

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 02, 2017

Nummer 2, 2017

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2875](#) 16-12-2016

Van Lanschot/Verweerders

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2890](#) 16-12-2016

Lunet Zorg/De Biezenrijt c.s.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2822](#) 09-12-2016

Eisers/Värde c.s.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2831](#) 09-12-2016

Eiser/bestuurder X BV

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2825](#) 09-12-2016

Eiser/Värde

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:7](#) 03-01-2017

Green Equity Holding B.V./X-markt B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5658](#) 27-12-2016

Executeur/Erven Broer A

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5598](#) 23-12-2016

Verhoging onderzoeksbudget

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5602](#) 22-12-2016

Schoenaker Holding

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5599](#) 20-12-2016

Hepta G

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5509](#) 20-12-2016

Coffeeshop Gallerie Greenworld VOF

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5338](#) 19-12-2016

ADO Den Haag/UVS

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5596](#) 14-12-2016

Eshuis Holding B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5562](#) 13-12-2016

Het Zaans Stationnetje

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5595](#) 09-12-2016

A Groep B.V./ B Beheer B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5412](#) 06-12-2016

Strobreed B.V. c.s./Geïntimeerde

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:9858](#) 06-12-2016

Holding/Van Lelyveld q.q.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5409](#) 06-12-2016

Wave/ABN AMRO

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5560](#) 01-12-2016

Seahorse Diving

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:9552](#) 29-11-2016

Bestuurder/Aabo Trading Deventer B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5081](#) 29-11-2016

Energy Engineering Solutions International B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4824](#) 23-11-2016

Ondernemingsraad/gemeente Amsterdam

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5232](#) 17-11-2016

Ondernemingsraad/Nalco

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801](#) 14-11-2016

Okami B.V. & We Projects B.V./Wish IP B.V. e.a.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4051](#) 11-10-2016

Bedrijvenpark Centrum Almelo

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:3973](#) 30-09-2016

Intrasonics Holding

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:3978](#) 27-09-2016

Fabius

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:4926](#) 24-11-2015

Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:7243](#) 28-12-2016

Stichting IPN en Stichting De Bontekoe qq/bestuurder

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:9121](#) 28-12-2016

X/Interbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211](#) 28-12-2016

Stichting Opleidingsfonds Groothandel Facilitair bedrijf c.s.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:10165](#) 22-12-2016

Insourcing administratieve diensten

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:7750](#) 07-12-2016

4Ports

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:9518](#) 07-12-2016

Erven/X c.s.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:15338](#) 06-12-2016

Certificaatnummers

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:6685](#) 30-11-2016

Gemeente Wageningen/Van Grootheest

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:5194](#) 30-11-2016

Closed Greenhouse Engineering B.V./A B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:10090](#) 25-11-2016

X/Y

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:6746](#) 11-11-2016

Stichting Obligatiehouders Rijnvast/Rijnvast Obligatiefonds Duitsland I B.V.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:4205](#) 02-11-2016

Verzoekers/Trap en Constructie Werken Twente B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:9405](#) 19-10-2016

X/VOF-Y

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:10516](#) 02-08-2016

DR Systemen B.V.

Antillen

[Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, ECLI:NL:OGEEA:2016:790](#) 09-11-2016

Eiser/Arubaanse Luchtvaart Maatschappij c.s.

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGECAC:2016:113](#) 07-11-2016

Mahmoud Haider & Sons Trading & Contracting Co. en Cordial N.V./Bab Al-

Mustaqbal Real Estate co.

Annotatie

[De OK kiest voor een historische peildatum bij uitkoopprocedures.](#)

O.J.W. Schotel

Annotatie

[Geen pauliana? Gelukkig hebben we de onrechtmatige daad nog ...](#)

J.H.L. Beckers

Annotatie

[Het informeren van crediteuren als verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid.](#)

M. Mussche

Annotatie

[Het informeren van crediteuren als verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid.](#)

M. Mussche

Annotatie

[De SNS-beschikking van 8 juli 2015: een pragmatische keuze.*](#)

I. Tax

Annotatie

[Publicatie van de jaarrekening op grond van het effectenrecht: effectieve openbaarmaking of \(slechts\) verregaand transparant?](#)

J.B.S. Hijink

Annotatie

[Bestuursbesluit zou vereist moeten zijn bij eigen enquêteverzoek rechtspersoon.](#)

J. van Bekkum

RECHTSPRAAK

Green Equity Holding B.V./X-markt B.V.

Enquête. Onvoldoende reden voor twijfel aan juist beleid. Het opzetten van een ingewikkeld administratiesysteem vergt de nodige tijd waardoor de administratie tijdelijk niet op orde kan zijn en ook materiële onjuistheden kan bevatten.

Green Equity Holding B.V. ('GEH'), voorheen Whale Holding B.V., is een houdstermaatschappij die in april 2010 is opgericht en waarin geen activiteiten plaatsvinden. Aandeelhouders van GEH zijn G en A, ieder voor de helft. Aan GEH zijn meerdere vennootschappen gelieerd en door middel van een van die vennootschappen hield GEH 45 procent van de aandelen in Ekopon, welke vennootschap in augustus 2016 failliet is verklaard en waarvan X-Markt bestuurder was. X-Markt voert een onderneming die zich bezighoudt met marketingactiviteiten en treedt op als interimmanager. X-Markt heeft vanaf mei 2012 werkzaamheden verricht voor GEH, die onder meer bestonden uit het (verder) implementeren van een administratiesysteem (OpenERP). Tevens was X-Markt, totdat zij door de AVA van GEH werd ontslagen, van september 2012 tot december 2013 enig bestuurder van GEH. In haar e-mail van juli 2013 heeft Full Management Support B.V. ('FMS') kenbaar gemaakt dat de administratie van de groep omvangrijk is en dat niet inzichtelijk is in hoeverre de verschillende administraties up-to-date zijn en dat er een professionaliseringsslag moet worden gemaakt. Een maand later schrijft FMS in een andere e-mail dat de software voor het OpenERP-systeem nog verder moet worden aangepast. In mei en juli van 2013 zijn twee AVA's gehouden waarin het een en ander is besproken met betrekking tot het deponeren van de jaarrekening en de koers van de ondernemingen. De jaarstukken van GEH over het jaar 2011 zijn in februari 2014 bij de KvK gedeponerd.

In de onderhavige procedure verzoeken G en A de Ondernemingskamer een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van GEH omdat 1) bestuurder X-Markt van GEH gebrekkige informatie heeft verstrekt, 2) een ondeugdelijke boekhouding is gevoerd, 3) niet is voldaan aan de deponeringsplicht, 4) geen sociale lasten zijn afgedragen, 5) sprake is geweest van ongeoorloofde belangenverstrengeling en 6) er beleidsfouten zijn gemaakt.

De OK overweegt met betrekking tot 1) dat uit de notulen niet kan worden afgeleid dat de aandeelhouders onvoldoende zijn betrokken bij GEH en dat uit het veelvuldige e-mailverkeer duidelijk wordt dat de aandeelhouders zich actief hebben bemoeid met de gang van zaken en het beleid van GEH. Ten aanzien van 2) en 3) overweegt de OK dat aan de cijfers die aan GEH werden verstrekt gebreken kleefden, waardoor de administratie van GEH materieel onjuist was, wat op zich voldoende is om te twijfelen aan juist beleid en een juiste gang van zaken bij GEH. De OK ziet echter geen aanleiding om een onderzoek te gelasten, omdat er hard aan werd gewerkt om de administratie op orde te brengen en het opzetten van het administratiesysteem om dat te bewerkstelligen (OpenERP-systeem) de nodige tijd in beslag nam. Klacht 4) is volgens de OK onvoldoende concreet opgebouwd. Met betrekking tot 5) overweegt de OK dat het verwijt van G en A dat X-Markt goederen onnodig met een winstmarge via Ekopon heeft laten verlopen, al strandt wegens het feit dat de goederen aan Green Equity Investments B.V. zijn doorverkocht en GEH buiten die transactie stond, waardoor de verkoop van de goederen buiten het beleid en de gang van zaken bij GEH staan. Tot slot overweegt de OK met betrekking tot 6) dat de verwijten zien op een andere vennootschap dan GEH welke niet in deze procedure is betrokken en temeer dat de verwijten niet toereikend zijn voor het bevelen van een onderzoek als gevraagd in deze procedure.

De OK wijst het verzochte af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-01-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:7

Zaaknummer: 200.195.997/01 OK

Rechters: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, M.P. Nieuwe Weme, B.M. Prins en S. ten Have

Advocaten: G.C. Vergouwen en B. Bölük

Wetsartikelen: 2:345 lid 1 BW en 2:350 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Opleidingsfonds Groothandel Facilitair bedrijf c.s.

Persoonlijke aansprakelijkheid voor de bestuurder van een gefailleerde stichting die Europese subsidies aanvroeg, alsmede van de bestuurder van de besloten vennootschap die het feitelijk aanvraagproces van de subsidies verzorgde.

In 2012 zijn De Administratie B.V. ('de Administratie') en de Stichting Opleidingsfonds Groothandel Facilitair bedrijf ('SOG') failliet verklaard. SOG had kort gezegd tot doel het stimuleren van opleidingen voor personeel van de bij SOG aangesloten werkgevers. Gedaagde in deze zaak was algemeen directeur bij SOG en later enig bestuurder van SOG. Gedaagde is ook enig aandeelhouder en enig bestuurder van Stout B.V. ('Stout'), welke vennootschap weer enig aandeelhouder en bestuurder is van de Administratie. Centraal in deze zaak staan geldstromen die hun oorsprong vinden in door de Europese Commissie verstrekte subsidies op basis van de subsidieregeling van het Europees Sociaal Fonds (ESF).

In de onderhavige procedure vordert de curator in het faillissement van de Administratie en SOG – verkort weergegeven – veroordeling van gedaagde en Stout tot vergoeding van het faillissementstekort. De curator legt daaraan onder meer ten grondslag dat SOG en de Administratie een ontoereikend business model gehanteerd hebben, waarbij de eigen organisatiekosten werden voldaan uit voor afgeronde projecten ontvangen subsidies, terwijl te hoge voorschotten aangevraagd werden. Volgens de curator vroegen de inherente risico's van dit model, waarbij de Administratie en SOG afhankelijk waren van een constante stroom van voorschotten, om een strikte bewaking van de bedrijfskosten en het aanhouden van een toereikende financiële buffer, wat niet is gebeurd, zodat de conclusie moet luiden dat sprake is van onbehoorlijke vervulling van de bestuurstaak.

De rechtbank overweegt dat de wijze waarop gedaagde is omgegaan met de subsidiegeldstromen aan de kaak wordt gesteld, zodat aan de rechtbank de vraag ter beoordeling voorligt of gedaagde als bestuurder van SOG en als indirect bestuurder van de Administratie, binnen de opgezette structuur haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en of zij uit hoofde daarvan aansprakelijk is jegens de (curator van de) failliete

vennootschappen.

Na een uitvoerige bespreking van (de werking van) het subsidiesysteem alsmede de constructie tussen de betrokken fondsen, werkgevers en het Agentschap Sociale Zaken en Werkgelegenheid, overweegt de rechtbank dat gedaagde als bestuurder van SOG de taak had op een zorgvuldige manier uitvoering te geven aan de subsidieregeling van het ESF, in ieder geval op zodanige wijze dat de subsidiegelden die aan de betrokken fondsen waren verstrekt overeenkomstig de daarvoor bestemde doelen besteed zouden worden, aangezien SOG niets anders was dan een doorgeefluik van subsidies. De rechtbank is met de curator van mening dat aan de door de Administratie en SOG uitgeoefende activiteiten en het bijzondere karakter van het werkkapitaal van SOG – namelijk: de subsidievoorschotten – een aantal risico's kleefden, wat onder meer het goed bewaken van de liquide middelen vereiste.

Voorts overweegt de rechtbank dat gedaagde vanaf het begin bekend was met de gekozen constructie, en dat zij daaraan heeft meegewerkt. Volgens de rechtbank had gedaagde als feitelijk bestuurder haar verantwoordelijkheid kunnen en moeten nemen; zij had als bestuurder de touwtjes in handen en beslissingen kon zij in haar eentje nemen. Volgens de rechtbank speelt een belangrijke rol dat SOG en de Administratie door de betrokkenheid van gedaagde als bestuurder van beide rechtspersonen niet alleen bestuurlijk maar ook bedrijfsmatig nauw verbonden waren. Daar komt – aldus de rechtbank – bij dat SOG en de Administratie in feite een beleid voerden, waarbij SOG en de Administratie in wezen samen een onderneming voerden. Binnen een dergelijke, inherent risicovolle structuur was de manoeuvreerruimte voor gedaagde als bestuurder minder groot, en dat SOG werkte met op voorschot verstrekte gemeenschapsgelden maakte die ruimte nog kleiner.

Gezien de inherente risico's die kleefden aan de gekozen structuur (waaronder, maar niet beperkt tot het aanvragen van grote voorschotten die later moesten worden terugbetaald), kan gedaagde volgens de rechtbank een ernstig verwijt worden gemaakt dat zij onvoldoende oog heeft gehad voor de financiële stabiliteit en de continuïteit van SOG. Zij heeft binnen een risicovolle structuur nagelaten maatregelen te nemen teneinde de relevante risico's ten aanzien van de rekening-courant met de Administratie te verminderen en het incassorisico te verleggen. Daarnaast heeft gedaagde zelf actief bijgedragen aan het vergroten van de financiële risico's voor SOG ten gunste van haar 'eigen vennootschap', de Administratie. Bij gedaagde ontbrak het in die opzichten aan het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een stichtingsbestuurder die voor haar taak is berekend en deze nauwgezet vervult, aldus de rechtbank. De rechtbank oordeelt dat de handelswijze van gedaagde als bestuurder van SOG onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:9 BW oplevert. Gedaagde is dan ook op grond van die bepaling aansprakelijk jegens SOG voor de schade die kan worden toegerekend aan het onbehoorlijk bestuur.

Ten aanzien van Stout oordeelt de rechtbank dat sprake is van onverantwoord en onbezonnen bestuurshandelen. Daartoe overweegt de rechtbank onder meer dat Stout als bestuurder van de Administratie op geen enkele wijze tegenwicht heeft geboden tegen het nemen van besluiten tot verstrekking van leningen aan groepsmaatschappijen en derden die, gelet op de door de Administratie gemaakte terugbetalingsafspraken, niet gemakkelijk geïnd konden worden, terwijl bovendien voor de meeste leningen geen (voldoende) zekerheden waren gesteld. Bovendien heeft Stout in de persoon van gedaagde, waar het gaat om de verstrekking van een lening voor een recreatiewoning, haar belangen als (uiteindelijke) aandeelhouder boven de vennootschappelijke belangen laten prevaleren. Ook zijn de – veelal niet zakelijke en of risicovolle – financieringen verstrekt tegen de achtergrond van een onzeker werkkapitaal dat bestond uit subsidievoorschotten en mede gebaseerd op te vroeg genomen winsten. Deze handelwijze brengt volgens de rechtbank mee dat Stout haar bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld aangezien geen redelijk handelend bestuurder zich – onder dezelfde omstandigheden – zo zou hebben gedragen.

De rechtbank wijst het gevorderde toe.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 28-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:16211

Zaaknummer: C-09-494168-HA ZA 15-919

Rechters: L. Alwin, A.C. Bordes en M.J. van Cleef-Metsaars

Advocaten: J. Regeling en M.H.G. de Neef

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

X/Interbank

Vordering om inzage ex artikel 843a Rv in de documentatie op basis waarvan een kredietovereenkomst tot stand is gekomen. De rechtbank wijst de vordering af omdat eiser de verkeerde rechtspersoon heeft gedagvaard en er geen sprake is van misbruik van identiteitsverschil of van vereenzelviging.

Eurofintus Financieringen B.V. ('Eurofintus') is een dochter van Interbank N.V. ('Interbank'). Eurofintus verstrekt via een systeem van bemiddelaars en tussenpersonen consumptief krediet aan klanten. Eiser ('X') heeft via een tussenpersoon samen met zijn vrouw een doorlopend aflossingsvrij krediet afgesloten bij Eurofintus. X vordert Interbank te veroordelen inzage te geven in stukken uit zijn kredietdossier, waaronder correspondentie, door X aan Interbank verstrekte gegevens ten tijde van het afsluiten van het krediet en door Interbank gemaakte aantekeningen. Aan zijn vordering legt X ten grondslag dat het krediet een te zware last is op zijn inkomen. X heeft een rechtmatig belang, omdat hij wil laten uitzoeken of de gang van zaken met betrekking tot de totstandkoming van de kredietovereenkomst correct is geweest, omdat X betwijfelt of Interbank heeft voldaan aan haar zorgplicht. Interbank stelt dat niet zij maar haar dochtermaatschappij Interfintus de kredietgever is en dat X daarom de verkeerde rechtspersoon heeft gedagvaard en daarmee niet-ontvankelijk verklaard moet worden. X betwist de niet-ontvankelijkheid en stelt dat op de kredietovereenkomst is vermeld dat Interfintus een onderdeel is van Interbank. Daarnaast staat op de algemene voorwaarden bij de overeenkomst het logo van Interbank, net zoals op de maandelijkse overzichten. Ook alle correspondentie wordt vanuit Interbank verzonden. X stelt voorts dat Interbank zelf heeft gekozen om met tussenpersonen te werken en daarmee het risico op verwarring bij consumenten in het leven heeft geroepen.

De rechtbank oordeelt eerst dat volgens vaste jurisprudentie onderscheid gemaakt moet worden tussen het doelbewust misbruik maken van identiteitsverschil, wat kan leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, en de uitzonderlijke gevallen waarin sprake is van vereenzelviging, hetgeen kan leiden tot doorbraak van aansprakelijkheid. De rechtbank verwijst naar het Rainbow-arrest (HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480). X beroept

zich op vereenzelviging, aangezien X stelt dat Interbank naast Eurofintus als contractspartij gezien moet worden. De rechtbank gaat niet mee in deze redenering. De rechtbank oordeelt dat vaststaat dat er sprake is van twee separate rechtspersonen. Dit blijkt uit de kredietovereenkomst en de algemene voorwaarden, waarbij ook is vermeld dat de administratie en incasso worden uitgevoerd door Interbank. Hieruit blijkt het onderscheid tussen beide rechtspersonen. Er is geen sprake van misbruik van identiteitsverschil of vereenzelviging. De enkele verwarring van X over het verschil in identiteit tussen de rechtspersonen is daarvoor onvoldoende.

De rechtbank verklaart X niet-ontvankelijk en wijst het verzoek af.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:9121

Zaaknummer: C/13/608174 / HA ZA 16-504

Rechters: R.A. Dudok van Heel

Advocaten: V.G.G. Veldhuis en A. van Hees

Wetsartikelen: 843a Rv

RECHTSPRAAK

Executeur/Erven Broer A

Vordering van de erven van een gewezen commanditaire vennoot tot uitbetaling in geld van de hoogte van zijn aandeel in de door hem opgezegde vof. Het hof oordeelt dat de afwikkeling van de vof dient te geschieden op basis van het bepaalde in de vof-akte en er geen gronden aanwezig zijn om de aanspraak van de erven op de naleving van de vof-akte met het oog op redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten.

Grootvader en twee van zijn zonen ('Broer A' en 'Broer B') waren vennoten in een vof ('vof'), die een fietsenzaak heeft gevoerd. Op de inhoud van de notariële 'vof-akte' wordt hieronder ingegaan. De inbreng in de vof wordt onder meer gevormd door de onroerende zaak van Grootvader ('Onroerende zaak'), die (naast een bedrijfsruimte) bestaat uit twee woningen ('Woning A' en 'Woning B'). Grootvader is in 1965 uit de vof getreden, waarna de vof is voortgezet door Broer A en Broer B. Broer A en Broer B bewoonden respectievelijk Woning A en Woning B met hun gezinnen. Broer A is in 2003 overleden. Op grond van een ouderlijke boedelverdeling ingevolge artikel 1167 BW (oud) zijn alle activa in de nalatenschap van Broer A toegefallen aan zijn echtgenote ('Moeder A'). Moeder A heeft de vof opgezegd tegen 31 december 2005. Op de voet van het bepaalde in de vof-akte hebben Moeder A en Broer B een overeenkomst houdende een arbitraal compromis gesloten en een arbiter benoemd om te beslissen over de bestaande geschillen. Nadat het arbitrale vonnis is gewezen, is deze op vordering van Broer B vernietigd, in welk vonnis de rechtbank onder meer bepaalde dat na het overlijden van Broer A de vof overeenkomstig de vof-akte is voortgezet met als beherend vennoot Broer B en als commanditair vennoot Moeder A. Moeder A is in 2010 overleden en heeft de erven van Broer A als haar (enige) erfgenamen achtergelaten ('Erven Broer A'). Broer B is in 2014 overleden en heeft zijn echtgenote bij testament benoemd tot executeur in de nalatenschap ('Executeur'). De Onroerende zaak is in 2015 voor € 132.000 verkocht en geleverd aan een derde. Vereffening van de opgezegde vof heeft nog niet plaatsgevonden.

In eerste aanleg hebben de Erven Broer A (in conventie en voor zover van belang) gevorderd

dat Broer B wordt veroordeeld aan de Erven Broer A te voldoen het bedrag van het aandeel van Moeder A als commanditaire vennoot in het firmavermogen. De door de rechtbank benoemde deskundige heeft de marktwaarde van de Onroerende zaak per opnamedatum 3 februari 2014 (en per 1 januari 2012) getaxeerd op € 215.000 en per 1 januari 2006 op € 200.000. De rechtbank heeft vervolgens Broer B veroordeeld om aan de Erven Broer A € 102.708,50 te betalen.

De Executeur heeft, na het overlijden van Broer B, hoger beroep ingesteld. Haar grieven stellen de vraag centraal of de afwikkeling van de vof dient te geschieden op basis van het bepaalde in de vof-akte, dan wel op een andere wijze die meer in overeenstemming is met de redelijkheid en billijkheid. Als bezwaarlijk wordt namelijk gevoeld dat Broer A en Broer B in het kader van de vof steeds hebben samengewerkt op basis van gelijkheid, terwijl die gelijkheid volledig verloren gaat als de afwikkeling van de vof geschiedt op basis van het bepaalde in de vof-akte. In dat geval wordt het huidige vof-vermogen namelijk niet bij helfte verdeeld over de erven van Broer A en Broer B, maar is het zo dat – door het verblijvensbeding – de Erven Broer A aanspraak kunnen maken op een geldbedrag, dat wordt berekend naar de situatie bij het opzeggen van de vof en dat wordt vermeerderd met rente. Aan Broer B is daarentegen bij het einde van de vof de Onroerende zaak verbleven, waaraan aanzienlijke financiële risico's kleefden die zich ook hebben verwezenlijkt. Volgens de Executeur komt het er in de praktijk dus op neer dat het volledige vof-vermogen zal blijken toe te komen aan de Erven Broer A, terwijl voor de erven van Broer B niets resteert. Deze uitkomst acht de Executeur onaanvaardbaar, juist ook als wordt gelet op de situatie van gelijkheid die heeft bestaan ten tijde van de vof. De opbrengst van de verkoop van de Onroerende zaak dient dan ook bij helfte over de erven van Broer A en Broer B te worden verdeeld, aldus de Executeur.

Het hof is van oordeel dat het door de Executeur op redelijkheid en billijkheid gegronde verweer faalt en dat de rechtbank op goede gronden toepassing heeft gegeven aan de vof-akte in bovengenoemde zin. Hiertoe overweegt het hof dat, na het overlijden van Broer A, het verblijvensbeding in de vof-akte Broer B in staat heeft gesteld om de vof voort te zetten met behulp van de activa van de vof. Niet gezegd kan worden dat het verblijvensbeding heeft geleid tot nadelen voor Broer B die moeten worden gekwalificeerd als 'onaanvaardbaar' in de hiervóór bedoelde zin, of dat het heeft geleid tot gevolgen die bij het aangaan van de vof-akte niet waren voorzien. Voorts, als de financiële afwikkeling van de vof op basis van de vof-akte met bekwame spoed zou zijn opgepakt, dan had uiterlijk in het voorjaar van 2007 vastgestaan welk bedrag de vof verschuldigd was aan de Erven Broer A en had de vof de keuze gehad om dat bedrag ineens uit te keren dan wel in jaarlijkse termijnen, te vermeerderen met rente. De vertraging in de afwikkeling van de vof, ten gevolge van geschillen over de correcte naleving van de vof-akte, vormt als zodanig ook geen reden om de aanspraak van de Erven Broer A op

die naleving met het oog op redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten en kan evenmin grond opleveren om te oordelen dat het onaanvaardbaar is dat de gevolgen van de vertraging in de afwikkeling van de vof voor rekening van Broer B en zijn rechtsopvolgers komen.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 27-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5658

Zaaknummer: 200.164.108_01

Rechters: S. Riemens, J.A.M. van Schaik-Veltman en W.J.J. Beurskens

Advocaten: L.C. van Kasteren en Y.G.M.J. Breukers

Wetsartikelen: 6:2 BW, 6:248 BW, 6:258 BW en 1167 BW (oud)

RECHTSPRAAK

Verhoging onderzoeksbudget

Enquête. Verhoging onderzoeksbudget (onderzoekswerkzaamheden en tijdsbesteding minnelijk traject) en vaststelling van de vergoeding van de onderzoeker.

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van C B.V. ('C'). De onderzoeker verzoekt thans het onderzoeksbudget te verhogen en op de voet van artikel 2:350 lid 3 BW de vergoeding van de onderzoeker eveneens op dat bedrag vast te stellen.

De OK constateert op grond van de toelichting van het verzoek en de reactie daarop van B B.V. ('B') dat de onderzoeker niet alleen onderzoekswerkzaamheden in strikte zin heeft verricht, maar ook – in overleg met en met goedkeuring van alle betrokken partijen – gedurende de onderzoeksfase tezamen met de door de OK benoemde bestuurder heeft deelgenomen aan overleg tussen partijen dat was gericht op het bereiken van een minnelijke regeling. Het is redelijkerwijs niet doenlijk om achteraf een onderscheid te maken tussen de diverse door de onderzoeker verrichte werkzaamheden, alleen al omdat het voor de hand ligt dat bevindingen in het onderzoeksverslag mede zijn gebaseerd op informatie die de onderzoeker tijdens dat overleg tussen partijen heeft verkregen, aldus de OK. Voorts overweegt de OK dat het evenmin noodzakelijk is een zodanig onderscheid te maken, nu de OK op grond van artikel 2:350 lid 3 BW de vergoeding van de onderzoeker dient te bepalen en die vergoeding niet is beperkt tot een bepaalde categorie van werkzaamheden, mits die voldoende verband houden met de taak van de onderzoeker. Hierbij dient volgens de OK in aanmerking te worden genomen dat het niet ongebruikelijk is dat de onderzoeker in overleg met partijen een bemiddelende rol speelt en het hem, juist in besloten verhoudingen als deze, ook vrij staat te bezien of een minnelijke regeling kan worden bereikt. Dat in een eerdere beschikking is overwogen dat de te benoemen bestuurder het tot zijn taak mag rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven, maakt nog niet dat de onderzoeker zich daarvan in de hier geschetste omstandigheden zou dienen te onthouden. De OK concludeert dan ook dat de door de onderzoeker aan het minnelijke traject bestede tijd op de voet van artikel 2:350 lid 3 BW voor vergoeding in aanmerking komt. Los hiervan, zo voegt de OK er nog aan toe, lijdt het geen twijfel dat de

aanwezigheid van de onderzoeker bij een zitting in het kader van een kortgedingprocedure en bij een comparitie van partijen in een bodemprocedure telkens tussen de hier betrokken partijen, binnen zijn onderzoeksopdracht past en de daaraan bestede tijd moet worden vergoed. De OK wijst het verzochte toe.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5598

Zaaknummer: 200.138.093/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, B.M. Prins en M.A. Scheltema

Advocaten: H.B. De Regt en M.C. Schepel

Wetsartikelen: 2:350 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Insourcing administratieve diensten

In dit kort geding vorderen de werknemers van een stichting die zijn ontslagen naar aanleiding van de insourcing van administratieve diensten wedertewerkstelling en betaling van loon. De voorzieningenrechter oordeelt dat voorshands aannemelijk is dat sprake is van overgang van onderneming, onder meer omdat de desbetreffende activiteiten niet worden onderbroken, activa zijn overgedragen en vrijwel alle klanten zijn overgegaan.

Het gaat in deze procedure om een door de gemeente Rotterdam ter verzelfstandiging van het plaatselijke openbare onderwijs opgerichte en de nadien gefuseerde stichting ('C'), die op grond van een dienstverleningsovereenkomst administratieve diensten verleende aan een gelieerde stichting ('Y'). Laatstgenoemde heeft de dienstverleningsovereenkomst opgezegd omdat zij de door C geleverde diensten voortaan zou gaan insourcen. Met het oog op de overgang van onderneming heeft C een ontslagvergunning voor zover rechtens vereist (onvoorwaardelijk) verkregen voor eisers, 36 van haar werknemers die door de insourcing geraakt worden. In het onderhavige kort geding vorderen eisers onder meer wedertewerkstelling en loonbetaling. Daaraan leggen zijn ten grondslag een beroep op overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662-666 BW.

De voorzieningenrechter overweegt dat ook het insourcen van bepaalde werkzaamheden die voorheen waren opgedragen aan een andere onderneming onder het begrip overdracht valt, krachtens overeenkomst als bedoeld in artikel 1 lid 1 Richtlijn (art. 7:662 lid 2 aanhef en onderdeel a BW). Voorts overweegt de voorzieningenrechter dat de inhoudelijke activiteiten niet wijzigen, van een onderbreking van de activiteiten geen sprake is en de vestiging van stichting C een duurzame economische eenheid vormt. Nu er sprake is van overdracht van materiële en immateriële activa en vrijwel alle klanten zijn overgedragen, acht de voorzieningenrechter na weging van deze omstandigheden voorshands aannemelijk dat sprake is van overgang van onderneming. Aangezien het niet is uitgesloten dat de bodemrechter uiteindelijk anders concludeert, ziet de voorzieningenrechter aanleiding om, ter

voorkoming van praktische problemen, bij wijze van ordemaatregel de veroordeling later te laten ingaan.

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde toe.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:10165

Zaaknummer: 514937 KG ZA 16-1341

Rechters: P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten

Advocaten: E.M.Y. Sorenson en J.F. van Nouhuys

Wetsartikelen: 7:662 BW, 7:663 BW, 7:664 BW, 7:665 BW en 7:666 BW

RECHTSPRAAK

Coffeeshop Gallerie Greenworld VOF

Hoger beroep. Kort geding waarin geïntimeerde, de vennoot van een ontbonden en te vereffenen vof, veroordeling vordert van appellant, zijn gewezen medevennoot, tot medewerking aan een deskundigenonderzoek naar aanleiding van twijfels over de juistheid van de door hem gevoerde administratie. Het gerechtshof bekrachtigt de in eerste aanleg uitgesproken toewijzing.

Appellant ('A') en geïntimeerde ('G') zijn gewezen vennoten van Coffeeshop Gallerie Greenworld V.O.F. ('de vof'). A heeft steeds de administratie gevoerd. Nadat A de vof had opgezegd heeft de raadsman van G A onder meer verzocht een aantal administratieve bescheiden toe te zenden, omdat G op enig moment begon te twijfelen aan de juistheid van de door A gevoerde administratie. A heeft aan dit verzoek nimmer gevolg gegeven.

In de onderhavige kortgedingprocedure heeft A in conventie onder meer gevorderd: ontbinding van de vof (subsidiair schorsing) en G te verbieden de winkelruimte van de vof te betreden. In reconventie heeft G gevorderd: de aanwijzing van een accountant die de financiële administratie van de vof en de daaraan ten grondslag liggende bescheiden op juistheid controleert en veroordeling van A om alle medewerking te verlenen aan het uitvoeren accountantsonderzoek. De voorzieningenrechter oordeelt in conventie dat G de winkelruimte van de vof niet mag betreden en in reconventie dat G medewerking dient te verlenen aan het uitvoeren van de door partijen ter zitting gemaakte afspraken over het te verrichten accountantsonderzoek.

In hoger beroep voert A onder meer aan dat een rechtsgrond voor de veroordelingen ontbreekt, terwijl G ook geen belang (meer) heeft bij zijn vorderingen, nu de vof inmiddels is beëindigd. Het hof oordeelt dat bij de verdere beoordeling in het midden kan blijven of de vof al dan niet is ontbonden en verwerpt de stelling van A dat G bij zijn vorderingen geen belang heeft ex artikel 3:303 BW, aangezien de vof zich in de vereffeningfase bevindt en G als vennoot jegens derden aansprakelijk is, terwijl hij niet bij de bedrijfsvoering en de administratie is betrokken.

Het hof bekrachtigt de in eerste aanleg uitgesproken veroordelingen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5509

Zaaknummer: 200.185.194/01

Rechters: E.E. van Tuyll Serooskerken-Roëll, M. Jurgens en J.M. de Jongh

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en R.G. Meester

Wetsartikelen: 3:303 BW

RECHTSPRAAK

Seahorse Diving

Enquête. Verstoorde verhoudingen tussen enig bestuurders en enig aandeelhouders van de vennootschap. De OK wijst het enquêteverzoek toe en treft tevens onmiddellijke voorzieningen.

