 1994/405 m.nt. Maeijer (*Hendriks c.s./KvK Den Haag c.s.*)). Met 'vormvrij' wordt bedoeld dat er bijvoorbeeld geen formele stemming hoeft te zijn geweest en de uitkomst niet formeel hoeft te worden vastgelegd. Artikel 2:230 lid 4 BW vereist weliswaar dat het bestuur aantekening houdt van genomen besluiten, maar het ontbreken daarvan doet niet af aan de rechtsgeldigheid van het besluit ([Kamerstukken II 1990/91, 21959, 3](#), p. 3-4). Dat in een vergadering een bepaald besluit is genomen, kan ook uit andere zaken blijken.

Hoewel het niet erg duidelijk wordt, lijkt het erop dat CS Factoring meende dat het benoemingsbesluit van Eli buiten vergadering was genomen. Besluitvorming buiten vergadering vergt ten minste enig schriftelijk spoor (artikel 2:238 lid 2 BW). Als er maar één aandeelhouder is, kan dat zich uiten in schriftelijke vastlegging, eventueel achteraf (HR 10 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1657, *NJ* 1995/595 m.nt. Maeijer (*Janssen/Pers*)), bijvoorbeeld door ondertekening van het KvK-inschrijvingsformulier. Dat is ook wat het hof in dit geval benoemde. Dat feit, samen met de verklaring van de enig aandeelhouder, was voor het hof voldoende om vast te stellen dat er een rechtsgeldig benoemingsbesluit was. Een geldig benoemingsbesluit alleen is niet voldoende: daarnaast moet de bestuurder zijn benoeming aanvaarden (*Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIB* 2019/240). Dit aspect komt in het arrest niet als zodanig terug, al bevat het arrest wel duidelijke aanknopingspunten dat Eli haar bestuursfunctie had aanvaard. Zo had Eli zich in de managementovereenkomst verbonden dat zij CS Factoring zou gaan besturen en verweet zij CS Factoring geen D&O-verzekering te hebben afgesloten.

Voor het hof stond dus vast dat Eli formeel bestuurder was in de betrokken periode, met als gevolg dat de vermeende aansprakelijkheid van Eli jegens CS Factoring moest worden getoetst aan de ernstig verwijtmaatstaf van artikel 2:9 BW. Bij die beoordeling zijn alle omstandigheden van het geval relevant (HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360 m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*)). Het hof concludeerde tot aansprakelijkheid van Eli en greep door naar X als achterliggende bestuurder (artikel 2:11 BW). Dit arrest geeft een nadere invulling van het begrip onbehoorlijke taakvervulling van artikel 2:9 BW en daarmee een aanvulling op de door de Hoge Raad geformuleerde "omstandighedencatalogus" (vgl. HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*)). Ik licht enkele aspecten uit.

Het valt op dat het hof ten aanzien van twee facturen oordeelt dat Eli eigenlijk niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, maar desondanks oordeelt dat Eli toch de schade die door betaling van deze facturen is ontstaan moet vergoeden. Volgens het hof zou de factuurfraude bij een behoorlijke taakvervulling al eerder aan het licht zijn gekomen, en zouden daarom ook latere facturen niet zijn betaald. Het kennelijke disculpatieberoep van Eli dat het controleren van facturen niet tot haar bestuurstaak zou behoren (artikel 2:9 lid 2 BW), slaagt niet. Hoewel het hof dit verweer op andere gronden afdoet, komt de vraag op of deze taak niet tot de algemene

gang van zaken behoort, zodat een bestuurder zich niet aan die verantwoordelijkheid kan onttrekken (artikel 2:9 lid 2 BW). Hoewel van een bestuurder (zeker van een factoringmaatschappij) niet zal mogen worden verwacht dat hij elke factuur controleert, gaat het hier niet om gewone factoringdiensten, maar om facturen van een 50%-deelneming, voor substantiële bedragen. Het lijkt goed verdedigbaar dat betaling van de betrokken facturen in dit geval onder de algemene gang van zaken valt.

Het is niet gezegd dat de kwestie met deze uitspraak is afgedaan. Mogelijk overweegt Eli regres op Quantum Satis. Interne bestuurdersaansprakelijkheid is immers een collectieve aansprakelijkheid, wat ertoe leidt dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn terzake het onbehoorlijk bestuur. Daarvoor is wel vereist dat Quantum Satis een aandeel heeft in het onbehoorlijk bestuur. Dat aandeel kan ook bestaan uit het niet ingrijpen (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5653). De verwijten in het arrest lijken echter vooral op Eli te zijn toegesneden, zodat het maar de vraag is in hoeverre een dergelijke actie kansrijk zou zijn.

