

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 28, 2014

Nummer 28, 2014

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3005](#) 29-07-2014

Fortis Effect

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:2887](#) 23-07-2014

A Beleggingen BV / X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:2562](#) 03-07-2014

Dubbel F / Butt en Brink Pluimveeproducten

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:2444](#) 24-06-2014

Cancun / TMF Netherlands

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:2514](#) 12-06-2014

A c.s. / Makati

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:2107](#) 05-06-2014

X / Beleggingsmaatschappij Noork

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1975](#) 27-05-2014

X / ARC en Ciel Investments

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1851](#) 19-05-2014

RCM Consultancy / Middle Europe en verweersters

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:2798](#) 07-07-2014

Dimari Brodrie / Online Results B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:2724](#) 25-06-2014

G&G Beheer / X

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:4018](#) 20-06-2014

verhuisvriend.nl

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:4745](#) 26-02-2014

Enwee Beheer

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:4744](#) 05-02-2014

Greenfield Benelux B.V.

Annotatie

[Commentaar bij Hoge Raad 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905](#)

H. Koster

RECHTSPRAAK

Fortis Effect

Onrechtmatig handelen van de Nederlandse Staat en/of Fortis jegens de aandeelhouders van Fortis? Procedure tussen belangenorganisatie FortisEffect en enkele voormalige aandeelhouders tegen de Nederlandse Staat en Fortis. Na twee achtereenvolgende reddingsoperaties in de periode van 28 september tot en met 3 oktober 2008 door de Nederlandse Staat, zijn de Nederlandse activiteiten van het Fortis-concern inclusief ABN AMRO in handen van de Staat gekomen. In deze collectieve actie komt onder meer de cessie van vorderingsrechten van aandeelhouders aan FortisEffect aan bod. Tevens staat de vraag centraal of er sprake is geweest van misleidende informatieverstrekking door de Nederlandse Staat en Fortis in de zin van artikel 5:58 Wft. Is er gehandeld in strijd met de verplichting tot openbaarmaking van koersgevoelige informatie (art. 5:59 (oud) Wft)? Zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geschonden? Is de verplichting van goedkeuring door de AVA van het besluit tot verkoop van onderdelen van Fortis (art. 2:107a BW en artikel 2:8 BW) correct nageleefd? En is er sprake geweest van schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM? Doorkruising publiekrechtelijke bevoegdheden: had de Staat publiekrechtelijke bevoegdheden (uit de Wft) behoren te benutten om Fortis te redden?

Als gevolg van de wereldwijde financiële crisis is het Belgisch-Nederlandse bank- en verzekeringsconcern Fortis in september 2008 in financiële moeilijkheden gekomen. Dit heeft geleid tot twee reddingsoperaties. De eerste reddingsoperatie is op zondag 28 september 2008 bekendgemaakt. Deze reddingsoperatie behelsde dat Nederland, België en Luxemburg een aandelenbelang van 49% zouden nemen in respectievelijk Fortis Bank Nederland Holding NV,

Fortis Bank NV/SA en Fortis Banque Luxembourg. Vanwege aanhoudende problemen bij Fortis is op vrijdag 3 oktober 2008 de tweede reddingsoperatie bekendgemaakt, waarbij de Nederlandse Staat het volledige belang in Fortis Bank Nederland Holding NV verwierf.

Onderhavige zaak is aangespannen door onder meer de stichting FortisEffect tegen de Staat der Nederlanden en Ageas N.V. (de rechtsopvolger van Fortis N.V.). De vorderingen van FortisEffect c.s. zijn gebaseerd op twee pijlers: enerzijds wordt de Staat en Fortis verweten dat zij misinformatie de wereld in hebben gebracht, anderzijds wordt geklaagd over de wijze waarop de ontmanteling van Fortis heeft plaatsgevonden.

In het kader van de eerste pijler (misinformatie) stellen FortisEffect c.s. dat de Staat in strijd met artikel 5:58 Wft gehandeld heeft door informatie over Fortis te verspreiden waarvan een onjuist of misleidend signaal was te duchten.

Bij de beoordeling van deze grief maakt het hof een onderscheid tussen twee periodes: (1) de periode van zondagavond 28 september 2008 tot en met dinsdagmiddag 30 september 2008; en (2) de periode vanaf dinsdagavond 30 september 2008 tot vrijdagavond 3 oktober 2008. Het is onweersproken dat het in de loop van dinsdag 30 september 2008 duidelijk werd dat de eerste reddingsoperatie ontoereikend was en dat het noodzakelijk was zwaardere maatregelen te treffen. Er zijn onvoldoende aanwijzingen dat de Staat al eerder had geconcludeerd dat niet volstaan kon worden met de eerste reddingsoperatie.

De uitlatingen van de Staat in de eerste periode moeten worden gezien tegen de achtergrond van het feit dat in het weekend van 27 en 28 september 2008 het faillissement van Fortis een reële dreiging vormde. De mededelingen van de minister van Financiën op zondagavond tijdens de persconferentie, het NOS-interview en het interview bij RTL-nieuws moeten in dat licht worden beschouwd en zijn dan ook niet onjuist. Van misleidende mededelingen aan het publiek was ook geen sprake. Het hof houdt daarbij als maatstaf aan hoe de verschafte informatie door een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger wordt opgevat. Het hof wijst in dit verband erop dat het een dergelijke belegger eind september 2008 niet kan zijn ontgaan dat sprake was van een grote, mondiale kredietcrisis waarbij ook grote financiële instellingen in ernstige moeilijkheden waren geraakt. De 'maatman-belegger' moet dus hebben begrepen dat (ook) Fortis zich in zodanige ernstige moeilijkheden bevond en dat (mede) daarom een forse kapitaalinjectie van de Staat noodzakelijk was. De beleggers konden en mochten op basis van deze gegevens de door de minister gedane uitlatingen ook niet zonder meer opvatten als een signaal dat er voor Fortis geen gevaar meer te duchten was – daarvoor waren de omstandigheden te uitzonderlijk.

Ten aanzien van de tweede periode oordeelt het hof als volgt. Op donderdag 2 oktober 2008

heeft de minister van Financiën (wederom) de Tweede Kamer geïnformeerd over de stand van zaken bij Fortis. Het was de Staat op donderdag 2 oktober 2008 bekend dat de transactie van zondag 28 september 2008 niet de gewenste gevolgen had gehad. Dat neemt niet weg dat het niettemin op zijn weg lag de Tweede Kamer te informeren over de achtergrond van die transactie op de wijze waarop dat is gedaan. Naar het oordeel van het hof kon de Staat – gezien de grote belangen van het financiële stelsel – op dat moment in redelijkheid de keuze maken nog geen informatie te verschaffen over het voornemen zwaardere maatregelen te treffen omdat dit – naar redelijke inschatting – het vertrouwen in Fortis onmiddellijk nog verder zou doen afnemen en mogelijk kon leiden tot onbeheersbare gevolgen voor Fortis en het bancaire stelsel. De mededelingen die tijdens het debat in de Tweede Kamer zijn gedaan waren niet van dien aard dat de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger – mede gezien de dalende beurskoers van het aandeel Fortis – hieruit mocht afleiden dat de problemen met Fortis waren opgelost en de reddingsoperatie een succes was.