Seahorsing Diving BV is opgericht op 21 maart 2014. EsJa Holding en B vormen het bestuur van de bv en zijn tevens ieder voor de helft aandeelhouder. A is enig aandeelhouder en enig bestuurder van B. C is enig aandeelhouder en enig bestuurder van EsJa Holding. Tussen A en C (inclusief de partner van C) ontstaat onenigheid, onder meer doordat EsJa Holding in de zomer van 2016 een groot bedrag van de bankrekening van Seahorse Diving heeft getrokken en hier niet duidelijk over heeft gecommuniceerd. A en C geven elkaar over en weer de schuld van het ontstaan en voortduren van de onenigheid. A en B hebben vervolgens de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Seahorse Diving en onmiddellijke voorzieningen te treffen. Seahorse Diving en EsJa Holding c.s. hebben op hun beurt op 31 oktober 2016 een zelfstandig enquêteverzoek ingediend voor onderzoek naar Seahorse Diving en dezelfde onmiddellijke voorzieningen gevraagd.

De OK oordeelt in onderhavige beschikking dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid, zoals zowel verzoeksters als verweersters aanvoeren. Volgens de OK is sprake van ernstig verstoorde verhoudingen die zorgen voor een patstelling binnen zowel het bestuur als de algemene vergadering van aandeelhouders van Seahorse Diving. Tevens is de opname van geld door EsJa Holding opmerkelijk te noemen. Om die redenen beveelt de OK een onderzoek naar de gang van zaken bij Seahorse Diving. Het staat de onderzoeker vrij de overige aangebrachte bezwaren te betrekken bij het onderzoek. Daarnaast treft de OK onmiddellijke voorzieningen. Zij schorst zowel B als EsJa Holding als bestuurders van Seahorse Diving en benoemt een tijdelijk bestuurder. Tevens bepaalt zij dat de aandelen die B en EsJa Holding houden in Seahorse Diving, met uitzondering van één aandeel van ieder, voor de duur van het geding ten titel van beheer worden overgedragen aan de tijdelijk bestuurder. De OK bepaalt verder dat de kosten van het onderzoek en het salaris van de tijdelijk bestuurder ten laste komen van Seahorse Diving.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5560

Zaaknummer: 200.199.800/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, F. van der Wel, J.G. Sijmons en J.B.M. Streppel

Advocaten: L.C. de Jong, W.J. Tielemans en M.N. Stoop

Wetsartikelen: 2:350 BW en 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad/gemeente Amsterdam

OK. Medezeggenschap. Reorganisatie van de Stadsbank van Lening in de zin van artikel 16.8 NRG. Reorganisatieplan voldoet aan artikel 16.2 NRG. Inhoud adviesaanvraag niet ontoereikend. Gemeente Amsterdam kon in redelijkheid besluiten tot toepassing van het sociaal plan.

Het gaat in deze zaak om een adviesaanvraag van de gemeentesecretaris aan de OR van de gemeente Amsterdam over de gevolgen van het raadsbesluit tot reductie van het aantal filialen van de Stadsbank van Lening en bijbehorende fte's, hetgeen kwalificeert als een reorganisatie in de zin van artikel 16.8 van de Nieuwe Rechtspositieregeling Gemeente Amsterdam (NRG). De OR stelt dat de adviesaanvraag niet in behandeling kan worden genomen omdat een degelijke onderbouwing van de aannames en analyses ontbreekt en omdat het niet kunnen voorkomen van boventalligheid en daardoor het vervallen van een aantal functies ten gunste van de functie taxateur in strijd is met de gemaakte afspraken ten aanzien van reorganisaties binnen de gemeente Amsterdam. Daarnaast vraagt de OR om een methodologisch onderzoek te laten uitvoeren, gebaseerd op valide data. Uiteindelijk heeft de OR negatief geadviseerd en heeft de gemeente het besluit overeenkomstig de adviesaanvraag genomen. In de onderhavige procedure verzoekt de OR onder meer vernietiging van het besluit.

De OK is van oordeel dat de inhoud van de adviesaanvraag niet ontoereikend is en dat het reorganisatieplan voldoet aan artikel 16.2 NRG. De OK acht de gegeven toelichting voldoende specifiek als onderbouwing van de uitwerking van de formatiereductie. De adviesvraag biedt aldus volgens de OK voldoende inzicht voor adequate advisering door de ondernemingsraad. Wat betreft het bezwaar van de OR dat aan de relevante medewerkers een 'bovenformatieve status' toegekend had moeten worden in plaats van deze medewerkers boventallig te verklaren, heeft de gemeente volgens de OK toereikend toegelicht dat het 'bovenformatief' plaatsen zich bij de reorganisatie van de Stadsbank van Lening niet voordoet, terwijl de OR onvoldoende heeft toegelicht dat 'boventalligheid' in de praktijk niet leidt tot effectieve inspanningen van de gemeente gericht op herplaatsing binnen de gemeente of een

andere oplossing. De OK oordeelt dan ook dat de bezwaren van de OR niet leiden tot het oordeel dat de gemeente Amsterdam bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit tot reorganisatie van de Stadsbank van Lening.

De OK wijst de verzoeken af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:4824

Zaaknummer: 200.201.650/01 OK en 200.201.650/02 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, F. van der Wel, J.G. Sijmons en J.B.M. Streppel

Advocaten: R.E.M. Vink-Dijkstra en A. van der Kolk

Wetsartikelen: 25 WOR, 26 WOR en 46d aanhef en onder b WOR

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad/Nalco

OK. Medezeggenschap. Besluit tot sluiting van een onderzoeksfaciliteit. Niet het moment waarop de sluiting als businesscase was uitgewerkt, maar het moment waarop die richting zich als een voldoende reële optie aftekende, was het moment geweest voor een overleg als bedoeld in artikel 24 lid 1 WOR. Nalco kon bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid komen tot het besluit.

Nalco Netherlands B.V. ('Nalco') is onderdeel van de wereldwijde Ecolab-organisatie. Ecolab is wereldleider op het gebied van technologieën en diensten met betrekking tot water, hygiëne en energie. De divisie Energy Services van Ecolab is werkzaam onder de naam Nalco Champion. Nalco, locatie Delden, bedient de *upstream* business van de divisie Energy Services op het oostelijk halfmond. Sinds begin 2016 is A. de bestuurder van Nalco. Op 1 juli 2016 heeft Nalco advies gevraagd aan de ondernemingsraad over de voorgenomen sluiting van de RD&E-facility in Delden. De bedoeling is de activiteiten die in Delden plaatsvinden over te hevelen naar laboratoria in Aberdeen, Singapore en Dubai. Uitvoering van het voorgenomen besluit leidt ertoe dat 26 werknemers in Delden boventallig worden verklaard. In de adviesaanvraag is voor de overtallige werknemers onder meer een sociaal plan opgesteld, een *redundancy fee* gelijk aan de wettelijke transitievergoeding en een en ander over een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Op dezelfde dag van de adviesaanvraag, 1 juli 2016, heeft Nalco het voorgenomen besluit door middel van een powerpointpresentatie aan de OR kenbaar gemaakt en onmiddellijk daarna aan de werknemers van Nalco te Delden. Bij nader overleg tussen de OR en Nalco heeft laatstgenoemde te kennen gegeven bereid te zijn af te wijken van de aangekondigde wettelijke transitievergoeding en de extra outplacementmaatregelen. Nalco heeft uiteindelijk het besluit genomen de locatie Delden te sluiten per 1 februari 2017. Door de ondernemingsraad aangedragen alternatieven zijn niet overgenomen. Het besluit houdt voorts in dat het sociaal plan zal worden toegepast zoals dat is aangeboden, dat daarover verder zal worden overlegd met de vakbonden en dat het besluit niet wordt aangehouden in afwachting van de uitkomst

van dat overleg. Over de gevolgde procedure vermeldt het besluit onder meer dat door het feit dat het voorgenomen besluit van internationale aard en onderdeel van de internationale strategie was en dat in samenhang met het feit dat het Nederlandse bestuur slechts recentelijk op de hoogte was gesteld, de ondernemingsraad niet zoals artikel 24 WOR voorschrijft op de hoogte kon worden gesteld.

In de onderhavige procedure verzoekt de OR te oordelen dat Nalco niet in redelijkheid op dit besluit heeft kunnen komen met nevenverzoeken. Daartoe stelt de OR dat zij te laat is betrokken bij het proces waarmee Nalco in strijd heeft gehandeld met artikel 24 WOR, en dat de OR geen wezenlijke invloed meer kon uitoefenen in de fase waar artikel 24 WOR op ziet.

Ter beantwoording van de vraag of Nalco in redelijkheid tot haar besluit heeft kunnen komen geeft de OK aan dat de fase voorafgaand aan de adviesaanvraag mede bepalend is. Het feit dat Nalco onderdeel is van een internationaal groepsverband en dit besluit voorts is voorbereid op internationaal groepsniveau, maakt de medezeggenschap complex, aldus de OK. De OK overweegt dat op Nalco de verplichting rust om de medezeggenschap zorgvuldig vorm te geven opdat deze daadwerkelijk van invloed kan zijn op het te nemen besluit. Dit brengt volgens de OK mee dat er in het onderhavige geval van Nalco gevergd had kunnen worden de OR in een eerder stadium bij de besluitvorming te betrekken. De OK overweegt dat zodra de sluiting van de locatie Delden een aannemelijk scenario werd, Nalco met de OR in overleg had dienen te treden over het adviestraject. Niet het moment waarop de sluiting als businesscase was uitgewerkt, maar het moment waarop die richting zich als een voldoende reële optie aftekende, was volgens de OK het moment geweest voor een overleg als bedoeld in artikel 24 lid 1 WOR. Verder overweegt de OK dat de besluitvorming binnen het concern al in een zodanig stadium verkeerde dat de OR daarop geen wezenlijke invloed meer kon uitoefenen en heeft de daadwerkelijke besluitvorming zich in feite al in een eerdere fase afgespeeld, zodat de mogelijkheid voor de OR om wezenlijke invloed op de besluitvorming te hebben te beperkt was.

De OK wijst het verzochte toe.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5232

Zaaknummer: 200.199.639/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, G. Boon RA en W. Wind

Advocaten: A. Joosten, J.A. Faber en M.W.A.M. van Kempen

Wetsartikelen: 24 WOR, 25 WOR en 26 WOR

ANNOTATIE

De OK kiest voor een historische peildatum bij uitkoopprocedures.

O.J.W. Schotel

1 Inleiding

‘Rechter maakt “uitroken” aandeelhouders eenvoudiger’, kopte Het Financieele Dagblad (FD) naar aanleiding van een arrest van 7 juli 2015 van de Ondernemingskamer (OK) inzake de uitkoopprocedure van minderheidsaandeelhouders in Unit4 BV.[1]

Minderheidsaandeelhouders ‘leveren in de nieuwe situatie een belangrijk recht in’: ze zijn tijdens het proces rechthebbende op de aandelen, maar krijgen hier geen rendement op. Dit zou botsen met de bescherming van eigendom in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EP EVRM).[2] Het FD brengt minder goed voor het voetlicht dat de nadelen verbonden aan de aanwezigheid van een (zeer) kleine groep minderheidsaandeelhouders voor de grootaandeelhouder aanzienlijk zijn. Het spanningsveld tussen de belangen van minderheidsaandeelhouders en de grootaandeelhouder vormt de achtergrond van de uitkoopprocedure.

De OK kan in twee verschillende procedures de uitstoting van andere aandeelhouders bevelen. Enerzijds in hoger beroep in de geschillenregeling (art. 2:335-343c van het Burgerlijk Wetboek, BW) en anderzijds in de uitkoopprocedure. Ook de laatste valt in tweeën uiteen. Ten eerste de bijzondere procedure van artikel 2:359c BW die binnen drie maanden na het openbaar bod ingesteld moet worden en ten tweede de procedures in de zin van artikel 2:92a/201a BW. Vaak volgt de uitkoopprocedure op een openbaar bod.

De wetgever geeft de uitkoper een mogelijkheid de aandelen van aandeelhouders die in totaal minder dan 5% van het geplaatst kapitaal verschaffen alsnog over te nemen. De OK heeft de taak een (billijke) prijs vast te stellen voor de over te dragen aandelen tegen een door haar bepaalde peildatum (art. 2:92a/201a lid 5 en 2:359c lid 6 BW). Wetgever en Hoge Raad laten de OK hierbij veel ruimte.[3] De prijsbepaling levert in uitkoopprocedures over het algemeen de

meeste discussie op en bepaalt (groten)deels de duur van de procedure.

De datum waarop de aandelen worden gewaardeerd, de peildatum, is van groot belang bij de prijsbepaling, omdat vanaf dat moment de wettelijke rente over de uitkoopprijs gaat lopen en uitkeringen op de aandelen gelden als gedeeltelijke betaling van de uitkoopprijs. Eventuele waardedalingen na de peildatum komen voor rekening van de uitkoper. Nu juridische overdracht pas later volgt, namelijk enige tijd ná het toewijzende arrest, probeerde de OK sinds 2000 aan te sluiten bij de datum van de aandelenoverdracht. In de praktijk was dit de prijs per de datum van het toewijzende eindarrest. Aansluiting bij een toekomstige gebeurtenis brengt voor alle partijen een grotere mate van onzekerheid mee dan een in het verleden gelegen 'historische' peildatum, omdat ook waardeveranderingen na de vaststelling van de waarde meewegen in de prijsbepaling. Er wordt wat Salemink het 'informatie-gat' noemt gevormd – een leemte tussen de laatste mogelijkheid tot waardebepaling door een deskundige en de datum van het eindarrest.[4]

Ingelse zei daarover tijdens zijn voorzitterschap:

'[V]oor de bepaling van de prijs speelt de Ondernemingskamer parten: wij vragen een deskundige de waarde te bepalen per de datum dat wij uitspraak doen. Dat kost tijd en het antwoord is bij de presentatie per definitie al achterhaald.'

Hij was van mening dat voor een afscheid van de oude leer van de OK een wetswijziging noodzakelijk zou zijn.[5]

In het arrest Unit4 verliet de OK, nu onder voorzitterschap van Makkink, deze koers zonder een voorafgaande wetswijziging. De OK kiest voor een historische peildatum – voor alle uitkoopzaken: deze nieuwe koers is meteen bevestigd voor de procedure op grond van artikel 2:359c (Exact Holding[6]), 2:92a (Nutreco en VIBA[7]) en 2:201a BW (arresten Nagron en EPA[8]). In Unit4 bepaalde de OK dat zij voortaan in een uitkoopprocedure volgend op een openbaar bod de datum van betaalbaarstelling als peildatum gebruikt. Ook indien een te lange tijd verstreken is tussen bod en dagvaarding en in de schaarse uitkoopzaken niet volgend op een openbaar bod haalde de OK de peildatum naar voren. In Nagron, een uitkoopprocedure zonder voorafgaand openbaar bod, bracht de OK dit al in de praktijk. Zij stelde de uitkoopprijs vast tegen een peildatum die meer dan vijf maanden vóór de dagvaarding lag.

Deze bijdrage beoogt het arrest inzake Unit4 in context te plaatsen. Er is, zeker sinds 2000, veel geprocedeerd en geschreven over de peildatum – zóveel dat nagenoeg elk standpunt wel is ingenomen.[9] De arresten Unit4 en Nagron geven op een aantal kritieke punten antwoord, maar laten, ook binnen het huidige wettelijke kader, verfijning toe. Eerst bespreek ik de leer van de OK voor 2000 (par. 2) en ten tweede de beleidswijziging in 2000 en de kritiek daarop

in de literatuur (par. 3). Daarna bespreek ik het arrest Unit4 (par. 4) en de implicaties daarvan voor lopende en toekomstige zaken (par. 5). Ik eindig met een conclusie (par. 6).

2 Datum dicht bij bod (voor 2000)

Het is niet de eerste keer dat de OK op dit punt omgaat. In de jaren negentig gebruikte de OK ook historische peildata en werd bijvoorbeeld voor bepaling van de uitkoopprijs aangeknoopt bij de biedprijs per een peildatum rondom het openbaar bod. De uitkoopprocedure werd hierbij als logisch verlengstuk van het bod gezien. Een vaste lijn is in de jurisprudentie van voor 2000 niet te vinden. Peildata die werden gebruikt, waren bijvoorbeeld de dag van gestanddoening van het bod na sluiting van de aanmeldingstermijn^[10] en de dag van dagvaarding.^[11]

Wel stelde de OK zich op het standpunt dat binnen een ‘redelijke termijn’ na het openbaar bod moest worden gedagvaard. Wat een redelijke termijn zou zijn, werd nooit opgehelderd, al overwoog de OK in 1999 inzake MoGen International dat een tijdsverloop van twee jaar tussen openbaar bod en dagvaarding niet onredelijk was.^[12] Maeijer noemde in 1997 een termijn van twee à drie jaar redelijk.^[13]

Van dit beleid nam de OK in 2000 afscheid, al ontkende zij dit afscheid in haar jurisprudentie. In bijvoorbeeld Pirelli noemde de OK de datum van het eindarrest als peildatum ‘in lijn met haar vaste rechtspraak daaromtrent’. Terecht merkt Josephus Jitta, evenals Slagter, in zijn JOR-noot onder het arrest Pirelli op dat zich in de arresten Polygram, Pirelli en FGH Bank ‘nagenoeg onaangekondigd en geheel ongemerkt een fundamentele wijziging heeft voorgedaan in het beleid van de Ondernemingskamer in uitkoopprocedures na een openbaar bod (...) of een daarmee in belangrijke mate vergelijkbare transactie’.^[14]

3 Datum dicht bij overdracht (2000-2015)

3.1 Lijn van de OK

In de uitkoopprocedure inzake Hagemeyer in 2009 bevestigde de OK nog eens de lijn die zij in 2000 had ingezet. Ten aanzien van de peildatum ‘geldt dat de vaststelling van de billijke prijs geschiedt per de datum van het (toewijzende) arrest, althans een datum die daar zo dicht mogelijk bij ligt’, tenzij een eerdere datum wordt gevorderd die niet wordt betwist noch tot een ongunstiger resultaat voor niet-verschenen gedaagde leidt.^[15] Op deze manier, aldus de OK, betaalt de uitkoper een prijs die zo dicht mogelijk bij de waarde van de over te nemen aandelen op de overdrachtsdatum ligt. De achterliggende gedachte is dat minderheidsaandeelhouders als verstrekkers van risicodragend kapitaal de voor- en nadelen verbonden aan aandeelhouderschap blijven dragen tot de overdracht.^[16]

De OK was zich bewust van de tekortkomingen van het gekozen systeem, zoals hierna besproken. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de pogingen van de OK om prijsbepalingsmechanismen toe te passen die het gat vullen tussen (1) een deskundigenbericht over de waarde van de aandelen per een door de deskundige gehanteerde peildatum en (2) het later te wijzen eindarrest. De OK trok de bevindingen van de deskundigen zelf door tot aan de datum van het eindarrest in Rodamco Europe,[17] terwijl de deskundige in Gamma Holding zelf een formule gaf om de waardeberekening te extrapoleren, die door de OK werd overgenomen.[18] In SmartTrac ten slotte gaf de OK de deskundige de opdracht mee een dergelijke formule op te nemen.[19] Deze oefening is arbitrair, terwijl de waardebepaling dat vaak zelf al is. Diepgaande analyses heeft de OK nooit opgeschreven over haar positie; zij heeft dit overgelaten aan het langdurige debat in de literatuur (waaraan overigens wel leden van de OK deelnamen).[20]

3.2 Kritiek in de literatuur

Auteurs hebben zeer verschillend gedacht over de koerswijziging van de OK in 2000. Leijten koppelde de gedachte dat verstrekken van risicodragend kapitaal ook de voor- en nadelen moeten dragen aan het principe 'do ut des'. Slagter juichte de koerswijziging van 2000 toe met het oog op dit principe. Uitkoop is volgens hem vooreerst een koop waarbij het beginsel van gelijk oversteken (ex titel 7.1 BW) onverkort geldt.[21] De OK koos echter, zoals Leijten signaleerde naar aanleiding van het arrest Breevast,[22] niet voor louter het 'do ut des'-principe, maar zocht een synthese met het 'praktische uitgangspunt dat een recent, geslaagd openbaar bod behoudens contra-indicaties een goed aanknopingspunt is voor een waardebeoordeling zonder dat een tijdrovend en voor eiser kostbaar deskundigenbericht nodig is'.[23] Het hanteren van het eindarrest als toekomstige peildatum, in plaats van de dag van overdracht, was volgens Leijten het product van deze synthese. Twee hoofdpunten van kritiek zijn te onderscheiden in de literatuur: ten eerste de onzekerheid die een toekomstige peildatum meebrengt en ten tweede het ontstaan van een processuele onevenwichtigheid.

Onzekerheid toekomstige peildatum

De kern van de kritiek op het hanteren van deze toekomstige peildatum was de onzekerheid over toekomstige waardeveranderingen (bijvoorbeeld na een deskundigenbericht) die in de aandelenprijs moesten worden verdisconteerd, het 'informatie-gat' van Saleminck. Een meerderheid van de auteurs pleitte daarom voor het hanteren van een historische peildatum. Kuijpers wilde een vaste peildatum dicht bij het bod (de datum van gestanddoening of (eerste) betaalbaarstelling).[24] Klaassen betoogde recent dat het moment van economisch risico verandert voor partijen op het moment dat de uitkoper een dagvaarding uitbrengt, zodat aangesloten moet worden bij de datum van dagvaarding.[25]

Een aantal auteurs, bijvoorbeeld Den Boer.[26] Ingelse[27] en Salemink, pleitte voor een procedure in twee fasen: (1) een tussenarrest waarin wordt vastgesteld dat de vordering kan worden toegewezen omdat aan alle voorwaarden van artikel 2:92a/201a of 2:359c BW is voldaan en (2) een eindarrest waarin de waarde van de aandelen op het moment van het tussenarrest wordt vastgesteld. Salemink stelde dat de peildatum niet eerder kan liggen dan het tijdstip waarop de verplichting tot overdracht ontstaat, wegens de bescherming van eigendomsrechten (art. 1 EP EVRM). Aandeelhouders hebben recht op een prijs voor een aandeel *reasonably related to its value*, terwijl een eerder gelegen peildatum als gevolg kan hebben dat de vast te stellen prijs niet meer overeenkomt met de waarde op het tijdstip dat de verplichting tot overdracht ontstaat.[28] Met andere woorden: eerst de verplichting tot overdracht, dan prijsbepaling per de datum van die verplichting. Het tussenarrest als sluitstuk op de eerste fase schept een dergelijke verplichting tot een toekomstige overdracht tegen een nog te bepalen prijs, waardoor de uiteindelijke procedure geen *disproportionate interference* met het eigendomsrecht is.

Ik vraag mij af of dit probleem daadwerkelijk zo prangend is. De uitkoopregeling staat ten dienste aan de meerderheidsaandeelhouder, nu volgens de wetgever 'het voortdurende aandeelhouderschap van kleine minderheden – hoe klein die ook samen zijn – voor de moeder vennootschap grote kosten en bezwaren met zich brengt die zonder een gedwongen uitkoop niet kunnen worden verholpen'.[29] De Hoge Raad heeft in Versatel I zelfs een constructie gesanctioneerd waarin minderheidsaandeelhouders door een driehoeksfusie onder de 5% werden geduwd.[30] Hieruit leid ik af dat de Hoge Raad in het kader van de uitkoopregeling het belang van de meerderheidsaandeelhouder zwaar laat wegen, evenals de wetgever. Ook in een systeem zoals de OK in 2015 in Unit4 zou aanvaarden, een historische peildatum met een later in tijd gelegen verplichting tot overdracht, blijft de OK zonder meer toetsen of de prijs op het formele ontstaansmoment van de verplichting tot overdracht *reasonably related to its value* is. Die kan op verschillende manieren worden ingekleed, maar komt erop neer dat de aandeelhouders geld voor hun waar krijgen. Deze waarborg lijkt mij afdoende.[31] Daarnaast maakt Josephus Jitta nog het punt dat ook het recht om uit te kopen te kwalificeren is als te beschermen eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP EVRM.[32]

Leijten stelde zich radicaler op. Naar aanleiding van de slepende uitkoopprocedure inzake DIM Vastgoed stelde hij een wetswijziging voor waarin de dag van overdracht en daarmee de peildatum wordt vervroegd naar de datum van de dagvaarding of een aandeelhoudersbesluit tot uitstoting met achteraf eventueel gerechtelijke toetsing.[33] Dit lijkt ver te gaan, maar een blik op de implementatie van artikel 15 Overnamerichtlijn,[34] dat aan artikel 2:359c BW ten grondslag ligt, in het westen en het zuiden leert dat onze burens voor een weg zonder gerechtelijke toetsing hebben gekozen, waarbij de overdrachtsdatum en peildatum inderdaad

op een door de uitkoper gekozen moment liggen.[35] Het voorstel van Leijten gaat verder dan de hierna te bespreken koerswijziging van de OK in het arrest Unit4.[36]

In een recente kroniek noemt Josephus Jitta als nadelen van de oplossing van Leijten (1) het ontbreken van een rechterlijke vaststelling dat aan de wettelijke vereisten is voldaan, (2) de moeilijkheid van het terugdraaien van de overdracht en (3) de onzekerheid voor welk bedrag en op welke wijze de uitkoper zekerheid dient te stellen. De voorstellen van Salemink en Leijten hebben volgens Josephus Jitta beide als nadeel dat er nog steeds tijdsverloop is tussen openbaar bod en voorgestelde peildatum – of dit nou een tussenarrest of een aandeelhoudersbesluit tot uitstoting is. Voor procedures op grond van artikel 2:359c BW stelt Josephus Jitta het einde van de aanmeldingstermijn als peildatum voor; voor overige procedures sluit Josephus Jitta zich aan bij de suggestie van onder meer Klaassen om de peildatum bij het inleiden van de procedure te leggen.[37]

Processuele onevenwichtigheid

Een tweede punt van kritiek is de processuele onevenwichtigheid tussen minderheidsaandeelhouders en uitkoper, gesignaleerd door Salemink. Immers, als de waarde van een aandeel *steeg* voor de datum van het eindarrest, kon de OK zonder veel omhaal een hogere uitkoop prijs vaststellen. Indien de waarde *daalde*, kon de OK slechts een lagere uitkoop prijs vaststellen na een eiswijziging zijdens de uitkoper, het gaat hier om een eisvermeerdering.[38] Hierdoor komt de minderheidsaandeelhouder onbedoeld in een processueel betere positie dan de uitkoper, die meer tijd en geld kwijt is.

3.3 Een blik over de schutting: de geschillenregeling

Naast de uitkoopprocedure kent de wet nog een procedure waarin de OK (in hoger beroep) de overdracht van aandelen kan bevelen – de geschillenregeling.[39] Deze kent drie varianten, waarvan hier relevant enerzijds de mogelijkheid tot uitstoting (art. 2:336-341 BW) en anderzijds de mogelijkheid tot uittreding (art. 2:343 BW).[40] De waardebepaling van de over te nemen aandelen heeft drie hoofdelementen: de peildatum, de waarderingsmethode en (bij uittreding) de billijke verhoging.[41]. Ten aanzien van de peildatum spelen gelijkaardige problemen een rol als in de uitkoopprocedure. In procedures volgens de geschillenregeling ontstaat eveneens een ‘informatie-gat’ (om in Saleminks verhelderende terminologie te blijven, zie hiervoor).

De vergelijking gaat niet volledig op. Vijf verschillen met de uitkoopprocedure hebben consequenties voor de te hanteren peildatum. Ten eerste kent de geschillenregeling twee feitelijke instanties, waar de uitkoopprocedure slechts de mogelijkheid van cassatie geeft. Ten tweede verloopt de wettelijke geschillenregeling in twee fasen, namelijk een eerste vonnis

waarbij de vordering wordt toegewezen en een tweede vonnis waarin de waarde wordt bepaald, terwijl de OK daartoe in de geschillenregeling niet verplicht is.[42] Ten derde staan partijen in een uitstotings- of uittredingsprocedure scherp tegenover elkaar,[43] terwijl de uitkoopprocedure vaak een verstekprocedure is die tegen niet bij name bekende minderheidsaandeelhouders wordt gevoerd. Ten vierde dient de geschillenregeling niet alleen het belang van de meerderheidsaandeelhouder(s) zoals de uitkoopregeling maar juist ook het belang van de bekleemde minderheidsaandeelhouder. Ten vijfde heeft de geschillenregeling een subsidiair karakter, waardoor statutaire of overeengekomen geschillenregelingen, ook wat betreft waardebepalingsmechanismen, voorgaan (art. 2:337 en 2:339 lid 2 BW). Een gevolg van deze verschillen is dat in de uitkoopprocedure minder ruimte is voor een uitgebreide belangenafweging. Een vaste peildatum die tot voorspelbare resultaten leidt, is meer op zijn plek.

Ook voor de geschillenregeling noemt de wet geen peildatum. In het arrest Zondag Beheer overwoog de Hoge Raad dat een redelijke toepassing van artikel 2:343 BW zich er niet tegen verzet dat de rechter bij de vaststelling van de waarde van de aandelen rekening houdt met omstandigheden die van invloed zijn op de prijs die zich voordoen tussen de door de deskundige gehanteerde peildatum en het tijdstip waarop overdracht waarschijnlijk zal plaatsvinden.[44] Uit het arrest Zondag Beheer wordt een peildatum zo dicht mogelijk bij de overdracht van de aandelen afgeleid. Dit is in de praktijk de datum van de einduitspraak.[45] Hiermee sloot de geschillenregeling wat betreft de peildatum aan bij de uitkoopprocedure, tot de recente omslag van de OK.[46]

De wetgever verwees naar dit uitgangspunt bij de invoering van de Flex-BV. Hij gaf aan geen reden te zien 'af te wijken van het thans geldende uitgangspunt dat de waardering zoveel mogelijk betrekking moet hebben op de waarde ten tijde van de overdracht'.[47] Bulten wees erop dat een peildatum zo dicht mogelijk op de daadwerkelijke overdracht onbillijke gevolgen kan hebben. Indien de onderneming stilligt gedurende de procedure daalt de waarde van de aandelen.[48] De bepaling van de waarde tegen de overdracht, dus na jaren zonder bedrijfsactiviteit, leidt zo in voorkomende gevallen tot onbillijke gevolgen – vooral voor de uittreder in procedures op de voet van artikel 2:343 lid 4 BW. Volgens de wetgever kunnen deze onbillijkheden worden gecorrigeerd door de schadevergoedingsvordering op grond van artikel 2:336 lid 5 BW of de billijke verhoging in geval van uittreding (art. 2:343 lid 4 BW).[49] Dit alles neemt niet weg dat partijen zelf een peildatum overeen kunnen komen.[50]

De bepaling van de peildatum kan in de geschillenregeling een andere rol spelen dan in de uitkoopprocedure. Ook gedragingen van de aandeelhouders of vennootschap zouden hierin kunnen worden verdisconteerd, naast schadevergoeding en billijke verhoging. Tegen de achtergrond van de geschilbeslechting bepleitte Bulten, volgens mij geheel terecht, een

flexibele peildatum.[51] In gelijke zin: Den Boer 2002, p. 344-346. Op deze manier kan de rechter beter inspelen op de behoeften van partijen.

Door het hierna te bespreken arrest Unit4 lopen de uitgangspunten in de geschillen- en uitkoopprocedures uit elkaar. Wellicht slaagt in het licht van het gewijzigde standpunt van de OK in uitkoopprocedures ook een creatief betoog van de partij die daar baat bij heeft in een geschillenregelingprocedure. Gezien de verschillen tussen de geschillenregeling en de uitkoopprocedure lijkt het mij echter niet noodzakelijk dat beide parallel lopen.

4 Keerpunt: Unit4

4.1 Feiten en vordering

Bij biedingsbericht van 20 december 2013 bracht AI Avocado een openbaar bod uit op de aandelen in Unit4, met een bod van € 38,75 'cum dividend'. De aanmeldingstermijn liep af op 28 februari 2014, waarna AI Avocado het bod op 5 maart 2013 gestand deed met een betaalbaarstelling tegen 17 maart 2013. De na-aanmeldingstermijn begon op 6 maart 2014 en liep af op 19 maart 2014, waarvoor betaalbaarstelling zo spoedig mogelijk maar uiterlijk 31 maart 2014 zou volgen.

Op 8 september 2014 deed Unit4 een tussentijdse uitkering uit haar vrije reserves van € 29,69 per aandeel. Op 10 oktober 2014 bracht AI Avocado de dagvaarding tot uitkoop uit.

Ten aanzien van de bepaling van de peildatum en de prijs vorderde AI Avocado, op grond van artikel 2:92a BW, (1) vaststelling van het eindarrest als de peildatum, althans als datum waarop de wettelijke rente begint te lopen, en (2) vaststelling van de prijs op € 9,06 per aandeel, ofwel de biedprijs minus de tussentijdse uitkering.

4.2 Overwegingen OK

Behalve de overwegingen ten aanzien van de peildatum is het arrest weinig opzienbarend. Na een overzicht van de oude leer overweegt de OK in r.o. 3.14:

'De Ondernemingskamer ziet aanleiding om het in 3.11 genoemde uitgangspunt dat de peildatum gelijk is aan de datum van het eindarrest te heroverwegen, in het bijzonder omdat dit uitgangspunt leidt tot complicaties die de afdoening van uitkoopprocedures binnen redelijke termijn en redelijke kosten voor partijen bemoeilijken (...) en omdat de in 3.12 weergegeven ratio relativering verdient (...).'

In haar uitgebreide motivering identificeert de OK in r.o. 3.15 drie complicaties, die samenhangen met de oude leer, die de kritiek in de literatuur weerspiegelen.