C.L. Kruse

## Partij(en)

Arrestin de zaak van

CS Factoring B.V., in Bunschoten, appellante, advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen

1. Eli Holding B.V., in Heerhugowaard, geïntimeerde, in hoger beroep niet verschenen,
2. [Geïntimeerde 2], geïntimeerde, advocaat: mr. M.R.C. van Zoest te Amsterdam.

## Uitspraak

Hof:

### 1. De zaak in het kort

CS Factoring is een factoringmaatschappij. [Geïntimeerde 2] is enig bestuurder van Eli Holding, die op haar beurt enige tijd medebestuurder is geweest van CS Factoring. In die periode heeft CS Factoring op verzoek van een andere vennootschap bepaalde facturen gekocht en betaald. Die facturen bleken vals of vervalst. CS Factoring heeft Eli Holding c.s. aangesproken voor de schade die zij heeft geleden als gevolg van het betalen van valse of vervalste facturen. De rechtbank heeft de vorderingen van CS Factoring afgewezen. In dit hoger beroep beoordeelt het hof de vorderingen van CS Factoring opnieuw. Het hof oordeelt dat Eli Holding c.s. als (indirect) bestuurders aansprakelijk zijn jegens CS Factoring en veroordeelt hen hoofdelijk tot het vergoeden van het bedrag dat CS Factoring in verband met de facturen heeft betaald.

### 2. Het geding in hoger beroep

#### 2.1.

CS Factoring is bij dagvaarding van 15 september 2021 in hoger beroep gekomen van een vonnis van 30 juni 2021 van de rechtbank Noord-Holland, locatie Alkmaar, onder bovenvermeld zaak- en rolnummer gewezen tussen CS Factoring als eiseres en (onder andere) Eli Holding c.s. als gedaagden (hierna: het bestreden vonnis).

## 2.2.

Eli Holding is in hoger beroep niet verschenen. Tegen haar is verstek verleend.

## 2.3.

CS Factoring en [geïntimeerde 2] hebben de volgende stukken ingediend:

•f memorie van grieven tevens inhoudende akte wijziging van eis, met producties,

•f memorie van antwoord,

•f akte overlegging aanvullende producties van CS Factoring, met producties,

•f nadere akte van CS Factoring,

•f nadere akte van [geïntimeerde 2].

## 2.4.

Ten slotte is arrest gevraagd.

## 3. De feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. In hoger beroep is niet in geschil dat de feiten juist zijn weergegeven, zodat ook het hof van deze feiten uitgaat. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten, komen de feiten neer op het volgende.

### 3.1.

CS Factoring voert een onderneming die zich bezighoudt met het opkopen van uitstaande facturen, waarna CS Factoring de betreffende factuur bij de schuldenaar incasseert. De heer [naam 1] is - via zijn vennootschap Quantum Satis B.V. (hierna: Quantum Satis)) - enig aandeelhouder en bestuurder van CS Factoring.

### 3.2.

Eli Holding is een vennootschap waarvan [geïntimeerde 2] (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder is. Daarnaast had [geïntimeerde 2] - via een andere vennootschap - een incassobureau.

### 3.3.

In 2018 is na verkennende gesprekken tussen [naam 1] en [geïntimeerde 2] een samenwerking tot stand gekomen binnen CS Factoring. De strekking van deze samenwerking was - kort gezegd - dat [naam 1] naar de achtergrond zou treden en zijn rol beperkt zou zijn tot het financieren, en dat [geïntimeerde 2] (via Eli Holding) CS Factoring zou besturen. De samenwerking is vastgelegd in een managementovereenkomst tussen CS Factoring en Eli Holding van 15 oktober 2018. Per diezelfde datum is Eli Holding - naast Quantum Satis - als bestuurder ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

### 3.4.

Begin 2019 heeft [geïntimeerde 2] aan [naam 1] voorgesteld om via CS Factoring te participeren in een nieuw op te richten evenementenbureau voor de Europese markt, te weten Live Entertainment Europe B.V. (hierna: LEE). Twee bekenden van [geïntimeerde 2], [naam 2] en [naam 3], hadden aangegeven ervaring te hebben

met het organiseren van muziekevenementen in Zuid-Amerika en zochten financiering voor evenementen in Europa.