Het hof komt tot de conclusie dat de Staat niet in strijd met artikel 5:58 Wft heeft gehandeld en dat de staat ook anderszins niet onrechtmatig heeft gehandeld door het doen van de betreffende uitlatingen.

In een andere grief verwijten FortisEffect c.s. Fortis dat zij door het verstrekken van onjuiste en onvolledige informatie een te optimistisch beeld van de financiële positie en vooruitzichten van Fortis heeft gecreëerd en heeft laten bestaan. FortisEffect c.s. stellen dat Fortis daarbij in strijd heeft gehandeld met artikel 5:58 Wft (misleidende informatie) en met artikel 5:59 (oud) Wft (koersgevoelige informatie). Het hof oordeelt als volgt.

De opmerking van Diercx op de Belgische televisie dat sprake is van een sterke solvabiliteit en sterke inkomensstromen is misleidend omdat reeds op 26 september 2008 een persbericht was uitgebracht waarin de liquiditeits- en solvabiliteitspositie van Fortis aanmerkelijk gunstiger werden voorgesteld dan gerechtvaardigd was en de uitlating van Diercx op 29 september 2008 daarop voortbouwde zonder melding te maken van de in werkelijkheid bestaande liquiditeits- en solvabiliteitsproblemen. Uit de inhoud van de notulen van de vergadering van het bestuur van Fortis op 1 oktober 2008 blijkt dat Fortis zowel direct voorafgaand aan de eerste reddingsoperatie als in de periode tussen de eerste reddingsoperatie en de tweede reddingsoperatie kampte met ernstige liquiditeitsproblemen. Het benadrukken van 'sterke inkomensstromen' staat daarmee op gespannen voet. De mededeling op de Fortis-website dat de kapitaalinjecties van de overheden zijn afgerond en het geld is overgeschreven, was feitelijk onjuist omdat in ieder geval de Nederlandse Staat de eerste reddingsoperatie niet heeft uitgevoerd. Ook de mededeling in de brief van 1 oktober 2008, waarin wordt geschreven dat de onderneming er financieel sterker voorstaat dan ooit, strookt niet met de werkelijkheid. Op dat moment was voor Fortis immers al kenbaar dat de

maatregelen van het weekend ervoor onvoldoende effect hadden gehad, zoals blijkt uit de notulen van de bestuursvergadering van die dag. Naar het oordeel van het hof heeft Fortis – door te handelen in strijd met artikel 5:58 Wft – onrechtmatig gehandeld. Van de desbetreffende informatie gaat een onjuist of misleidend signaal uit met betrekking tot 'het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten', terwijl Fortis wist dat die informatie onjuist of misleidend was. De conclusie is derhalve dat Fortis in de periode 29 september 2008 tot en met 1 oktober 2008 in strijd met artikel 5:58 Wft heeft gehandeld door de betreffende mededelingen te doen. Deze handelwijze levert tevens een onrechtmatige daad op.

De tweede serie grieven is gericht tegen de oordelen van de rechtbank omtrent de wijze waarop Fortis is ontmanteld. FortisEffect c.s. hebben zich onder meer op het standpunt gesteld dat Fortis bij het besluit strekkend tot de verkoop van haar Nederlandse bank- en verzekeringsbedrijf aan de Nederlandse Staat in strijd heeft gehandeld met artikel 2:107a BW, artikel 14 van de Statuten van Fortis N.V. en artikel II.3.2 van de Fortis Governance Statement. Er was, aldus FortisEffect c.s., op grond van deze bepalingen voor dit besluit goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) vereist. Nu het desbetreffende besluit niet door de AVA is goedgekeurd, is dit nietig op grond van artikel 2:14 BW en/of artikel 2:15 lid 1 sub c BW.

Met de rechtbank is het hof van oordeel dat FortisEffect c.s. niet (voldoende gemotiveerd) hebben bestreden dat uit de beschikbare stukken volgt dat de financiële situatie van Fortis noopte tot snel handelen en dat op dat moment onvoorwaardelijk en eenduidig ingrijpen door de Nederlandse Staat de aangewezen weg was. Aanvankelijk werd gedacht dat de eerste reddingsoperatie toereikend zou zijn, maar in de dagen daarna bleek dat niet het geval. Dat er toen is gekozen voor nog verder strekkende maatregelen houdt klaarblijkelijk mede verband met het feit dat Fortis een systeembank was, wat wil zeggen dat zij door de omvang van haar activiteiten diep was geworteld in het financieel en economisch verkeer en daarin een nutsfunctie vervulde. Evenmin hebben FortisEffect c.s. bestreden dat het faillissement van Fortis in die periode een reële mogelijkheid was. Het (dreigend) faillissement van een systeembank kan mogelijk ernstige schade toebrengen aan het financiële systeem en de reële economie. De positie die Fortis als systeembank in het financieel en economisch verkeer innam, impliceert dat haar vennootschappelijk belang en de in artikel 2:8 lid 2 BW bedoelde redelijkheid en billijkheid mede worden bepaald door het maatschappelijk belang bij behoud van de continuïteit van (de onderneming van) Fortis. Dit grote maatschappelijke belang rechtvaardigt dat het besluit tot verkoop van de Nederlandse bank- en verzekeringsonderneming aan de Nederlandse Staat werd genomen zonder dat het besluit ter goedkeuring aan de AVA werd voorgelegd. Het rechtvaardigt ook dat de tweede

reddingsoperatie niet afhankelijk kon zijn van het achteraf al dan niet verlenen van goedkeuring door de AVA aan die transactie. Het is, met andere woorden, in de gegeven omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat het bestuur van Fortis gehouden zou zijn het bedoelde besluit aan de AVA ter goedkeuring voor te leggen.

Ten aanzien van de Staat bekrachtigt het hof het bestreden vonnis. Ten aanzien van Ageas vernietigt het hof het bestreden vonnis. Opnieuw rechtdoende verklaart het hof voor recht dat Ageas onrechtmatig heeft gehandeld door in de periode 29 september 2008 tot en met 1 oktober 2008 te handelen in strijd met artikel 5:58 en artikel 5:59 (oud) Wft.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-07-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3005

Zaaknummer: 200.095.240/01

Wetsartikelen: 5:58 Wft en 5:59 (oud) Wft

RECHTSPRAAK

A Beleggingen BV / X

Verzoek om het verzet tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ingevolge een '403-verklaring' (alsnog) ongegrond te verklaren.

Op 19 mei 1987 heeft AB ten aanzien van zes dochtervennootschappen, onder wie haar toenmalige dochtervennootschap Schildersbedrijf, een verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 onder f BW gedeponeerd bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Haarlem en Omstreken te Haarlem (hierna de 403-verklaring te noemen). AB was in 1987 de houdstervennootschap van de drie broers A. De dochtervennootschappen van AB hielden zich met name bezig met het autoschadebedrijf en het schildersbedrijf. X is sinds 1974, althans sinds de oprichting van Schildersbedrijf op 1 december 1975, in dienst geweest van Schildersbedrijf. Aanvankelijk was zij werkzaam in administratieve functies; sinds mei 2004 maakte zij als adjunct-directeur deel uit van de directie.