Vervolgens relateert de OK de ratio die aan de oude leer ten grondslag ligt (r.o. 3.16): (a) vaak is uit het biedingsbericht al duidelijk dat een uitkoopprocedure volgt bij een geslaagd bod, waardoor minderheidsaandeelhouders feitelijk al niet meer in de positie zijn om hun aandelen te kunnen behouden zodra de bidder over de 95%-drempel heen gaat; (b) het argument dat minderheidsaandeelhouders de risico's die aan kapitaalverschaffing zijn verbonden, moeten dragen tot aan de overdrachtsdatum gaat volgens de OK minder op als de identiteit van de vennootschap als gevolg van de overname verandert; (c) voorts zal er altijd sprake zijn van tijdsverloop tussen de informatievergaring door de OK en het eindarrest; en (d) er bestaat een processuele onevenwichtigheid als zich tussen de datum van de dagvaarding en het eindarrest waardeveranderingen voordoen (zie hiervoor).

Als nieuw uitgangspunt bij uitkoopprocedures die volgen op een openbaar bod zoekt de OK voor de uitkoop prijs aansluiting bij het bod met als uitgangspunt dat de peildatum gelijk is aan de datum van betaalbaarstelling onder het bod.

Voor gevallen waarin een aanzienlijke tijd is verstreken tussen deze peildatum en het uitbrengen van de dagvaarding of in procedures niet volgend op een openbaar bod geeft de OK als oplossing dat als peildatum een tussenarrest kan worden gewezen, waarin (1) wordt vastgesteld dat artikel 2:92a/201a lid 1 en 4 BW de vordering niet beletten en (2) een deskundigenbericht wordt gelast.

5 Datum in het verleden als peildatum (2015-?)

De OK heeft met Unit4 binnen het huidige wettelijke systeem op een aantal vragen een antwoord gegeven. De twee punten van kritiek uit de literatuur komen expliciet aan bod in r.o. 3.16 onder (c) respectievelijk (d). Op grond van het arrest Unit4 was verfijning op een aantal punten te verwachten. Met het arrest Nagron heeft de OK laten zien dat het nieuwe uitgangspunt niet in beton gegoten is.

5.1 Samenloop 95%-drempel en dag van betaalbaarstelling?

Uit de tekst van r.o. 3.17 van het arrest-Unit4 lijkt als dubbele voorwaarde voor aansluiting bij de prijs van het openbaar bod met de dag van betaalbaarstelling als peildatum te volgen dat de uitkoper (1) op de dag van betaalbaarstelling (2) ten minste 95% van het geplaatst kapitaal houdt. Josephus Jitta signaleert terecht dat in r.o. 3.18 deze dubbele eis minder hard wordt geformuleerd, waarmee de OK impliceert dat ook als de uitkoper pas ná deze dag van betaalbaarstelling de 95%-grens passeert aansluiting kan worden gezocht bij de biedprijs per de dag van betaalbaarstelling.[52]

In Nutreco achtte de OK het 'niet onaannemelijk' dat op de dag van betaalbaarstelling de 95%-

drempel was overschreden, maar bleek dit pas per een latere datum genoeglijk uit de stukken. Deze latere datum werd vervolgens als peildatum gehanteerd, waarbij wel werd aangeknoopt bij de biedprijs nu niet veel tijd verstreken was en niet was gebleken dat deze prijs onbillijk was.[53]

De OK lijkt aan het overschrijden van de 95%-drempel de consequentie te verbinden dat aandeelhouders niet langer in de positie zijn om hun aandelen desgewenst te behouden, waardoor de economische gerechtigdheid overgaat op het moment dat de 95%-drempel wordt overschreden. Beter zou het zijn om voor de overgang van economische gerechtigdheid aan te knopen bij de dagvaarding. Men zou zich kunnen voorstellen dat op dit moment een begin wordt gemaakt met de verwezenlijking van een latente aanspraak van de meerderheidsaandeelhouder.

5.2 Betaalbaarstelling na aanmeldingstermijn of na-aanmeldingstermijn?

Het is gebruikelijk in de Nederlandse praktijk dat na gestanddoening van het bod na de oorspronkelijke aanmeldingstermijn een na-aanmeldingstermijn wordt opengesteld van maximaal twee weken (art. 17 van het Besluit openbare biedingen Wft, Bob). Formeel wordt bij het openstellen van een na-aanmeldingstermijn een nieuw bod gedaan onder dezelfde voorwaarden en met hetzelfde biedingsbericht.[54]

De OK refereert slechts aan de ‘datum van betaalbaarstelling onder *het* bod’ (r.o. 3.17 en 3.18, cursivering OS). Het is niet direct duidelijk op welke van de twee data van betaalbaarstelling de OK doelt. De OK kiest evenwel zonder nadere motivering zowel in Unit4 als in Exact Holding voor de betaalbaarstelling na de na-aanmeldingstermijn. Dit is in lijn met de waardebepaling van het bod zelf,[55] bijvoorbeeld wanneer een gedeeltelijk ruilbod (een deel van de koopprijs bestaat uit aandelen in de bieder) of een bod (gedeeltelijk) in vreemde valuta is gesteld. Nu de uitkoopprijs in euro’s moet luiden, wordt wanneer de OK aansluit bij de biedprijs de waarde daarvan gefixeerd op de dag van betaalbaarstelling na de na-aanmeldingstermijn.

5.3 Onderzoek en bescherming bedrijfsgevoelige informatie

Ondanks de koerswijziging van de OK kan, na verloop van een ‘aanzienlijke tijd’ tussen bod en dagvaarding of bij uitkoopprocedures niet volgend op een openbaar bod, een deskundigenrapport noodzakelijk zijn. Wel wordt de taak van de deskundige vereenvoudigd en de praktische waarde van het deskundigenbericht vergroot.

Het arbitraire extrapoleren is niet langer nodig nu de OK een historische peildatum kan bepalen (zie par. 3.1). Bovendien leidt de nieuwe koers tot besparing van de kosten in verband

met actualisering van het deskundigenrapport, zoals aan de orde was in DIM Vastgoed.[56]

Als bijkomend voordeel neemt deze uitspraak de spanning tussen bescherming van bedrijfsgevoelige informatie en het beginsel van hoor en wederhoor, uitgebreid aan de orde in de uitkoopprocedures inzake DIM Vastgoed en Teleplan 3,[57] goeddeels weg. Dit probleem speelt minder als aangesloten wordt bij het bod, omdat daar al de bedrijfsgevoelige informatie met het publiek is gedeeld. In situaties waarin niet (meer) aangesloten wordt bij het bod, wordt op basis van historische gegevens de waarde bepaald.

5.4 Uitkoopprocedures niet volgend op openbaar bod

De uitkoopprocedures van artikel 2:359c respectievelijk 2:92a/201a BW zijn gelijkgesteld, maar bij afwezigheid van een openbaar bod of het verstrijken van te lange tijd geeft de OK de suggestie een tussenarrest te wijzen dat als peildatum *kan* fungeren. Dit woord *kan* geeft aan dat een tussenarrest slechts een van de mogelijkheden is, wat de opvolgende jurisprudentie heeft bevestigd.[58]

In het arrest EPA werd, in een reeds lopende procedure, een onder het oude regime gewezen tussenarrest als peildatum gebruikt en de zaak snel afgedaan.[59] Dit kan een voorbode zijn voor andere nog lopende uitkoopprocedures. In Nagron werd de peildatum die een deskundige hanteerde bij zijn waardering, die bij dagvaarding was overgelegd, overgenomen. Hierbij was relevant dat de uitkoper na deze peildatum certificaten tegen deze prijs had verworven. Dit betekent dat de uitkoper zelf kan beïnvloeden welke peildatum wordt gebruikt en dat een tussenarrest niet nodig is.[60]

5.5 Procedurele onbalans

Daarnaast wordt de procedurele onbalans aan de zijde van de uitkoper expliciet benoemd en opgeruimd. De uitkoper heeft nu ook beter inzicht in de uitkoopprijs en hoeft zijn vordering niet meer aan toekomstige wijzigingen aan te passen (vergelijk r.o. 3.16(d) van het arrest-Unit4). Het nieuwe uitgangspunt van de OK betekent overigens duidelijk niet dat waardefluctuaties die zich na de historische peildatum voordoen niet meegenomen kunnen worden in de prijsbepaling. Zeker in de zeer zeldzame procedures op tegenspraak, maar ook in verstekzaken, zal de OK zich hierover nog moeten uitlaten.

5.6 Omlooptijd

Lange omlooptijden zijn het grote punt van kritiek op uitkoopprocedures.[61] De uitkoopprocedure inzake Unit4 nam ongeveer negen maanden in beslag, inzake Exact Holding en Nutreco verstreken vier maanden tussen dagvaarding en eindarrest, en inzake

Nagron minder dan zeven weken. Het lijkt mij dan ook dat het gebruik van een historische peildatum veel speculatie voorkomt en daardoor de omlooptijden duidelijk verkort. Hoewel de hoogte van de uitkoopprijs nog steeds ter discussie staat, is de belangrijke onzekere factor van ontwikkelingen tussen een prijsvaststelling en de uiteindelijke peildatum weggenomen.

6 Conclusie

In het arrest van 7 juli 2015 inzake Unit4 komt de OK terug van haar leer over de peildatum waartegen de (billijke) uitkoopprijs wordt bepaald: de uitkoopprijs wordt niet langer per een toekomstige datum, maar per een historische peildatum bepaald. Hierdoor bestaat er minder onzekerheid over de vast te stellen uitkoopprijs.

Of het 'uitroken' ook daadwerkelijk makkelijker wordt dan voorheen, zoals het FD stelt, heeft de uitkoper deels zelf in de hand. Indien hij snel na het bod, althans het overschrijden van de 95%-drempel, een dagvaarding uitbrengt waarin hij de gevorderde uitkoopprijs goed onderbouwt, lijkt de OK bereid om de vordering snel en met inachtneming van het doel van de uitkoopprocedure toe te wijzen. Als hij langer wacht met het instellen van de vordering of wanneer de uitkoop niet volgt op een openbaar bod kan hij met een goede onderbouwing een gunstige peildatum bewerkstelligen. Dit lijkt mij zonder meer een juiste ontwikkeling, zolang de gerechtvaardigde belangen van de minderheidsaandeelhouder niet uit het oog worden verloren.

Noten

[1] Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, JOR 2015/234 m.nt. Salemink, Ondernemingsrecht 2015/86 m.nt. Josephus Jitta (Unit4) (hierna: Josephus Jitta 2015a).

[2] J. Bos, Rechter maakt 'uitroken' aandeelhouders eenvoudiger en Kleine belegger eenvoudiger onteigend bij overname, Het Financieele Dagblad 18 augustus 2015, p. 1 en 12-13.

[3] HR 11 september 1996, NJ 1997/176 m.nt. Ma (Offerhaus/ING), r.o. 4.3.1, met commentaar op de wetsgeschiedenis.

[4] T. Salemink, Uitkoop van minderheidsaandeelhouders (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 125), Deventer: Kluwer 2014, p. 239. Eloquentier vind ik Josephus Jitta, die een vergelijking trekt met de paradox van Zeno, M.W. Josephus Jitta & C.D.J. Bulten, Kroniek uitkoop- en geschillenregeling 2014, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Kluwer 2015, p. 149.

[5] P. Ingelse, Laat rechters (en leden van de Ondernemingskamer) tot hun 75e doorwerken,

Mr. 2012, afl. 10, p. 35.

[6] Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2914, ARO 2015/204 (Exact Holding).

[7] Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2897, ARO 2015/200 (Nutreco); Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2774 (VIBA 2).

[8] Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2015, JOR 2015/261 m.nt. Olden, Ondernemingsrecht 2015/99 m.nt. Josephus Jitta (Nagron) (hierna: Josephus Jitta 2015b); Hof Amsterdam (OK) 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3424, ARO 2015/203 (B.V. tot Exploitatie van Pleisterplaatsen langs Autosnelwegen).

[9] Zie het literatuuroverzicht in Josephus Jitta 2015a, nr. 3.2 en uitgebreid Salemink 2014, p. 234 e.v.

[10] Hof Amsterdam (OK) 16 september 1999, JOR 1999/246 (MoGen International), r.o. 3.10.

[11] Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 1994, TVVS 1995, p. 135 (NMB Postbank) en Hof Amsterdam (OK) 28 december 1995, JOR 1996/4 (NV Nationaal Bezit van Aandelen Vereenigde Glasfabrieken), r.o. 3.3. Zie voor meer peildata Salemink 2014, p. 236-237.

[12] Hof Amsterdam (OK) 16 september 1999, JOR 1999/246 (MoGen International), r.o. 3.5.

[13] Noot Maeijer onder HR 11 september 1996, NJ 1997/176 (Offerhaus/ING).

[14] Noot Josephus Jitta onder Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2000, JOR 2000/170, tevens behorend bij JOR 2000/168 en 169 (Pirelli). Zie ook W.J. Slagter, De prijsbepaling bij uitkoop, in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 68), Deventer: Kluwer 2002, p. 190. Alleen Den Boer ziet een evolutie vanaf Hof Amsterdam (OK) 3 oktober 1996, JOR 1996/132 (Van Berkel's Patent), J. den Boer, Naar een rationeel waarderingstijdstip bij de uitkoop- en geschillenregeling, WPNR (2002) 6487, p. 339 e.v. Leijten weerspreekt dit overtuigend, A.F.J.A. Leijten, Twee jaar uitkoop- en geschillenregeling, in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72), Deventer: Kluwer 2003, p. 66-67.

[15] Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2009, JOR 2009/131 m.nt. Kuijpers (Hagemeyer), r.o. 3.17.

[16] Bijv. Hof Amsterdam (OK) 9 maart 2010, JOR 2010/154 m.nt. Kuijpers (Rodamco Europe), r.o. 3.16.

- [17] Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2011, ARO 2011/142 (Rodamco Europe), r.o. 3.6.
- [18] Hof Amsterdam (OK) 21 mei 2013, ARO 2013/96 (Gamma Holding), r.o. 2.2 en 2.4.
- [19] Hof Amsterdam (OK) 10 december 2013, JOR 2014/68 m.nt. Josephus Jitta (SmartTrac), r.o. 2.9.
- [20] Een raadsheer, een voormalig raad en een voormalig voorzitter van de OK: resp. Den Boer 2002; J. Klaassen, Prijsbepaling door de Ondernemingskamer bij uitkoop van minderheidsaandeelhouders, in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme & A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd* (Ingelse-bundel), Nijmegen: Ars Aequi 2015, p. 263-270 en Ingelse 2012.
- [21] Slagter 2002, p. 190.
- [22] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2001, JOR 2001/181 (Breevast), vooral r.o. 3.6.
- [23] Leijten 2003, p. 66.
- [24] Noot Kuijpers onder JOR 2009/131 behorend bij Hof Amsterdam (OK) 24 april 2009, JOR 2009/130 (Hagemeyer) en M.G. Kuijpers, *Uitkopen of uitstoten?*, WPNR (2009) 6799, p. 420.
- [25] Klaassen 2015, p. 269.
- [26] Den Boer 2002, p. 342-344 (hier niet verder besproken).
- [27] Ingelse 2012, p. 35.
- [28] Salemink 2014, p. 241.
- [29] Kamerstukken II 1984/85, 18904, 3, p. 5.
- [30] HR 14 september 2007, JOR 2007/237 m.nt. Assink (Versatel), r.o. 4.3.
- [31] Ook volgens Josephus Jitta 2015a, nr. 3.2 gaat het voorstel van Salemink verder dan art. 1 EP EVRM vereist.
- [32] Josephus Jitta & Bulten 2015, p. 151-152.
- [33] Noot Leijten, punt 4 en 5, onder Hof Amsterdam (OK) 22 april 2014, JOR 2014/231 (DIM Vastgoed).
- [34] Richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod.

[35] Implementatie in het westen: Section 979 UK Companies Act 2006: uitstoting door een 'notice'. Het zuiden: Art. 42-44 van het Belgische Koninklijk Besluit op de overnamebiedingen: uitstoting door 'heropening van het bod', waarbij de aandelen die daarin niet worden aangeboden van rechtswege geacht worden over te gaan op de uitkoper. En het oosten: § 327a Aktiengesetz, uitstoting door aandeelhoudersbesluit in uitkoopprocedures niet binnen drie maanden volgend op een openbaar bod. Hetzelfde geldt voor Polen, waarbij prijsvaststelling naderhand wél door de rechter gebeurt (art. 418 Kodeks spółek handlowych). Overigens verloopt de procedure ná een openbaar bod wel via de rechter (§ 39a-39b Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz). In het diepere zuiden, Frankrijk, is gekozen voor een administratiefrechtelijke route bij de financiële toezichthouder. In het noorden, in Zweden, is gekozen voor uitstoting in arbitrage volgens de Zweedse arbitragewet, waarbij de gezamenlijke minderheidsaandeelhouders of een trustee die wordt benoemd door de Rechtbank Stockholm een arbiter kunnen nomineren (22 kap., 5 § Aktiebolagslag (SFS 2005:551)). Resumerend: er is een zekere materiële convergentie, maar procedurele divergentie bij de implementatie van de Richtlijn.

[36] Noot Leijten onder Hof Amsterdam (OK) 22 april 2014, JOR 2014/231 (DIM Vastgoed 4).

[37] Josephus Jitta & Bulten 2015, p. 150-154.

[38] Salemink 2014, p. 239; Josephus Jitta & Bulten 2015, p. 154.

[39] P. Storm, Aanpassing enquêterecht, Ondernemingsrecht 2013/41 noemt de gedwongen overdracht ook in het kader van een nieuw in te voeren 356-voorziening, maar dit is vooralsnog geen geldend recht.

[40] Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/701 en uitgebreid C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 108), Deventer: Kluwer 2011, vooral p. 204-212. De derde procedure betreft de gedwongen overgang van stemrecht op aandelen indien vruchtgebruikers of pandhouders stemgerechtigd zijn (art. 2:342 BW).

[41] Noot Bulten, punt 4, onder Rb. Amsterdam 13 mei 2015, JOR 2015/258 (LDMA/IW&E en MSJ).

[42] Slagter/Assink, Compendium ondernemingsrecht. Deel I, Deventer: Kluwer 2013, p. 1297; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/717c. Waar in art. 2:92a/201a lid 5 BW het woord 'kan' staat, ontbreekt dit in art. 2:339 lid 1 BW. Overigens is deze procedure in twee fasen niet in beton gegoten en kan de rechter reeds in het eerste vonnis aansluiten bij een duidelijke door de aandeelhouders opgestelde regeling over de waardebepaling.

[43] Het gedrag van de gedaagde aandeelhouder is dan ook de grondslag voor de vordering tot uitsluiting, art. 336 lid 1 BW. Zie Kamerstukken II 1984/85, 18905, 1-3, p. 7.

[44] HR 11 september 1996, NJ 1997/177 m.nt. Ma (Winter Beheer), r.o. 3.3.

[45] Slagter/Assink 2013, p. 1301; P.J. Dortmund & C.D.J. Bulten, De geschillenregeling, in: P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013, p. 782.

[46] Dit uitgangspunt wijkt af van de Antilliaanse uittredingsprocedure, waar de wet als peildatum o.a. het tijdstip van voorlopige toewijzing hanteert (art. 2:252 lid 3 BWNA).

[47] Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3, p. 104.

[48] Noot Bulten, par. 6, onder Hof Amsterdam (OK) 14 december 2010, JOR 2011/77 (FIM Flexibel c.s./Tobis c.s.).

[49] Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3, p. 104.

[50] Bulten 2010, p. 208-210.

[51] Bulten 2010, p. 70; 2011, p. 211-212. In gelijke zin: Den Boer 2002, p. 344-346.

[52] Josephus Jitta 2015a, nr. 4; Salemink 2015, nr. 8.

[53] Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2897, ARO 2015/200 (Nutreco), r.o. 3.14-3.15.

[54] Nota van Toelichting Bob, Stb. 2007, 329, p. 45.

[55] Hof Amsterdam (OK) 21 april 2015, JOR 2015/165 m.nt. Josephus Jitta (Ziggo), r.o. 3.19.

[56] Hof Amsterdam (OK) 22 april 2014, JOR 2014/231 m.nt. Leijten (DIM Vastgoed 4), r.o. 2.25.

[57] Hof Amsterdam (OK) 22 april 2014, JOR 2014/231 m.nt. Leijten (DIM Vastgoed 4), r.o. 2.5-2.12; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, ARO 2015/91 (Teleplan 3).

[58] Josephus Jitta 2015b, nr. 2.

[59] Hof Amsterdam (OK) 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3424, ARO 2015/203 (B.V. tot Exploitatie van Pleisterplaatsen langs Autosnelwegen), r.o. 2.5.

[60] Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3087 (Nagron), r.o. 3.8.

[61] T. Salemink, Kroniek uitkoopregeling 2011-2014, Ondernemingsrecht 2015/45, nr. 6.

ANNOTATIE

Geen pauliana? Gelukkig hebben we de onrechtmatige daad nog ...

J.H.L. Beckers

Per 1 juli 2006 bestond de vastgoedportefeuille van Hahnrahts uit een vijftal panden. Ingegeven door financiële problemen vond in 2006 en 2007 een aantal rechtshandelingen plaats. In het kort:

1 De feiten

Per 1 juli 2006 bestond de vastgoedportefeuille van Hahnrahts uit een vijftal panden. Ingegeven door financiële problemen vond in 2006 en 2007 een aantal rechtshandelingen plaats. In het kort:

Panden X en Y

Op 31 juli 2006 werd een tweetal panden (hierna: X en Y) gezamenlijk verkocht, via een zekere Zipp, aan makelaar Sijstermans. Nadien kwam pand X, via terugkoop door Hahnrahts, terecht bij Pommé (18 juli 2007), die het niet veel later doorverkocht aan Global Red BV (29 augustus 2007). Pand Y kwam uiteindelijk (1 oktober 2007), wederom via Hahnrahts, terecht bij Kameleon, waarvan Pommé enig bestuurder was. Pand X had in 2005 een WOZ-waarde van € 224.500. In de opeenvolgende transacties ging het van de hand voor € 100.000 (Hahnrahts-Zipp en Zipp-Sijstermans), € 100.500 (Sijstermans-Hahnrahts en Hahnrahts-Pommé) en € 235.000 (Pommé-Global Red). In de koopakten waarbij Hahnrahts partij was, werd telkens een economische waarde genoemd van € 128.000. In de koopakte Sijstermans-Hahnrahts werd vermeld dat aan Hahnrahts tevens waren verkocht de bij het pand behorende roerende zaken voor een koopprijs van € 12.500. Hahnrahts verklaarde later als getuige dat hij naast de officiële koopsom nog een bedrag van € 25.000 'zwart' had ontvangen. Pand Y was voor de WOZ getaxeerd op € 365.000. In de opeenvolgende transacties werd respectievelijk € 150.000 (Hahnrahts-Zipp en Zipp-Sijstermans) en € 159.500 (Sijstermans-Hahnrahts en Hahnrahts-Kameleon) betaald. In de koopakten zelf werd telkens een economische waarde genoemd van € 197.000 en ook hier vermeldde de koopakte Sijstermans-Hahnrahts een

bedrag van € 12.500 aan roerende zaken. Kameleon had pand Y nog niet verkocht op het moment dat het hof arrest wees.

Z-panden

Op 20 maart 2007 had Hahnratshs een tweetal andere panden (hierna: de Z-panden) bezwaard met een recht van hypotheek ten behoeve van Krinat NV wegens een schuld aan deze, tot terugbetaling waarvan Hahnratshs en Wimmer (echtelieden) zich hadden verbonden in hun hoedanigheid van vennoten van de vof 'cafetaria Hahnratshs'. De vof werd gedreven vanuit een van genoemde panden. Op 1 april 2008 zijn de vof 'cafetaria Hahnratshs', Hahnratshs en haar vennoten Hahnratshs en Wimmer bij vonnis van de Rechtbank Maastricht op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard.

2 Oordeel in feitelijke instanties

De curator vorderde in eerste aanleg een verklaring voor recht dat een aantal rechtshandelingen rechtsgeldig vernietigd was, waaronder: (1) het bij akte(n) van 20 maart 2007 gevestigde hypotheekrecht (betreffende de Z-panden), (2) het bij akte(n) van 18 juli 2007 en 1 oktober 2007 gevestigde recht van eigendom (pand X en Y), en (3) de hoofdelijke verbondenheid tot de schulden waarvoor de op 20 maart 2007 gevestigde hypotheek is verleend (opnieuw betreffende de Z-panden). Bovendien vorderde de curator een verklaring voor recht dat Krinat, Kameleon en Pommé jegens crediteuren van gefailleerden, althans jegens Hahnratshs, onrechtmatig hebben gehandeld en diensengevolge schadeplichtig zijn. Ten slotte vorderde hij hoofdelijke veroordeling van Krinat, Kameleon en Pommé tot teruggave van hetgeen zij uit de vernietigde rechtshandelingen hebben ontvangen, alsmede tot betaling van schadevergoeding, alles met veroordeling in de proceskosten.

Het kernverwijt van de curator is dat alle betrokken partijen met voormelde transacties beoogden (de overwaarde van) de panden te onttrekken aan het verhaal van de crediteuren van Hahnratshs. De vernietigingsvordering stoelt op artikel 42 en 47 van de Faillissementswet (Fw) en de onrechtmatige-daadactie van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW).[1] De curator betoogde verder dat Pommé en Kameleon zich schuldig hebben gemaakt aan medeplegen, althans uitlokken van bedrieglijke bankbreuk (art. 341 van het Wetboek van Strafrecht, Sr).

De rechtbank heeft samengevat voor recht verklaard dat de hypotheekrechten ter zake van de Z-panden rechtsgeldig zijn vernietigd en dat de curator het hypotheekrecht van Krinat op die registergoederen niet behoefde te eerbiedigen.[2] De overige vorderingen werden afgewezen.

In hoger beroep had de curator meer succes. Het hof stelt voorop dat Hahnratshs bij het

voorlopig getuigenverhoor verklaarde:

1. dat hij pand X en Y noodgedwongen beneden de waarde aan Sijstermans had verkocht, dat Pommé hem zou helpen die verkoop terug te draaien en dat Pommé daarna die panden voor een hogere prijs zou verkopen;
2. dat Pommé en hij ieder de helft van de winst zouden krijgen; en
3. dat Pommé had voorgesteld om de Z-panden in een door Hahnratshs op te richten BV onder te brengen en die panden met een tweede hypotheek te bezwaren, zodat de panden geen overwaarde meer zouden hebben en derden niet meer tot executieverkoop zouden kunnen overgaan.

Volgens het hof ondersteunt deze verklaring de door de curator gestelde intentie van Pommé en Hahnratshs 'om alles in het werk te stellen' om gelden en/of voor verhaal vatbare zaken uit handen van crediteuren van Hahnratshs te houden. Die intentie vindt verder steun in het daadwerkelijk gerealiseerd zijn van een tweede hypotheek op de Z-panden en in het feit dat in de akten van levering van de panden X en Y aan respectievelijk Pommé en Kameleon een lagere koopprijs is vermeld dan Hahnratshs daarvoor zowel volgens zijn eigen verklaring bij het voorlopig getuigenverhoor als volgens Pommé in diens verklaring bij het voorlopig getuigenverhoor daadwerkelijk zou of heeft ontvangen. Dat de verkoop van de panden meer zou opleveren dan alleen de in de leveringsakten vermelde koopprijzen acht het hof geloofwaardig, aangezien niet valt in te zien welk belang Hahnratshs zou hebben bij een ongedaan maken van de verkopen aan Sijstermans indien hij de panden vervolgens voor dezelfde prijs aan Pommé beoogde te verkopen (r.o. 4.2.5).

Voor vernietiging op grond van de pauliana ziet het hof geen grond. Uitgaand van het feit dat in de akten van verkoop en levering van de panden X en Y niet de prijzen zijn vermeld die Hahnratshs daadwerkelijk zou ontvangen, zijn de verkopen van die panden niet aan te merken als paulianeus vanwege de tussen Hahnratshs en respectievelijk Pommé en Kameleon overeengekomen koopprijzen. Het hof acht het enkele feit dat Hahnratshs ook bij de tussen Pommé en hem over de verkopen gemaakte afspraken niet het volle pond voor de panden verkreeg, (eveneens) onvoldoende om de desbetreffende verkopen *als zodanig* paulianeus te achten. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat Hahnratshs zelf niet over de financiële middelen beschikte om de eerdere verkopen aan Sijstermans terug te draaien en de transacties met Pommé en Kameleon voor hem (dus) een middel waren om alsnog voor die panden een hogere opbrengst te realiseren dan hij daaruit bij de verkoop aan Sijstermans had gerealiseerd. De enkele omstandigheid dat Pommé c.s. aan die transacties hebben meegewerkt en/of die transacties hebben bewerkstelligd vanwege een voor hen daarin gelegen voordeel,

maakt niet dat zij door de verkoop van de panden zichzelf boven andere crediteuren van Hahnrahts hebben willen bevoordelen (r.o. 4.2.6). Het standpunt van de curator dat de panden zonder terugkoop door Hahnrahts voor verhaal door diens crediteuren beschikbaar zouden zijn geweest, verwerpt het hof. Daartoe overweegt het dat de verkoop van de panden aan Pommé c.s. niet los moet worden gezien van de terugkoop van die panden van Sijstermans; een terugkoop kon zonder wederverkoop niet worden gerealiseerd. De curator slaagt er niet in hard te maken dat hij zonder terugkoop door Hahnrahts de panden had kunnen opeisen wegens bedrog bij de verkoop aan Sijstermans dan wel hij daarzonder van laatstgenoemde schadevergoeding had kunnen vorderen. Het hof deelt in zoverre het oordeel van de rechtbank dat niet is gebleken dat de crediteuren van Hahnrahts door het samenstel van de transacties zelf zijn benadeeld (r.o. 4.2.7).

Het hof oordeelt wel dat aan Pommé c.s. ter zake de verkoop van de panden X en Y onrechtmatig handelen valt te verwijten in het feit dat zij die verkopen zodanig hebben gerealiseerd dat het positieve resultaat van die verkopen buiten bereik van de crediteuren van de vof en Hahnrahts en Wimmer werd gehouden (r.o. 4.2.8). Daaraan legt het ten grondslag de eerdere vaststellingen omtrent Hahnrahts' verklaringen over het doel van de constructie met Pommé c.s. (r.o. 4.2.5).

Ten slotte, hoewel de curator schadevergoeding nader op te maken bij staat vorderde, kan naar het oordeel van het hof de schade aanstonds worden vastgesteld door middel van begroting *ex aequo et bono* op EUR 80.000 (r.o. 4.3.1-4.3.2). Een gedeelte daarvan ter grootte van EUR 50.000 – waarvoor Pommé wordt veroordeeld – dient te worden beschouwd als schade in het kader van de verkoop van pand X. Het resterende gedeelte van EUR 30.000 – waarvoor Pommé hoofdelijk met Kameleon wordt veroordeeld – betrof pand Y (hoewel (nog) geen doorverkoop had plaatsgevonden).

3 Oordeel Hoge Raad

Tegen het vonnis van het hof komen Pommé en Kameleon vergeefs op in cassatie; de Hoge Raad vernietigt wel, maar enkel voor wat betreft de door het hof buiten beschouwing gelaten kostenveroordeling in eerste aanleg, waarover in het incidentele cassatieberoep werd geklaagd door de curator.

Het eerste onderdeel betoogt dat het hof, gelet op HR 16 juni 2000, NJ 2000/578 m.nt. Van Schilfgaarde (Van Dooren/ABN Amro I), heeft miskend dat feitelijke gronden die geen paulianus handelen opleveren evenmin een onrechtmatige daad kunnen opleveren. In dat kader is verder aangevoerd dat het hof buiten het partijdebat is getreden met zijn oordeel dat sprake is van bijzondere omstandigheden die buiten de desbetreffende rechtshandelingen zijn

gelegen, alsmede dat dat oordeel onvoldoende is gemotiveerd. De Hoge Raad gaat daar niet in mee. In de eerste plaats overweegt hij dat het oordeel van het hof over onrechtmatig handelen van Pommé en Kameleon betrekking heeft op andere feiten en omstandigheden dan zijn oordeel over de pauliana. Het 'onrechtmatigheidsoordeel' in r.o. 4.2.8 ziet immers niet op (het doel van) de overeenkomsten zelf, maar op de omstandigheid dat bij de uitvoering ervan (onder meer bij de vastlegging van de overeengekomen koopprijzen in akten) een deel van de koopprijzen aan het zicht van de crediteuren is onttrokken. Het hof is ook niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden. Ook indien de curator ter onderbouwing van zijn vordering wegens onrechtmatige daad heeft volstaan met een verwijzing naar de feiten die hij ten grondslag heeft gelegd aan zijn vordering op grond van de pauliana, behoefde dat het hof niet ervan te weerhouden om een deel van die feiten ten grondslag te leggen aan zijn onrechtmatigheidsoordeel. Bij dat oordeel, dat zag op de transacties met pand X en Y, mocht het hof overigens ook de gang van zaken rond de Z-panden betrekken, zonder daarmee buiten de rechtsstrijd te treden.

Het tweede onderdeel klaagt vanuit verschillende invalshoeken over de door het hof bij wege van schatting vastgestelde schadevergoeding. Na een overzicht te hebben gegeven van de stand van het recht, concludeert de Hoge Raad dat partijen ermee rekening moeten houden dat de rechter, met inachtneming van een aantal voorbehouden, direct kan overgaan tot vaststelling van de schadevergoeding, ook indien schadevergoeding op te maken bij staat is gevorderd. Anders dan het onderdeel betoogt, brengt dus in zo'n geval de enkele omstandigheid dat partijen geen specifiek op de omvang van de schade gericht debat hebben gevoerd nog niet mee dat de rechter hen in de gelegenheid moet stellen nadere gegevens over de omvang van de schade over te leggen.