### 3.5.

CS Factoring heeft geparticipeerd in LEE en heeft daartoe een belang van 50 procent van de aandelen genomen in de holdingvennootschap Live Entertainment Holding B.V. (hierna: LEH). De andere 50 procent van de aandelen in LEH werden gehouden door S&S Entertainment and Agency B.V. (hierna: S&S), een vennootschap van [naam 2] en [naam 3]. De rolverdeling was - kort gezegd - dat [naam 2] en [naam 3] zich zouden bezighouden met de organisatie van evenementen en dat CS Factoring deze zou (voor)financieren.

### 3.6.

Op verzoek van [naam 2] en [naam 3] zijn facturen ter financiering aan CS Factoring aangeboden. Voor zover in hoger beroep nog van belang, gaat het om de volgende facturen (hierna: de facturen):

1. van Penrich Global LLC aan Quintessentially Group van 31 januari 2019 voor \$ 700.000.
2. van Penrich Global LLC aan Quintessentially Group van 5 maart 2019 voor \$ 285.000.
3. van YG Entertainment in Korea aan LEE van 17 juni 2019 voor \$ 150.000.
4. van YG Entertainment in Korea aan LEE van 15 juli 2019 voor \$ 275.000.
5. van Deuce Enterprises in Hong Kong aan LEE van 16 september 2019 voor \$ 100.000.

### 3.7.

Factuur 1 en factuur 2 (hierna ook wel: de Penrich-facturen) heeft CS Factoring van LEE gekocht voor een bedrag van in totaal € 637.201 en dit bedrag heeft zij betaald op de bankrekening die volgens de facturen van Penrich Global LLC (hierna: Penrich) was. Factuur 3 (voor een bedrag van € 132.784,49) en factuur 4 (voor een bedrag van € 247.770), die waren gericht aan LEE, heeft CS Factoring op verzoek van [naam 2] en [naam 3] geprobeerd te betalen op de bankrekening die volgens de facturen toebehoorde aan YG Entertainment. Factuur 3 is ook daadwerkelijk betaald. Van factuur 4 is het merendeel (€ 245.676,91) teruggestort op de bankrekening van CS Factoring na een melding van de fraudedesk van ABN AMRO Bank. Voor factuur 5 heeft CS Factoring een bedrag van € 100.000,00 betaald aan LEE, met het idee dat LEE de factuur zelf zou voldoen. In totaal heeft CS Factoring in verband met de facturen een bedrag van € 869.985,49 betaald.

### 3.8.

Bij brief van 30 september 2019 heeft CS Factoring de managementovereenkomst met Eli Holding beëindigd per 1 november 2019 omdat CS Factoring niet tevreden was met het functioneren van Eli Holding. Per 15 oktober 2019 is Eli Holding bij de Kamer van Koophandel uitgeschreven als medebestuurder van CS Factoring.

### 3.9.

In november 2019, toen Eli Holding niet langer bestuurder was van CS Factoring, heeft CS Factoring opnieuw een melding gekregen van de fraudedesk van ABN AMRO Bank naar aanleiding van een opdracht van CS Factoring tot betaling van een zesde factuur van LEE. Vervolgens heeft CS Factoring onderzocht of de facturen vals of vervalst waren. Uiteindelijk heeft CS Factoring [naam 2], [naam 3], Eli Holding en [geïntimeerde 2] aansprakelijk gesteld voor de schade die zij heeft geleden.



## 4. De eerste aanleg

### 4.1.

CS Factoring heeft in eerste aanleg - samengevat - gevorderd om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- i) te verklaren voor recht dat [naam 2] en/of [naam 3] en/of [geïntimeerde 2] in groepsverband ex artikel 6:166 Burgerlijk wetboek (BW) dan wel ieder voor zich ex artikel 6:162 BW onrechtmatig jegens CS Factoring hebben gehandeld vanwege, kort gezegd het door CS Factoring laten betalen van valse en/of vervalste facturen en CS Factoring daarvoor niet te waarschuwen;
- ii) [naam 2], [naam 3] en [geïntimeerde 2] als gevolg van het hiervoor gevorderde hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan CS Factoring van € 1.759.404,46, dan wel € 992.087,58, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf tenminste 7 januari 2020;
- iii) te verklaren voor recht dat Eli Holding CS Factoring onbehoorlijk heeft bestuurd ex artikel 2:9 BW door, kort gezegd, CS Factoring valse en/of vervalste facturen te laten betalen en CS Factoring daarvoor niet te waarschuwen en/of onvoldoende onderzoek te doen naar de juistheid van de facturen;
- iv) Eli Holding en (op de voet van artikel 2:11 BW) [geïntimeerde 2] als gevolg van het hiervoor onder (iii) gevorderde hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan CS Factoring van € 1.759.404,46, dan wel € 992.087,58, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf tenminste 7 januari 2020; en
- v) [naam 2], [naam 3], Eli Holding en [geïntimeerde 2] hoofdelijk te veroordelen in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover.