In augustus 2013 heeft Schildersbedrijf een verzoekschrift ingediend tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met X. Bij verklaring van september 2013 heeft AB haar verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid uit 1987 ingetrokken en mededeling gedaan van haar voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid op grond van artikel 2:404 lid 3 BW. Als reden van intrekking is vermeld dat Schildersbedrijf met ingang van 16 oktober 1992 niet meer tot de groep van AB behoort.

Op 18 september 2013 heeft de kantonrechter in de Rechtbank Noord-Holland beslist voornemens te zijn de arbeidsovereenkomst tussen Schildersbedrijf en X te ontbinden met ingang van 1 november 2013 onder toekenning van een schadevergoeding aan X van ruim € 225.900, met de bepaling dat Schildersbedrijf de gelegenheid heeft haar verzoek alsnog in te trekken. Schildersbedrijf heeft het ontbindingsverzoek op 30 september 2013 ingetrokken.

AB heeft van haar voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid op 30 oktober 2013 mededeling gedaan in een landelijk verspreid dagblad. Op 7 november 2013 heeft X een verzoek tot ontbinding van haar arbeidsovereenkomst met Schildersbedrijf ingediend. Bij beschikking van 23 december 2013 heeft de voornoemde kantonrechter dat verzoek

toegewezen en de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2014 ontbonden onder toekenning aan X van een vergoeding van € 113.000 ten laste van Schildersbedrijf. Bij verzoekschrift van 15 november 2013 is X op grond van artikel 2:404 lid 5 BW in verzet gekomen tegen het hiervoor bedoelde voornemen van AB. Bij vonnis van 21 januari 2014 van de Rechtbank Noord-Holland is Schildersbedrijf in staat van faillissement verklaard. De Rechtbank Noord-Holland heeft bepaald dat AB ten behoeve van X in de vorm van een bankgarantie zekerheid moet stellen voor betaling van € 113.000 in verband met de door A verschuldigde ontbindingsvergoeding, alsmede het verzet van X tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ingevolge een verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 onder f BW ongegrond verklaard indien AB uiterlijk op 11 maart 2014 de hiervoor bedoelde zekerheid heeft gesteld en gegrond verklaard indien AB de genoemde bankgarantie niet tijdig heeft gesteld. AB heeft hier tegen beroep ingesteld.

De Ondernemingskamer stelt voorop dat de intrekking van een 403-verklaring als de onderhavige geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheid voor schulden die al onder de reikwijdte van de – inmiddels ingetrokken – 403-verklaring vielen. De aansprakelijkheid voor deze schulden wordt in artikel 2:404 lid 3 BW aangeduid als de 'overblijvende aansprakelijkheid'. Onder omstandigheden, namelijk indien is voldaan aan de vier cumulatief geldende voorwaarden vermeld in artikel 2:404 lid 3 aanhef en onder a tot en met d BW, kan de rechtspersoon die zich op de voet van artikel 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk had gesteld voor schulden van een dochtervennootschap ook bewerkstelligen dat die overblijvende aansprakelijkheid eindigt. Daartoe strekt het thans aan de orde zijnde voornemen van AB en daartegen richt zich het verzet van X.

De Ondernemingskamer overweegt dat de (rechts)persoon die een 403-verklaring afgeeft, in beginsel de vrijheid heeft de reikwijdte daarvan – in duur of anderszins – in te perken. De omvang van die reikwijdte hangt in belangrijke mate af van (de uitleg van) de bewoordingen van de verklaring. De strekking van een 403-verklaring zoals deze volgt uit de context van de wet, kan daarbij ook een rol spelen, maar dient niet voorop te staan. Indien daaromtrent niets anders in de verklaring is opgenomen, brengt een redelijke en op (de praktijk van) het handelsverkeer toegesneden wetstoepassing naar het oordeel van de Ondernemingskamer mee dat de werking van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de schulden van de dochtervennootschap ook geldt voor schulden die tijdens de looptijd van de 403-verklaring ontstaan uit duurovereenkomsten die vóór het ingangstijdstip van de 403-verklaring zijn aangegaan. Dit geldt ook in het geval van een arbeidsovereenkomst (vgl. onder meer Hof Amsterdam 26 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AO3497, *NJ* 2004, 87).

Nu in het geval van AB de 403-verklaring terzake geen beperkingen inhoudt, is zij mede van toepassing op schulden voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst van Schildersbedrijf met X.

Dit geldt evenzeer voor de onderhavige ontbindingsvergoeding; dat deze voortvloeit uit de arbeidsrelatie staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer buiten kijf. De omstandigheid dat de ontbinding (uiteindelijk) is verzocht door X en niet door Schildersbedrijf, doet aan het voorgaande niet af. Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid van AB, ingevolge de 403-verklaring, voor die vergoeding gaat het niet om 'schuld' in de zin van verwijtbaarheid maar om (kleurloze) 'verschuldigdheid'. Voorts valt het ontstaansmoment van de vordering op (en de schuld van) Schildersbedrijf binnen het 'aansprakelijkheidstijdvak': daarbij gaat het immers om de datum van het vonnis van de kantonrechter (23 december 2013), dat daartoe constitutief is.

Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (op de voet van art. 6:2 lid 2 BW) behoort slechts in uitzonderlijke gevallen te worden gehonoreerd. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico's dient naar het oordeel van de Ondernemingskamer meer gewicht toe te komen aan de door AB niet ingetrokken 403-verklaring dan aan de omstandigheid dat X – geobjectiveerd bezien – had kunnen weten dat Schildersbedrijf geen dochtervennootschap van AB meer was en er voor AB geen reden was om de aansprakelijkheid voor de uit rechtshandelingen van Schildersbedrijf voortvloeiende schulden te handhaven. De Ondernemingskamer heeft hierbij in aanmerking genomen dat het niet aannemelijk is te achten dat X daadwerkelijk op de hoogte is geweest van de 'ontvlechting' van de A-groep in de negentiger jaren en van het gegeven dat AB niet langer de moedervennootschap van Schildersbedrijf was. Gelet voorts op de lange duur van X' arbeidsrelatie met Schildersbedrijf, kan naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet worden gezegd dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om de hoofdelijke aansprakelijkheid van AB jegens X van toepassing te achten. Ook indien sprake zou zijn van een 'vergeten' 403-verklaring, vormt die omstandigheid naar het oordeel van de Ondernemingskamer, alle betrokken belangen afwegende, niet een zodanig uitzonderlijke omstandigheid dat het beroep van AB op toepassing van artikel 6:2 lid 2 BW zou moeten slagen.

De slotsom op grond van hetgeen hiervoor is overwogen is dat het hoger beroep van AB ongegrond is en de uitspraak van de rechtbank moet worden bekrachtigd. AB zal, ten slotte, als de in het ongelijk te stellen partij worden verwezen in de kosten van het geding.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-07-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:2887

Zaaknummer: 200.142.777/01 OK

Wetsartikelen: 2:403 BW en 2:404 BW

RECHTSPRAAK

Dimari Brodrie / Online Results B.V.

In het kort geding, aangespannen door de voormalig bestuurder van een vennootschap, wordt de vraag voorgelegd of een bestuurdersontslag ook leidt tot beëindiging van de managementovereenkomst tussen de bestuurdersholding en de vennootschap. Met verwijzing naar de 15 april-arresten van de Hoge Raad, oordeelt de voorzieningenrechter dat het ontslag van een bestuurder ook leidt tot beëindiging van de managementovereenkomst.