Uitgaande van de aan de stukken ontleende concrete schadefactoren en bijbehorende bedragen die het hof in r.o. 4.3.2 vermeldt, bieden de klachten volgens de Hoge Raad geen aanknopingspunt voor het oordeel dat het hof in dit geval de hem toekomende beoordelingsvrijheid heeft overschreden. Dit wordt niet anders doordat het hof vervolgens de schade bij wege van schatting heeft begroot, nu de schattingen hun grondslag vinden in concrete gegevens ontleend aan de stukken van het geding. Het hof was niet gehouden te motiveren waarom het niet kon komen tot een (meer) concrete vaststelling van de schade.

Het derde onderdeel betoogt dat Pommé pas aansprakelijk is indien hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, hetgeen het hof niet had betrokken bij zijn oordeel dat Pommé met Kameleon hoofdelijk zal worden veroordeeld tot vergoeding van de schade die het met betrekking tot pand Y heeft begroot. Na aanhaling van de beide 5 september-arresten (RCI/Kastrop en Hezemans/Van der Meer) overweegt de Hoge Raad dat het onderdeel terecht is voorgesteld. Niettemin kan het onderdeel niet tot cassatie leiden. De door het hof in r.o.

4.2.5 genoemde omstandigheden waarop het zijn onrechtmatigheidsoordeel baseert, komen erop neer dat Pommé niet alleen in privé (pand X), maar ook in de hoedanigheid van bestuurder van Kameleon (pand Y) doelbewust met Hahnrathts heeft samengespannen om een gedeelte van de overeengekomen koopprijzen aan het zicht van crediteuren van Hahnrathts te onttrekken. Dit laat geen andere conclusie toe dan dat Pommé persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de door Kameleon gepleegde onrechtmatige daad.

4. Commentaar

1. Deze zaak is om verschillende redenen interessant, maar vooral omdat duidelijk wordt dat in 'onttrekking aan verhaal'-situaties het stranden van een pauliana-vordering niet meteen betekent dat ook de kansen op een succesvolle onrechtmatige-daadactie zijn verkeken. Het arrest is kort besproken in JIN 2015/33 door El Houzi.
2. In appel ging het om de vraag of Pommé en 'zijn' vennootschap Kameleon zich schuldig hebben gemaakt aan benadeling van de crediteuren in de faillissementen van de vof 'cafetaria Hahnrathts', Hahnrathts zelf en diens echtgenoot. De curator meende van wel en beriep zich op de pauliana (art. 42 en 47 Fw) en onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).
3. Ik veroorloof mij nog een enkele opmerking over de feiten; die zijn in deze casus belangrijk voor zowel de inhoudelijke beoordeling van pauliana en onrechtmatigheid (nr. 4 e.v.) als de schadevaststelling (nr. 17). Ondanks – of misschien wel dankzij – de voorlopige getuigenverhoren van Hahnrathts, Wimmer en Pommé wordt niet volledig duidelijk wat nu precies beoogd werd met deze transacties en hoe zij in werkelijkheid werden afgewikkeld. Vaststaat dat Hahnrathts een reeks vastgoedtransacties heeft verricht, waarbij op papier een koopsom werd betaald die beneden de werkelijke economische waarde lag. Onduidelijk is of Hahnrathts enig bedrag zwart heeft ontvangen, zoals hij verklaarde (zie Hoge Raad, r.o. 3.1 onder vii), en of Hahnrathts daadwerkelijk heeft gedeeld in de winst die Pommé (gedeeltelijk) realiseerde bij het doorverkopen van pand X, zoals Pommé verklaarde; Hahnrathts en Wimmer spraken dat tegen.
4. Het hof zag onvoldoende aanknopingspunten voor de pauliana. De curator richtte daartegen om hem moverende redenen geen klachten. Desondanks ziet de Hoge Raad reden het oordeel van het hof op dit punt samen te vatten (r.o. 4.1.2):

'a) Hahnrathts heeft overwaarde van de panden moeten prijsgeven bij de (...) transacties met Zip/Sijstermans. De terugkoop door Hahnrathts van de panden met directe doorverkoop aan Pommé c.s. bood voor Hahnrathts de mogelijkheid om een gedeelte van die overwaarde terug te krijgen, hetgeen hij zonder tussenkomst van Pommé c.s. niet kon bereiken. Dit wijst niet op samenspanning om crediteuren te benadelen.

b) Het voor verhaal vatbare vermogen van Hahnratht was reeds verminderd door de (niet aantastbare) transacties met Zip/Sijstermans. De overeenkomsten met Pommé en Kameleon hebben als zodanig de crediteuren niet benadeeld, aangezien deze overeenkomsten niet los kunnen worden gezien van de terugkoop van de panden van Sijstermans, die alleen door tussenkomst van derden – Pommé en Kameleon – kon worden gerealiseerd.’

5. Uit de overwegingen van het hof rijst het beeld dat het zijn bedenkingen had bij de gang van zaken, maar uiteindelijk niet anders kon dan de vordering afwijzen. Verkoop van een zaak beneden de marktwaarde is een klassiek pauliana-geval, maar voor vernietiging van de benadelende rechtshandeling moet aan alle vereisten zijn voldaan. De angel zat hier in de niet-aantastbaarheid van de eerste benadelende transactie (Hahnratht – Zipp/Sijstermans), daardoor werd het benadelende karakter aan de latere transacties ontnomen. Kennelijk heeft de curator niet de stelling betrokken dat die eerste transactie benadelend was en uit dien hoofde vernietigbaar, afzonderlijk dan wel als ‘samenstel van rechtshandelingen’ (het hof spreekt, in een iets ander verband, van een ‘samenstel van transacties’, r.o. 4.2.8). Mogelijk had de beslissing dan anders geluid. Ik wijs er volledigheidshalve op dat in de samenstel-route een aantal valkuilen bestaat waarover in de literatuur wordt getwist.[3]

6. In gevallen als deze, waarin over de onzuivere intenties van betrokkenen geen discussie bestaat (vergelijk hof, r.o. 4.2.5), kan mogelijk ook een beroep worden gedaan op nietigheid wegens strijd met de goede zeden. Aanknopingspunten daarvoor biedt HR 19 december 2014, NJ 2015/290 m.nt. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.3.2:

‘Voor nietigheid van een rechtshandeling wegens strijd met de goede zeden op de grond dat deze strekt tot benadeling van schuldeisers, is niet vereist dat ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling vaststaat of aannemelijk is dat schuldeisers als gevolg van de rechtshandeling daadwerkelijk (zullen) worden benadeeld. De nietigheid vindt reeds haar grond in de door het hof vastgestelde onzedelijke strekking van de rechtshandeling, en (anders dan het geval is bij de rechtsgevolgen van paulianeus of onrechtmatig handelen) niet in de nadelige gevolgen van de rechtshandeling voor anderen.’

Een bijkomend voordeel van de nietigheidssanctie is dat zich hier geen samenloop lijkt voor te doen met een eventuele parallelle onrechtmatige-daadvordering (waarover uitgebreid hierna).[4]

7. In cassatie gaat het niet om het oordeel van het hof over de pauliana zelf, maar wordt een beroep gedaan op HR 16 juni 2000, NJ 2000/578 m.nt. Van Schilfgaarde (Van Dooren/ABN Amro I), waaruit volgt dat een rechtshandeling die niet vernietigbaar is op grond van artikel 42 en 47 Fw slechts onder bijzondere omstandigheden als onrechtmatig kan worden aangemerkt.

Meer in het bijzonder stelt het desbetreffende onderdeel dat feitelijke gronden die geen paulianeus handelen opleveren evenmin een onrechtmatige daad kunnen opleveren. Daarmee zal zijn bedoeld op de overweging uit eerdergenoemd arrest:

‘(...) dat na verwijzing opnieuw zal moeten worden onderzocht of de vordering van de curator op grond van de derde grondslag [pauliana; JB] moet worden toegewezen, en dat derhalve na verwijzing ook de vierde grondslag [onrechtmatige daad; JB] zo nodig opnieuw aan de orde kan komen, voorzover deze is gebaseerd op hetzelfde feitencomplex als de derde grondslag.’

8. Het onderdeel vangt bot. Volgens de Hoge Raad had het oordeel van het hof over onrechtmatig handelen van Pommé en Kameleon wel degelijk betrekking op andere feiten en omstandigheden dan zijn oordeel over de pauliana. De overeenkomsten zelf achtte het immers geoorloofd (lees: niet paulianeus), de onrechtmatigheid zat in de uitvoering ervan. Ik vind dit een wat gekunsteld onderscheid, maar dat komt misschien omdat ik moeite heb met het volgen van de pauliana-overwegingen (zie hiervoor nr. 4 e.v.). Verderop overweegt de Hoge Raad dan nog dat ook indien de curator ter onderbouwing van zijn onrechtmatige-daadvordering heeft volstaan met een verwijzing naar de feiten die hij ten grondslag heeft gelegd aan zijn vordering op grond van de pauliana, dat het hof niet ervan behoefde te weerhouden ‘om een deel van die feiten ten grondslag te leggen aan zijn oordeel in r.o. 4.2.8’. Weliswaar respondeert de Hoge Raad hier op klachten betreffende de grenzen van de rechtsstrijd en innerlijke tegenstrijdigheid, maar toch is niet geheel duidelijk hoe zich dit verhoudt tot de overweging dat hier niet sprake was van ‘hetzelfde feitencomplex’. Uit het voorgaande lijkt in ieder geval te kunnen worden geconcludeerd dat de Hoge Raad geen zware eisen stelt; zolang aan de onrechtmatige-daadvordering ook andere feiten en omstandigheden ten grondslag liggen, vormt de niet-vernietigbaarheid op grond van de pauliana geen beletsel. Hierbij speelt een rol dat, zoals de Hoge Raad benadrukt, de appelrechter veel vrijheid heeft bij de uitleg van de stellingen van partijen.

9. Hiermee lijkt vast te staan dat voor ‘bijzondere omstandigheden’ in Van Dooren/ABN Amro I moet worden gelezen ‘bijkomende omstandigheden’, dat wil zeggen omstandigheden buiten de rechtshandeling sec.[5]

In de literatuur is ook wel gesuggereerd dat het om ‘bijzonder krasse’ omstandigheden moet gaan, waarbij als voorbeelden worden genoemd selectieve betalingen aan groepsmaatschappijen en ‘ongeoorloofde pressie’.[6]

Gelet op het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen de overeenkomst zelf (de rechtshandeling sec dus) en de uitvoering daarvan, lijkt het er sterk op dat de Hoge Raad hier voor de eerste benadering kiest. Dat het hier ook om een kras geval ging, doet daaraan niet af.

10. Dan de onrechtmatige-daadvordering zelf, voor zover gericht tot Pommé in de hoedanigheid van enig bestuurder van Kameleon. In cassatie wordt geklaagd dat het hof ten onrechte heeft nagelaten te toetsen of er sprake was van ernstige verwijtbaarheid. Volgens de Hoge Raad is die klacht op zichzelf terecht; niettemin kan het onderdeel niet tot cassatie leiden. De door het hof genoemde omstandigheden komen erop neer dat Pommé niet alleen persoonlijk (pand X), maar ook in de hoedanigheid van bestuurder van Kameleon (pand Y) doelbewust met Hahnratshs heeft samengespannen om een gedeelte van de overeengekomen koopprijzen aan het zicht van crediteuren van Hahnratshs te onttrekken. Volgens de Hoge Raad 'laat [dit] geen andere conclusie toe dan dat Pommé persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de door Kameleon gepleegde onrechtmatige daad' (r.o. 4.5.4).

11. Het is niet de eerste keer dat de Hoge Raad zich bereid toont een hofbeslissing te 'redden' waarin ten onrechte het ernstig-verwijtcriterium buiten toepassing is gelaten.[7]

In de meeste gevallen ging het er niet zozeer om – zoals Assink het omschrijft – of het hof expliciet verwees naar een ernstig-verwijtmaatstaf, als wel of de overwegingen van het hof ten minste kenbaar aansloten op hetgeen toepassing van die maatstaf (met inachtneming van de omstandigheden van het geval) vergt. Wat dat betreft lijkt deze uitspraak wel in het rijtje te passen.

12. Deze uitspraak past ook in een ander rijtje (dat het hiervoor bedoelde grotendeels overlapt): in verschillende uitspraken beantwoordde het gewraakte handelen aan zowel de gewone als de ernstig-verwijtmaatstaf. In zoverre ligt deze uitspraak in het verlengde van HR 23 november 2012, NJ 2013/302 m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2013/40 m.nt. Van Andel & Rutten (Van de Riet/Hoffmann), HR 23 mei 2014, NJ 2014/325 m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2014/229 m.nt. Van Bekkum (X/Maas q.q.) en HR 5 september 2014, NJ 2015/21 m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2014/296 m.nt. Kroeze (Hezemans/Van der Meer). Dat betekent uiteraard niet dat de ernstig-verwijtnorm zinloos is, wel dat die norm voornamelijk een functie heeft bij minder evident laakbaar gedrag.

13. Deze casus is in zoverre uniek dat Pommé de verweten gedraging had verricht zowel persoonlijk (pand X) als in de hoedanigheid van bestuurder van Kameleon (pand Y). In zo'n geval lijkt het mij schier ondenkbaar dat beide transacties aan een andere maatstaf zouden zijn getoetst, enkel omdat de ene in hoedanigheid is verricht. Inmiddels is wel duidelijk dat bestuurdersaansprakelijkheid niet zo binair is als sommigen aannamen na Van de Riet/Hoffmann. Dat volgens Hezemans/Van der Meer 'steeds' de ernstig-verwijtmaatstaf moet worden aangelegd indien het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid, laat onverlet dat in gevallen waarin het bestuurderschap een bijkomstigheid is, de indringendheid waarmee aan die maatstaf wordt getoetst dat ook zal zijn. Uiteraard zijn er nog meer omstandigheden die

daartoe kunnen nopen.

14. Bijzonder aan dit geval is verder dat Pommé als bestuurder aansprakelijk werd geoordeeld voor benadeling van crediteuren van een derde, dus niet zijn eigen crediteuren of die van de BV. Het gaat hier dus niet om de 'klassieke' bestuurdersaansprakelijkheid jegens crediteuren van de aangesprokene zelf of van entiteiten binnen zijn invloedssfeer. Voor de inhoudelijke analyse maakt het feit dat het om derden-crediteuren gaat op zichzelf geen verschil, dat blijkt ook uit onderhavige uitspraak. Hierin volgt de onrechtmatige daad de pauliana, waarin het voor degene die met de schuldenaar een paulianeuze rechtshandeling aangaat per definitie om benadeling van derden-crediteuren gaat. Slechts onder bijzondere omstandigheden lijkt daarbij een rol te kunnen spelen dat het niet om zijn eigen crediteuren gaat.[8]

15. Is met het 'onttrekken aan het zicht van crediteuren' nu een geheel nieuwe aansprakelijkheidsgrond gecreëerd? Dat denk ik niet, uiteindelijk gaat het toch nog steeds om onttrekking aan of frustratie van verhaal (Ontvanger/Roelofsen, categorie II); op aan het zicht onttrokken vermogensbestanddelen kunnen crediteuren zich niet verhalen. Dat blijkt ook bij de schadebegroting door het hof, waarbij het enkel spreekt van de 'buiten bereik van de crediteuren gehouden verkoopopbrengst' (r.o. 4.3.2). Wel kan deze nieuwe subcategorie aanleiding geven tot toepassingsvragen waarvoor het bestaande kader geen antwoorden biedt. De meest voor de hand liggende vraag is uiteraard wanneer sprake is van onttrekking aan het zicht, hetgeen vooral in minder krasse gevallen dan de onderhavige een lastige kan zijn.

16. In eerste instantie voerde de curator nog aan dat Pommé en Kameleon zich schuldig hebben gemaakt aan medeplegen, althans uitlokken van bedrieglijke bankbreuk (art. 341 Sr) doordat de panden aan de boedel zijn onttrokken en/of beneden de werkelijke waarde zijn vervreemd. Dit betoog, dat door de rechtbank werd verworpen (r.o. 4.21), lijkt niet te zijn gehandhaafd in hoger beroep. Het gaat hier hooguit om een steunargument; deze zaak speelde zich immers niet af voor de strafrechter. Overigens biedt het strafrecht de mogelijkheid om een schadevergoedingsmaatregel op te leggen.[9]

17. De kwestie van de schadevaststelling bij wijze van begroting ex aequo et bono laat ik grotendeels buiten beschouwing. De feitenrechter heeft daarbij veel vrijheid en de overwegingen van de Hoge Raad zijn goed te volgen. Het is natuurlijk wel frappant dat het hof dit uitgerekend doet in een zaak als deze, waarin niet alleen de omvang van de schade zelf onderwerp van discussie was, maar ook of er wel sprake was van benadeling/schade met de hiervoor besproken gevolgen voor de toewijsbaarheid van de pauliana-vordering. Wat ongetwijfeld geholpen zal hebben voor de Hoge Raad is dat dat laatste in cassatie niet aan de orde was gesteld.

18. Het faillissement van Hahnrahts – en dat van Wimmer – volgde uit het faillissement van de vof; in totaal drie faillissementen dus. De onrechtmatige-daadvordering van de curator lijkt hier voornamelijk te zijn ingesteld namens de crediteuren van Hahnrahts (zie echter ook r.o. 4.2.8). Dat is ook niet verwonderlijk omdat daar het zwaartepunt van benadeling en schade lag; niet gebleken is dat er een huwelijksgemeenschap bestond tussen Hahnrahts en Wimmer en dat het vastgoed daarin viel. Kan de curator ook optreden namens de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van de vof en Wimmer? Ik zou denken van wel, zij het alleen voor eerstgenoemde groep. In het geval van het faillissement van een vof en de vennoten, zoals in casu, zal vrijwel steeds ook sprake zijn van benadeling van gezamenlijkheid van de vennootschapscrediteuren, juist vanwege het feit dat zij zich kunnen verhalen op het vennootschapsvermogen én de privévermogens van de vennoten. Dat daarin een rangorde zit, in die zin dat vennootschapscrediteuren voor privécrediteuren gaan, is niet van belang; voor een onderzoek omtrent de individuele positie van elk van de betrokken crediteuren is geen plaats.[10]

19. Voor toekomstige gevallen geldt het nieuwe uitgangspunt dat het faillissement van de vof niet noodzakelijk het faillissement van de vennoten met zich brengt.[11]

In de onderhavige casus zou dat weinig verschil hebben gemaakt, behalve dat de vennoten waarschijnlijk zouden hebben gekozen voor de afslag van de schuldsaneringsregeling, direct bij aangifte van de vof dan wel naderhand op de voet van artikel 15b Fw. Bij die tweede route is overigens maar de vraag of, zoals de Hoge Raad aanneemt, de rechtbank, hangende de daarvoor gestelde termijn, inderdaad ex artikel 3a lid 2 Fw de faillietverklaring van de vof zal schorsen; in de verschillende rechtbanken werd daar in het verleden verschillend mee omgegaan.[12]

Noten

[1] Zie de door de A-G geciteerde overwegingen van de rechtbank, concl. nr. 1.3.2.

[2] Nu hiertegen niet was gegriefd (door Krinat NV (gedaagde in eerste aanleg)), stond dit vast in hoger beroep en cassatie.

[3] Zie R.J. van der Weijden, De faillissementspauliana (diss. Nijmegen) (Serie O&R, deel 75), Deventer: Kluwer 2012, p. 36-42.

[4] Zie ook noot 2 van Tjong Tjin Tai bij HR 19 december 2014, NJ 2015/290.

[5] Aldus R.J. de Wijs, Groene Serie Faillissementswet, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 42, aant. 13 en A-G Wissink voor onderhavige zaak, nr. 3.4.3 en 3.5.

- [6] Zie NJ-annotator Van Schilfgaarde onder Van Dooren-ABN Amro I.
- [7] Zie voor een opsomming B.F. Assink, De factor 'wetenschap van benadeling' in te onderscheiden vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, in: Eenheid en verscheidenheid (congresbundel) (nog te verschijnen).
- [8] Zie bijv. F.P. van Koppen, Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 295.
- [9] Zie bijv. HR 22 april 2014, NJ 2015/184 m.nt. Van Mierlo. Zie ook B. Wessels, Gevolgen van faillietverklaring (2), Deventer: Kluwer 2013, nr. 3029-3029a.
- [10] Zie HR 23 december 1994, NJ 1996/628 (Notarissen/THB), r.o. 4.3.2. Een verdergaande stelplicht wordt aangenomen door Hof 's-Hertogenbosch 9 september 2014, JOR 2014/343 m.nt. Kerstens en Vroom.
- [11] Zie HR 6 februari 2015, NJ 2015/181 m.nt. Kortmann en Faber (X/Bepro).
- [12] Zie M.H.F. van Vugt & R.J. Verschoof, Twee geloven op één kussen – samenloopproblematiek faillissement en schuldsaneringsregeling bij de vof, FIP 2014/134, p. 116-118.

ANNOTATIE

Het informeren van crediteuren als verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid.

M. Mussche

1 Inleiding

Het typische betoog van een bestuurder die zich verweert tegen een Beklamel-vordering is dat hij bij het aangaan van de overeenkomst niet kon voorzien dat de vennootschap de overeenkomst niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden. In deze bijdrage staat een alternatief verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid centraal, inhoudende dat de vennootschapscrediteur ten tijde van de contractsluiting zelf (ook) op de hoogte was van de financiële situatie van de vennootschap, al dan niet doordat de aangesproken bestuurder hem daarover heeft geïnformeerd. Onderzocht wordt hoe de bestuurder van een vennootschap in financiële moeilijkheden dit verweer in stelling kan brengen door potentiële contractspartijen reeds op voorhand te informeren over de financiële situatie van de vennootschap.

2 Beklamel-aansprakelijkheid als zwaard van Damocles

De Beklamel-vordering is een species van de vordering uit onrechtmatige daad. Een Beklamel-vordering kan slechts slagen als de aangesproken bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt. De feitelijke grondslag voor een Beklamel-vordering is dat een bestuurder in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan de aangegane verplichting zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij van de vennootschap ten gevolge van die wanprestatie zou lijden.^[1] De geobjectiveerde kennis van de bestuurder ('wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen') wordt Beklamel-wetenschap genoemd.

Het is niet altijd eenvoudig te bepalen of de kennis die een bestuurder op een bepaald moment heeft, kwalificeert als Beklamel-wetenschap. Dat geldt in de eerste plaats voor de bestuurder van een vennootschap in financiële moeilijkheden zelf. Die onzekerheid kan

leiden tot bestuurlijke overvoorzichtigheid die erin resulteert dat een bestuurder reeds bij 'Beklamel-twijfel' geen nieuwe verplichtingen namens de vennootschap meer aangaat, om zo zijn eigen aansprakelijkheidsrisico te beperken.[2] Dat is uiteraard niet in het belang van de vennootschap en niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren. Het vennootschapsrecht dient te faciliteren dat bestuurders zich maximaal inspannen om het gehavende, maar nog niet zinkende schip van de ondergang te redden, zonder dat daarbij nodeloos schade aan derden wordt berokkend. In de jurisprudentie met betrekking tot de Beklamel-norm is wat dat betreft reeds een belangrijke stap in de goede richting gezet. De Hoge Raad heeft in het arrest Sobi/Hurks geoordeeld dat de zogenoemde 'peildatum' – het tijdstip vanaf wanneer het bestuurlijk handelen als onrechtmatig wordt aangemerkt – aan de veilige kant dient te worden gekozen.[3] Aan de veilige kant wil in dit verband zeggen: aan de late kant, dus ten gunste van de aangesproken bestuurder. Daarmee worden de negatieve gevolgen van rechterlijke wijsheid achteraf, of: *hindsight bias*, mogelijk enigszins gemitigeerd.

Hindsight bias is de menselijke neiging tot het overschatten van de voorzienbaarheid van een gebeurtenis nadat die gebeurtenis zich heeft voorgedaan. Een Beklamel-vordering wordt pas ingesteld wanneer is gebleken dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen en bevindt zich daardoor per definitie binnen de risicosfeer van *hindsight bias*. Zowel de eisende partij als de rechter weet immers hoe de poging van de bestuurder om de onderneming overeind te houden is afgelopen. Bovendien is achteraf vaak feitelijke informatie beschikbaar die ten tijde van de totstandkoming van de verplichting van de vennootschap nog niet beschikbaar was, of nog niet eenvoudig raadpleegbaar was. Denk bijvoorbeeld aan op voorhand niet-voorzienbare marktontwikkelingen of jaarcijfers die pas later zijn opgesteld.

Uit psychologisch onderzoek blijkt dat *hindsight bias* een hardnekkig fenomeen is. Er bestaan psychologische methodes (trainingen) die *hindsight bias* kunnen beperken, maar waarschijnlijk kan *hindsight bias* niet geheel worden weggenomen.[4] Zelfs ervaren beslissers zoals rechters blijken behept met een relevante mate van *hindsight bias*. Een beperkte mate van rechterlijke *hindsight bias* kan de wijze waarop bestuurders hun beslissingen nemen al beïnvloeden, of zoals Bainbridge het verwoordt:

'As long as there is some non-zero probability of erroneous second-guessing by judges, however, the threat of liability will skew director decisionmaking away from optimal risktaking. That this result will occur even if the risk of judicial error is quite small is suggested by the work of behavioral economists on loss aversion and regret avoidance.'

Uit zelfbescherming kunnen bestuurders anticiperen op rechterlijke *hindsight bias* door reeds in een vroeg stadium geen verplichtingen meer aan te gaan namens de vennootschap. Het behoeft echter geen betoog dat het onwenselijk is als bestuurders, om in de woorden van het

arrest Willemsen/NOM te spreken, 'hun handelen in overwegende mate door defensieve overwegingen laten bepalen'. [6] Ervan uitgaande dat de rechtsregel uit Sobi/Hurks de negatieve gevolgen van *hindsight bias* niet geheel kan uitsluiten, moet op andere wijze worden bewerkstelligd dat bestuurders van een onderneming in financiële moeilijkheden niet te snel de handdoek in de ring werpen. Bestuurders hebben de sleutel daarvan mogelijk zelf in handen: zij kunnen, in geval van Beklamel-twijfel, potentiële wederpartijen van de vennootschap informeren over de financiële situatie van de vennootschap.

3 Beklamel-twijfel: inform or abstain

De Beklamel-norm brengt voor bestuurders de verplichting mee om, in lijn met artikel 2:10 van het Burgerlijk Wetboek (BW), een administratie bij te houden die eenvoudig inzicht geeft in de liquiditeits- en solvabiliteitspositie van de vennootschap. [7] De bestuurder zal immers voortdurend moeten (kunnen) afwegen of het redelijk is om de onderneming voort te zetten en daartoe namens de vennootschap nieuwe verplichtingen aan te gaan. Een bestuurder in dubio kan twee dingen doen: ten eerste kan hij geen nieuwe verplichtingen meer aangaan namens de vennootschap. Ten tweede kan hij, onder bepaalde omstandigheden, de beslissing over het aangaan van de verplichting aan de potentiële wederpartij laten door deze te informeren over de financiële situatie van de vennootschap. De Beklamel-norm komt er in feite op neer dat een bestuurder niet ten koste van een potentiële crediteur van de vennootschap misbruik mag maken van zijn informatievoorsprong. Indien de bestuurder die informatievoorsprong opheft door potentiële crediteuren openheid van zaken te geven, dan legt de bestuurder de Beklamel-afweging in feite bij de crediteur. Vanuit het perspectief van de vennootschapscrediteur betekent dit dat als de crediteur op de hoogte was van de slechte financiële situatie van de vennootschap, hij de bestuurder geen Beklamel-verwijt kan maken van het feit dat deze namens de vennootschap een verplichting met hem is aangegaan.

De Hoge Raad heeft deze gedachte bevestigd in het arrest Verlinden/Amstelland. [8] De eisende crediteur (Verlinden OG) voerde in die zaak ter onderbouwing van zijn Beklamel-vordering aan dat de aansprakelijk gestelde bestuurder (Van den Broek) wist dat de door hem bestuurdde vennootschap (Cunera) geen verhaal zou bieden. Van den Broek zou namelijk hebben gezegd dat Verlinden OG van 'de kale kikker Cunera geen veren zou kunnen plukken'. Het hof overwoog hierover als volgt:

'[Z]o uit deze uitspraak van Van den Broek al iets kan worden afgeleid omtrent diens te dezen relevante wetenschap ten aanzien van de financiële situatie van Cunera, aangenomen zou moeten worden dat eenzelfde wetenschap heeft bestaan bij Verlinden OG, zodat NBM [een andere gedaagde; MM] en Van den Broek niet aansprakelijk zouden zijn. Deze gedachtengang geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

Een Beklamel-vordering komt dus niet voor toewijzing in aanmerking, zo maak ik op uit de bovenstaande overweging, indien de crediteur zelf van de hoed en de rand wist wat betreft de financiële situatie van de vennootschap. Een voorzichtige bestuurder met Beklamel-twijfel hoeft om zijn persoonlijke aansprakelijkheidsrisico te beperken dus niet per se de bedrijfsvoering plat te leggen door geen nieuwe verplichtingen namens de vennootschap meer aan te gaan. Het devies voor de 'bange bestuurder' met Beklamel-twijfel is: *inform or abstain*.

4 De adequaat geïnformeerde crediteur

Wanneer is een contractuele wederpartij van de vennootschap ten tijde van de contractsluiting zodanig geïnformeerd, al dan niet door de bestuurder(s) van de vennootschap, dat zijn Beklamel-vordering moet falen? De omstandigheden van het concrete geval zijn uiteraard doorslaggevend, maar er zijn enkele algemene gezichtspunten te formuleren:

1. Allereerst moet de bestuurder de crediteur voldoende informatie hebben verstrekt. De drempel ligt mijns inziens hoog: voldoende betekent in dit verband dat alle informatie wordt verstrekt die redelijkerwijs relevant zou kunnen zijn voor de oordeelsvorming van de crediteur. De crediteur moet met andere woorden op het informatieniveau van de bestuurder worden gebracht ten aanzien van de aspecten die voor hem van belang (kunnen) zijn.
2. Daarnaast moet de bestuurder vanzelfsprekend informatie verstrekken die feitelijk juist is. De feiten mogen niet mooier worden gepresenteerd dan deze zijn. Het geniet de voorkeur de informatie zo 'droog' mogelijk te presenteren, tenzij het redelijkerwijs in het belang van de potentiële crediteur is om de cijfers van nadere duiding of conclusies te voorzien.
3. De verstrekte informatie moet op voldoende eenvoudige wijze raadpleegbaar zijn. Een effectieve wijze om iemand informatie te onthouden, is door hem te overstelpen met informatie. De bestuurder die een enorme digitale dataroom met alle financiële gegevens van de vennootschap optuigt en potentiële crediteuren daartoe toegang verleent, heeft hen niet per definitie adequaat geïnformeerd. Het is namelijk voorzienbaar dat met name kleinere partijen de hoeveelheid informatie niet kunnen verwerken en niet de juiste conclusies kunnen trekken uit de verstrekte informatie.
4. De informatieverstrekking moet proactief plaatsvinden. Een bestuurder kan niet achteroverleunen en wachten op het initiatief van mogelijke contractspartijen van de vennootschap om zich te doen informeren. Voor een succesvol verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid zal de bestuurder moeten aantonen dat de wederpartij voldoende geïnformeerd was, niet dat deze voldoende geïnformeerd had kunnen zijn. De Beklamel-norm behelst geen onderzoeksplicht voor de vennootschapscrediteur (zie ook het vervolg van deze

paragraaf).

5. Tot slot moet het doel van de informatieverstrekking duidelijk zijn. Een crediteur moet zich realiseren in welk kader de informatieverstrekking door de bestuurder plaatsvindt. Zo nodig moet de bestuurder expliciteren dat hij de potentiële crediteur informeert zodat deze zich een zelfstandig oordeel kan vormen over de kredietwaardigheid van de vennootschap.

De inhoud van de overeenkomst tussen de vennootschap en haar wederpartij kan een indicatie geven van geïnformeerdheid van de wederpartij. Een wederpartij die bijvoorbeeld een hogere rentevergoeding bedingt dan gebruikelijk is tussen partijen of in de markt, geeft er blijk van bewust een risicovolle transactie te zijn aangegaan. Hetzelfde geldt als er bijvoorbeeld meer goederenrechtelijke zekerheden of persoonlijke garantstellingen zijn bedongen dan de partijen in kwestie normaal gesproken doen.

In de praktijk worden potentiële contractspartijen in voorbereiding op het aangaan van nieuwe verplichtingen veelal op eigen initiatief geïnformeerd over de toestand van de vennootschap. Grote, professionele partijen met uitgebreide financiële expertise en een sterke onderhandelingspositie zijn gewoonlijk allerm minst onwetend ten aanzien van de financiële situatie van een onderneming waarmee zij overwegen te contracteren. Banken bijvoorbeeld zijn pas bereid (nood)financiering te verstrekken als de onderneming naar hun geïnformeerde oordeel voldoende toekomstperspectief heeft en/of voldoende (goederenrechtelijke) zekerheden verstrekt. Dergelijke professionele partijen zullen zich veelal ook informeren aan de hand van openbare gegevens over de vennootschap (de gepubliceerde jaarrekening, openbaar gemaakte koersgevoelige informatie, groeiprognoses, marktanalyses, enzovoort). Uit die staande praktijk mag mijns inziens echter geen verplichting tot het doen van *due diligence*-onderzoek worden afgeleid. Voorkomen moet worden dat de Beklamel-norm uitmondt in een onderzoeksplicht voor potentiële crediteuren – dat zou de efficiëntie van het handelsverkeer niet ten goede komen. Maatgevend is of de crediteur *daadwerkelijk* de (relevante aspecten van de) financiële situatie van de vennootschap waarmee hij in zee is gegaan, kende (subjectief criterium). Uiteraard kan de wetenschap van een crediteur soms wel op voorhand aannemelijk worden geacht op grond van de feiten en omstandigheden van het geval. Van banken mag bijvoorbeeld worden aangenomen dat zij de op hun verzoek aan hen ter beschikking gestelde financiële stukken ook tot zich nemen.