### 4.2.

De rechtbank heeft de vorderingen jegens [naam 2] en [naam 3] gedeeltelijk toegewezen. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat zij in groepsverband ex artikel 6:166 BW onrechtmatig jegens CS Factoring hebben gehandeld vanwege, kort gezegd, het door CS Factoring laten betalen van valse en/of vervalste facturen en CS Factoring daarvoor niet te waarschuwen, en hen hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan CS Factoring van een bedrag van € 992.087,58, met rente en kosten.

### 4.3.

De rechtbank heeft de vorderingen jegens Eli Holding c.s. afgewezen en CS Factoring in de kosten veroordeeld. Volgens de rechtbank heeft CS Factoring geen concreet aanknopingspunt gegeven dat [geïntimeerde 2] wist dat [naam 2] en [naam 3] valse of vervalste facturen ter betaling aan CS Factoring zouden aanbieden of hebben aangeboden. Van onrechtmatig handelen door [geïntimeerde 2] is dan ook geen sprake. Daarnaast heeft CS Factoring onvoldoende aangevoerd voor de stelling dat Eli Holding of [geïntimeerde 2] een persoonlijk ernstig verwijt te maken is van het als (indirect) bestuurder onrechtmatig handelen jegens CS Factoring, aldus de rechtbank.

## 5. De beoordeling

### De vorderingen in hoger beroep

#### 5.1.

Tegen de beslissing van de rechtbank genoemd onder 4.3 en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt CS Factoring in hoger beroep met vijf grieven op. CS Factoring betoogt - kort gezegd - dat [geïntimeerde 2] wel in groepsverband met [naam 2] en [naam 3] betrokken was bij de factuurfraude en dat Eli Holding en haar bestuurder [geïntimeerde 2] aansprakelijk zijn wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur. Daarnaast heeft zij haar eis vermeerderd. De eisvermeerdering heeft zij tijdig aan Eli Holding laten betekenen.

5.2.

CS Factoring heeft in hoger beroep, na vermeerdering van eis, - samengevat - geconcludeerd dat het hof (i) het bestreden vonnis voor zover gewezen tussen CS Factoring en Eli Holding c.s. vernietigt en, uitvoerbaar bij voorraad, (ii) alsnog haar vorderingen jegens Eli Holding c.s. toewijst (met dien verstande dat zij met betrekking tot de betaalde facturen niet langer € 992.087,58, maar € 869.985,49 vordert), (iii) voor recht verklaart dat Eli Holding ex artikel 6:74 BW is tekortgeschoten in de nakoming van de managementovereenkomst en Eli Holding veroordeelt tot de daardoor veroorzaakte schade en (iv) Eli Holding en [geïntimeerde 2] hoofdelijk veroordeelt in de proceskosten van beide instanties, met rente en nakosten. Het hof vat de vorderingen onder (ii) en (iii) zo op dat CS Factoring op drie alternatieve grondslagen (artikel 6:166 / 6:162 BW, artikel 2:9 / 2:11 BW en artikel 6:74 BW) een verklaring voor recht en schadevergoeding vordert.

5.3.

[Geïntimeerde 2] heeft - kort gezegd - geconcludeerd dat het hof het hoger beroep ongegrond verklaart en, uitvoerbaar bij voorraad, CS Factoring veroordeelt in de kosten van het hoger beroep.

### **De facturen zijn vals of vervalst**

5.4.

In eerste aanleg heeft CS Factoring per factuur met stukken onderbouwd gesteld dat de zes facturen vals of vervalst zijn. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat de facturen inderdaad vals of vervalst zijn. [Geïntimeerde 2] heeft zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat hij er nog altijd vanuit gaat dat de facturen niet vals of vervalst waren. Hetzelfde standpunt hebben Eli Holding c.s. in eerste aanleg ingenomen. Het hof acht dit een onvoldoende gemotiveerde betwisting van de stelling van CS Factoring. Het staat dus vast dat de facturen vals of vervalst waren.

### **Eli Holding was bestuurder van CS Factoring**

5.5.

Verder heeft [geïntimeerde 2] in hoger beroep aangevoerd dat Eli Holding - naar het hof begrijpt: [geïntimeerde 2] - bij gebrek aan wetenschap betwist dat Eli Holding formeel is aangesteld als bestuurder van CS Factoring, omdat Eli Holding niet bekend is met een dergelijk besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van CS Factoring.

5.6.