Eiser wordt, op basis van een managementovereenkomst via zijn holding Dimari Brodrie B.V., ter beschikking gesteld aan Online Results B.V. voor het uitoefenen van managementtaken. Eiser is ook bestuurder van Online Results B.V. Nadat eiser met een werknemer van Online Results heeft besloten tot oprichting van CV Deal B.V., een aanbieder van internetgerelateerde diensten en handel in de door het gebruik van internet gegeneerde informatie, heeft Online Results eiser bericht dat hij met onmiddellijke ingang is geschorst. Een paar dagen later is eiser ook ontslagen als bestuurder van Online Results.

Eiser heeft hierop gevorderd dat Online Results en de mede-aandeelhouder in Online Results, Communication and Interaction Group B.V., worden veroordeeld om hem en Dimari Brodrie B.V. per direct zijn werkzaamheden als statutair bestuurder respectievelijk als manager te laten verrichten en de overeengekomen managementvergoeding te betalen.

De voorzieningenrechter oordeelt dat een onderscheid gemaakt dient te worden tussen de vennootschappelijke relatie tussen Online Results en eiser als bestuurder, en de contractuele relatie tussen Online Results en de persoonlijke holdingmaatschappij van eiser. Verder oordeelt de rechter dat in hoge mate aannemelijk is dat het schorsingsbesluit niet rechtsgeldig is genomen en dus eventueel vernietigbaar is ex artikel 2:15 lid 1 onder a BW. Daaromtrent wordt geoordeeld dat, zoals vereist ex artikel 2:227 lid 7 BW en de gesloten overeenkomst, eiser niet in gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze te geven ten aanzien van het

schorsingsbesluit en er geen argumenten naar voren zijn gebracht waarom in dit geval daarvan kan worden afgezien. Dit leidt derhalve tot de conclusie dat het aannemelijk is dat het besluit niet rechtsgeldig is.

Gegeven het oordeel dat het besluit naar alle waarschijnlijk niet rechtsgeldig is, zou eiser in beginsel in de gelegenheid gesteld moeten worden om zijn bestuursfunctie uit te voeren. Echter, er is sprake van een ontstane vertrouwensbreuk tussen eiser en de overige bestuurders van Online Results en het korte tijdsbestek dat hij zijn bestuursfunctie uit zou mogen oefenen wegens het aangekondigde ava-besluit dat betrekking heeft op het ontslag van eiser, wat ertoe leidt dat de vordering om eiser in de gelegenheid te stellen zijn bestuurswerkzaamheden te hervatten, wordt afgewezen. De voorzieningenrechter oordeelt verder dat het vennootschapsrechtelijke besluit om eiser te ontslaan als bestuurder tevens leidt tot het einde van de managementovereenkomst (HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2713 en HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2030). Eventueel andersluidende afspraken die hierop een uitzonderingen zouden kunnen maken, zijn niet gesloten. De eerder gefactureerde en nog onbetaalde factuur ten behoeve van eerder verrichte werkzaamheden, dient overigens nog wel betaald te worden.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 07-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:2798

Zaaknummer: C/16/372150 / KG ZA 14-472

Wetsartikelen: 2:244 lid 1 BW, 2:227 lid 7 BW en 2:15 lid 1 onder a BW

RECHTSPRAAK

Dubbel F / Butt en Brink Pluimveeproducten

Verzoek tot het opnieuw inrichten en vaststellen van de jaarrekening. Ten aanzien van Butt Holding wordt verzoekster niet-ontvankelijk verklaard vanwege overschrijding van de in artikel 2:449 lid 1 BW genoemde termijn. Ten aanzien van Brink Pluimveeproducten wordt overwogen dat het verzoek wel tijdig is ingediend. Daarbij heeft Dubbel F verzocht dat wordt bevolen dat Brink Pluimveeproducten haar jaarrekening 2012 in het geding brengt. Het bevel wordt gegeven.

In de onderhavige procedure heeft Dubbel F de Ondernemingskamer verzocht om op de voet van artikel 2:447 e.v. BW bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren beschikking – naar de Ondernemingskamer begrijpt – (1) de besluiten van Butt Holding respectievelijk Brink Pluimveeproducten tot vaststelling van haar onderscheiden jaarrekeningen 2012 te vernietigen, en (2) Butt Holding en Brink Pluimveeproducten te bevelen de onderscheiden jaarrekeningen met inachtneming van het in het verzoekschrift gestelde in te richten.

Aan haar vordering ligt een geschil met betrekking tot de uitoefenprijs van opties van Dubbel F ten grondslag. Het geschil ziet onder meer op de jaarrekening verwerkingen van verzekeringspenningen en de invloed daarvan op de uitoefenprijs van de opties.

Brink Pluimveeproducten en Butt Holding voeren aan dat Dubbel F niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat de in artikel 2:449 BW bedoelde termijn van twee maanden na vaststelling van de jaarrekening is verstreken, onder verwijzing naar de datum waarop de AVA tot vaststelling van de jaarrekening heeft plaatsgevonden (1 april 2013). Dubbel F heeft verklaard dat dat niet de datum is waarop de jaarrekening is vastgesteld. Daarbij verwijst Dubbel F naar de datum op de jaarrekening, zoals gedeponeerd bij de KvK: 27 januari 2014. Na ondervraging van de aanwezigen op de toenmalige AVA, luidt het oordeel van de OK dat in redelijkheid dient te worden afgeleid dat de jaarrekening van Butt over 2012 inderdaad op 1 april 2013 is vastgesteld. Ondanks de onduidelijkheid op de AVA destijds, was de AVA met name gericht op het vaststellen van de jaarrekening en gezien het percentage stemmen vóór vaststelling kan worden aangenomen dat de jaarrekening destijds is aangenomen. Ten

aanzien van haar verzoek jegens Butt Holding wordt Dubbel F niet-ontvankelijk verklaard.

Ten aanzien van de vaststelling van de jaarrekening van Brink Pluimveeproducten moet worden uitgegaan van een vaststellingsdatum van 27 januari 2014. Het verzoek is ten aanzien van die jaarrekening wel tijdig gedaan.

De Ondernemingskamer is, anders dan Brink Pluimveeproducten, van mening dat Dubbel F als belanghebbende moet worden aangemerkt in de zin van artikel 2:448 lid 1 sub a BW. Brink Pluimveeproducten dient haar jaarrekening 2012, zoals deze is vastgesteld en die – naar moet worden aangenomen – afwijkt van de jaarrekening zoals gedeponeerde, aan Dubbel F ter beschikking te stellen door deze in de procedure te brengen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-07-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:2562

Zaaknummer: 200.144.249/01 OK

Wetsartikelen: 2:449 BW, 2:448 lid 1 sub a BW en 2:447 e.v. BW

RECHTSPRAAK

G&G Beheer / X

Een vordering op (de huwelijkspartner van de) bestuurder wordt afgewezen, omdat niet is gesteld en bewezen dat sprake is van zodanig onzorgvuldig handelen dat de (partner van) bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De vordering die strekt tot hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurder wordt derhalve niet toewezen.