Het geven van openheid van zaken biedt mijns inziens niet altijd bescherming tegen Beklamel-aansprakelijkheid. Een bestuurder treft ook blaam als hij bepaalde essentiële informatie niet had, terwijl hij deze redelijkerwijs wel had kunnen en moeten hebben. De objectieve ondergrens van de adequate informatieverstrekking is in dat geval niet bereikt. Daarnaast houdt een bestuurder uit hoofde van zijn positie altijd een eigen

verantwoordelijkheid die hij niet op potentiële crediteuren kan afschuiven: indien een bestuurder niet in dubio is over de vraag of de vennootschap aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen (Beklamel-twijfel), maar wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat dit niet het geval is (Beklamel-wetenschap), dan is het geven van openheid van zaken geen optie. De bestuurder dient dan eenvoudigweg af te zien van het aangaan van nieuwe verplichtingen teneinde schade aan derden zo veel mogelijk te beperken.

Bestuurders moeten bij het informeren van (potentiële) crediteuren de nodige behoedzaamheid betrachten. Enerzijds is immers denkbaar dat informatieverstrekking over de moeilijke financiële situatie juist de ondergang kan inluiden van een onderneming in moeilijkheden (*self-fulfilling prophecy*). Anderzijds kan dat in veel gevallen ook worden gezegd – mijns inziens meestal zelfs in sterkere mate – van het alternatief, te weten het überhaupt geen verplichtingen meer aangaan namens de vennootschap. In geval van Beklamel-twijfel is het voor de ‘bange bestuurder’ kiezen tussen twee kwaden: *inform or abstain*. De consequenties van eerstgenoemde zijn potentieel minder vergaand: het informeren van potentiële contractspartijen leidt niet per definitie tot een pas op de plaats voor de vennootschap. In geval van Beklamel-twijfel geniet het informeren van potentiële contractspartijen daarom veelal de voorkeur boven het op eigen initiatief volledig afzien van het aangaan van nieuwe verplichtingen.

De Beklamel-norm is niet alleen van toepassing op volledig nieuwe overeenkomsten, maar ook op bestaande raam- en duurovereenkomsten tussen de vennootschap en haar wederpartijen, op grond waarvan voortdurend verplichtingen over en weer ontstaan. Denk hierbij aan vaste leveranciers of partijen waarmee periodiek hernieuwde overeenkomsten worden aangegaan, zoals een leasemaatschappij of een verhuurder. In de praktijk zijn veel potentiële, toekomstige crediteuren dan ook tevens huidige crediteuren. Het is mogelijk dat met dergelijke crediteuren een duur- of raamovereenkomst is gesloten op het moment dat de vennootschap financieel gezond was, terwijl de financiële situatie ondertussen ernstig is verslechterd. De nieuwe verplichtingen die uit dergelijke bestaande overeenkomsten voortvloeien, kunnen voor de bestuurder een risico op Beklamel-aansprakelijkheid inhouden. Met het oog op een later te voeren verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid is het voor de betrokken bestuurders raadzaam om de informatiedeling met deze bestendige groep crediteuren goed vast te leggen. Een praktische wijze om hen te informeren is door middel van periodiek crediteurenoverleg, uiteraard voorzien van gedegen verslaglegging.

5 Juridische inkadering

Een zowel dogmatisch als praktisch relevante vraag is hoe het hiervoor besproken verweer juridisch ingekaderd moet worden. Deze vraag kwam aan de orde in aanloop naar het arrest

Tulip Air.[9] In deze zaak werd Van der Meer, bestuurder van een aantal Tulip-vennootschappen, op grond van de Beklamel-norm aangesproken door een crediteur van de Tulip-vennootschappen, Hezemans. Van der Meer had een volmacht van Hezemans gekregen om namens Hezemans twee vliegtuigen te verkopen. Volgens Hezemans had Van der Meer gehandeld in strijd met de Beklamel-norm door de koper van de vliegtuigen, in strijd met de aan Van der Meer verleende volmacht, te instrueren om de koopprijs te voldoen op een rekening van een van de Tulip-vennootschappen (Tulip Air Lease), waarna hij een deel van de koopprijs doorbetaalde aan een andere vennootschap. Van der Meer verweerde zich tegen deze vordering door te stellen dat Hezemans en haar bestuurder Sandmann wisten dat de Tulip-vennootschappen in financiële problemen zaten. Het Hof Den Haag honoreerde dit verweer en plaatste het in de sleutel van de relativiteit:

‘Daargelaten de vraag of Van der Meer een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (gelet op de tussen partijen geldende wijze van zaken doen), is in confesso dat (ook) Hezemans/Sandmann ten tijde van de bemiddelingsovereenkomsten/volmachten op de hoogte was van de slechte financiële situatie van de Tulip-vennootschappen, waaronder Tulip Air en Tulip Air Lease (...). Onder die omstandigheden kan in dit verband geen aansprakelijkheid van Van der Meer worden aangenomen. *De beweerdelijk geschonden norm strekt immers niet tot bescherming van Hezemans nu deze zelf op de hoogte was van de financiële situatie van de Tulip-vennootschappen.* Bijzondere omstandigheden die zouden nopen tot een andersluidend oordeel zijn gesteld noch gebleken.’[10]

Hezemans stelde cassatieberoep in tegen het arrest van het hof. Een van de klachten was gericht tegen de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging. A-G Wesseling-van Gent concludeerde tot verwerping van deze klacht:

‘In het bestreden oordeel van het hof ligt terecht besloten dat die norm niet tot bescherming van elke schuldeiser van de vennootschap strekt, maar slechts tot de schuldeiser wiens schade uitsluitend door het handelen van de betrokken bestuurder is ontstaan.’[11]

De Hoge Raad heeft de tegen de overweging van het hof ingestelde klacht echter gegrond verklaard en casseerde het arrest van het hof. Hij overwoog daartoe:

‘Deze klachten treffen doel. In cassatie moet veronderstellenderwijze ervan worden uitgegaan – nu het hof dit in het midden heeft gelaten – dat Van der Meer persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij in strijd met de [door Hezemans aan; MM] hem gegeven instructie heeft bewerkstelligd dat de koopprijs werd overgemaakt aan Tulip Air Lease. Hiervan uitgaande valt niet in te zien waarom bekendheid van (ook) Hezemans met de zwakke financiële positie van de Tulip-vennootschappen zou meebrengen dat de

beweerdelijk geschonden norm niet zou strekken tot bescherming van Hezemans, zoals het hof heeft overwogen. Indien ervan wordt uitgegaan dat reeds het overmaken van de koopprijs aan Tulip Air Lease Van der Meer persoonlijk ernstig kan worden verweten, valt bovendien niet in te zien in welk opzicht diens aansprakelijkheid wordt beïnvloed door zijn bekendheid met de financiële positie van een derde aan wie Tulip Air Lease vervolgens een bedrag heeft overgemaakt (Dynamic).’

Op het oordeel van de Hoge Raad valt mijns inziens niets af te dingen. De geschonden norm strekt *bij uitstek* tot bescherming tegen schade zoals Hezemans die heeft geleden. Hezemans had zich namelijk juist ingedekt tegen de slechte financiële situatie van de Tulip-vennootschappen door bestuurder Van der Meer te instrueren om de koopprijs rechtstreeks te doen overmaken aan Hezemans, zodat deze niet zou worden blootgesteld aan het faillissementsrisico van de Tulip-vennootschappen. De kennis van Hezemans over de financiële positie van de Tulip-vennootschappen is voor de aansprakelijkheid van Van der Meer eenvoudigweg niet relevant. Het verweer dat de crediteur zelf wist hoe de vennootschap er in financieel opzicht aan toe was, is met andere woorden gevoerd in een zaak die zich daar niet voor leent. Ik heb echter ook meer principiële bezwaren tegen de benadering van het hof en de A-G. De benadering van het besproken verweer in de sleutel van de relativiteit is namelijk onjuist en onwenselijk. Ik zet dit uiteen.

De onjuistheid zit hem erin dat een bestuurder met Beklamel-twijfel die potentiële crediteuren van de vennootschap adequaat informeert, niet ernstig verwijtbaar handelt. Hij doet wat hij behoort te doen: *inform or abstain*. Zolang er geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid en onrechtmatigheid, blijft het relativiteitsvereiste buiten beschouwing. Daarnaast is de redenering dat de Beklamel-norm slechts strekt tot bescherming van, zoals de A-G het verwoordt, ‘de schuldeiser wiens schade uitsluitend door het handelen van de betrokken bestuurder is ontstaan’, juridisch niet zuiver. Schade en relativiteit zijn afzonderlijke vereisten voor een onrechtmatige daad. De redenering van de A-G komt er echter op neer dat er geen relativiteit is, omdat er geen schade is. Daarmee wordt een oneigenlijk verband gelegd tussen deze twee vereisten voor aansprakelijkheid.

De Rechtbank Midden-Nederland koos recentelijk voor een benadering die mijns inziens de voorkeur verdient. In deze zaak had de Beklamel-eiseres aangevoerd dat zij ervan op de hoogte was dat de financiële situatie van de vennootschap waarmee zij had gecontracteerd ‘weinig rooskleurig was’. Dat bleek ook uit de feiten: de vennootschap had voorafgaand^[12] aan de contractsluiting in kwestie reeds een betalingsachterstand bij de crediteur, de vennootschap had aangekondigd dat zij geen mogelijkheid zag de crediteur de komende maanden te betalen, en de crediteur en de vennootschap waren al eerder een betalingsregeling overeengekomen, die door de vennootschap niet was nagekomen. De rechtbank overweegt

onder die omstandigheden ten aanzien van de Beklamel-vordering:

‘Bezien in het licht van deze gang van zaken, waarbij [eiseres] van de financieel penibele situatie van [de vennootschap] op de hoogte was, kan niet worden gezegd dat [de bestuurder van de vennootschap] zodanig onzorgvuldig heeft gehandeld ten opzichte van [eiseres] dat hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.’[13]

De aansprakelijkheid van de bestuurder werd dus afgewezen omdat hem geen ernstig verwijt trof, niet omdat de Beklamel-norm niet zou strekken tot bescherming van de Beklamel-eiseres die op de hoogte was van de financiële situatie van haar contractspartij. Dat lijkt mij de juiste aanliegroute.

De onwenselijkheid van de benadering van het hof en de A-G in de zaak Tulip Air zit hem erin dat een relativiteitsverweer een alles-of-nietsverweer is. De rechter zal, indien de lijn van het hof en de A-G wordt gevolgd, per concrete zaak moeten beoordelen of de eisende partij wel of niet adequaat geïnformeerd was en dus of de geschonden norm wel of niet strekte tot haar bescherming. Dat kan slechts leiden tot een volledige aanvaarding of een volledige afwijzing van het verweer – een tussenweg bestaat niet. Geïnformeerdheid komt echter in vele gradaties. Aan die realiteit wordt veel beter recht gedaan door het verweer te beschouwen als een betwisting van de onrechtmatigheid. Indien de bestuurder de crediteur adequaat heeft geïnformeerd, dan treft hem geen ernstig verwijt en heeft hij (daarom) niet onrechtmatig gehandeld. Indien de bestuurder de crediteur niet volledig, maar wel tot op zekere hoogte heeft geïnformeerd, dan gaat de bestuurder uiteraard niet vrijuit.

De bestuurder hoeft in een dergelijke situatie echter niet aansprakelijk te zijn voor de volledige schade. De redelijk geïnformeerde crediteur heeft immers zelf bijgedragen aan het intreden van de schade, indien op basis van de hem bekende informatie reeds duidelijk was dat (volledige) nakoming door de vennootschap zeer twijfelachtig was. De schade is dan *mede* een gevolg van zijn eigen onvoorzichtigheid c.q. risicobereidheid. Op een dergelijke situatie kan de schadeverdelingsregel van artikel 6:101 BW worden toegepast (‘eigen schuld’ in de juridische volksmond). De schade wordt verdeeld naar evenredigheid van de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen. De mate waarin de bestuurder informatie heeft achtergehouden, wordt aan de bestuurder toegerekend, maar de mate waarin de onvoorzichtigheid of risicobereidheid van de vennootschapscrediteur heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade blijft voor zijn eigen rekening. Anders gezegd: de vergoedingsplicht van de aangesproken bestuurder wordt verminderd voor zover de schade is veroorzaakt door een te weinig bedachtzame wijze van contracteren door de crediteur.

6 Afsluiting

Een crediteur die de financiële situatie van de vennootschap waarmee hij contracteert kende, kan de bestuurders van die vennootschap niet succesvol aansprakelijk stellen op grond van schending van de Beklamel-norm. Hij heeft immers boter op zijn hoofd. Was de crediteur tot op zekere hoogte, maar niet geheel adequaat geïnformeerd over de financiële gegoedheid van zijn contractuele wederpartij, dan dient de schade naar evenredigheid van ieders aandeel daarin te worden verdeeld tussen de crediteur en de bestuurder. Naarmate de crediteur beter geïnformeerd was, is zijn schade in grotere mate een gevolg van zijn eigen doen of nalaten (te weten: risicovol c.q. onvoorzichtig contracteren), welke schade voor zijn eigen rekening dient te blijven. Spiegelbeeldig hieraan kan de bestuurder van een vennootschap in financiële moeilijkheden het risico op Beklamel-aansprakelijkheid beperken of uitsluiten door potentiële vennootschapscrediteuren openheid van zaken te geven over de financiële situatie van de vennootschap alvorens nieuwe verplichtingen namens de vennootschap aan te gaan.

Noten

* Deze bijdrage is een bewerking van (een deel van) de voordracht die de auteur op 18 september 2015 heeft gehouden ter gelegenheid van het OO&R-symposium Derdenverhaal en onderneming.

[1] HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel); HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

[2] Vgl. M.J. Kroeze, Bange bestuurders (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005. Overigens kan te snel de handdoek in de ring werpen ook een grond zijn voor bestuurdersaansprakelijkheid. In de praktijk komt deze grond voor aansprakelijkheid echter niet of nauwelijks voor.

[3] HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (Sobi/Hurks).

[4] S.A. Hawkins & R. Hastie, Hindsight: Biased judgments of past events after the outcomes are known, *Psychological Bulletin* (107) 1990, p. 314-316; K.A. Kamin & J.J. Rachlinski, Ex ante ≠ ex post: Determining liability in hindsight, *Law and Human Behavior* (19) 1995, p. 89-104.

[5] S.M. Bainbridge, The business judgment rule as abstention doctrine, *Vanderbilt Law Review* (57) 2004, p. 123 (en de opgenomen literatuurverwijzingen).

[6] HR 20 juni 2008, JOR 2008/260 (Willemsen/NOM).

[7] Zo ook L.J. van Eeghen, Het schemergebied vóór faillissement (diss. Tilburg), Den Haag:

Boom Juridische uitgevers 2006, p. 34.

[8] HR 5 november 1999, NJ 2000/35 (Verlinden/Amstelland).

[9] HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air).

[10] Hof Den Haag 26 maart 2013, zaak 200.058.403/01 (niet gepubliceerd), kenbaar uit HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air) (curs. MM).

[11] Concl. bij HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air), nr. 2.42.

[12] Zo neem ik althans aan; in het vonnis wordt de precieze volgorde van de gebeurtenissen in het midden gelaten.

[13] Rb. Midden-Nederland 23 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6918, r.o. 4.6.

ANNOTATIE

Het informeren van crediteuren als verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid.

M. Mussche

1 Inleiding

Het typische betoog van een bestuurder die zich verweert tegen een Beklamel-vordering is dat hij bij het aangaan van de overeenkomst niet kon voorzien dat de vennootschap de overeenkomst niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden. In deze bijdrage staat een alternatief verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid centraal, inhoudende dat de vennootschapscrediteur ten tijde van de contractsluiting zelf (ook) op de hoogte was van de financiële situatie van de vennootschap, al dan niet doordat de aangesproken bestuurder hem daarover heeft geïnformeerd. Onderzocht wordt hoe de bestuurder van een vennootschap in financiële moeilijkheden dit verweer in stelling kan brengen door potentiële contractspartijen reeds op voorhand te informeren over de financiële situatie van de vennootschap.

2 Beklamel-aansprakelijkheid als zwaard van Damocles

De Beklamel-vordering is een species van de vordering uit onrechtmatige daad. Een Beklamel-vordering kan slechts slagen als de aangesproken bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt. De feitelijke grondslag voor een Beklamel-vordering is dat een bestuurder in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan de aangegane verplichting zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij van de vennootschap ten gevolge van die wanprestatie zou lijden.^[1] De geobjectiveerde kennis van de bestuurder ('wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen') wordt Beklamel-wetenschap genoemd.

Het is niet altijd eenvoudig te bepalen of de kennis die een bestuurder op een bepaald moment heeft, kwalificeert als Beklamel-wetenschap. Dat geldt in de eerste plaats voor de bestuurder van een vennootschap in financiële moeilijkheden zelf. Die onzekerheid kan

leiden tot bestuurlijke overvoorzichtigheid die erin resulteert dat een bestuurder reeds bij 'Beklamel-twijfel' geen nieuwe verplichtingen namens de vennootschap meer aangaat, om zo zijn eigen aansprakelijkheidsrisico te beperken.[2] Dat is uiteraard niet in het belang van de vennootschap en niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren. Het vennootschapsrecht dient te faciliteren dat bestuurders zich maximaal inspannen om het gehavende, maar nog niet zinkende schip van de ondergang te redden, zonder dat daarbij nodeloos schade aan derden wordt berokkend. In de jurisprudentie met betrekking tot de Beklamel-norm is wat dat betreft reeds een belangrijke stap in de goede richting gezet. De Hoge Raad heeft in het arrest Sobi/Hurks geoordeeld dat de zogenoemde 'peildatum' – het tijdstip vanaf wanneer het bestuurlijk handelen als onrechtmatig wordt aangemerkt – aan de veilige kant dient te worden gekozen.[3] Aan de veilige kant wil in dit verband zeggen: aan de late kant, dus ten gunste van de aangesproken bestuurder. Daarmee worden de negatieve gevolgen van rechterlijke wijsheid achteraf, of: *hindsight bias*, mogelijk enigszins gemitigeerd.

Hindsight bias is de menselijke neiging tot het overschatten van de voorzienbaarheid van een gebeurtenis nadat die gebeurtenis zich heeft voorgedaan. Een Beklamel-vordering wordt pas ingesteld wanneer is gebleken dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen en bevindt zich daardoor per definitie binnen de risicosfeer van *hindsight bias*. Zowel de eisende partij als de rechter weet immers hoe de poging van de bestuurder om de onderneming overeind te houden is afgelopen. Bovendien is achteraf vaak feitelijke informatie beschikbaar die ten tijde van de totstandkoming van de verplichting van de vennootschap nog niet beschikbaar was, of nog niet eenvoudig raadpleegbaar was. Denk bijvoorbeeld aan op voorhand niet-voorzienbare marktontwikkelingen of jaarcijfers die pas later zijn opgesteld.

Uit psychologisch onderzoek blijkt dat *hindsight bias* een hardnekkig fenomeen is. Er bestaan psychologische methodes (trainingen) die *hindsight bias* kunnen beperken, maar waarschijnlijk kan *hindsight bias* niet geheel worden weggenomen.[4] Zelfs ervaren beslissers zoals rechters blijken behept met een relevante mate van *hindsight bias*. Een beperkte mate van rechterlijke *hindsight bias* kan de wijze waarop bestuurders hun beslissingen nemen al beïnvloeden, of zoals Bainbridge het verwoordt:

'As long as there is some non-zero probability of erroneous second-guessing by judges, however, the threat of liability will skew director decisionmaking away from optimal risktaking. That this result will occur even if the risk of judicial error is quite small is suggested by the work of behavioral economists on loss aversion and regret avoidance.'

Uit zelfbescherming kunnen bestuurders anticiperen op rechterlijke *hindsight bias* door reeds in een vroeg stadium geen verplichtingen meer aan te gaan namens de vennootschap. Het behoeft echter geen betoog dat het onwenselijk is als bestuurders, om in de woorden van het

arrest Willemsen/NOM te spreken, 'hun handelen in overwegende mate door defensieve overwegingen laten bepalen'. [6] Ervan uitgaande dat de rechtsregel uit Sobi/Hurks de negatieve gevolgen van *hindsight bias* niet geheel kan uitsluiten, moet op andere wijze worden bewerkstelligd dat bestuurders van een onderneming in financiële moeilijkheden niet te snel de handdoek in de ring werpen. Bestuurders hebben de sleutel daarvan mogelijk zelf in handen: zij kunnen, in geval van Beklamel-twijfel, potentiële wederpartijen van de vennootschap informeren over de financiële situatie van de vennootschap.

3 Beklamel-twijfel: inform or abstain

De Beklamel-norm brengt voor bestuurders de verplichting mee om, in lijn met artikel 2:10 van het Burgerlijk Wetboek (BW), een administratie bij te houden die eenvoudig inzicht geeft in de liquiditeits- en solvabiliteitspositie van de vennootschap. [7] De bestuurder zal immers voortdurend moeten (kunnen) afwegen of het redelijk is om de onderneming voort te zetten en daartoe namens de vennootschap nieuwe verplichtingen aan te gaan. Een bestuurder in dubio kan twee dingen doen: ten eerste kan hij geen nieuwe verplichtingen meer aangaan namens de vennootschap. Ten tweede kan hij, onder bepaalde omstandigheden, de beslissing over het aangaan van de verplichting aan de potentiële wederpartij laten door deze te informeren over de financiële situatie van de vennootschap. De Beklamel-norm komt er in feite op neer dat een bestuurder niet ten koste van een potentiële crediteur van de vennootschap misbruik mag maken van zijn informatievoorsprong. Indien de bestuurder die informatievoorsprong opheft door potentiële crediteuren openheid van zaken te geven, dan legt de bestuurder de Beklamel-afweging in feite bij de crediteur. Vanuit het perspectief van de vennootschapscrediteur betekent dit dat als de crediteur op de hoogte was van de slechte financiële situatie van de vennootschap, hij de bestuurder geen Beklamel-verwijt kan maken van het feit dat deze namens de vennootschap een verplichting met hem is aangegaan.

De Hoge Raad heeft deze gedachte bevestigd in het arrest Verlinden/Amstelland. [8] De eisende crediteur (Verlinden OG) voerde in die zaak ter onderbouwing van zijn Beklamel-vordering aan dat de aansprakelijk gestelde bestuurder (Van den Broek) wist dat de door hem bestuurdde vennootschap (Cunera) geen verhaal zou bieden. Van den Broek zou namelijk hebben gezegd dat Verlinden OG van 'de kale kikker Cunera geen veren zou kunnen plukken'. Het hof overwoog hierover als volgt:

'[Z]o uit deze uitspraak van Van den Broek al iets kan worden afgeleid omtrent diens te dezen relevante wetenschap ten aanzien van de financiële situatie van Cunera, aangenomen zou moeten worden dat eenzelfde wetenschap heeft bestaan bij Verlinden OG, zodat NBM [een andere gedaagde; MM] en Van den Broek niet aansprakelijk zouden zijn. Deze gedachtengang geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.'

Een Beklamel-vordering komt dus niet voor toewijzing in aanmerking, zo maak ik op uit de bovenstaande overweging, indien de crediteur zelf van de hoed en de rand wist wat betreft de financiële situatie van de vennootschap. Een voorzichtige bestuurder met Beklamel-twijfel hoeft om zijn persoonlijke aansprakelijkheidsrisico te beperken dus niet per se de bedrijfsvoering plat te leggen door geen nieuwe verplichtingen namens de vennootschap meer aan te gaan. Het devies voor de 'bange bestuurder' met Beklamel-twijfel is: *inform or abstain*.

4 De adequaat geïnformeerde crediteur

Wanneer is een contractuele wederpartij van de vennootschap ten tijde van de contractsluiting zodanig geïnformeerd, al dan niet door de bestuurder(s) van de vennootschap, dat zijn Beklamel-vordering moet falen? De omstandigheden van het concrete geval zijn uiteraard doorslaggevend, maar er zijn enkele algemene gezichtspunten te formuleren:

1. Allereerst moet de bestuurder de crediteur voldoende informatie hebben verstrekt. De drempel ligt mijns inziens hoog: voldoende betekent in dit verband dat alle informatie wordt verstrekt die redelijkerwijs relevant zou kunnen zijn voor de oordeelsvorming van de crediteur. De crediteur moet met andere woorden op het informatieniveau van de bestuurder worden gebracht ten aanzien van de aspecten die voor hem van belang (kunnen) zijn.
2. Daarnaast moet de bestuurder vanzelfsprekend informatie verstrekken die feitelijk juist is. De feiten mogen niet mooier worden gepresenteerd dan deze zijn. Het geniet de voorkeur de informatie zo 'droog' mogelijk te presenteren, tenzij het redelijkerwijs in het belang van de potentiële crediteur is om de cijfers van nadere duiding of conclusies te voorzien.
3. De verstrekte informatie moet op voldoende eenvoudige wijze raadpleegbaar zijn. Een effectieve wijze om iemand informatie te onthouden, is door hem te overstelpen met informatie. De bestuurder die een enorme digitale dataroom met alle financiële gegevens van de vennootschap optuigt en potentiële crediteuren daartoe toegang verleent, heeft hen niet per definitie adequaat geïnformeerd. Het is namelijk voorzienbaar dat met name kleinere partijen de hoeveelheid informatie niet kunnen verwerken en niet de juiste conclusies kunnen trekken uit de verstrekte informatie.
4. De informatieverstrekking moet proactief plaatsvinden. Een bestuurder kan niet achteroverleunen en wachten op het initiatief van mogelijke contractspartijen van de vennootschap om zich te doen informeren. Voor een succesvol verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid zal de bestuurder moeten aantonen dat de wederpartij voldoende geïnformeerd was, niet dat deze voldoende geïnformeerd had kunnen zijn. De Beklamel-norm behelst geen onderzoeksplicht voor de vennootschapscrediteur (zie ook het vervolg van deze

paragraaf).

5. Tot slot moet het doel van de informatieverstrekking duidelijk zijn. Een crediteur moet zich realiseren in welk kader de informatieverstrekking door de bestuurder plaatsvindt. Zo nodig moet de bestuurder expliciteren dat hij de potentiële crediteur informeert zodat deze zich een zelfstandig oordeel kan vormen over de kredietwaardigheid van de vennootschap.

De inhoud van de overeenkomst tussen de vennootschap en haar wederpartij kan een indicatie geven van geïnformeerdheid van de wederpartij. Een wederpartij die bijvoorbeeld een hogere rentevergoeding bedingt dan gebruikelijk is tussen partijen of in de markt, geeft er blijk van bewust een risicovolle transactie te zijn aangegaan. Hetzelfde geldt als er bijvoorbeeld meer goederenrechtelijke zekerheden of persoonlijke garantstellingen zijn bedongen dan de partijen in kwestie normaal gesproken doen.

In de praktijk worden potentiële contractspartijen in voorbereiding op het aangaan van nieuwe verplichtingen veelal op eigen initiatief geïnformeerd over de toestand van de vennootschap. Grote, professionele partijen met uitgebreide financiële expertise en een sterke onderhandelingspositie zijn gewoonlijk allerm minst onwetend ten aanzien van de financiële situatie van een onderneming waarmee zij overwegen te contracteren. Banken bijvoorbeeld zijn pas bereid (nood)financiering te verstrekken als de onderneming naar hun geïnformeerde oordeel voldoende toekomstperspectief heeft en/of voldoende (goederenrechtelijke) zekerheden verstrekt. Dergelijke professionele partijen zullen zich veelal ook informeren aan de hand van openbare gegevens over de vennootschap (de gepubliceerde jaarrekening, openbaar gemaakte koersgevoelige informatie, groeiprognoses, marktanalyses, enzovoort). Uit die staande praktijk mag mijns inziens echter geen verplichting tot het doen van *due diligence*-onderzoek worden afgeleid. Voorkomen moet worden dat de Beklamel-norm uitmondt in een onderzoeksplicht voor potentiële crediteuren – dat zou de efficiëntie van het handelsverkeer niet ten goede komen. Maatgevend is of de crediteur *daadwerkelijk* de (relevante aspecten van de) financiële situatie van de vennootschap waarmee hij in zee is gegaan, kende (subjectief criterium). Uiteraard kan de wetenschap van een crediteur soms wel op voorhand aannemelijk worden geacht op grond van de feiten en omstandigheden van het geval. Van banken mag bijvoorbeeld worden aangenomen dat zij de op hun verzoek aan hen ter beschikking gestelde financiële stukken ook tot zich nemen.

Het geven van openheid van zaken biedt mijns inziens niet altijd bescherming tegen Beklamel-aansprakelijkheid. Een bestuurder treft ook blaam als hij bepaalde essentiële informatie niet had, terwijl hij deze redelijkerwijs wel had kunnen en moeten hebben. De objectieve ondergrens van de adequate informatieverstrekking is in dat geval niet bereikt. Daarnaast houdt een bestuurder uit hoofde van zijn positie altijd een eigen

verantwoordelijkheid die hij niet op potentiële crediteuren kan afschuiven: indien een bestuurder niet in dubio is over de vraag of de vennootschap aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen (Beklamel-twijfel), maar wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat dit niet het geval is (Beklamel-wetenschap), dan is het geven van openheid van zaken geen optie. De bestuurder dient dan eenvoudigweg af te zien van het aangaan van nieuwe verplichtingen teneinde schade aan derden zo veel mogelijk te beperken.

Bestuurders moeten bij het informeren van (potentiële) crediteuren de nodige behoedzaamheid betrachten. Enerzijds is immers denkbaar dat informatieverstrekking over de moeilijke financiële situatie juist de ondergang kan inluiden van een onderneming in moeilijkheden (*self-fulfilling prophecy*). Anderzijds kan dat in veel gevallen ook worden gezegd – mijns inziens meestal zelfs in sterkere mate – van het alternatief, te weten het überhaupt geen verplichtingen meer aangaan namens de vennootschap. In geval van Beklamel-twijfel is het voor de ‘bange bestuurder’ kiezen tussen twee kwaden: *inform or abstain*. De consequenties van eerstgenoemde zijn potentieel minder vergaand: het informeren van potentiële contractspartijen leidt niet per definitie tot een pas op de plaats voor de vennootschap. In geval van Beklamel-twijfel geniet het informeren van potentiële contractspartijen daarom veelal de voorkeur boven het op eigen initiatief volledig afzien van het aangaan van nieuwe verplichtingen.

De Beklamel-norm is niet alleen van toepassing op volledig nieuwe overeenkomsten, maar ook op bestaande raam- en duurovereenkomsten tussen de vennootschap en haar wederpartijen, op grond waarvan voortdurend verplichtingen over en weer ontstaan. Denk hierbij aan vaste leveranciers of partijen waarmee periodiek hernieuwde overeenkomsten worden aangegaan, zoals een leasemaatschappij of een verhuurder. In de praktijk zijn veel potentiële, toekomstige crediteuren dan ook tevens huidige crediteuren. Het is mogelijk dat met dergelijke crediteuren een duur- of raamovereenkomst is gesloten op het moment dat de vennootschap financieel gezond was, terwijl de financiële situatie ondertussen ernstig is verslechterd. De nieuwe verplichtingen die uit dergelijke bestaande overeenkomsten voortvloeien, kunnen voor de bestuurder een risico op Beklamel-aansprakelijkheid inhouden. Met het oog op een later te voeren verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid is het voor de betrokken bestuurders raadzaam om de informatiedeling met deze bestendige groep crediteuren goed vast te leggen. Een praktische wijze om hen te informeren is door middel van periodiek crediteurenoverleg, uiteraard voorzien van gedegen verslaglegging.