Het hof verwerpt dit betoog. Een besluit tot benoeming van een bestuurder komt vormvrij tot stand en kan ook stilzwijgend genomen worden (zie ECLI:NL:PHR:2022:31, onder 3.6 voor HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:817 en HR 14 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1234, r.ov. 3.4). In dit geval blijkt uit de verklaring van [naam 1] namens Quantum Satis (enig aandeelhouder van CS Factoring) dat de algemene vergadering van aandeelhouders van CS Factoring op 15 oktober 2018 heeft besloten Eli Holding als bestuurder te benoemen. Bovendien heeft [naam 1] namens Quantum Satis de inschrijving in het handelsregister van de benoeming van Eli Holding als bestuurder ondertekend en is Eli Holding als zodanig geregistreerd geweest in het handelsregister. Hieruit blijkt voldoende dat de algemene vergadering van aandeelhouders van CS Factoring het besluit heeft genomen Eli Holding te benoemen tot statutair bestuurder van CS Factoring.

### **Eli Holding heeft haar bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk vervuld**

5.7.

Het hof ziet aanleiding eerst grief 2 te behandelen. Deze grief is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat Eli Holding CS Factoring onbehoorlijk heeft bestuurd waarvan Eli Holding een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De grief slaagt. Het hof licht dit als volgt toe.

5.8.

Elke bestuurder is tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak (artikel 2:9 BW). Vervult de bestuurder zijn taak niet naar behoren, dan kan hij aansprakelijk zijn jegens de vennootschap. Aansprakelijkheid in de zin van artikel 2:9 BW is pas aan de orde bij een onmiskenbare, duidelijke tekortkoming. Er moet sprake zijn van een ernstig verwijt aan de bestuurder. Bij de beoordeling of de



bestuurder een ernstig verwijt treft, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken.

5.9.

CS Factoring heeft betoogd dat Eli Holding haar taak als bestuurder van CS Factoring kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Zij heeft dit als volgt onderbouwd. Bij de aankoop en de betaling van de Penrich-facturen heeft Eli Holding nagelaten de gebruikelijke en noodzakelijke handelingen te verrichten ter verificatie van de juistheid van de facturen en het bestaan en de kredietwaardigheid van de verzenders en de geadresseerden van de facturen. Zo is onder meer geen ondertekende factorovereenkomst tussen Penrich en CS Factoring gesloten, is geen mededeling van de cessie gedaan aan Quintessentially Group, heeft geen onderzoek plaatsgevonden naar de kredietwaardigheid van Penrich en Quintessentially Group en heeft geen onderzoek plaatsgevonden naar de bestuurders, *ultimate beneficial owners*, etc. van Penrich. Eli Holding heeft enkel een betaalinstructie gegeven aan de administratie van CS Factoring. Daarnaast heeft Eli Holding aan de administratie meegedeeld dat er een ondertekende factorovereenkomst was, hoewel deze er dus niet was. Bovendien heeft Eli Holding grote druk gezet op de administratie om deze facturen onmiddellijk te betalen. Bij de betaling van de aan LEE gerichte facturen (facturen 3 tot en met 5) heeft Eli Holding instructies gegeven zonder dat zij onderzoek heeft gedaan naar de legitimiteit van de betreffende facturen. Eli Holding heeft niets gedaan om de juistheid van facturen en de rechtspersonen vermeld op facturen te verifiëren terwijl dit tot haar kerntaak behoorde en er op het eerste gezicht aanwijzingen waren dat er iets niet in de haak was, aldus steeds CS Factoring.

5.10.

[Geïntimeerde 2] heeft zich op het standpunt gesteld dat Eli Holding haar bestuurstaak niet onbehoorlijk heeft vervuld, laat staan dat haar daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het controleren van facturen behoorde niet tot de bestuurstaak van Eli Holding. Desondanks heeft Eli Holding wel de nodige controles uitgevoerd. Van haar kon niet worden verwacht dat zij meer controles zou uitvoeren omdat er geen aanleiding was te twifelen aan de juistheid van de facturen.

5.11.