Naar aanleiding van een uitspraak van de Rechtbank Utrecht, staat vast dat KP IT-Medica, de onderneming waarvan X bestuurder is, is veroordeeld tot betaling van een bedrag ad circa 40.000 euro aan G&G. Eerder is X, na verkoop van 90% van de aandelen in KP IT-Medical door G&G, aandeelhouder geworden van de vennootschap middels NBS, waarvan de stichting van X aandeelhouder en bestuurder is. Later, in 2013, is KP IT-medical gefailleerd.

In onderhavig geschil vordert G&G hoofdelijke veroordeling van X tot betaling van ruim 100.000 euro. Daarin wordt ten grondslag gelegd dat X onrechtmatig jegens G&G gehandeld heeft, bestaande uit het als bestuurder tegenhouden van de betaling van de vorderingen door KP IT-Medical en dat hij als feitelijk beleidsmaker feitelijk verhinderde en verhindert dat aan G&G wordt betaald. De partner van X, tevens gedaagde en derhalve X2, wordt eveneens meegenomen in de procedure. De rechtbank wijst de aansprakelijkheid van laatstgenoemde direct af: de vordering van G&G zou pas op X2 verhaald kunnen worden, nadat de eventuele aansprakelijkheid van X is vast komen te staan (r.o. 4.3). Voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is vereist dat het handelen of nalaten van X zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In casu heeft G&G dit niet gesteld en de aangevoerde gronden zijn daarvoor ook onvoldoende. De vorderingen van G&G worden afgewezen en zij zal dus in het ongelijk worden gesteld.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:2724

Zaaknummer: C/16/339365 / HA ZA 13-156

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Cancun / TMF Netherlands

De OK heeft reeds geoordeeld dat er sprake is van wanbeleid bij Cancun II. In onderhavige casus wordt een vordering ingesteld ten aanzien van de aansprakelijkheid van de voormalig bestuurders. Deze vordering wordt afgewezen, omdat er onvoldoende zekerheid bestaat dat de bodemrechter bewezen zal achten dat zij hun taak niet naar behoren vervuld hebben wegens het niet kunnen geven van een verantwoord oordeel over de schadeomvang.

Equity Trust, rechtsvoorganger TMF Netherlands, en geïntimeerde sub 2 zijn van respectievelijk 2009 tot en met begin 2010 en augustus 2005 tot en met begin december 2009 bestuurder geweest van eiser, Cancun II. Bij de rechtbank Amsterdam is een geding aanhangig tussen Cancun II en de voormalig bestuurders, waarbij eerstgenoemde vordert een verklaring voor recht dat de bestuurders destijds zijn tekortgeschoten in de behoorlijke vervulling van de opgedragen taak ex artikel 2:9 BW en dat hun hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt met de hoofdelijke aansprakelijkheid van hen als gevolg. Daarbij vordert Cancun II een totale schadevergoeding van ruim \$80.000.000. Dat er sprake is geweest van wanbeleid staat volgens de rechtbank – en later de Hoge Raad – vast. De vraag ten aanzien van eventuele aansprakelijkheid en of er sprake dient te zijn van schadevergoeding ex artikel 6:74 BW is echter nog niet beoordeeld.

Omdat niet met voldoende zekerheid kan worden geoordeeld dat de rechter in bovengenoemde hoofdzaak bewezen zal achten dat verweerders tegenover Cancun II de taken niet vervuld heeft op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris had behoren te doen, kan (nog) niet geoordeeld worden over eventuele aannemelijkheid van welke schade dan ook. De vordering wordt dan ook afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-06-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:2444

Zaaknummer: 200.133.667-01

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:74 BW

RECHTSPRAAK

verhuisvriend.nl

Geschil tussen bestuurders. Nu beide bestuurders – al dan niet via hun persoonlijke holding – elkaar blijven bestoken met verwijten en procedures die een definitieve oplossing van het geschil in de weg staan (zij het een oplossing in der minne dan wel via een procedure bij de Ondernemingskamer), is de voorzieningenrechter van oordeel dat artikel 2:239 (lid 5 jo. lid 6) BW hem aan een beoordeling van het onderhavige kort geding in de weg staat. De ratio van voornoemd artikel is te voorkomen dat een bestuurder bij zijn handelen zich uitsluitend of mede laat leiden door zijn persoonlijke belang in plaats van het belang van de vennootschap dat hij vooral heeft te dienen. Nu beide bestuurders het vennootschapsbelang laten ondersneeuwen, met alle voor de hand liggende desastreuze gevolgen van dien, handelen zij beide verwijtbaar en geenszins in het belang van de vennootschappen. Om die reden zal de voorzieningenrechter de vorderingen afwijzen.

Eisers in deze zaak zijn Verhuisvriend.nl B.V. en diens bestuurder en enig aandeelhouder BHR Solutions B.V. (hierna: BHR). Gedaagden in deze zaak zijn gedaagde 2 en diens persoonlijke holding RMAN Holding B.V. Gedaagde 2 en X hebben ieder via hun persoonlijke holding de helft van de aandelen in BHR en waren daarnaast bestuurder in voornoemde onderneming.

De kern van het (onderliggende) geschil is het feit dat bestuurders X en gedaagde 2 (althans via hun persoonlijke holding) in een zodanige impasse zijn geraakt, dat dit het gezamenlijk bestuur van eisers in de weg staat. X heeft namens eisers het onderhavige kort geding geëntameerd en heeft daaraan ten grondslag gelegd enkele gedragingen van gedaagde 2 dan wel zijn persoonlijke holding RMAN Holding die naar de mening van X als onbehoorlijk kunnen worden gekwalificeerd, zoals het voldoen van nota's voor rechtsbijstand van de rekeningen van eisers, alsmede het platleggen van de operationele systemen waardoor de website verhuisvriend.nl niet of niet adequaat werkt ten gevolge waarvan eisers inkomsten

mislopen. Gedaagde 2 heeft op zijn beurt eveneens een kort geding geëntameerd, met gelijksoortige vorderingen en verwijten aan het adres van X.

Nu X en gedaagde 2 – al dan niet via hun persoonlijke holding – elkaar blijven bestoken met verwijten en procedures die een definitieve oplossing van het geschil in de weg staan (zij het een oplossing in der minne dan wel via een procedure bij de Ondernemingskamer), is de voorzieningenrechter van oordeel dat artikel 2:239 (lid 5 jo. lid 6) BW hem aan een beoordeling van het onderhavige kort geding in de weg staat. Zoals ter mondelinge behandeling reeds aan partijen is medegedeeld is een definitieve oplossing op korte termijn noodzakelijk gelet op de preciaire (financiële) situatie waarin eisers zijn komen te verkeren door toedoen van X en gedaagde 2. De ratio van voornoemd artikel is te voorkomen dat een bestuurder bij zijn handelen zich uitsluitend of mede laat leiden door zijn persoonlijke belang in plaats van het belang van de vennootschap dat hij vooral heeft te dienen. Nu beide bestuurders het vennootschapsbelang laten ondersneeuwen, met alle voor de hand liggende desastreuze gevolgen van dien, handelen zij beide verwijtbaar en geenszins in het belang van de vennootschappen. Om die reden zal de voorzieningenrechter de vorderingen afwijzen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:4018

Zaaknummer: C/08/154907/ KG ZA 14-143

Wetsartikelen: 2:239 BW

RECHTSPRAAK

A c.s. / Makati

Verzocht is een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een vennootschap. De aangevoerde gronden worden voldoende geacht om dit verzoek toe te wijzen. Verder vereisen de huidige omstandigheden dat de huidige bestuurders worden geschorst, nieuwe onafhankelijke bestuurders en een nieuwe beheerder van de aandelen worden toegewezen. Het enquêteverzoek zal vooralsnog worden aangehouden.