5 Juridische inkadering

Een zowel dogmatisch als praktisch relevante vraag is hoe het hiervoor besproken verweer juridisch ingekaderd moet worden. Deze vraag kwam aan de orde in aanloop naar het arrest

Tulip Air.[9] In deze zaak werd Van der Meer, bestuurder van een aantal Tulip-vennootschappen, op grond van de Beklamel-norm aangesproken door een crediteur van de Tulip-vennootschappen, Hezemans. Van der Meer had een volmacht van Hezemans gekregen om namens Hezemans twee vliegtuigen te verkopen. Volgens Hezemans had Van der Meer gehandeld in strijd met de Beklamel-norm door de koper van de vliegtuigen, in strijd met de aan Van der Meer verleende volmacht, te instrueren om de koopprijs te voldoen op een rekening van een van de Tulip-vennootschappen (Tulip Air Lease), waarna hij een deel van de koopprijs doorbetaalde aan een andere vennootschap. Van der Meer verweerde zich tegen deze vordering door te stellen dat Hezemans en haar bestuurder Sandmann wisten dat de Tulip-vennootschappen in financiële problemen zaten. Het Hof Den Haag honoreerde dit verweer en plaatste het in de sleutel van de relativiteit:

‘Daargelaten de vraag of Van der Meer een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (gelet op de tussen partijen geldende wijze van zaken doen), is in confesso dat (ook) Hezemans/Sandmann ten tijde van de bemiddelingsovereenkomsten/volmachten op de hoogte was van de slechte financiële situatie van de Tulip-vennootschappen, waaronder Tulip Air en Tulip Air Lease (...). Onder die omstandigheden kan in dit verband geen aansprakelijkheid van Van der Meer worden aangenomen. *De beweerdelijk geschonden norm strekt immers niet tot bescherming van Hezemans nu deze zelf op de hoogte was van de financiële situatie van de Tulip-vennootschappen.* Bijzondere omstandigheden die zouden nopen tot een andersluidend oordeel zijn gesteld noch gebleken.’[10]

Hezemans stelde cassatieberoep in tegen het arrest van het hof. Een van de klachten was gericht tegen de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging. A-G Wesseling-van Gent concludeerde tot verwerping van deze klacht:

‘In het bestreden oordeel van het hof ligt terecht besloten dat die norm niet tot bescherming van elke schuldeiser van de vennootschap strekt, maar slechts tot de schuldeiser wiens schade uitsluitend door het handelen van de betrokken bestuurder is ontstaan.’[11]

De Hoge Raad heeft de tegen de overweging van het hof ingestelde klacht echter gegrond verklaard en casseerde het arrest van het hof. Hij overwoog daartoe:

‘Deze klachten treffen doel. In cassatie moet veronderstellenderwijze ervan worden uitgegaan – nu het hof dit in het midden heeft gelaten – dat Van der Meer persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij in strijd met de [door Hezemans aan; MM] hem gegeven instructie heeft bewerkstelligd dat de koopprijs werd overgemaakt aan Tulip Air Lease. Hiervan uitgaande valt niet in te zien waarom bekendheid van (ook) Hezemans met de zwakke financiële positie van de Tulip-vennootschappen zou meebrengen dat de

beweerdelijk geschonden norm niet zou strekken tot bescherming van Hezemans, zoals het hof heeft overwogen. Indien ervan wordt uitgegaan dat reeds het overmaken van de koopprijs aan Tulip Air Lease Van der Meer persoonlijk ernstig kan worden verweten, valt bovendien niet in te zien in welk opzicht diens aansprakelijkheid wordt beïnvloed door zijn bekendheid met de financiële positie van een derde aan wie Tulip Air Lease vervolgens een bedrag heeft overgemaakt (Dynamic).’

Op het oordeel van de Hoge Raad valt mijns inziens niets af te dingen. De geschonden norm strekt *bij uitstek* tot bescherming tegen schade zoals Hezemans die heeft geleden. Hezemans had zich namelijk juist ingedekt tegen de slechte financiële situatie van de Tulip-vennootschappen door bestuurder Van der Meer te instrueren om de koopprijs rechtstreeks te doen overmaken aan Hezemans, zodat deze niet zou worden blootgesteld aan het faillissementsrisico van de Tulip-vennootschappen. De kennis van Hezemans over de financiële positie van de Tulip-vennootschappen is voor de aansprakelijkheid van Van der Meer eenvoudigweg niet relevant. Het verweer dat de crediteur zelf wist hoe de vennootschap er in financieel opzicht aan toe was, is met andere woorden gevoerd in een zaak die zich daar niet voor leent. Ik heb echter ook meer principiële bezwaren tegen de benadering van het hof en de A-G. De benadering van het besproken verweer in de sleutel van de relativiteit is namelijk onjuist en onwenselijk. Ik zet dit uiteen.

De onjuistheid zit hem erin dat een bestuurder met Beklamel-twijfel die potentiële crediteuren van de vennootschap adequaat informeert, niet ernstig verwijtbaar handelt. Hij doet wat hij behoort te doen: *inform or abstain*. Zolang er geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid en onrechtmatigheid, blijft het relativiteitsvereiste buiten beschouwing. Daarnaast is de redenering dat de Beklamel-norm slechts strekt tot bescherming van, zoals de A-G het verwoordt, ‘de schuldeiser wiens schade uitsluitend door het handelen van de betrokken bestuurder is ontstaan’, juridisch niet zuiver. Schade en relativiteit zijn afzonderlijke vereisten voor een onrechtmatige daad. De redenering van de A-G komt er echter op neer dat er geen relativiteit is, omdat er geen schade is. Daarmee wordt een oneigenlijk verband gelegd tussen deze twee vereisten voor aansprakelijkheid.

De Rechtbank Midden-Nederland koos recentelijk voor een benadering die mijns inziens de voorkeur verdient. In deze zaak had de Beklamel-eiseres aangevoerd dat zij ervan op de hoogte was dat de financiële situatie van de vennootschap waarmee zij had gecontracteerd ‘weinig rooskleurig was’. Dat bleek ook uit de feiten: de vennootschap had voorafgaand^[12] aan de contractsluiting in kwestie reeds een betalingsachterstand bij de crediteur, de vennootschap had aangekondigd dat zij geen mogelijkheid zag de crediteur de komende maanden te betalen, en de crediteur en de vennootschap waren al eerder een betalingsregeling overeengekomen, die door de vennootschap niet was nagekomen. De rechtbank overweegt

onder die omstandigheden ten aanzien van de Beklamel-vordering:

‘Bezien in het licht van deze gang van zaken, waarbij [eiseres] van de financieel penibele situatie van [de vennootschap] op de hoogte was, kan niet worden gezegd dat [de bestuurder van de vennootschap] zodanig onzorgvuldig heeft gehandeld ten opzichte van [eiseres] dat hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.’[13]

De aansprakelijkheid van de bestuurder werd dus afgewezen omdat hem geen ernstig verwijt trof, niet omdat de Beklamel-norm niet zou strekken tot bescherming van de Beklamel-eiseres die op de hoogte was van de financiële situatie van haar contractspartij. Dat lijkt mij de juiste aanliegroute.

De onwenselijkheid van de benadering van het hof en de A-G in de zaak Tulip Air zit hem erin dat een relativiteitsverweer een alles-of-nietsverweer is. De rechter zal, indien de lijn van het hof en de A-G wordt gevolgd, per concrete zaak moeten beoordelen of de eisende partij wel of niet adequaat geïnformeerd was en dus of de geschonden norm wel of niet strekte tot haar bescherming. Dat kan slechts leiden tot een volledige aanvaarding of een volledige afwijzing van het verweer – een tussenweg bestaat niet. Geïnformeerdheid komt echter in vele gradaties. Aan die realiteit wordt veel beter recht gedaan door het verweer te beschouwen als een betwisting van de onrechtmatigheid. Indien de bestuurder de crediteur adequaat heeft geïnformeerd, dan treft hem geen ernstig verwijt en heeft hij (daarom) niet onrechtmatig gehandeld. Indien de bestuurder de crediteur niet volledig, maar wel tot op zekere hoogte heeft geïnformeerd, dan gaat de bestuurder uiteraard niet vrijuit.

De bestuurder hoeft in een dergelijke situatie echter niet aansprakelijk te zijn voor de volledige schade. De redelijk geïnformeerde crediteur heeft immers zelf bijgedragen aan het intreden van de schade, indien op basis van de hem bekende informatie reeds duidelijk was dat (volledige) nakoming door de vennootschap zeer twijfelachtig was. De schade is dan *mede* een gevolg van zijn eigen onvoorzichtigheid c.q. risicobereidheid. Op een dergelijke situatie kan de schadeverdelingsregel van artikel 6:101 BW worden toegepast (‘eigen schuld’ in de juridische volksmond). De schade wordt verdeeld naar evenredigheid van de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen. De mate waarin de bestuurder informatie heeft achtergehouden, wordt aan de bestuurder toegerekend, maar de mate waarin de onvoorzichtigheid of risicobereidheid van de vennootschapscrediteur heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade blijft voor zijn eigen rekening. Anders gezegd: de vergoedingsplicht van de aangesproken bestuurder wordt verminderd voor zover de schade is veroorzaakt door een te weinig bedachtzame wijze van contracteren door de crediteur.

6 Afsluiting

Een crediteur die de financiële situatie van de vennootschap waarmee hij contracteert kende, kan de bestuurders van die vennootschap niet succesvol aansprakelijk stellen op grond van schending van de Beklamel-norm. Hij heeft immers boter op zijn hoofd. Was de crediteur tot op zekere hoogte, maar niet geheel adequaat geïnformeerd over de financiële gegoedheid van zijn contractuele wederpartij, dan dient de schade naar evenredigheid van ieders aandeel daarin te worden verdeeld tussen de crediteur en de bestuurder. Naarmate de crediteur beter geïnformeerd was, is zijn schade in grotere mate een gevolg van zijn eigen doen of nalaten (te weten: risicovol c.q. onvoorzichtig contracteren), welke schade voor zijn eigen rekening dient te blijven. Spiegelbeeldig hieraan kan de bestuurder van een vennootschap in financiële moeilijkheden het risico op Beklamel-aansprakelijkheid beperken of uitsluiten door potentiële vennootschapscrediteuren openheid van zaken te geven over de financiële situatie van de vennootschap alvorens nieuwe verplichtingen namens de vennootschap aan te gaan.

Noten

* Deze bijdrage is een bewerking van (een deel van) de voordracht die de auteur op 18 september 2015 heeft gehouden ter gelegenheid van het OO&R-symposium Derdenverhaal en onderneming.

[1] HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel); HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

[2] Vgl. M.J. Kroeze, Bange bestuurders (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005. Overigens kan te snel de handdoek in de ring werpen ook een grond zijn voor bestuurdersaansprakelijkheid. In de praktijk komt deze grond voor aansprakelijkheid echter niet of nauwelijks voor.

[3] HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (Sobi/Hurks).

[4] S.A. Hawkins & R. Hastie, Hindsight: Biased judgments of past events after the outcomes are known, *Psychological Bulletin* (107) 1990, p. 314-316; K.A. Kamin & J.J. Rachlinski, Ex ante ≠ ex post: Determining liability in hindsight, *Law and Human Behavior* (19) 1995, p. 89-104.

[5] S.M. Bainbridge, The business judgment rule as abstention doctrine, *Vanderbilt Law Review* (57) 2004, p. 123 (en de opgenomen literatuurverwijzingen).

[6] HR 20 juni 2008, JOR 2008/260 (Willemsen/NOM).

[7] Zo ook L.J. van Eeghen, Het schemergebied vóór faillissement (diss. Tilburg), Den Haag:

Boom Juridische uitgevers 2006, p. 34.

[8] HR 5 november 1999, NJ 2000/35 (Verlinden/Amstelland).

[9] HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air).

[10] Hof Den Haag 26 maart 2013, zaak 200.058.403/01 (niet gepubliceerd), kenbaar uit HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air) (curs. MM).

[11] Concl. bij HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Tulip Air), nr. 2.42.

[12] Zo neem ik althans aan; in het vonnis wordt de precieze volgorde van de gebeurtenissen in het midden gelaten.

[13] Rb. Midden-Nederland 23 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6918, r.o. 4.6.

RECHTSPRAAK

ADO Den Haag/UVS

Enquête. De OK beveelt onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van ADO Den Haag en treft onmiddellijke voorzieningen, waaronder de schorsing van de bestuurder van aandeelhouder UVS, de Chinese zakenman Hui Wang. Onregelmatige stemming over benoeming bestuurders en commissarissen; geen overeenstemming over onderwerpen die voor de continuïteit van ADO van cruciaal belang zijn.

United Vansen International Sports Co. Ltd ('UVS') houdt sinds 27 januari 2015 alle (gewone) aandelen in het kapitaal van (betaaldvoetbalclub) ADO. Naast deze gewone aandelen van UVS, houden Haaglandse Football Club 'Alles Door Oefening Den Haag' ('HFC') en de Gemeente Den Haag respectievelijk een Bijzonder Aandeel en een Prioriteitsaandeel. De zelfstandig bevoegd bestuurder van UVS is Hui Wang ('Wang'). De aandelen in UVS worden gehouden door Jiahua Oriental Holdings Ltd (51 procent), Wang (48,5 procent) en E (0,5 procent). Wang is zelf verder (als voorzitter met beslissende stem) lid van de raad van commissarissen, die verder bestaat uit M.C. (Martin) Jol (namens HFC) en W.J. Deetman (namens de Gemeente). Bestuurder van ADO is de heer M.P.B. Manders.

ADO heeft de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van ADO over de periode vanaf 27 januari 2015 en bij wijze van onmiddellijke voorzieningen de door UVS gehouden gewone aandelen in het kapitaal van ADO ten titel van beheer over te dragen aan een door de OK te benoemen beheerder, een onafhankelijke persoon te benoemen tot voorzitter van de raad van commissarissen, Wang te schorsen als voorzitter (niet als lid) van de raad van commissarissen en de besluiten tot benoeming van A en B als commissarissen en van C en D als bestuurders voor zover nodig te schorsen. UVS heeft zich hiertegen verweerd en bij zelfstandig verzoek eveneens verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van ADO (maar dan over de periode vanaf het moment dat UVS haar interesse kenbaar had gemaakt om de meerderheid van de aandelen in ADO te kopen) en bij wijze van onmiddellijke voorziening een tijdelijke onafhankelijke bestuurder te benoemen.

De Gemeente, HFC en de andere commissarissen gezamenlijk ('Deetman c.s.') hebben de OK verzocht het verzoek van ADO toe te wijzen.

De OK oordeelt dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van ADO en dat de toestand waarin ADO verkeert vergt dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. Nadat de OK de formele bezwaren van UVS verwerpt, waaraan UVS overigens geen verzoek of conclusie verbonden heeft, behandelt de OK de gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.

In de eerste plaats functioneren de RvC en de algemene vergadering van aandeelhouders als organen van ADO volgens de OK niet naar behoren sinds het moment dat UVS alle gewone aandelen in ADO houdt, niet in de laatste plaats omdat (de schriftelijk gemachtigde van) Wang op een wijze die evident in strijd is met de statuten een niet geagendeerde stemming over de benoeming van door UVS aangedragen bestuurders (C en D) en commissarissen (B en A) erdoor heeft gedrukt. Bovendien verloopt de communicatie tussen Wang (als voorzitter) en de overige commissarissen volgens de OK zeer moeizaam (door de slechte bereikbaarheid en afwezigheid van Wang). De algemene vergadering van aandeelhouders wordt tot slot beheerst door gekibbel en randzaken, waardoor cruciale onderwerpen niet inhoudelijk worden besproken, aldus de OK.

Voorts overweegt de OK dat UVS en Wang zich rechtstreeks bemoeien met het bestuurlijke beleid van ADO, onder meer met betrekking tot transfers, terwijl over onderwerpen die voor de continuïteit van ADO van cruciaal belang zijn, zoals de vaststelling van de jaarrekening 2015-2016, de begroting 2016-2017 en het aanstaande liquiditeitstekort, binnen de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders geen overeenstemming kan worden bereikt. Als gevolg van een en ander verkeert ADO volgens de OK op dit moment in een financiële noodsituatie en moet zij vrezen voor het verlies van de KNVB-licentie betaald voetbal.

De OK beveelt een nader onderzoek naar de verstandhouding tussen bestuurders, commissarissen en aandeelhouders en de gang van zaken bij ADO sinds UVS alle gewone aandelen houdt. Bij wijze van onmiddellijke voorzieningen wordt Wang als voorzitter van de RvC geschorst, wordt een tijdelijke voorzitter van de raad van commissarissen met een beslissende stem benoemd en worden alle door UVS gehouden aandelen in ADO ten titel van beheer overgedragen aan een beheerder, waardoor Wang zijn stemrecht gedurende het onderzoek kwijt is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5338

Zaaknummer: 200.204.603/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, J. den Boer en A.J. Wolfs

Advocaten: P.D. Olden, R.M. Woudenberg, M.H.C. Sinninghe Damsté, A. Attaïbi, R. van de Klashorst, A.R. de Jonge, J.H. Lemstra, T. Salemink, R.C. de Mol en D.C. Buijs

Wetsartikelen: 2:350 lid 1, 3 en 4 BW en 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Eshuis Holding B.V.

Enquête. Verzoek van de onderzoeker tot het horen van één of meer getuigen op de voet van artikel 2:352a BW. De OK oordeelt dat het verzoek weliswaar toewijsbaar is, maar dat het bezwaarlijk is om reeds voorafgaand aan de getuigenverhoren die ten overstaan van de Rechtbank Gelderland zullen plaatshebben, een verhoor op de voet van artikel 2:352a BW te doen plaatsvinden. De OK acht het op proceseconomische gronden aangewezen dat de getuigen tevens op de voet van artikel 2:352a BW worden gehoord, eventueel eveneens in de Rechtbank Gelderland.

A houdt 11,5 procent van het aandelenkapitaal van Eshuis Holding B.V. ('Eshuis Holding'). De andere 88,5 procent van het aandelenkapitaal wordt gehouden door Perspektief B.V. ('Perspektief'). A en Perspektief zijn tevens bestuurders van Eshuis Holding. Bij eerdere beschikking (zie OR 2016-0040) heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Eshuis Holding en voorlopige voorzieningen getroffen, omdat A en Perspektief verwickeld zijn in een vermogensrechtelijk conflict over de toepassing van de aanbiedingsregeling, dat ingrijpende negatieve gevolgen heeft voor het functioneren van de organen van Eshuis Holding.

Thans heeft de onderzoeker de OK verzocht op de voet van artikel 2:352a BW één of meer getuigen te horen, waaronder in ieder geval de in Mexico woonachtige heren B en C. Daartoe heeft de onderzoeker naar voren gebracht dat om zijn verslag te kunnen maken hij voor één onderwerp – namelijk Eshuis América in Mexico - afhankelijk is van mondelinge informatievervalsing. Over Eshuis América verschillen partijen grondig van mening. Volgens A is Eshuis América niet of nauwelijks van belang voor de Eshuis-onderneming, terwijl Perspektief meent dat er voldoende aanwijzingen zijn voor een andere opvatting. De Rechtbank Gelderland heeft op verzoek van Perspektief weliswaar overwogen dat de heren B en C uit Mexico in Nederland zullen worden gehoord, maar dit zal pas in februari of maart 2017 plaatsvinden. De onderzoeker is van mening dat deze verklaringen van cruciaal belang

zijn voor het onderzoek inzake Eshuis América. De onderzoeker verzoekt om een verhoor op de voet van artikel 2:352a BW, om de beide Mexicanen zo spoedig mogelijk te kunnen laten horen.

De OK acht het verzoek van de onderzoeker om op de voet van artikel 2:352a BW de heren B en C te doen horen in beginsel toewijsbaar. Aan de onderzoeker komt volgens de OK – met inachtneming van de norm dat een onderzoeker zich moet richten naar hetgeen in de gegeven omstandigheden van een bekwaam en redelijk handelend onderzoeker mag worden verwacht – een ruime mate van vrijheid toe ten aanzien van de inrichting en uitvoering van het onderzoek. Dit brengt mee, zo vervolgt de OK, dat de onderzoeker zelf bepaalt welke werkzaamheden moeten worden uitgevoerd, welke informatie van belang is voor het onderzoek, welke feiten en omstandigheden moeten worden geverifieerd en welke personen moeten worden gehoord. Naar het oordeel van de OK kan niet worden gezegd dat het horen van de heren B en C in redelijkheid niet kan bijdragen tot het onderzoek.

Niettemin acht de OK het bij de huidige stand van zaken bezwaarlijk om reeds voorafgaand aan de getuigenverhoren die ten overstaan van de Rechtbank Gelderland zullen plaatshebben, een verhoor op de voet van artikel 2:352a BW te doen plaatsvinden. Allereerst overweegt de OK dat de processuele positie van Perspektief in het kader van het door de Rechtbank Gelderland gelaste voorlopig getuigenverhoor een andere is dan die in het kader van een verhoor op de voet van artikel 2:352a BW. Dit zou ertoe kunnen leiden dat B en C tweemaal naar Nederland zullen moeten afreizen en dit verzet zich tegen het belang van de getuigen, aldus de OK. Het belang bij een zo voortvarend mogelijk verloop van het onderzoek is volgens de OK niet van dien aard dat deze opweegt tegen het hiervoor geschetste mogelijke nadeel. De OK acht op proceseconomische gronden het aangewezen dat B en C gedurende hun verblijf in Nederland ter gelegenheid van het voorlopig getuigenverhoor ten overstaan van de Rechtbank Gelderland, tevens op de voet van artikel 2:352a BW worden gehoord, eventueel eveneens in de Rechtbank Gelderland.

De OK gelast een getuigenverhoor op de voet van artikel 2:352a BW.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5596

Zaaknummer: 200.168.115/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, R.A.H. van der Meer en J.B.M. Streppel

Advocaten: C. Borstlap, H.P. Plas en P. Haas

Wetsartikelen: 2:352a BW

RECHTSPRAAK

Het Zaans Stationnetje

Enquête. Gebrekkige financiële administratie en onverklaarbare niet-gedocumenteerde geldstromen zonder rechtsgrond of bestuursbesluit bij het Zaans Stationnetje. De OK wijst het enquêteverzoek en de gevorderde onmiddellijke voorzieningen toe, beveelt een onderzoek, schorst de bestuurders, en benoemt een nieuwe bestuurder.

Zaans Stationnetje drijft een kinderdagverblijf. Bij oprichting hield verzoeker ('A') samen met ('C') ieder 50 procent van de aandelen. A en C zijn de houdstermaatschappijen van respectievelijk ('E') en ('F'). Na enige tijd verwerft ('D') via haar houdstermaatschappij ('B') een derde van de aandelen in Zaans Stationnetje, waardoor het aandelenkapitaal vrijwel gelijk verdeeld is. F was getrouwd met ('G'), de broer van D.

A verzoekt de OK om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Zaans Stationnetje in te stellen en om bestuurders B en C te schorsen. A stelt daartoe onder meer (1) dat Zaans Stationnetje nietige besluiten heeft genomen door A als bestuurder te ontslaan, (2) dat Zaans Stationnetje feitelijk wordt bestuurd door G, (3) dat zonder rechtsgrond of bestuursbesluiten activa zijn onttrokken aan de vennootschap doordat overboekingen zijn gedaan naar een rekeningnummer in het buitenland en naar een vennootschap gelieerd aan G en (4) dat B en F onverantwoorde kasopnamen hebben gedaan. Zaans Stationnetje stelt dat A niet-ontvankelijk verklaard moet worden, omdat zij misbruik maakt van haar bevoegdheid, aangezien deze procedure alleen tot doel heeft om Zaans Stationnetje te treiteren en op kosten te jagen, alsmede omdat A niet van te voren bezwaar heeft gemaakt conform artikel 2:349 BW.

De OK gaat aan beide ontvankelijkheidsverweren voorbij. De eerste stelling is te summier onderbouwd en ten aanzien van de tweede stelling kan volgens de OK, gelet op de gewisselde correspondentie van een onverwachte confrontatie geen sprake zijn. Inhoudelijk oordeelt de OK dat er inderdaad betalingen zijn gedaan zonder grondslag en onderliggende bestuursbesluiten. Uit de stellingen en de overgelegde stukken blijkt een zeer gebrekkige financiële administratie en onverklaarde niet-gedocumenteerde geldstromen. De OK oordeelt dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Zaans

Stationnetje te twijfelen en schorst B en C en voor zover nodig A, benoemt een derde als bestuurder en beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Zaans Stationnetje.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5562

Zaaknummer: 200.200.870/01 OK

Rechters: A.C. Faber, M.M.M. Tillema, P.R. Baart, P.M. Verboom en A.J. Wolfs

Advocaten: E. Cekic, M. van Schoonhoven en L. Sluiter

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:349 BW, 2:350 BW, 2:355 BW en 2:365 BW

RECHTSPRAAK

A Groep B.V./ B Beheer B.V.

Enquête. De OK wijst het enquêteverzoek van een certificaathouder van een familievennootschap af bij gebrek aan gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de familievennootschap te twijfelen. De OK overweegt dat, ten aanzien van een familievennootschap in een besloten verhouding, de Nederlandse Corporate Governance Code toepassing mist en er evenmin ruimte bestaat voor reflexwerking.

A Groep B.V. is een besloten familievennootschap die zich primair bezighoudt met bouw- en vastgoedactiviteiten. De Groep staat aan het hoofd van het A concern (L B.V., M B.V. en N B.V., ieder met onderliggende vennootschappen). De aandelen van A Groep B.V. zijn ondergebracht in Stak en de certificaten van de aandelen worden gehouden door B Beheer B.V., D Beheer B.V., C Beheer B.V. (hierna ook wel: de staken). In 2013 ontstaan liquiditeitsproblemen voor het concern wegens problemen in de bouwsector, waarbij de huisbanken een verdere commitment van A Groep B.V. vragen. Om het liquiditeitstekort op te lossen wordt besloten tot emissie van aandelen en wordt overgegaan tot de koop van een appartementencomplex om die, zodra de markt weer aantrekt, te verhuren. Hierbij zouden de certificaathouders indirect het risico dragen van een waardedaling van die investering dan wel alle drie daarvan profijt kunnen hebben.

In haar enquêteverzoek heeft B Beheer B.V. ten grondslag gelegd dat (i) er sprake is van een gebrekkige governance structuur van A Groep B.V., (ii) er een ongeoorloofde belangenverstrengeling bestond bij de verkoop van het appartementencomplex, (iii) de belangen van B Beheer B.V. als minderheidscertificaathouder zijn geschonden en (iv) dat er geen openheid van zaken is gegeven door A Groep B.V.

Met betrekking tot (i) overweegt de OK dat A Groep B.V. een familievennootschap is in een besloten verhouding, waardoor de Nederlandse Corporate Governance Code toepassing mist en evenmin ruimte bestaat voor reflexwerking. Wat betreft (ii) overweegt de OK dat in eerste instantie het appartementencomplex zou worden overgedragen aan een bedrijf waarin alle

staken een belang hadden, doch toen B Beheer B.V. weigerde bij te dragen aan die investering, het appartementencomplex is overgedragen aan een andere BV, waarin enkel D beheer B.V. en C Beheer B.V. een belang hadden; de OK ziet hierin geen ongeoorloofde belangenverstrengeling nu laatstgenoemden zowel positief als negatief bij die investering worden betrokken. Ten aanzien van (iii) overweegt de OK dat het onderbrengen van de administratie van B beheer B.V. bij A Groep B.V. met medewerking van alle staken is besloten gezien de voordelen voor de fiscale administratie. Verder stond, gegeven het liquiditeitsprobleem, de noodzaak van de emissie van aandelen volgens de OK vast. Met betrekking tot (iv) overweegt de OK dat niet valt in te zien op welke wijze sprake is geweest van een informatieachterstand bij B Beheer B.V.

De OK wijst het verzoek af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5595

Zaaknummer: 200.181.554/01 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, A.J. Wolfs, P.M. Verboom en J.S.T. Tiemstra

Advocaten: F.A.M. Knuppe, K. Harmsen, C.R. Huiskes en N.P.M. Haas

Wetsartikelen: 2:8 BW en 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Energy Engineering Solutions International B.V.

Enquête. De OK oordeelt dat er gegronde redenen zijn om aan juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen, maar dat deze in het onderhavige geval het bevelen van een onderzoek niet rechtvaardigen, gelet op een reeds lopende procedure, de eraan verbonden nadelen voor de vennootschap en de risico's voor de continuïteit van de onderneming.

De onderhavige zaak heeft betrekking op een geschil tussen Energy Engineering Solutions International B.V. ('EES') en twee van haar minderheidsaandeelhouders, A (4 procent) en B (10 procent). Het geschil scharniert om gebrekkige informatieverstrekking door EES en de afwikkeling van twee door B gesloten overeenkomsten: een overeenkomst met de voormalig enig aandeelhoudster Holding Investments en Management (H.I.M.) B.V. ('HIM'), uit hoofde waarvan B een belang van 10 procent in EES heeft verkregen in ruil voor B's belang van 30 procent in BGP Ingenieursbureau B.V. ('BGP'), een dochtervennootschap van HIM, en een managementovereenkomst met EES op grond waarvan B bij EES in functie trad als directeur. EES en B hebben hun relatie verbroken en tevergeefs geprobeerd de gevolgen daarvan te regelen. In een door B geëntameerde procedure tegen EES tot betaling van onder meer managementfees is B veroordeeld om aan HIM 10 procent aandelen in EES te leveren onder gehoudenheid van HIM tot betaling van een vergoeding. Hiertegen hebben EES en HIM hoger beroep ingesteld.

In de onderhavige procedure hebben A en B ('C c.s.') een enquêteverzoek ingediend en ter toelichting daarvan onder meer aangevoerd dat er sprake is van gebrekkige informatieverschaffing aan de (minderheids)aandeelhouders, het verzoek van B om enkele correcties/aanvullingen op de notulen van de algemene vergadering door te voeren op onjuiste gronden en zonder deugdelijke motivering terzijde is geschoven, en dat met het openbaar maken van de niet-vastgestelde jaarrekeningen 2014 en 2015 in strijd is gehandeld met het bepaalde in artikel 2:394 lid 2 BW.

Ten gronde overweegt de OK dat de gebrekkige informatieverschaffing aan de

(minderheids)aandeelhouders reeds een gegronde reden oplevert om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van EES. Aan die twijfel draagt volgens de OK bij dat het bestuur van EES op onjuiste gronden en zonder deugdelijke motivering het verzoek van B heeft afgewezen om de notulen te corrigeren en aan te vullen, alsmede dat EES, in strijd met het bepaalde in artikel 2:394 lid 2 BW, niet-vastgestelde jaarrekeningen van 2014 en 2015 ten onrechte als zijnde vastgesteld heeft gedeponereerd. Niettemin rechtvaardigen deze gegronde redenen naar het oordeel van de OK in het onderhavige geval afzonderlijk noch in onderling verband het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van EES. Daartoe overweegt de OK dat in de door partijen gevoerde appèlprocedure de door C c.s. verlangde openheid van zaken wordt verkregen en een door de OK te gelasten onderzoek hiernaast onvoldoende zelfstandige betekenis heeft. Voorts overweegt de OK dat met een enquête aanzienlijke kosten gemoeid zijn, en bestaat voorts, wat EES onvoldoende weersproken heeft gesteld, het niet onaanzienlijke risico dat toewijzing van het verzoek haar relatie met de (afdeling bijzonder beheer van de) bank en met het ministerie van Buitenlandse Zaken, haar belangrijkste opdrachtgever, zodanig onder druk zet dat daarmee de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.

De OK wijst het enquêteverzoek met nevenverzoeken af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5081

Zaaknummer: 200.195.861/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, J. den Boer, H. de Munnik, W. Wind en A.J. Wolfs

Advocaten: E. Koekoek en B. Vertogen

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Okami B.V. & We Projects B.V./Wish IP B.V. e.a.

Concernenquête. Conflict tussen beide aandeelhouders in en (middellijk) bestuurders van WiSH over de nakoming van een in de aandeelhoudersovereenkomst vervatte goedkeuringsvereiste alsmede de tijdens een buitengewone en gecombineerde AVA genomen besluiten. Langdurige impasse en ontbreken collegiaal bestuur hebben verlamme werking op de bedrijfsvoering en zorgen voor onrust onder het personeel. Gegronde reden om te twijfelen aan juist beleid. De OK beveelt een onderzoek en treft onmiddellijke voorzieningen.

A en B houden zich sinds 2006 bezig met festivalorganisatie en podium- en decorbouw, in het bijzonder jaarlijks meerdaagse dancefestivals onder de naam Wish Outdoor in Nederland en recentelijk eveneens in Mexico. Aanvankelijk werden de Wish-festivals geëxploiteerd via een stichting en een vof, waarvan A en B beiden vennoot waren. Inmiddels is B enig aandeelhouder van OKami B.V. ('OKami') en A enig aandeelhouder van Illuminate B.V. ('Illuminate'), welke vennootschappen ieder 50 procent van de aandelen houden in het geplaatste kapitaal van WiSH IP B.V. ('WiSH') en gezamenlijk het bestuur ervan vormen. Begin 2014 hebben WiSH, C en D geparticipeerd in de vof Stagekings. Eind 2014 hebben Illuminate en OKami een aandeelhoudersovereenkomst gesloten, waarin een goedkeuringsvereiste is opgenomen ter zake van het aangaan van samenwerkingsovereenkomsten en het verlenen van (sub)licenties, alsmede een aanbiedingsregeling bij disfunctioneren van een van de aandeelhouders. In 2015 zijn WE Projects B.V. en SK Projects B.V. ('WE' resp. 'SK') opgericht, waarvan WiSH 100 procent-aandeelhouder en enig bestuurder is, en is de door WiSH gedreven onderneming ingebracht in WE, met uitzondering van de intellectuele eigendomsrechten op WiSH. OKami heeft daarop aanspraak gemaakt op nakoming van de aanbiedingsplicht omdat Illuminate algeheel zou disfunctioneren. Illuminate betwist dat. Eind 2015 heeft een buitengewone en gecombineerde algemene vergadering van WiSH, WE en SK plaatsgevonden, waarbij onder meer is besloten dat OKami en Illuminate enig en zelfstandig bestuurder zijn van WE respectievelijk SK, alsmede dat WiSH een licentie aan Illuminate verstrekt ter uitbreiding van

het merk in het buitenland. In 2016 heeft eerst D de samenwerking binnen Stagekings opgezegd wegens zakelijke verschillen van inzicht en manier van management; vervolgens heeft ook SK de samenwerking met C beëindigd. Partijen hebben geen oplossing gevonden ter zake van de door WiSH aan Illuminate te verstrekken licentie, en zijn verwickeld geraakt in diverse gerechtelijke procedures.