Het hof acht de volgende omstandigheden relevant voor de beoordeling van de vraag of het handelen van Eli Holding is aan te merken als onbehoorlijke taakvervulling. Allereerst gaat het om het handelen van een bestuurder van een onderneming die zich bezighoudt met het opkopen van uitstaande facturen. Daarbij komt dat de enig bestuurder en aandeelhouder van Eli Holding zelf een incassobureau heeft gehad. Tot slot had Eli Holding naar eigen zeggen geen ervaring in de evenementenbranche. Deze omstandigheden maken naar het oordeel van het hof dat van Eli Holding als bestuurder van CS Factoring (extra) oplettendheid en nauwgezetheid mocht worden verwacht ten aanzien van de facturen die LEE ter financiering aanbood aan CS Factoring. Verder acht het hof relevant dat de persoonlijke betrokkenheid van ([geïntimeerde 2] namens) Eli Holding bij de aankoop en betaling van de facturen ongebruikelijk was. [Geïntimeerde 2] heeft onvoldoende weersproken dat CS Factoring dagelijks tientallen facturen aankocht waarmee Eli Holding als bestuurder geen enkele bemoeienis had, maar dat Eli Holding zich er juist bij de facturen die CS Factoring ter financiering van LEE ontving, in detail mee bemoeide en er voor wat betreft de Penrich-facturen bij de behandelend medewerkers van CS Factoring op aandrang de gebruikelijke procedures niet te volgen.

5.12.

Met betrekking tot de Penrich-facturen overweegt het hof als volgt. Vast staat dat binnen CS Factoring bij de aankoop van facturen bepaalde procedures gebruikelijk en noodzakelijk zijn en dat dergelijke procedures worden uitgevoerd bij de aankoop van elke factuur, ongeacht of aanleiding bestaat te twifelen aan de juistheid van de factuur. Verder staat als onvoldoende weersproken vast dat Eli Holding die procedures niet heeft gevolgd bij de aankoop van de Penrich-facturen. Weliswaar heeft [geïntimeerde 2] aangevoerd dat Eli Holding "de nodige controles" heeft uitgevoerd, maar hij heeft niet toegelicht welke controles dat zijn geweest en ook overigens blijkt nergens uit dat Eli Holding controles heeft uitgevoerd. Daarnaast is niet (voldoende) weersproken dat Eli Holding de administratie van CS Factoring onjuist heeft voorgelicht over het bestaan van een factorovereenkomst met Penrich en druk heeft gezet om de Penrich-facturen onmiddellijk te betalen. Het hof is van oordeel dat dit handelen met name in de gegeven omstandigheden is aan te merken als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling waarvan Eli Holding een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hieraan doet, mede gelet op de betrokkenheid van Eli Holding bij de aankoop en betaling van de betreffende facturen, niet af dat het controleren van facturen niet tot de bestuurstaak van Eli Holding behoorde. Verder is niet van belang of Eli Holding aanleiding had te twifelen aan de juistheid van de Penrich-facturen. Ook is in het licht van de

omstandigheden van dit geval niet relevant of Eli Holding met betrekking tot deze facturen telkens overleg heeft gepleegd met [naam 1] (hetgeen [naam 1] overigens heeft betwist). Dergelijk overleg ontslaat Eli Holding niet van haar eigen verantwoordelijkheid als bestuurder van CS Factoring.

5.13.

Met betrekking tot de aan LEE gerichte facturen (facturen 3 tot en met 5) overweegt het hof als volgt. Voor de betaling van deze facturen golden binnen CS Factoring niet dezelfde procedures als voor de aankoop van facturen. In beginsel hoefde Eli Holding dan ook geen onderzoek te doen naar de legitimiteit van deze facturen en hoefde zij niet de juistheid van de facturen of de rechtspersonen vermeld op facturen te verifiëren. Voor facturen 3 en 4 heeft CS Factoring - tegenover de gemotiveerde betwisting door Eli Holding - onvoldoende gesteld dat Eli Holding aanleiding had te twijfelen aan de juistheid van deze facturen. Het enkele feit dat later is gebleken dat deze facturen vals of vervalst waren, is daarvoor niet voldoende. Dit wordt onderstreept door het feit dat ([naam 1] namens) CS Factoring na het vertrek van Eli Holding als bestuurder heeft geprobeerd een zesde factuur van LEE te betalen. Daaruit blijkt namelijk dat ook CS Factoring niet twijfelde aan de juistheid van een factuur die zij ter financiering van LEE ontving, maar die achteraf vals of vervalst bleek te zijn. Voor factuur 5 ligt de situatie anders. Bij de betaling van die factuur wist Eli Holding dat de fraudedesk van ABN AMRO Bank ten aanzien van factuur 4 een melding had gedaan en het betaalde bedrag (grotendeels) had teruggestort. Dit had voor Eli Holding aanleiding moeten zijn te twijfelen aan de legitimiteit van de facturen die CS Factoring ter financiering ontving van LEE. Zij had daarom de juistheid van de facturen en de rechtspersonen vermeld op de facturen moeten verifiëren. Hieraan doet, mede gelet op de betrokkenheid van Eli Holding bij de betaling van de facturen, niet af dat het controleren van facturen niet tot de bestuurstaak van Eli Holding behoorde. Het hof is van oordeel dat Eli Holding door geen onderzoek te doen naar de legitimiteit en zonder verificatie factuur 5 te (laten) betalen in de gegeven omstandigheden (zie 5.11 hiervoor) haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld waarvan Eli Holding een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

5.14.