A, het totaal van verzoekers, heeft verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Makati over de periode vanaf augustus 2006, het moment dat alle aandelen in handen zijn van Trompenburg Beheer. Verder is er verzocht een aantal onmiddellijke voorzieningen te treffen, onder meer inhoudende het schorsen van de huidige en opnieuw benoemen van onafhankelijke bestuurders en het schorsen van het stemrecht van de aandelen van Trompenburg.

De ondernemingskamer oordeelt ten aanzien van de niet-ontvankelijkheidsverweren van Makati dat A in haar vordering kan worden ontvangen, omdat de bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken ex artikel 2:349 BW kenbaar zijn gemaakt en er geen sprake is van eventuele misbruik van bevoegdheid zoals door Makati wordt gesteld.

A heeft ten grondslag gelegd aan haar stelling dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en gang van zaken en dat er onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen, dat de meerderheidsaandeelhouders misbruik hebben gemaakt van de meerderheidsmacht, de verhoudingen in Makati duurzaam zijn verstoord en het optreden van de meerderheidsaandeelhouders grote schade toebrengt aan de vennootschap. De OK acht op grond van het voorgaande een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap geboden. Dat zou onder meer betrekking moeten hebben op de feitelijke machtsverhoudingen. Verder is de OK van oordeel dat er onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. Deze strekken ertoe dat de bestuurders worden geschorst en tijdelijke bestuurders benoemd. Verder worden de aandelen ten titel van beheer overgedragen, hetgeen effectiever is

dan de verzochte schorsing van stemrecht. Het enquêteverzoek zal vooralsnog worden aangehouden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-06-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:2514

Zaaknummer: 200.145.231 OK

Wetsartikelen: 2:349a BW

RECHTSPRAAK

X / Beleggingsmaatschappij Noork

Naar aanleiding van een bereikte minnelijke regeling besluit de OK tot beëindiging van de enquêteprocedure en de getroffen onmiddellijke voorzieningen.

In december 2011 heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Beleggingsmaatschappij Noork over de periode vanaf januari 2010. Daarbij is eveneens beslist dat – bij wijze van onmiddellijke voorziening – een onafhankelijke derde is benoemd tot bestuurder van de vennootschap en dat deze bestuurder een aandeel van X, verzoekers, ten titel van beheer heeft overgedragen gekregen.

In juni 2014 is de OK verzocht, naar aanleiding van een getroffen minnelijke regeling, om de enquêteprocedure en de getroffen onmiddellijke voorzieningen stop te zetten. De OK beëindigt derhalve het onderzoek en de onmiddellijke voorziening.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-06-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:2107

Zaaknummer: 200.093.482/01 OK

Wetsartikelen: 2:346 e.v. BW

RECHTSPRAAK

X / ARC en Ciel Investments

Een verzoek tot het instellen van een enquêteprocedure wordt toegewezen wegens het niet verschaffen van openheid van zaken en het herhaaldelijk handelen in strijd met de wet en statuten.

A was en is enig bestuurder van ARC en Ciel Investments, ofwel ACI. Tot eind 2005 was zij tevens enig aandeelhouder van de vennootschap, totdat 60 aandelen aan X zijn uitgegeven. A en X hadden destijds een relatie en woonden samen tot 2008. In 2010 besloot A de activiteiten van ACI af te bouwen en te beëindigen. In oktober 2010 is Spiegelboog B.V. opgericht door A met A als enig aandeelhouder en bestuurder.

Naar aanleiding van de beëindiging van de activiteiten van ACI in 2010, heeft X besloten tot een verzoek tot het instellen van een enquêteprocedure wegens het niet verschaffen van openheid van zaken en het structureel handelen in strijd met de wet en statuten. A heeft aangegeven dat dit onder meer veroorzaakt werd door het beëindigen van de relatie met X en dat ondanks dat getracht is om de verplichtingen zo goed mogelijk op te pakken. Dit verweer kan ACI echter niet baten. Hoewel ACI aangeeft zich immerte hebben gekweten van haar administratieverplichtingen, hebben er geen AVA's meer plaatsgevonden gedurende lange tijd en zijn er opmerkelijke verschillen in de (concept)jaarrekeningen. Daarbij komt het buiten verzoekster om genomen besluit tot beëindiging van de activiteiten van ACI. Conform statuten zou een dergelijk liquidatiebesluit slechts genomen kunnen worden bij besluit van de AVA en is er niet duidelijk gemaakt dat de beslissing tot het ontzien van X genomen is in het belang van de vennootschap.

Al met al beveelt de OK derhalve een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van ACI over de periode vanaf januari 2010.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-05-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:1975

Zaaknummer: 200.144.051/01 OK

Wetsartikelen: 2:350 BW

RECHTSPRAAK

RCM Consultancy / Middle Europe en verweersters

Verzoek tot machtiging om mededeling uit verslag te mogen doen ex artikel 2:353 lid 3 BW wordt afgewezen. Een andere procedure kan geen verkapt hoger beroep zijn aldus de OK.

Bij beschikking heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschappen, een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon benoemd teneinde het onderzoek te verrichten, en voorts, bij wijze van onmiddellijke voorzieningen H en G geschorst als bestuurders van de vennootschappen, een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon benoemd tot bestuurder van de vennootschappen. Het onderzoeksverslag is ter griffie van de Ondernemingskamer neergelegd. Het onderzoeksverslag bestaat uit twee delen, te weten het verslag met twaalf bijlagen, en de aanvulling op verslag met drie bijlagen.

Bij de beschikking heeft de Ondernemingskamer beslist dat het verslag met de twaalf bijlagen ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor een ieder, en dat de aanvulling op verslag met de drie bijlagen ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor belanghebbenden. H heeft de voorzitter van de Ondernemingskamer verzocht om machtiging tot het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag inzake de vennootschappen op de voet van artikel 2:353 lid 3 BW. Tevens verzocht H als belanghebbende inzage in het volledige onderzoeksverslag. De secretaris van de Ondernemingskamer heeft het verslag, inclusief de aanvulling op verslag bij e-mail aan H doen toekomen. De voorzitter van de Ondernemingskamer stelt voorop dat het verzoek van verzoeker naar zin en strekking alleen betrekking heeft op het hiervoor genoemde verslag van het onderzoek voor zover het niet ter inzage is gelegd voor eenieder.