In de onderhavige procedure verzoeken OKami en WE een concernenquête te gelasten bij WiSH, WE en SK. Illuminate en SK stellen zich in de eerste plaats op het standpunt dat er geen sprake is van een economische en organisatorische eenheid, noch van een personele unie. Te dien aanzien oordeelt de OK dat er sprake is van een concern met twee 50 procent-aandeelhouders, die de facto bestuurder en aandeelhouder zijn van alle entiteiten, zodat alle ondernemingen tezamen een economische en organisatorische eenheid vormen onder gemeenschappelijke leiding.

Ten gronde overweegt de OK dat al een geruime tijd sprake is van een conflict tussen OKami en Illuminate, waardoor er zowel op aandeelhoudersniveau als op bestuursniveau sprake is van een impasse bij WiSH. De verhouding is volgens de OK zodanig verstoord dat de organen van het concern niet meer naar behoren functioneren; zo is er al geruime tijd geen collegiaal bestuur, hetgeen een verlamme werking heeft op de bedrijfsvoering, zijn OKami en Illuminate er niet in geslaagd om een oplossing te vinden voor de IP-rechten en heeft er geen collegiaal overleg plaatsgevonden over de uittreding van C en D.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van WiSH c.s. en treft onmiddellijke voorzieningen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:4801

Zaaknummer: 200.199.856/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema en A.J. Wolfs

Advocaten: E. Jansberg en G.A.M. Sieben

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:349a BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Bedrijvenpark Centrum Almelo

Enquête. Tweede fase-procedure. De OK oordeelt dat uit het verslag niet gebleken is van wanbeleid. Bedrijfseconomisch beleid en de strategische keuzen van een onderneming behoren tot het domein van het bestuur en de OK gaat slechts met terughoudendheid in op de vraag of het gevoerde ondernemingsbeleid vanuit financieel of commercieel oogpunt onjuist is geweest. De door de bestuurder gemaakte keuzes kunnen die toets doorstaan.

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap C en haar dochtervennootschap Bedrijvenpark Centrum Almelo B.V. ('BPCA', gezamenlijk: 'J c.s.') en onder meer bepaald dat het verslag ter griffie ter inzage ligt voor belanghebbenden. BPCA beheert en exploiteert een bedrijven- en kantorencentrum te Hengelo. Verzoeksters A en B (gezamenlijk: 'I c.s.') houden 1,9 procent respectievelijk 15,5 procent van de aandelen in C.

I c.s. verzoeken de OK onder meer vast te stellen dat gebleken is van wanbeleid. Volgens verzoeksters blijkt uit het onderzoeksverslag van wanbeleid, is sprake van onbehoorlijk bestuur en strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Kort samengevat voeren zij daartoe aan dat de bestuurder geen maatregelen heeft getroffen tegen onverantwoord hoge en almaar stijgende energiekosten, bestond er door het ontbreken van een managementinformatiesysteem onvoldoende inzicht in de liquiditeitspositie en de opbouw van de uurprijzen, en is er sprake van tegenstrijdige belangen bij de gunning van opdrachten van verbouwing en onderhoud aan het bedrijvenpark.

De OK is van oordeel dat uit het onderzoeksverslag niet blijkt van wanbeleid van J c.s. Volgens de OK bestaat er verschil van inzicht tussen de aandeelhouders (meer in het bijzonder tussen I c.s. en de andere aandeelhouders) over de bedrijfseconomische beleidskeuzen, maar behoren bedrijfseconomisch beleid en de strategische keuzen van een onderneming tot het domein van het bestuur, zodat de OK slechts met terughoudendheid ingaat op de vraag of het gevoerde ondernemingsbeleid vanuit financieel of commercieel oogpunt onjuist is geweest.

Naar het oordeel van de OK zijn de keuzes van het bestuur beslissingen die, gelet op de inhoud van het verslag en de toelichting van de tijdelijk commissaris ter zitting dat het ook in haar overtuiging om een afweging gaat waarachter een commerciële visie schuilgaat, de toets kunnen doorstaan. Het ontbreken van een managementinformatiesysteem is volgens de OK geen grond voor wanbeleid, mede gelet op de beperkte financiële huishouding. Verder is de OK van oordeel dat uit het onderzoek blijkt dat er geen sprake is geweest van betalingen die niet marktconform zijn, hetgeen evenmin wijst op een onaanvaardbare belangenverstrengeling, en dat uit het verslag ook niet blijkt dat de informatieverstrekking aan de aandeelhouders onevenwichtig zou zijn geweest.

De OK wijst de verzoeken af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:4051

Zaaknummer: 200.190.120/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema en A.J. Wolfs

Advocaten: H.P. Plas en R.S. van der Spek

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:354 BW, 2:355 BW en 2:356 BW

RECHTSPRAAK

Intrasonics Holding

Enquête. Vennootschap verzoekt ontheffing van een onderzoeker die als advocaat eerder betrokken is geweest bij een geschil waarbij ook een belanghebbende in de huidige enquêteprocedure betrokken was. De OK wijst het verzoek toe, daartoe overwegende dat nu de onderzoeker zelf ontheffing verzoekt, in het midden kan blijven of sprake is van twijfel omtrent diens onpartijdigheid en onafhankelijkheid.

De OK heeft bij eerdere beschikkingen een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Intrasonics Holding B.V. en mr. J.G. Princen als onderzoeker aangewezen.

In de onderhavige procedure verzoekt de voornoemde vennootschap de onderzoeker te ontheffen uit zijn functie van onderzoeker en een nieuwe onderzoeker aan te wijzen. Daaraan heeft zij ten grondslag gelegd dat Princen als advocaat eerder betrokken is geweest bij een geschil waarbij ook onder andere Sonterra Finance, een van de aandeelhouders van Intrasonics Holding en belanghebbende in de enquêteprocedure, betrokken was.

De OK overweegt dat, nu Princen zelf zijn ontheffing als onderzoeker heeft verzocht, dit verzoek ook zal worden toegewezen, waarmee volgens de OK in het midden kan blijven of de door Intrasonics Holding aan haar verzoek ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden, objectief beschouwd, twijfel omtrent de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Princen kunnen rechtvaardigen.

De OK wijst het verzoek toe.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:3973

Zaaknummer: 200.193.513/03

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, F. van der Wel, A.J. Wolfs en J.B.M. Streppel

Advocaten: W.J.M. van Andel, C.M. Tjoa, M. Koelemeijer en P.W.L. Russell

RECHTSPRAAK

Fabius

Enquête. Verzoek om de onderzoekskosten dan wel de te verschaffen zekerheid ten laste van de bestuurder van de rechtspersoon te laten komen. De OK oordeelt dat artikel 2:350 lid 3 jo. artikel 353 BW meebrengen dat bij toewijzing van het enquêteverzoek niet kan worden bepaald dat anderen dan de rechtspersoon de kosten van het onderzoek dragen noch dat anderen dan de rechtspersoon zekerheid stellen, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, die zich in het onderhavige geval evenwel niet voordoen.

Bij eerdere beschikking heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Fabius B.V. Verzoekster A heeft de OK onder meer verzocht te bepalen dat de kosten van het onderzoek dan wel de ter zake te verschaffen zekerheid ten laste komen van B, als bestuurder van Fabius. Daaraan heeft zij ten grondslag gelegd dat de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang bij B maakt dat zij er niet voor zal zorgen dat de onderzoekskosten door Fabius kunnen worden betaald, of daarvoor zekerheid kan worden gesteld.

De OK stelt voorop dat artikel 2:350 lid 3 BW onder meer bepaalt dat de rechtspersoon de kosten van het onderzoek betaalt en dat de Ondernemingskamer kan bepalen dat de rechtspersoon voor de betaling van de kosten zekerheid verstrekt, alsmede dat op grond van artikel 2:354 BW de Ondernemingskamer na kennisneming van het verslag van het onderzoek op verzoek van de rechtspersoon kan beslissen dat deze de kosten van het onderzoek geheel of gedeeltelijk kan verhalen op een bestuurder, commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon. Volgens de OK brengen bovenstaande artikelen, in samenhang beschouwd, mee dat bij toewijzing van het enquêteverzoek niet kan worden bepaald dat anderen dan de rechtspersoon de kosten van het onderzoek dragen noch dat anderen dan de rechtspersoon zekerheid stellen, hetgeen slechts anders is in uitzonderlijke omstandigheden. Naar het oordeel van de OK zijn de in de eerdere beschikking genoemde overwegingen, waaruit volgde dat er gegronde redenen zijn voor

twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Fabius, niet toereikend om een uitzondering te rechtvaardigen op het hiervoor weergegeven wettelijk systeem.

De OK wijst het verzoek af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:3978

Zaaknummer: 200.154.196/02 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.C. Faber, A.J. Wolfs, E.R. Bunt en J.B.M. Streppel

Advocaten: J.G.J. Elslo en R. van den Brink

Wetsartikelen: 2:350 lid 3 BW en 353 BW

RECHTSPRAAK

Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V.

Vordering tot uittreding op de voet van artikel 2:343 lid 1 BW. De OK overweegt dat het vonnis waartegen dit hoger beroep zich keert een tussenvonnis is, en oordeelt dat er geen goede grond is af te wijken van de regel dat hoger beroep van een tussenvonnis tegelijk met hoger beroep van het eindvonnis moet worden ingesteld, ook als een doorbrekingsgrond wordt gesteld.

De onderhavige procedure gaat over een vordering van een aandeelhouder ('X') tegen zijn medeaandeelhouders en de vennootschap ('Y'), strekkende tot verplichte overname van aandelen, als bedoeld in artikel 2:343 lid 1 BW (vordering tot uittreding). In een (tussen)vonnis van maart 2015, waartegen dit hoger beroep zich keert, heeft de rechtbank onder meer aanleiding gezien om (de door X genoemde) heer A ('A') tot deskundige te benoemen.

Y heeft zich op het standpunt gesteld dat het appèlverbod van artikel 2:339 lid 1 BW (dat ingevolge lid 2 van art. 2:343 BW van overeenkomstige toepassing is op de uittredingsprocedure) en de in artikel 337 lid 2 Rv neergelegde bepaling dat hoger beroep van tussenvonnissen slechts gelijk met dat van het eindvonnis kan worden ingesteld ontvankelijkheid niet in de weg staan indien een beroep wordt gedaan op zogenoemde doorbrekingsjurisprudentie, zoals zij in deze zaak doen. Y voert aan dat de rechtbank bij de benoeming van A op verschillende wijzen het bepaalde in artikel 19 Rv (toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor) heeft veronachtzaamd.

Het hof overweegt dat genoemd vonnis een tussenvonnis is, en dat artikel 337 lid 2 Rv bepaalt dat hoger beroep daarvan slechts tegelijk met beroep van het eindvonnis kan worden ingesteld. Volgens het hof wordt dit niet anders indien een van de partijen stelt dat de rechtbank een fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd. De zogenoemde doorbrekingsjurisprudentie waarop Y een beroep doet, is niet van toepassing in het geval van artikel 337 lid 2 Rv, dat de bevoegdheid tot appèl niet uitsluit, maar slechts het moment regelt waarop deze bevoegdheid kan worden uitgeoefend, aldus het hof.

Waar het gaat om benoeming van een deskundige in een uittredingsprocedure als de onderhavige, is op grond van artikel 2:343 lid 2 jo. en artikel 2:339 lid 1 BW de bevoegdheid tot appèl echter geheel uitgesloten. Volgens het hof voert Y op zichzelf terecht aan dat een dergelijk wettelijk appèlverbod kan worden doorbroken indien appellant stelt dat zich een relevante doorbrekingsgrond voordoet, zodat de vraag is of dit meebrengt dat in dat geval al van het tussenvonnissen hoger beroep openstaat, dan wel dat ook dan hoger beroep pas samen met hoger beroep van het eindvonnis kan worden ingesteld.

De OK is van oordeel dat er geen goede grond is af te wijken van de regel dat hoger beroep van een tussenvonnissen tegelijk met hoger beroep van het eindvonnis moet worden ingesteld, ook als een doorbrekingsgrond wordt gesteld. Voor uittredingsvorderingen als de onderhavige vormt het bepaalde in artikel 2:239 lid 1 BW – aldus het hof – eens te meer een aanwijzing dat de wetgever geen hoger beroep heeft willen toestaan voordat bij eindvonnis over de prijs voor de aandelen wordt beslist.

De OK verklaart Y niet-ontvankelijk in het hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:4926

Zaaknummer: 200.172.765/01 OK en 200.172.768/01 OK

Rechters: A.C. Faber, G.C. Makkink en M.M.M. Tillema

Advocaten: O.G. Trojan, P.D. Olden en E.M. Tjon-En-Fa

Wetsartikelen: 2:343 lid 1 BW

ANNOTATIE

De SNS-beschikking van 8 juli 2015: een pragmatische keuze.*

I. Tax

1 Inleiding

Op 8 juli 2015 heeft de Ondernemingskamer zich uitgesproken over de vraag of de onteigende aandeelhouders van SNS Reaal N.V. (hierna: SNS) enquêtegerechtigd zijn gebleven. De belangrijkste barrière voor het aannemen van een dergelijke bevoegdheid is dat de onteigende aandeelhouders, naar de letter van de wet, als gevolg van de onteigening niet langer enquêtebevoegd zijn: de wet kent die bevoegdheid niet toe aan de gewezen aandeelhouders (wel, onder voorwaarden, aan de huidige aandeelhouders). Vanwege deze complicatie heeft de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) (die stelde namens ongeveer 1,3% van de onteigende aandeelhouders op te treden) in eerste instantie aan de Staat, in zijn hoedanigheid van (huidig) aandeelhouder van SNS, verzocht om medewerking aan het enquêteverzoek in de vorm van een volmacht.^[1] Deze medewerking is geweigerd. De VEB heeft vervolgens, tezamen met een aantal individuele onteigende aandeelhouders, zelf een enquêteverzoek ingediend.

In de enquêteprocedure heeft SNS, zoals te verwachten viel, bepleit dat de onteigende aandeelhouders enquêtebevoegdheid ontberen. Zij heeft daarbij niet alleen een beroep gedaan op de limitatieve kring van enquêtegerechtigden, maar tevens op de aard en de strekking van de Interventiewet (de Wet op het financieel toezicht), die de wettelijke basis vormt voor de onteigening. In dat verband heeft SNS onder meer betoogd dat de Interventiewet ten doel heeft om rust te creëren – zodat de financiële onderneming gestabiliseerd en gereorganiseerd kan worden. Daarmee is onverenigbaar dat onteigende aandeelhouders enquêterecht toekomt, aldus SNS. De VEB heeft zich daartegenover op het standpunt gesteld dat de onteigende aandeelhouders tot het moment van onteigening enquêtebevoegd waren, dat die bevoegdheid hun niet door de onteigening is ontnomen en dat het enquêteverzoek juist betrekking heeft op de oorzaken van de onteigening. Een redelijke en op de praktijk toegespitste wetstoepassing, die recht doet aan de aard en strekking van het enquêterecht, dient ertoe te leiden dat de

onteigende aandeelhouders bevoegd zijn tot het indienen van de enquête, aldus de VEB.

De Ondernemingskamer volgt de VEB in haar betoog en heeft geoordeeld dat de onteigende aandeelhouders van SNS inderdaad bevoegd zijn (gebleven) tot het indienen van een enquêteverzoek.

2 Uitspraak

Bij de beoordeling van de vraag of de onteigende aandeelhouders van SNS de bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen hebben verloren als gevolg van de onteigening, grijpt de Ondernemingskamer eerst terug op het doel en de strekking van het enquêterecht. Op grond daarvan oordeelt de Ondernemingskamer dat, in dit geval, de enkele omstandigheid dat geen sprake meer is van 'aandeelhouderschap' niet tot verlies van enquêtebevoegdheid leidt. Dit oordeel is als volgt gemotiveerd:

'Doel en strekking van het enquêterecht brengen mee dat aandeelhouders die niet langer voldoen aan de kapitaaleis van artikel 2:346 lid 1 aanhef en sub c BW tengevolge van een gebeurtenis, waaromtrent zij stellen dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan het beleid en de gang van zaken van de betrokken vennootschap en waarop hun enquêteverzoek mede betrekking heeft, in gevallen als het onderhavige bevoegd kunnen zijn tot het indienen van zodanig verzoek. De Ondernemingskamer neemt voorts in aanmerking dat het enquêterecht mede strekt ter bescherming van aandeelhouders tegen onjuist beleid dat hun (rechts)positie zodanig ondermijnt, dat een door hen ongewenst verlies van hun hoedanigheid van aandeelhouder het gevolg is. Dat is niet anders nu dat verlies – anders dan in gevallen waarin het verlies van aandeelhouderschap het gevolg is van besluitvorming die kan worden teruggedraaid – ten gevolge van de Onteigening onomkeerbaar is.'

De Ondernemingskamer behandelt vervolgens de (vervolg)vraag of het doel en de strekking van de Interventiewet in de weg staan aan het aannemen van enquêtebevoegdheid. De Ondernemingskamer overweegt dat de wetgever zich bij de totstandkoming van de Interventiewet noch over het verlies, noch over het behoud van enquêtebevoegdheid van onteigende aandeelhouders heeft uitgesproken en dat met de Interventiewet niet wordt beoogd meer rechten en bevoegdheden aan te tasten of aan onteigende aandeelhouders te ontnemen dan strikt noodzakelijk is voor het doel waartoe in de Interventiewet de mogelijkheid tot onteigening is gegeven. Volgens de Ondernemingskamer valt niet in te zien dat de uitoefening van de enquêtebevoegdheid door de onteigende aandeelhouders een zodanig ernstige belemmering vormt voor de minister in zijn streven SNS te stabiliseren en te reorganiseren, dat het zou opwegen tegen het recht om een enquête te verzoeken.

Een ander argument dat door SNS in dit kader naar voren is gebracht, is dat de Interventiewet

voorziet in volledige schadeloosstelling van onteigende aandeelhouders, en dat de wetgever onteigende aandeelhouders niet op enige andere wijze heeft willen compenseren voor het verlies van aandeelhoudersrechten. De Ondernemingskamer is echter van oordeel dat deze voorziening geen beletsel vormt voor een enquêteprocedure.

Ten aanzien van het verweer van SNS dat verzoekers geen belang hebben bij een enquête omdat de Commissie ENS (de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS REAAL) al onderzoek heeft gedaan naar de gang van zaken ‘in aanloop’ naar de onteigening, en in het bijzonder naar aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, en daarover een 416 pagina’s tellend rapport heeft uitgebracht, overweegt de Ondernemingskamer dat zij dat verweer, dat erop neerkomt dat verzoekers onvoldoende belang hebben bij hun enquêteverzoek, zo nodig in het vervolg van de procedure zal behandelen, namelijk indien in het kader van een belangenafweging aan de orde komt of een enquête daadwerkelijk moet worden bevolen.

3 Een nieuwe categorie van uitbreidingen op de kring van enquêtegerechtigden

De bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête komt slechts toe aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend (art. 2:346 en 2:347 van het Burgerlijk Wetboek, BW). In artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b en c BW wordt de enquêtebevoegdheid verleend aan aandeelhouders en certificaathouders die alleen of gezamenlijk voldoen aan de daarin opgenomen kapitaaleis. In hoofdlijnen komt die kapitaaleis erop neer dat bij een BV of een NV met een geplaatst kapitaal van minder dan EUR 22,5 miljoen een verzoeker (alleen of gezamenlijk) ten minste 10% van het kapitaal dient te vertegenwoordigen, en bij een geplaatst kapitaal van meer dan EUR 22,5 miljoen (zoals bij SNS het geval was) 1%. Voor de vraag of aan de kapitaaleis is voldaan, is het tijdstip van indienen van het verzoekschrift bepalend.[2] De kapitaaleis vindt zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat het instellen van een enquête om diverse redenen bezwarend is voor de desbetreffende vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarom wordt voor de toepassing van artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b en c BW een minimale steun van het verzoek verlangd, gemeten aan het bezit van aandelen of certificaten van aandelen van de vennootschap.[3]

In eerdere jurisprudentie zijn al diverse uitbreidingen op de in artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b en c BW bedoelde enquêtebevoegdheid aanvaard. Voor de onteigende aandeelhouders van SNS is in dit verband in de eerste plaats van belang de uitbreiding die de Hoge Raad in de Slotervaart-beschikking[4] heeft aanvaard. In die zaak heeft de Hoge Raad (in een overweging ten overvloede) overwogen dat verwaterde aandeelhouders die op het moment van indiening van het enquêteverzoek niet langer voldoen aan de kapitaaleis van artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b BW als gevolg van een emissie die aanleiding vormt

voor het verzoek om een enquête, hun enquêtebevoegdheid *niet* verliezen. De relevante overweging luidt als volgt:

‘De strekking van het enquêterecht brengt mee dat 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, mits het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar die uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twifelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte. Het enquêterecht strekt immers mede ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.’[5]

De tussenbeschikking inzake SNS berust op dezelfde beschermingsgedachte. Met de SNS-beschikking gaat de Ondernemingskamer echter nog een stap verder. In de SNS-beschikking wordt enquêtebevoegdheid aangenomen (1) van partijen die *in het geheel* geen aandelen of certificaten meer hebben in de vennootschap waartegen het enquêteverzoek zich richt, (2) terwijl al vaststaat dat het verlies van dit aandeelhouderschap is gegrond op een rechtmatig en onomkeerbaar besluit. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft het beroep tegen het besluit tot onteigening van de aandeelhouders van SNS immers verworpen bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing. Dat heeft tot gevolg dat de Ondernemingskamer bij de onteigening van de aandeelhouders van SNS *moet* uitgaan van de rechtmatigheid en onomkeerbaarheid van die onteigening (op grond van de leer van de formele rechtskracht).[6] De onteigende aandeelhouders zullen, ongeacht de uitkomst van de enquêteprocedure en ongeacht het antwoord op de vraag of sprake was van wanbeleid in de aanloop naar de onteigening, de onteigening niet ongedaan kunnen maken.

Deze verschillen maken dat de ‘onteiigende aandeelhouders van SNS’ minder goed bij de letterlijke tekst van artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b of c BW en de ratio van de kapitaalseis aansluiten dan de ‘verwaterde aandeelhouders’ uit de Slotervaart-beschikking. Immers: artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b of c BW stelt zowel eisen aan de hoedanigheid van de verzoekende partij (het zijn van aandeelhouder/certificaathouder) als eisen aan de omvang van diens belang (de kapitaalseis). In geval van onteigening is aan geen van deze vereisten voldaan, terwijl de verzoekende partij in een verwateringssituatie de hoedanigheid van aandeelhouder of certificaathouder nog wel heeft behouden. Een naar mijn mening belangrijker verschil is dat ten aanzien van verwaterde aandeelhouders sprake is van een situatie die kan worden teruggedraaid (na eventuele vernietiging van het emissiebesluit – een definitieve voorziening die de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure mag treffen). In dat geval is sprake van een situatie waarin – achteraf bezien – alsnog gesproken kan worden van een enquêteverzoek dat gesteund wordt door een relevant deel van de

kapitaalverstrekkers (de ratio van de kapitaaleis). Bij SNS zal die situatie zich niet kunnen voordoen. In dit licht zou ook kunnen worden gesteld dat de belangen van de onteigende aandeelhouders van SNS bij de verzochte enquête, anders dan die van de verwaterde aandeelhouders in de Slotervaart-beschikking, louter vermogensrechtelijk van aard zijn. Volgens vaste jurisprudentie valt een puur vermogensrechtelijk geschil buiten de reikwijdte van de enquêteregeling.[7]

Het verlies van het aandeelhouderschap in SNS is echter, net als de verwatering die bij het verzoek tot een enquête bij het Slotervaartziekenhuis aan de orde was, mogelijk het gevolg van wanbeleid binnen de vennootschap, zij het dat in de situatie bij SNS slechts sprake is van een eventuele *indirecte* causaliteit, te weten: het mogelijke wanbeleid dat aanleiding was voor de toepassing van de Interventiewet. Deze bijzondere omstandigheid biedt een valide rechtvaardiging voor de conclusie dat de enkele omstandigheid dat de onteigende aandeelhouders in SNS geen aandeelhouder meer waren ten tijde van het indienen van het verzoek, niet reeds maakt dat zij hun enquêtebevoegdheid hebben verloren.

4 Verdere verankering nieuw enquêtedoel

Diezelfde bijzondere omstandigheid maakt naar mijn mening ook dat geen sprake is van een situatie waarin sprake is van een louter vermogensrechtelijk geschil: het verzoek tot een enquête bij SNS past binnen de doeleinden van het enquêterecht. Traditioneel worden als doeleinden voor de enquête genoemd: opening van zaken, sanering van de onderneming, herstel van gezonde verhoudingen, vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid rust voor mogelijk wanbeleid en de preventieve werking die van een enquête uit kan gaan.[8] Uit recentere rechtspraak, en in het bijzonder de hiervoor aangehaalde Slotervaart-beschikking, blijkt dat inmiddels ook (onder voorwaarden) de bescherming van aandeelhouders aan dat rijtje kan worden toegevoegd. In de Slotervaart-beschikking werd overwogen dat het enquêterecht mede dient 'ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid'.[9] Ook de SNS-beschikking gaat uit van datzelfde 'nieuwe' enquêtedoel, dat daarmee verder wordt verankerd. In die beschikking overweegt de Ondernemingskamer immers uitdrukkelijk dat 'het enquêterecht mede strekt ter bescherming van aandeelhouders tegen onjuist beleid dat hun (rechts)positie zodanig ondermijnt, dat een door hen ongewenst verlies van hun hoedanigheid van aandeelhouder het gevolg is'. 'Machtsmisbruik door de meerderheid' is uiteraard niet hetzelfde als een 'onjuist beleid dat [de] (rechts)positie [van aandeelhouders] zodanig ondermijnt, dat een door hen ongewenst verlies van hun hoedanigheid van aandeelhouder het gevolg is', maar in beide situaties is mogelijk sprake van wanbeleid.[10] En dat is cruciaal: zonder mogelijk wanbeleid is er geen reden voor een enquête. En zonder mogelijk wanbeleid ontbreekt de rechtvaardiging voor het feit dat de vennootschap in beginsel de kosten van het

onderzoek draagt (art. 2:350 lid 3 en 2:354 BW).

De omstandigheid dat bij SNS het verlies van aandeelhouderschap mogelijk het (indirecte) gevolg is van wanbeleid, maakt ook dat de positie van onteigende aandeelhouders van SNS *niet* kan worden gelijkgesteld met de positie van de verzoekende aandeelhouder in de Vlasveld-beschikking uit 1987.[11] In de Vlasveld-beschikking had de verzoeker zich op het moment van indienen van het enquêteverzoek reeds verplicht tot overdracht van zijn aandelenbelang en was de akte van levering bovendien al getekend. Onder die omstandigheden was de verzoeker volgens de Ondernemingskamer niet meer enquêtebevoegd, mede omdat de 'positie van aandeelhouder in de betrokken vennootschap na de overdracht van de aandelen nimmer meer zal herleven'.

De Vlasveld-beschikking is omstreden en uit latere beschikkingen blijkt dat aandeelhouders die zich voorafgaand aan het indienen van het enquêteverzoek reeds hebben verbonden tot verkoop van hun belang in beginsel wél enquêtebevoegd zijn.[12] Maar los daarvan is in de Vlasveld-zaak, anders dan bij de onteigende aandeelhouders van SNS het geval was, sprake van een *vrijwillig* verlies van aandelen, en aldus niet een verlies dat mogelijk het gevolg is van wanbeleid.

Met het oordeel dat de enkele omstandigheid dat de onteigende aandeelhouders hun aandeelhouderspositie definitief hebben verloren *op zichzelf* niet reeds tot verlies van het enquêterecht heeft geleid, maakt de Ondernemingskamer een pragmatische keuze ten gunste van de onteigende aandeelhouders. Voor deze keuze zijn, zoals hiervoor uiteengezet, valide argumenten aan te voeren, maar de wettelijke basis voor deze keuze blijft erg mager en deze keuze strookt ook niet goed met de ratio van de kapitaaleis. Op even valide gronden had de Ondernemingskamer de onteigende aandeelhouders van SNS niet-ontvankelijk kunnen verklaren in hun enquêteverzoek.

Desalniettemin kan ik mij goed vinden in de door de Ondernemingskamer gemaakte keuze. Daarbij neem ik ook in aanmerking dat juist in die gevallen waarin de aandeelhouderspositie is aangetast door gebeurtenissen die mogelijk te wijten zijn aan de vennootschap, behoefte is aan het enquêterecht. Temeer nu andere – adequate – rechtsmiddelen om het beleid van de vennootschap te laten toetsen door een rechter ontbreken. Het onderzoek door de Commissie ENS kwalificeert immers niet als een rechterlijke toetsing. En de rechtsgangen die de Interventiewet bieden, strekken niet tot toetsing van het beleid van de vennootschap, terwijl de gevolgen van dat beleid mogelijk wel de (feitelijke) reden vormden voor het onteigeningsbesluit. Een partij behoort de reden waarom zij bepaalde rechten (onvrijwillig) heeft verloren naar mijn mening altijd te kunnen laten toetsen door een rechter, en zij dient dus niet om die reden niet-ontvankelijk te worden verklaard.

5 Doel en strekking van de Interventiewet: geen beletsel voor ontvankelijkheid

Na het maken van de bedoelde keuze was het nog maar een kleine stap naar het (vervolg)oordeel dat ook het doel en de strekking van de Interventiewet niet in de weg staan aan de enquêtebevoegdheid van de onteigende aandeelhouders van SNS. De Interventiewet zelf zwijgt over het antwoord op de vraag of de onteigende aandeelhouders enquêtegerechtigd blijven na de onteigening. De Staat der Nederlanden heeft in zijn positie als belanghebbende in de enquêteprocedure betoogd dat met de Interventiewet niet is beoogd dat onteigende aandeelhouders een enquête kunnen verzoeken waarvan de kosten (indirect) voor rekening van de Staat komen. Een dergelijk standpunt van de Staat der Nederlanden als privaatrechtelijke partij (belanghebbende) in een enquêteprocedure kan bezwaarlijk worden aangemerkt als een uitlating van de wetgever over het doel en de strekking van de Interventiewet. Hoe dan ook geldt dat indien het uitgangspunt van de Ondernemingskamer juist is dat de onteigende aandeelhouders in beginsel enquêtegerechtigd zijn gebleven, het tevens juist is aan te nemen dat dit recht niet wordt ingeperkt door een mogelijke bedoeling van de wetgever die niet kenbaar is uit de wet of wetsgeschiedenis. Indien de Ondernemingskamer voor een ander uitgangspunt had gekozen, zou ook het antwoord op deze (vervolg)vraag waarschijnlijk anders zijn uitgevallen.

Het feit dat de onteigende aandeelhouders van SNS de mogelijkheid hebben om op grond van de Interventiewet een schadeloosstellingsprocedure te entameren, vormt – zoals de Ondernemingskamer naar mijn mening terecht heeft geoordeeld (r.o. 3.25) – in ieder geval geen beletsel voor een enquêteprocedure. Een enquêteprocedure heeft immers, zoals hiervoor is toegelicht, een andere strekking en reikwijdte dan de rechtsgang die de Interventiewet biedt. Een enquête strekt niet tot het verkrijgen van een schadevergoeding, maar wel tot – onder meer – het verkrijgen van openheid van zaken en de bescherming van aandeelhouders tegen een onjuist beleid dat tot de situatie heeft geleid dat de aandeelhouder niet langer voldoet aan de kapitaaleis. Bovendien ziet een eventueel toe te kennen schadeloosstelling louter op de vergoeding van de werkelijke waarde van de onteigende aandelen op het tijdstip *onmiddellijk voorafgaande aan de onteigening*, en aldus niet op de mogelijke schade die het gevolg is van het – daaraan voorafgaande – beleid dat tot de onteigening heeft geleid, in welk verband de aandeelhouders er belang bij kunnen hebben dat in een enquête wordt vastgesteld bij wie de verantwoordelijkheid rust voor mogelijk blijkend wanbeleid in de periode voorafgaand aan de onteigening, hetgeen een ander valide enquêtedoel is.[13]

De voorwaarden die in de SNS-beschikking en in de Slotervaart-beschikking zijn gesteld aan het toekennen van enquêtebevoegdheid aan aandeelhouders die – als gevolg van een onteigening respectievelijk aandelenemissie – niet meer voldoen aan de kapitaaleis, zijn vergelijkbaar. Kapitaalverstrekkers die op het moment van indiening niet meer voldoen aan de

kapitaaleis kunnen, blijkens deze beschikkingen, in beginsel gebruik blijven maken van het enquêterecht, mits (1) zij voorafgaand aan een gebeurtenis die mogelijk kwalificeert als – of het gevolg is van – wanbeleid voldeden aan de voorwaarden van artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b of c BW, (2) het verzoek mede betrekking heeft op een onderzoek naar die gebeurtenis en (3) gesteld wordt dat de gang van zaken rondom die gebeurtenis een feitelijke grond vormt voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de betrokken vennootschap. Indien de SNS-beschikking standhoudt, zullen deze voorwaarden ook kunnen worden toegepast in situaties waarin het enquêteverzoek wordt ingediend door kapitaalverstrekkers van banken en vermogensinstellingen die op basis van de recente Europese richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Bank Recovery and Resolution Directive^[14]) worden onteigend: ook deze richtlijn voorziet in de toepassing van nationalisatie als ultimum remedium.