De conclusie van het voorgaande luidt dat Eli Holding haar taak als bestuurder van CS Factoring onbehoorlijk heeft vervuld. Dit brengt mee dat grief 2 slaagt. Bij deze stand van zaken hoeft het hof de overige grieven niet te bespreken.

**De schade als gevolg van het onbehoorlijk bestuur bedraagt € 869.985,49**

5.15.

CS Factoring heeft in verband met de facturen een bedrag van in totaal € 869.985,49 betaald. CS Factoring heeft dit bedrag gevorderd als vergoeding van de schade die zou zijn veroorzaakt door de onbehoorlijke taakvervulling door Eli Holding. Als Eli Holding haar bestuurstaak behoorlijk had vervuld, zou zij een einde hebben gemaakt aan de factuurfraude en zou CS Factoring de facturen niet hebben betaald, zo begrijpt het hof de stellingen van CS Factoring. Het hof is van oordeel dat het bedrag van € 869.985,49 inderdaad schade vormt voor CS Factoring en licht dat als volgt toe.

5.16.

Om te bepalen welke schade het onbehoorlijk bestuur door Eli Holding tot gevolg heeft gehad, moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie mét en de (hypothetische) situatie zonder de onbehoorlijke taakvervulling. Volgens CS Factoring zou zij zonder het onbehoorlijk bestuur door Eli Holding in ieder geval de facturen niet hebben betaald.

5.17.

Het hof overweegt het volgende. Als Eli Holding haar taak behoorlijk zou hebben vervuld, zou zij bij de aankoop van de Penrich-facturen de gebruikelijke procedures hebben gevolgd. Daartoe behoort een ondertekende factorovereenkomst met Penrich. In dat geval zou in het contact met Penrich aan het licht zijn gekomen dat Penrich de betreffende factuur niet aan Quintessentially Group had gestuurd en (dus) dat de factuur die LEE ter financiering had aangeboden aan CS Factoring, vals of vervalst was. Daarmee zou de factuurfraude door LEE zijn ontdekt en zou CS Factoring de facturen die LEE ter financiering had aangeboden, niet hebben betaald. Dat geldt dus niet alleen voor de Penrich-facturen, maar ook voor de facturen die gericht waren aan LEE. In de hypothetische situatie zou CS Factoring dus niets hebben betaald. Dat betekent dat het totaalbedrag dat CS Factoring ter financiering van facturen van LEE heeft betaald, schade vormt die is veroorzaakt door de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door Eli Holding.

5.18.

Voor zover [geïntimeerde 2] heeft betoogd dat CS Factoring geen schade heeft geleden omdat - kort gezegd - de door haar betaalde bedragen zijn verrekend met de vorderingen van LEE op CS Factoring in verband met de investeringsbelofte van CS Factoring, gaat het hof aan dat betoog voorbij. Een dergelijke verrekening blijkt nergens uit.

5.19.

CS Factoring heeft verder gesteld dat haar schade (naast de betaalde facturen) bestaat uit wat zij voor het overige in LEE heeft geïnvesteerd, bestaande uit een bedrag van € 400.000 dat zij voor de aandelen in LEH heeft betaald en de management fee en overige kosten van het dagelijks bestuur van LEE die zij heeft gefinancierd. CS Factoring heeft echter niet toegelicht waarom deze overige investeringen in LEE niet zouden zijn gedaan zonder het onbehoorlijk bestuur door Eli Holding. Ook heeft zij niet gesteld dat zij haar investering zou hebben gestaakt als Eli Holding haar taak behoorlijk zou hebben vervuld. CS Factoring heeft - tegenover de gemotiveerde betwisting door Eli Holding c.s. - dan ook onvoldoende onderbouwd gesteld dat causaal verband bestaat tussen deze investeringen en het onbehoorlijk bestuur door Eli Holding.

### **[Geïntimeerde 2] is aansprakelijk als bestuurder van Eli Holding**

5.20.

Met de aansprakelijkheid van Eli Holding als bestuurder van CS Factoring is de aansprakelijkheid van [geïntimeerde 2] als bestuurder van Eli Holding gegeven. De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust namelijk hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is (artikel 2:11 BW). [Geïntimeerde 2] is dus hoofdelijk naast Eli Holding aansprakelijk voor de schade die CS Factoring heeft geleden.