Voor zover het verzoek is gegrond op de stelling dat het verslag, wat betreft de daarin vermelde feiten en omstandigheden en de daarin vervatte opvattingen en conclusies van de onderzoeker, niet juist en geconstrueerd is en de werkelijkheid geweld aandoet, en op de wens daarover elders de discussie te voeren, is het niet voor toewijzing vatbaar. Artikel 2:353 lid 3 BW beoogt immers niet de discussie daaromtrent ten overstaan van een ander(e) gremium,

persoon, instantie of gerecht dan de Ondernemingskamer te faciliteren. Verzoeker heeft in zoverre ook geen – rechtens te respecteren – belang bij zijn verzoek, nu het ook anderen dan verzoeker is verboden mededelingen te doen uit het hier bedoelde deel van het verslag. Ten overvloede wijst de voorzitter er nog op dat in de procedure waarin het verslag is opgemaakt, geen verzoek is gedaan als bedoeld in de artikelen 2:355 en 2:356 BW. Voor zover het verzoek is gegrond op de wens van verzoeker de wijze van totstandkoming van het verslag, en in het bijzonder de wijze waarop de onderzoeker is omgegaan met het commentaar van verzoeker op het conceptverslag aan de orde te kunnen stellen, geldt hetgeen hiervoor is overwogen mutatis mutandis. Niet valt in te zien welk belang ermee is gediend, dat derden daarvan kennisnemen. De voorzitter begrijpt de motivering van het verzoek voorts als in te houden het bezwaar dat het niet voor eenieder ter inzage neergelegde deel van het verslag met bijlagen geheim is. Dat bezwaar kan verzoeker reeds niet baten, gezien de hiervoor weergegeven beslissing van de Ondernemingskamer. Een verzoek op de voet van artikel 2:353 lid 3 BW aan de voorzitter van de Ondernemingskamer kan niet dienen als een (verkapt) rechtsmiddel tegen een beslissing van de Ondernemingskamer op de voet van datzelfde artikellid. Voor het overige is in het verzoek, naar de voorzitter begrijpt, geen ander belang van verzoeker aan te treffen bij het kunnen doen van mededelingen aan derden uit het (niet ter inzage van eenieder gelegde deel van het) verslag, dan hiervoor is besproken. De slotsom is dat het verzoek zal worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-05-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:1851

Zaaknummer: 200.073.896/01 OK

Wetsartikelen: 2:353 BW, 2: 355 BW en 3:356 BW

RECHTSPRAAK

Enwee Beheer

Schending boekhoudplicht artikel 2:10 BW.

Bestuurdersaansprakelijkheid artikel 2:248 lid 2 BW. De rechter oordeelt dat er een deskundigenonderzoek plaats zal moeten vinden omdat de bestuurders niet hebben kunnen reageren op de vaststelling dat de boekhoudplicht geschonden is en het onderzoek in opdracht van de curator is geschied.

De curator vordert, kort gezegd, dat gedaagde veroordeeld wordt tot betaling van het tekort in het faillissement. In aanvulling op zijn vordering in de dagvaarding heeft de curator een rapport in het geding gebracht dat is opgesteld door VWG Nijhof accountants. In dat rapport zijn de bevindingen opgenomen naar aanleiding van een door VWG Nijhof verricht onderzoek naar de administratie van gefailleerde in de periode direct voorafgaand aan het faillissement in opdracht van de curator, met toestemming van de rechter-commissaris in het faillissement van gefailleerde. Uit dit onderzoek blijkt volgens de curator dat is gebleken dat er sprake is geweest van onoverzichtelijkheid van openstaande vorderingen op een specifiek moment, onjuiste voorraadboekingen, een niet bijgewerkte financiële administratie over de boekjaren 2011 en 2012 en niet aansluitende rekening-courantverhoudingen van de verschillende groepsmaatschappijen per datum faillissement. De curator stelt dat het bestuur daarmee niet aan de norm van artikel 2:10 BW heeft voldaan.

De rechtbank acht bij haar beoordeling van belang dat het rapport weliswaar aanknopingspunten biedt voor de conclusie dat sprake is van schending van artikel 2:10 BW, maar dat het tot stand is gekomen in opdracht van de curator met toestemming van de rechter-commissaris. Gedaagden zijn niet in de gelegenheid gesteld vragen te stellen aan VWG Nijhof dan wel anderszins enige inbreng te leveren bij het onderzoek en de totstandkoming van het rapport.

De rechtbank acht thans dan ook de benoeming van een deskundige noodzakelijk teneinde meer duidelijkheid te verkrijgen omtrent die administratie. Uit dat deskundigenonderzoek zou naar het oordeel van de rechtbank moeten blijken of men, gezien de omvang van de

onderneming, waarbij het grootste deel van de omzet van gefailleerde werd gegenereerd door verkoop op de Antillen, de wijze van boeken van debiteurenvorderingen op die vennootschappen in rekening-courant, een redelijk inzicht kon krijgen en houden in de ontwikkeling van het vermogen en van het totaalresultaat van gefailleerde en voorts of men aldus snel inzicht kon krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment.

Ook voor de beoordeling van schending van artikel 2:248 lid 1 BW, de subsidiaire grondslag en de meer subsidiaire grondslag, acht de rechtbank het geraden reeds nu inlichtingen te vragen aan de deskundige.

De rechtbank acht het, gelet op het hiervoor overwogene, nodig een deskundigenbericht in te winnen. Voordat daartoe wordt overgegaan, zal de rechtbank partijen in de gelegenheid stellen zich uit te laten over de wenselijkheid van een deskundigenbericht, over het aantal en het specialisme van de te benoemen deskundige(n) en over de aan de deskundige(n) voor te leggen vragen. De rechtbank bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 26 maart 2014 voor het nemen van een akte door beide partijen waarin zij zich uitlaten over de aangekondigde deskundigenrapportage. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 26-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:4745

Zaaknummer: C/05/243346 / HA ZA 13-330

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Greenfield Benelux B.V.

Bestuurdersaansprakelijkheid. Onbehoorlijke taakvervulling door jaarrekeningen niet tijdig te deponeren (art. 2:394 lid 3 BW) en niet te voldoen aan de boekhoudplicht (art. 2:10 BW). Aansprakelijkheid voor boedeltekort omdat de onbehoorlijke taakvervulling het faillissement heeft veroorzaakt.

Deze zaak betreft het faillissement van Greenfield Benelux B.V. De curator vordert, kort gezegd, dat gedaagde veroordeeld wordt tot betaling van het tekort in het faillissement. De curator legt hieraan ten grondslag dat gedaagde op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk is, omdat in strijd met artikel 2:394 BW enkele jaarrekeningen van Greenfield niet tijdig zijn gedeponerd en omdat gedaagde geen zodanige administratie heeft gevoerd ex artikel 2:10 BW dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap gekend konden worden.

De rechtbank stelt vast dat gedaagde inderdaad niet heeft voldaan aan de op hem rustende publicatieplicht, omdat de jaarrekeningen van 2004 en 2005 te laat zijn gedeponerd. Hiermee is (onweerlegbaar) gegeven dat gedaagde als bestuurder van Greenfield zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

Ten aanzien van de boekhoudplicht stelde de curator het volgende. Op 19 mei 2008 heeft een inspecteur van Stichting Skal Greenfield bezocht. De inspecteur heeft geconstateerd dat Greenfield zich op diverse inspectieonderdelen niet heeft gehouden aan de voorschriften voor biologische productie. Uit de administratie van de goederenstroom van Greenfield kon onvoldoende worden vastgesteld of champignons die als biologisch werden verkocht ook daadwerkelijk biologisch waren geteeld. Volgens de curator verloor Greenfield haar Skal-certificaat doordat Stichting Skal haar controlerende taak onvoldoende kon uitvoeren als gevolg van de schending van de administratieplicht door Greenfield. Door het opschorten van het Skal-certificaat genereerde Greenfield geen inkomsten meer en werd zij een maand later failliet verklaard. Gedaagde behoorde te weten en wist ook, aldus de curator, dat het Skal-certificaat een noodzakelijke voorwaarde was voor het voortbestaan van de onderneming, nu gedaagde tijdens een bespreking met Stichting Skal op 4 juni 2008 heeft te kennen gegeven

dat opschorting van het certificaat de doodsteek van de onderneming zou betekenen.

Naar het oordeel van de rechtbank levert het voorgaande meer dan voldoende aanknopingspunten op voor het oordeel dat de administratie van Greenfield niet zodanig was dat men snel inzicht kon krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en de omvang van de onderneming, een redelijk inzicht gaven in de vermogenspositie. Dit betekent dat gedaagde evenmin heeft voldaan aan de op hem rustende boekhoudplicht van artikel 2:10 BW. Daarmee is ook op dit punt (onweerlegbaar) gegeven dat gedaagde als bestuurder van Greenfield zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld als bedoeld in artikel 2:248 BW.

De hiervoor vastgestelde onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak te zijn geweest van het faillissement van Greenfield. Dit bewijsvermoeden is wel weerlegbaar. Aangezien gedaagde naar het oordeel van de rechtbank er niet in is geslaagd om dit bewijsvermoeden te weerleggen, komt de rechtbank tot de slotsom dat gedaagde aansprakelijk is voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 05-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:4744

Zaaknummer: C/05/245786 / HA ZA 13-443

Wetsartikelen: 2:248 BW

ANNOTATIE

**Commentaar bij Hoge Raad 11 april 2014,
ECLI:NL:HR:2014:905*****H. Koster***

Reeds uit eerdere uitspraken van de Hoge Raad blijkt dat economisch gerechtigden soms toegang hebben tot het enquêterecht. In deze kwestie, maar ook al eerder oordeelde de Ondernemingskamer in gelijke zin. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de Ondernemingskamer van 4 februari 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7329, Chinese Workers) dat de 'economische werkelijkheid' kan rechtvaardigen dat er een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van artikel 2:346 lid 1 BW, volgens welke bepaling slechts houders van aandelen in de vennootschap waarop het onderzoek betrekking heeft, bevoegd zijn tot het indienen van zodanig verzoek. Dat een beroep op de economische werkelijkheid denkbaar zou kunnen zijn, bleek ook al uit de uitspraak van de Hoge Raad inzake Bamford/TESN en BTCL. Daarin wees de Hoge Raad een beroep op de economische werkelijkheid overigens af. De Hoge Raad was in die kwestie van mening dat 'ook indien de onderhavige constructie uitsluitend om fiscale redenen is opgezet, is de betekenis van Global en Castor in ieder geval – mede – dat zij, en niet Bamford of BTCL, de aandelen in TESN houden alsmede dat de onderscheiden vennootschappen telkens zijn gevestigd in een andere staat'. Aldus konden de tussenliggende entiteiten niet worden 'weggedacht' bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag. De Hoge Raad bevestigde vervolgens dat geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting geeft het oordeel van de ondernemingskamer dat verzoeker tot cassatie als 'primary beneficiary' van een trust naar het recht van Bermuda, welke trust de aandelen houdt in twee Nederlands-Antilliaanse vennootschappen die op hun beurt de aandelen houden in een Nederlandse besloten vennootschap, niet bevoegd is een enquête te verzoeken naar het beleid en de gang van zaken van deze besloten vennootschap. Eerder, in de Scheipar-beschikking van 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, en verduidelijkt in de Butôt Holding/Butôt-uitspraak van 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6077, had de Hoge Raad geoordeeld dat de economisch rechthebbende op certificaten van aandelen gelijk gesteld kan worden met de certificaathouder uit art. 2:346 BW indien de certificaten geheel en al voor rekening en risico van de economische certificaathouder worden gehouden. Naar deze

economische werkelijkheid is verder ook verwezen in de Landis-uitspraak van de Hoge Raad uit 2005 (HR 4 februari 2005, NJ 2005/127). Toen ging het over de vraag of degenen die niet rechtstreeks deelnemen in een dochtervennootschap, maar dit doen via een holdingmaatschappij, ontvankelijk zijn in een enquêteverzoek mede gericht op de dochter. De Hoge Raad oordeelde destijds van wel. Beslissend voor de erkenning van een dergelijke concernenquête was ook toen de economische werkelijkheid. Aan deze uitspraken kan nu dus de onderhavige uitspraak toegevoegd worden. De Hoge Raad legt in deze uitspraak (nogmaals) uit dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders. Echter, deze gelijkstelling is er niet zonder meer. En dat is wat deze uitspraak van de Hoge Raad toevoegt en wat de Ondernemingskamer ook al in Chinese Workers uitsprak. Van een dergelijke gelijkstelling is namelijk slechts sprake indien en voor zover op grond van de feiten en omstandigheden van het geval kan worden geoordeeld dat het eigen economisch belang van de verschaffer van risicodragend kapitaal in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, van dien aard is dat het op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of een certificaathouder van die vennootschap.

De feiten en omstandigheden van een specifiek geval kunnen dus, gelet op de economische werkelijkheid, rechtvaardigen dat een uitzondering dient te worden gemaakt op de (hoofd)regel van artikel 2:346 lid 1 BW en bewerkstelligen dat sprake is van een economische gerechtigdheid in een kapitaalvennootschap die iemand, hoewel niet zelf aandeelhouder of certificaathouder, toch enquêtegerechtigd maakt. Wat vooralsnog een open vraag blijft, is welke feiten en omstandigheden ertoe doen. Dat zal zich hopelijk nog verder uitkristalliseren.

Ten overvloede spreekt de Hoge Raad zich vervolgens nog uit over de vraag of een aandeelhouder of certificaathouder, die als gevolg van een uitgifte van (certificaten van) aandelen niet langer voldoet aan de in art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW bedoelde kapitaalseis, bevoegd is tot het indienen van een verzoek om een enquête in te stellen. De Hoge Raad is van mening dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat dit het geval is, mits het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar die uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte. Dit omdat het enquêterecht immers er mede toe strekt een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders te beschermen tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid. Dit lijkt mij zonder meer een redelijke afweging van belangen en daarom een juiste beslissing. Belangrijk is voorts dat de Hoge Raad hiermee een

nieuw, vierde doeleinde van het enquête-recht noemt. Uit de OGEM-beschikking van 1990 (NJ 1990/466) bleek al van de volgende doeleinden: sanering van de onderneming, herstel van gezonde verhoudingen, opening van zaken, vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid, preventieve werking.

Afrondend, door de Slotervaartziekenhuis-uitspraak is nu duidelijk geworden dat niet iedere economisch gerechtigde toegang tot het enquête-recht heeft. De feiten en omstandigheden van het geval zijn beslissend. Daarnaast heeft de Hoge Raad een vierde doeleinde van het enquête-recht geïntroduceerd: 'Het enquête-recht strekt immers mede ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.' Voor beide geldt, dat nog onduidelijk is wat hiervan nu precies de reikwijdte is. De tijd zal het leren, zo vermoed ik.