### **Geen afwijzing vorderingen wegens niet afsluiten D&O verzekering**

5.21.

[Geïntimeerde 2] heeft betoogd dat de vorderingen van CS Factoring moeten worden afgewezen omdat Eli Holding c.s. een grotere tegenvordering hebben op CS Factoring die zij verrekenen met de vordering van CS Factoring op Eli Holding c.s. De tegenvordering van Eli Holding c.s. bestaat uit de schade die Eli Holding c.s. lijden omdat CS Factoring in strijd met de managementovereenkomst geen D&O verzekering voor hen heeft afgesloten, aldus [geïntimeerde 2].

5.22.

Voor zover [geïntimeerde 2] daarmee een beroep doet op verrekening, wijst het hof dat beroep af. CS Factoring heeft betwist dat Eli Holding c.s. schade lijden omdat CS Factoring geen D&O verzekering voor hen heeft afgesloten. Volgens CS Factoring heeft zij Eli Holding wel een voorstel voor een dergelijke verzekering gedaan, maar is Eli Holding daar zelf niet op teruggekomen en vervolgens heeft Eli Holding ook nadat zij bestuurder van CS Factoring van CS Factoring was geworden niet zelf een dergelijke verzekering voor zichzelf afgesloten. Bovendien zou een dergelijke verzekering in dit geval geen dekking hebben geboden en Eli Holding c.s. dus niet hebben gebaat. Gelet op deze gemotiveerde betwisting door CS Factoring kan het hof niet op eenvoudige wijze vaststellen of het beroep van [geïntimeerde 2] op verrekening gegrond is (artikel 6:136 BW).

### **Het hof verwerpt het bewijsaanbod van [geïntimeerde 2]**

5.23.

Het hof verwerpt het bewijsaanbod van [geïntimeerde 2], omdat hij geen concrete feiten of omstandigheden te bewijzen heeft aangeboden die tot een andere beslissing kunnen leiden.

### **Slotsom**

5.24.

Het hoger beroep heeft succes. Het hof zal het bestreden vonnis voor zover gewezen tussen CS Factoring en Eli Holding c.s. vernietigen. Daarnaast zal het hof de vorderingen van CS Factoring, zoals in hoger beroep gewijzigd, alsnog toewijzen.

5.25.

Omdat Eli Holding c.s. ongelijk krijgen, zal het hof hen hoofdelijk veroordelen in de proceskosten van het geding in beide instanties. Het hof stelt deze kosten als volgt vast:

Eerste aanleg:

|                             |   |           |                      |
|-----------------------------|---|-----------|----------------------|
| - kosten van de dagvaarding | € | 83,38     |                      |
| - griffierecht              | € | 4.131,00  |                      |
| - salaris advocaat          | € | 6.198,00  | (2 punten x € 3.099) |
| Totaal                      | € | 10.412,38 |                      |

Hoger beroep:

|                             |   |           |                        |
|-----------------------------|---|-----------|------------------------|
| - kosten van de dagvaarding | € | 98,52     |                        |
| - griffierecht              | € | 5.610,00  |                        |
| - salaris advocaat          | € | 7.728,50  | (1,5 punten x € 5.152) |
| Totaal                      | € | 13.437,02 |                        |

5.26.

De wettelijke rente en de nakosten zal het hof toewijzen zoals gevorderd.

## 6. De beslissing

Het hof:

6.1.

vernietigt het bestreden vonnis voor zover gewezen tussen CS Factoring en Eli Holding c.s. en in zoverre opnieuw rechtdoende:

6.2.

verklaart voor recht dat Eli Holding CS Factoring onbehoorlijk heeft bestuurd in de zin van artikel 2:9 BW;

6.3.

veroordeelt Eli Holding c.s. hoofdelijk tot betaling aan CS Factoring van € 869.985,49, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 7 januari 2020;

6.4.

veroordeelt Eli Holding c.s. hoofdelijk in de kosten van het geding in beide instanties, tot op vandaag aan de zijde van CS Factoring vastgesteld op € 10.412,38 voor de eerste aanleg en € 13.437,02 voor het hoger beroep, en op € 173 voor nasalaris, te vermeerderen met € 90 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot als betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente als niet binnen veertien dagen na tot betaling te zijn aangemaand aan de kostenveroordeling is voldaan;

## 6.5.

verklaart de veroordelingen onder 6.3 en 6.4 uitvoerbaar bij voorraad;

## 6.6.

wijst af wat meer of anders is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.M. van den Berg, Y. Steeg-Tijms en T.M. Snoep en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 5 december 2023.