De vraag rijst of een verzoeker alsnog niet-ontvankelijk dient te worden verklaard wegens het ontbreken van enquêtebevoegdheid indien – uiteindelijk – geoordeeld wordt dat er geen gronden zijn om te twijfelen aan een juist beleid. Ik zou menen dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord: de ontvankelijkheidsvraag gaat vooraf aan het oordeel over de toewijsbaarheid van de verzochte enquête en het dient de rechtszekerheid indien verzoekers die ontvankelijk zijn bevonden deze status behouden, ongeacht de beslissing over de vraag naar wanbeleid in een latere fase van dezelfde procedure. Deze discussie lijkt overigens slechts van theoretisch belang, want voor partijen zelf zal het, in de bedoelde situatie, weinig uitmaken of een enquêteverzoek uiteindelijk strandt op een gebrek aan enquêtebevoegdheid of op een gebrek aan redenen om aan een juist beleid te twijfelen.

Een andere vraag die in dit verband kan worden gesteld, is in hoeverre het geven van instemming of goedkeuring aan de externe gebeurtenis die ertoe heeft geleid dat de verzoeker niet langer aan de kapitaaleis voldoet, in de weg staat aan het aannemen van enquêtebevoegdheid – denk aan de situatie dat een aandeelhouder heeft ingestemd met het emissiebesluit dat tot de verwatering onder de relevante kapitaalgrens heeft geleid. Het komt mij voor dat in dat geval hogere eisen aan de stelplicht van de verzoeker mogen worden gesteld, in die zin dat hij tevens onderbouwt dat en waarom, ondanks zijn instemming, toch sprake is van een situatie waarin het niet meer voldoen aan de kapitaaleis het gevolg is van een gebeurtenis die kwalificeert als een feitelijke grond voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de betrokken vennootschap. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de instemming van de verzoeker is verkregen op basis van onvolledige of onjuiste informatie. Het spreekt naar mijn mening voor zich dat de vraag of is ingestemd met de gebeurtenis waarop het enquêteverzoek is gebaseerd, hoe dan ook een rol zal spelen bij de vraag of verzoekers hun recht om een enquête te verzoeken hebben verwerkt c.q. of zij

voldoende belang hebben bij de verzochte enquête, en voorts bij de vraag of sprake is van wanbeleid.[15]

6 Andere uitbreidingen op de (in beginsel) gesloten kring van enquêtegerechtigden

Er is in de rechtspraak ook nog een *andere* categorie uitbreidingen op de – in beginsel gesloten – kring van enquêtegerechtigden aanvaard. Die uitbreiding ziet op de (achterliggende) economisch gerechtigden tot aandelen of certificaten. Zij kunnen, op basis van de ‘economische werkelijkheid’, onder omstandigheden ook een beroep doen op de in artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b of c BW bedoelde enquêtebevoegdheid.

De door de ‘economische werkelijkheid’ ingegeven categorie uitbreidingen kan in twee situaties worden onderscheiden. De eerste situatie ziet op de zogenoemde ‘concernenquête’ op grond waarvan – samenvattend – aandeelhouders van een moedermaatschappij tevens een enquête kunnen verzoeken in de dochtermaatschappij indien (1) binnen de (klein)dochtermaatschappij geen sprake is van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid, en (2) zowel ten aanzien van de moedervernootschap als ten aanzien van de (klein)dochtervernootschap(pen) sprake is van een situatie waarin gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.[16] Ook in de SNS-kwestie is om een concernenquête verzocht: het enquêteverzoek had niet alleen betrekking op SNS, maar tevens op haar 100% dochtervernootschap SNS Bank N.V. en 100% kleindochtervernootschap Propertize B.V. Het verzoek om de enquête uit te breiden naar Propertize B.V. werd door de Ondernemingskamer afgewezen op de grond dat ‘niet kan worden aangenomen dat het bestuursbeleid bij Propertize niet zelfstandig werd bepaald en gevoerd ten opzichte van SNS’. Met betrekking tot de vraag of ten aanzien van 100% dochtervernootschap SNS Bank N.V. is voldaan aan de vereisten voor het gelasten van een concernenquête acht de Ondernemingskamer het debat nog niet voltooid, en die beslissing is aldus aangehouden.

De tweede groep door de economische werkelijkheid ingegeven uitbreidingen heeft betrekking op gevallen waarin degene die het enquêteverzoek instelt weliswaar geen aandeelhouder of certificaathouder is, maar wel risicodragend kapitaal heeft verschaft aan de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft. Hiervoor geldt – samenvattend – het criterium dat sprake moet zijn van een situatie waarin het economisch belang van de verzoeker in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, *gelijk te stellen is* met dat van een (direct) aandeelhouder of certificaathouder.[17] Het enkele feit dat een verzoeker een indirect belang heeft in de betrokken vennootschap, is daarvoor niet voldoende.[18] De VEB heeft bij de onderbouwing van haar enquêteverzoek ook een beroep gedaan op deze laatste door de economische werkelijkheid ingegeven uitbreiding. Betoogd werd dat het economisch

belang van de onteigende aandeelhouders van SNS gelijk is te stellen met het belang van een aandeelhouder, althans gelijk valt te stellen met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder in een faillissement. De Ondernemingskamer is aan de beoordeling van deze stelling niet toegekomen omdat zij de enquêtebevoegdheid van de onteigende aandeelhouders van SNS al op andere gronden had aanvaard. Het komt mij voor dat ingeval de Ondernemingskamer bij de vraag naar de enquêtebevoegdheid van de onteigende aandeelhouders van SNS wél doorslaggevende betekenis zou hebben toegekend aan het verlies van aandeelhouderschap (en aldus een andere keuze had gemaakt), een beroep op de 'economische werkelijkheid' de onteigende aandeelhouders niet zou hebben kunnen baten. Indien het gebrek aan aandeelhouderschap doorslaggevend zou zijn, dan kan een beroep op de 'economische gerechtigdheid' tot de aandelen dat gebrek niet helen. Die economische gerechtigdheid is, net als het aandeelhouderschap, immers verloren gegaan met de onteigening.

7 Afsluiting

De beslissing van de Ondernemingskamer is een tussenbeschikking. De Ondernemingskamer heeft in haar tussenbeschikking bepaald dat tussentijds cassatieberoep kan worden ingesteld van de tussenbeschikking, en het is, gelet op het principiële karakter van de beschikking, mijn verwachting dat hiervan gebruik zal worden gemaakt. De keuze van de Ondernemingskamer om de onteigende aandeelhouders van SNS wél enquêtebevoegd te achten, spreekt aan en deze keuze kan worden gerechtvaardigd door dezelfde beschermingsgedachte die de Hoge Raad in de Slotervaart-beschikking reeds heeft aanvaard. Dit weegt in mijn visie op tegen de magere wettelijke basis voor deze keuze en de zwakke aansluiting bij de ratio van de kapitaaleis. Hopelijk denkt de Hoge Raad hier ook zo over.

Noten

* Met dank aan mr. M.J. Siegers en mr. R.F. Hofstede (Quint Legal) voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

[1] Zie <www.veb.net/artikel/04403/veel-gestelde-vragen-actie-sns> en <<http://nos.nl/artikel/470345-veb-doet-beroep-op-dijsselbloem.html>>.

[2] Een uitzondering hierop geldt indien een van de verzoekers zijn verzoek nadien intrekt, als gevolg waarvan ten aanzien van de overige verzoekers niet meer is voldaan aan de kapitaaleis. In dat geval is er geen plaats voor een verdere beoordeling van het enquêteverzoek, zie HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0505, NJ 2011/306 (Hottinguer/Emba).

[3] Zie HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0505, NJ 2011/306 (Hottinguer/Emba).

- [4] HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:BY7833, NJ 2014/296 (Slotervaartziekenhuis).
- [5] De Ondernemingskamer had eerder al een vergelijkbaar oordeel gegeven over de positie van verwaterde aandeelhouders in haar beschikkingen inzake Leather Design Van der Eerden (Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AG3795, JOR 2000/125) en inzake Amtrada (Hof Amsterdam (OK) 14 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5179, ARO 2011/37).
- [6] Op grond van de leer van de formele rechtskracht dient de rechter ervan uit te gaan dat het onteigeningsbesluit zowel wat betreft zijn inhoud als wat betreft de wijze van totstandkoming met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen in overeenstemming is, zie HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1802, NJ 2011/89 (All Round Shipping/Staat).
- [7] Zie HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, JOR 2005/295 (Unilever).
- [8] HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/465 (Ogem).
- [9] Ook in de Amtrada-zaak uit 2011 (Hof Amsterdam (OK) 14 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5179, ARO 2011/37) had de Ondernemingskamer geoordeeld dat het enquêterecht mede strekt ter bescherming van minderheidsaandeelhouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.
- [10] Zie Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:BD5633, JOR 2006/211 (Bonne Route), waaruit blijkt dat het handelen van een aandeelhouder onder omstandigheden ook valt aan te merken als beleid van de vennootschap.
- [11] Hof Amsterdam (OK) 9 juli 1987, ECLI:NL:GHAMS:1987:AC0956, NJ 1989/269 (Vlasveld).
- [12] Zie o.m. Hof Amsterdam (OK) 13 juni 1991, ECLI:NL:GHAMS:1991:AC3122, NJ 1991/669 (DHDH), Hof Amsterdam (OK) 31 maart 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AD2084, NJ 1995/418 (Kluft Dustrifood), Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AG3882, JOR 2001/208 (Merwerde Holding) en Hof Amsterdam (OK) 28 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV5759, JOR 2006/67 (Broerse Beleggingen).
- [13] Het is, gelet op het leerstuk van de afgeleide schade, overigens nog maar zeer de vraag of onteigende aandeelhouders gerechtigd zouden zijn om in een eventuele vervolgprocedure een vordering in te stellen tegen bijv. voormalig bestuurders van SNS tot vergoeding van schade die het gevolg is van wanbeleid dat tot de onteigening heeft geleid.
- [14] Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende

de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en Verordeningen (EU) 1093/2010 en (EU) 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173).

[15] Uit de Cancun-beschikking (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, JOR 2014/290) blijkt dat ook in situaties waarin de verzoekende aandeelhouder heeft ingestemd met een verwatering van zijn (indirecte) belang, die verwatering grond kan vormen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de betrokken vennootschap.

[16] Zie o.m. HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, NJ 2003/486 (Scheipar), HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6077, NJ 2010/665 (Butôt) en HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833 (Chinese Workers).

[17] Zie o.m. HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, JOR 2005/58 (Landis) en Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2492, ARO 2014/35 (Polderland Groep Onroerendgoed).

[18] HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4943, NJ 2011/338 (TESN) en HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:BY7833, NJ 2014/296 (Slotervaartziekenhuis).

ANNOTATIE

Publicatie van de jaarrekening op grond van het effectenrecht: effectieve openbaarmaking of (slechts) verregaand transparant?

J.B.S. Hijink

1 Inleiding

Op 26 mei 2015 wees het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (hierna: het hof) een interessant arrest over de aansprakelijkheid van voormalige bestuurders van de – inmiddels failliete – beursvennootschap Aino N.V. (hierna: Aino).[1] Een van de elementen die in dit arrest aan de orde komt, betreft de vraag of schending van de deponeringsplicht van de jaarrekening op grond van artikel 394 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) leidt tot het vermoeden van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 BW.[2] Daarbij staat vast dat deze jaarrekening door Aino wel conform de voorschriften van de houder van de effectenbeurs – destijds, het gaat om de jaarrekening over boekjaar 2000, Euronext Amsterdam N.V. – openbaar is gemaakt. Tevens zijn de jaarcijfers bekendgemaakt in een persbericht dat is uitgegeven op 6 maart 2001. Op basis hiervan oordeelt het hof, anders dan de rechtbank, dat ‘in dit geval, waarin weliswaar niet is gebleken van een nederlegging van de jaarrekening ten kantore van het handelsregister maar wel een effectieve openbaarmaking heeft plaatsgevonden, van een schending van de publicatieplicht geen sprake [is]’.[3]

Bij mijn weten is bovengenoemd arrest het eerste waarin in de rechtspraak het standpunt wordt ingenomen dat het voldoen aan een effectenrechtelijke verplichting – in casu een verplichting die (op dat moment) was opgenomen in het zogenoemde Fondsenreglement van Euronext Amsterdam N.V. – volstaat ter voldoening aan de in het vennootschapsrecht opgenomen publicatieplicht van de jaarrekening. Hoe deze zienswijze van het hof moet worden beoordeeld, bespreek ik in paragraaf 5. Daaraan vooraf gaan eerst enige – meer algemene – bespiegelingen over de verhouding tussen het vennootschapsrecht en het effectenrecht (par. 2), de wijze waarop de publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen[4] in die rechtsgebieden zijn ingebed (par. 3) en enige recente ontwikkelingen in de wetgeving op dit terrein (par. 4).[5]

2 Vennootschapsrecht en effectenrecht: schurende rechtsgebieden

Vennootschapsrecht en effectenrecht komen met elkaar in aanraking bij de regulering van beursvennootschappen. De regulering van beursvennootschappen in deze rechtsgebieden leidt, en heeft geleid, tot raakvlakken en overlappingsen. Daarbij dient te worden bedacht dat 'wat in het effectenrecht en wat in het vennootschapsrecht terecht komt, (...) soms iets willekeurig [heeft] en (...) ten dele [wordt] bepaald door lokale tradities en voorkeuren'.^[6]

Deze 'lokale tradities en voorkeuren' zijn ook terug te vinden in de Nederlandse wetgeving. Het Nederlandse vennootschapsrecht – waarmee ik doel op 'het recht dat van Nederlandse vennootschappen de structuur en inrichting regelt'^[7] – kan vooral worden gevonden in Boek 2 BW. Met het Nederlandse effectenrecht doel ik op 'het recht dat de verhouding regelt tussen instellingen die (certificaten van) aandelen of obligaties uitgeven en degenen die, omdat zij deze effecten aan- en verkopen, in deze instellingen investeren'.^[8] Het effectenrecht, voor zover niet rechtstreeks toepasselijk op grond van Europese verordeningen,^[9] vinden we sinds 1 januari 2007 vooral in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en daarvoor in de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995).^[10]

Het Nederlandse vennootschapsrecht en het Nederlandse effectenrecht schuren in toenemende mate tegen elkaar aan. De oorzaak daarvoor is tweemaal. Enerzijds heeft zich binnen het vennootschapsrecht sinds 1928 een ontwikkeling voorgedaan waarbij een (steeds) ruimere invulling is gegeven aan 'de regels die zien op de structuur en inrichting van de vennootschap'. Anderzijds, en van meer recente aard, geeft het (publiekrechtelijke) effectenrecht een steeds ruimere invulling aan de oorspronkelijke regels van marktordening – de toegang tot de effectenmarkt en het gedrag van spelers daarop – en wordt daardoor in het effectenrecht een (steeds) ruimere invulling gegeven aan 'de regels die zien op de verhouding tussen uitgevende instellingen en beleggers'.^[11] Het gevolg hiervan is dat het effectenrecht voorschriften is^[12] (en kan^[13] gaan bevatten die ingrijpen in de inrichting en structuur van de vennootschap en de daarmee verband houdende onderwerpen: het effectenrecht is zich de afgelopen decennia 'meer en meer [gaan] bemoeien met de vennootschappelijke organisatie van de beursvennootschap'.^[14]

Bedacht dient daarbij te worden dat deze ontwikkeling van een 'uitdijend' effectenrecht in belangrijke mate wordt beïnvloed door internationale ontwikkelingen. Zo werden in het (federale) effectenrecht van de Verenigde Staten van Amerika door de invoering van de 'Sarbanes-Oxley Act' in 2002 bepalingen ingevoerd die zagen op het instellen van een 'audit committee' en de benoeming van de accountant door dat committee.^[15] Over die wijzigingen werd in de literatuur opgemerkt dat het leidde tot 'een vrij fundamentele verandering in het karakter van de Amerikaanse federale effectenwetgeving. Deze wetgeving is van oudsher

gericht op openbaarmakingsverplichtingen (...). De Sarbanes-Oxley Act bevat echter (...) eveneens elementen die duidelijk van invloed zijn op de corporate governance van beursvennootschappen.’[16]

Europese wetgevende initiatieven van na 2002 laten een vergelijkbaar beeld zien.[17] Dat in deze internationaal geïnitieerde wet- en regelgeving nauwelijks rekening wordt gehouden met de Nederlandse ‘tradities en voorkeuren’[18] is niet een verwijt dat aan de Nederlandse wetgever kan worden gemaakt. In dat opzicht kan het in toenemende mate schuren van het Nederlandse vennootschapsrecht en effectenrecht de Nederlandse wetgever niet worden verweten. Tegelijkertijd klinken al geruime tijd pleidooien om – in het bijzonder voor beursvennootschappen – de verhouding tussen het vennootschapsrecht en effectenrecht op meer doordachte en gestructureerde wijze vorm te geven,[19] waarbij aandacht zou moeten worden geschonken aan (de gevolgen van) de uiteenlopende territoriale reikwijdte van beide rechtsgebieden.[20] Deze pleidooien heeft de Nederlandse wetgever, naar mijn mening ten onrechte, naast zich neergelegd. Gegeven dat het afgelopen decennium het aantal beursvennootschappen dat een beursnotering heeft in Nederland sterk is afgenomen, terwijl tegelijkertijd het aantal beursvennootschappen dat uitsluitend een beursnotering heeft buiten Nederland toeneemt,[21] neemt het belang van een meer doordachte vormgeving van de verhouding tussen het Nederlandse vennootschapsrecht en effectenrecht verder toe.

3 Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen op het snijvlak

Een van de onderwerpen waarbij het vennootschapsrecht en effectenrecht met elkaar in aanraking komen, betreft de verplichting voor beursvennootschappen om (periodiek) informatie – in de vorm van de jaarrekening, het jaarverslag en daaraan toe te voegen gegevens (‘jaarlijkse financiële verslaggeving’) – te publiceren. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen voorschriften van procedurele aard (totstandkomingsvoorschriften) en voorschriften die zien op de inrichting van de informatie (inrichtingsvoorschriften).[22] De eerste categorie ziet met name op de regels omtrent de (tijdige) totstandkoming van de periodieke informatie, de controle en de openbaarmaking van deze informatie. De tweede categorie ziet met name op de eisen die worden gesteld aan de inhoud en inrichting van de periodieke informatie.[23]

3.1 De publicatieplicht in het vennootschapsrecht

De in het vennootschapsrecht – thans in artikel 2:394 BW – opgenomen verplichting om de jaarrekening uiterlijk dertien maanden[24] na het einde van het boekjaar te deponeren bestaat sinds 1928.[25] Het toen ingevoerde artikel 42c van het Wetboek van Koophandel (WvK) regelde dat het bestuur van de naamloze vennootschap verplicht was om binnen acht dagen

na de vaststelling van de balans en de winst-en-verliesrekening volledige afschriften van die stukken en van de toelichting daarop ter inzage voor eenieder neer te leggen op het kantoor van het handelsregister.[26] Kort na de invoering van artikel 42c WvK werd dit artikel gewijzigd, waarbij de verplichting om de balans en winst-en-verliesrekening en de toelichting voor eenieder ter inzage te leggen werd beperkt tot een aantal categorieën naamloze vennootschappen, die – kort gezegd – een publiek karakter hebben.[27]

Het in deze zin aangepaste artikel 42c WvK bleef de basis voor de vennootschapsrechtelijke periodieke verplichting tot publicatie van financiële informatie tot 1971. In dat jaar traden de Wet op de jaarrekening en de Wet houdende de regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in werking. De laatstgenoemde wet had tot gevolg dat de verplichting om jaarlijks de balans en de winst-en-verliesrekening te publiceren werd uitgebreid tot alle naamloze vennootschappen.[28] Sinds 1984 geldt ook voor de BV de (thans) in artikel 2:394 BW opgenomen verplichting tot publicatie van de financiële verslaggeving.[29]

3.2 De publicatieplicht in het effectenrecht tot 2009

Voor beursvennootschappen geldt een meer specifieke verplichting tot openbaarmaking van de jaarlijkse financiële verslaggeving.[30] Publicatie – het ‘algemeen verkrijgbaar stellen’ in terminologie van de Wft[31] – van deze informatie, die ook verklaringen van de bij de beursvennootschap als verantwoordelijk aangewezen personen omvat, dient plaats te vinden binnen vier maanden na afloop van het boekjaar.[32]

De periodieke publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen waren tot 1 januari 2009 verspreid opgenomen in Boek 2 BW, hoofdstuk II Wte 1995, hoofdstuk 5.1 Wft en in (het toenmalige Fondsenreglement (FR), waarvoor in de plaats kwam) Rule Book II van Euronext Amsterdam.[33] Hierin is verandering gebracht door inwerkingtreding van – kort gezegd – de wet tot implementatie van de Europese Transparantierichtlijn: sindsdien heeft concentratie van de publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen plaatsgevonden in hoofdstuk 5.1a Wft.[34]

Het in 2000 geldende FR bevatte in de artikelen 25 t/m 29 bepalingen over het periodiek publiceren van financiële informatie door beursvennootschappen waarvan (certificaten van) aandelen tot de officiële notering aan de Euronext Amsterdam Stock Markets waren toegelaten.[35] Artikel 27 FR bepaalde daarbij dat een uitgevende instelling in het geval zij is gevestigd in een lidstaat verplicht is haar jaarrekening te doen opmaken in overeenstemming met de wettelijke voorschriften van de desbetreffende lidstaat. Voor beursvennootschappen hield deze verplichting hierdoor in dat de jaarrekening diende te worden opgemaakt in overeenstemming met het in titel 9 van Boek 2 BW bepaalde.

In artikel 28c FR was bepaald dat de jaarrekening en het jaarverslag zo spoedig mogelijk voor het publiek verkrijgbaar dienden te worden gesteld.[36] Een precieze termijn werd daarbij niet genoemd. Verwezen werd in artikel 28c FR naar een 'binnen een in de noteringsovereenkomst vast te stellen termijn'. Blijkens publicaties van Euronext Amsterdam N.V. en haar voorgangers bedroeg de standaard in de noteringsovereenkomst opgenomen termijn voor het publiceren van de jaarrekening en het jaarverslag vijf maanden na afsluiting van het boekjaar.[37] Wanneer van 'voor het publiek verkrijgbaar stellen' sprake was, was uitgewerkt in artikel 46 FR. In dat artikel – waarin overigens werd gesproken over informatie die een beursvennootschap 'ter beschikking van het publiek moet stellen'[38] – was bepaald dat publicatie moest plaatsvinden in 'één of meer landelijke of in grote oplage verspreide Nederlandse dagbladen of ter beschikking van het publiek worden gesteld, hetzij in schriftelijke vorm op plaatsen welke zijn aangeduid in advertenties geplaatst in één of meer landelijke of in grote oplage verspreide dagbladen, hetzij op een andere gelijkwaardige wijze, welke door AEX is goedgekeurd'.[39]

4 Ontwikkelingen in de wetgeving

Zoals hierboven kort werd genoemd, heeft sinds 1 januari 2009 concentratie van de publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen plaatsgevonden in de Wft. Bij de totstandkoming van die wetgeving liet de wetgever echter na om tot een consistente onderlinge afbakening van de vennootschapsrechtelijke en effectenrechtelijke publicatieverplichtingen te komen.[40]

Zo geldt vanaf 1 januari 2009 voor Nederlandse beursvennootschappen die een naamloze vennootschap zijn, op grond van artikel 2:101 lid 1 BW dat binnen vier maanden na het einde van het boekjaar door het bestuur van de vennootschap de jaarrekening dient te zijn opgesteld. Eerder heb ik geschreven dat het uitdrukkelijk verkorten van die opmaaktermijn – voor naamloze vennootschappen die geen beursvennootschap zijn, geldt een opmaaktermijn van vijf maanden ingevolge artikel 2:101 lid 1 BW – strikt genomen niet noodzakelijk is, nu de in artikel 5:25c lid 1 Wft opgenomen termijn tot algemeen verkrijgbaar stellen van de financiële verslaggeving prevaleert én – daarmee – impliceert dat uiterlijk binnen vier maanden na het einde van het boekjaar een jaarrekening opgemaakt dient te zijn.[41] Het heeft echter tot 1 januari 2014 geduurd alvorens in artikel 2:210 lid 1 BW werd bepaald dat ook voor beursvennootschappen die een besloten vennootschap zijn – hetgeen zich bijvoorbeeld[42] voordoet indien door een besloten vennootschap obligaties zijn uitgegeven die zijn toegelaten tot de handel van een gereguleerde markt – een kortere opmaaktermijn geldt.[43]

Een ander punt waarover geruime tijd – in ieder geval in de literatuur – discussie heeft bestaan, betreft de verhouding tussen de artikelen 2:403 en 2:408 BW en artikel 5:25c Wft.[44]

Zo biedt artikel 2:403 BW, onder voorwaarden, de mogelijkheid om af te zien van de inrichting van de jaarrekening met inachtneming van de bepalingen van titel 9 van Boek 2 BW en om af te zien van deponering van de (beperkte) balans en winst-en-verliesrekening. Artikel 2:408 BW bood voor de zogenoemde ‘tussenhoudstermaatschappij’ de mogelijkheid om, onder voorwaarden, af te zien van het opmaken van een geconsolideerde jaarrekening. Wat deze laatste mogelijkheid betreft heeft de Wijzigingswet financiële markten 2014 tot een aanscherping geleid. Sinds 1 januari 2015^[45] kunnen beursvennootschappen – ingevolge het nieuwe lid 2 van artikel 2:408 BW – niet langer een beroep doen op de in dat artikel opgenomen vrijstelling van de consolidatieplicht.

In de discussie over de verhouding tussen de mogelijkheden die artikel 2:403 BW biedt en de toepasselijkheid van de publicatieverplichtingen uit hoofde van artikel 5:25c Wft nam de Autoriteit Financiële Markten (AFM) geruime tijd het standpunt in dat ‘de verplichtingen tot het algemeen verkrijgbaar stellen van de jaarlijkse financiële verslaggeving [op basis van art. 2:25c Wft; J.B.S.H] van toepassing zijn met in achtneming van de vrijstellingen van art. 2:403 BW’.^[46] In oktober 2014 heeft de AFM hierover eveneens opgemerkt dat ‘de concernvrijstelling van artikel 2:403 BW niet [kan] worden toegepast door beursgenoteerde ondernemingen die consolidatieplichtig zijn. Immers in het geval een onderneming met genoteerde effecten op een gereguleerde markt consolidatieplichtig is, dan dient zij haar geconsolideerde verslaggeving op te stellen volgens de door de IASB vastgestelde en door de Europese Commissie goedgekeurde standaarden (IAS/IFRS). Daarbij geldt dat indien de onderneming de jaarrekening opstelt volgens voornoemde standaarden, artikel 2:403 BW buiten toepassing blijft.’^[47]

Daargelaten de juistheid van de zienswijze van de AFM of beursvennootschappen waarop artikel 5:25c Wft van toepassing is gebruik kunnen maken van artikel 2:403 BW,^[48] is de redenering van de AFM onvolledig. Of een beursvennootschap consolidatieplichtig is, wordt bepaald door Nederlands recht.^[49] Dat kan ertoe leiden dat een beursvennootschap – bijvoorbeeld indien sprake is van een besloten vennootschap die beursgenoteerd is, die één op meer dochtermaatschappijen in zijn groep heeft en die zich kan beroepen op een door haar moedermaatschappij afgegeven 403-verklaring – met een beroep op de uit artikel 2:403 BW voortvloeiende vrijstelling af kan zien van consolidatie. In dat geval bestond in beginsel derhalve een consolidatieplicht^[50] – en kan er zelfs vrijwillig voor worden gekozen een geconsolideerde jaarrekening op te maken – maar bestaat, vanwege het beroep op artikel 2:403 BW, niettemin de mogelijkheid toepassing van de EU-IFRS achterwege te laten. Overigens is de relevantie van deze discussie voor de praktijk grotendeels achterhaald zodra de wet ter uitvoering van de Europese richtlijn jaarrekening in werking is getreden.^[51] Op grond van die wet wordt artikel 2:403 BW aldus aangepast dat door beursvennootschappen,

voor jaarrekeningen die worden opgemaakt over boekjaren die op of na 1 januari 2016 aanvangen, geen beroep meer kan worden gedaan op de mogelijkheden die artikel 2:403 BW biedt.[52]

Op (in ieder geval) één onderdeel is de verhouding tussen de uit de Wft voortvloeiende publicatieverplichtingen en de publicatieverplichting op grond van Boek 2 BW wel consistent geregeld. Het betreft artikel 5:250 Wft, waarin is opgenomen dat de beursvennootschap binnen vijf dagen na de vaststelling van de jaarrekening de vastgestelde jaarrekening aan de AFM dient te zenden. Met deze toezending voldoet de beursvennootschap aan de deponeringsplicht – het ‘openbaar maken van de jaarrekening’ ten kantore van het handelsregister – als bedoeld in artikel 2:394 BW, zo vloeit voort uit artikel 2:394 lid 8 BW.[53]

5 Het oordeel van het hof getoetst

Ik keer terug naar het oordeel van het hof in het arrest waar de inleiding van deze bijdrage mee begon. Uit de vaststelling van de feiten door het hof blijkt dat de rechtbank de curator volgde in diens standpunt dat niet voldaan was door (de bestuurders van) Aino aan de publicatieverplichting van artikel 2:394 BW.

De rechtbank gaf aan [de bestuurder van Aino] toe dat het bestuur van Aino verregaand transparant was geweest met de jaarcijfers 2000 maar dat enkele gegeven bracht volgens de rechtbank niet mee dat het niet deponeren van de jaarrekening bij het handelsregister als voorgeschreven in art. 2:394 BW als een onbelangrijk verzuim kan worden beschouwd.’[54]

Het hof ziet dit anders. Naar zijn oordeel ‘is het belang van de publicatieplicht gelegen in het feit dat het bestuur door publicatie van de jaarrekening ook naar buiten toe inzicht geeft in het financiële reilen en zeilen van de onderneming en in het gevoerde bestuur. Naar het oordeel van het hof is in dit geval, waarin weliswaar niet is gebleken van een nederlegging van de jaarrekening ten kantore van het handelsregister maar wel een effectieve openbaarmaking heeft plaatsgevonden, van een schending van de publicatieplicht geen sprake. Voor zover het bestuur al kan worden verweten dat de publicatie niet op de in art. 2:394 lid 1 BW bepaalde wijze heeft plaatsgehad, beroept [de bestuurder van Aino] er zich terecht op dat dit in de gegeven omstandigheden (wel tijdige en zelfs effectievere publicatie) een onbelangrijk verzuim betreft dat voor de toepasselijkheid van art. 2:138 lid 2 BW buiten beschouwing moet worden gelaten.’[55]

Hoewel voor deze redenering van het hof, vanuit het perspectief van (bestuurders van) beursvennootschappen en de doelstellingen die ten grondslag liggen aan de verplichtingen voor beursvennootschappen om de jaarlijkse financiële verslaggeving te publiceren, onmiskenbaar veel te zeggen valt,[56] is deze vanuit het perspectief van het geldend recht

rammelend. Meer dan eens en al geruime tijd is in de literatuur – terecht – opgemerkt dat de ‘sanctie’ van artikel 2:138 lid 2 BW, dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling indien de publicatieplicht van artikel 2:394 BW is geschonden, onevenredig zwaar is.[57] Ondanks deze pleidooien heeft de wetgever geen aanleiding gezien om artikel 2:138 BW op dit punt te versoepelen. Ook de Hoge Raad heeft in een aantal recente arresten weliswaar enkele ‘scherpe randjes’ van lid 2 van artikel 2:248 BW – en daarmee ook van artikel 2:138 BW – afgeslepen, maar in die arresten betrof het telkens een *termijnoverschrijding* van de publicatieplicht van artikel 2:394 BW.[58]

Naar geldend recht – hoe onwenselijk ook[59] – staat hierdoor mijns inziens vast dat het in het geheel niet voldoen aan de publicatieplicht van artikel 2:394 BW, in beginsel, leidt tot intreden van de sanctie van artikel 2:138/248 lid 2 BW. Daar komt bij dat ik er niet in alle opzichten van overtuigd ben dat, zoals het hof stelt, de publicatie van de jaarlijkse financiële verslaggeving met inachtneming van hetgeen daarover destijds was voorgeschreven in het FR door (het bestuur van) Aino – naar de maatstaven van toen – kan worden beschouwd als ‘effectieve openbaarmaking’. In de regeling, zoals opgenomen in het FR, die in 2000 gold (en hiervoor is beschreven), zijn immers niet dezelfde waarborgen opgenomen als die voor (het toezicht op de naleving van) de publicatieverplichting op grond van artikel 2:394 BW.[60]

Weliswaar liet zich ook in 2000 niet goed voorstellen dat een beursvennootschap onopgemerkt zou kunnen afzien van publicatie van de jaarlijkse financiële verslaggeving – in de praktijk leidt (en leidde ook toen) uitstel van publicatie van de jaarlijkse financiële verslaggeving tot een forse ‘afstraffing’ in de vorm van een forse koersdaling – maar door (de voorgangers en opvolgers van) Euronext Amsterdam werd niet actief gecontroleerd of publicatie met inachtneming van de in het FR opgenomen termijnen en voorschriften omtrent de wijze van publiceren plaatsvond. Evenmin werd actief gecontroleerd of de gepubliceerde jaarlijkse financiële verslaggeving voldeed aan het in het FR voorgeschreven vereiste dat te publiceren informatie inhoudelijk ‘in overeenstemming [diende te zijn] met de wettelijke voorschriften van de desbetreffende lidstaat’.[61 En bovendien bevatte het FR geen voorschriften over de wijze waarop – en de periode gedurende welke – eenmaal gepubliceerde informatie beschikbaar en toegankelijk diende te worden gehouden.

Eerst door de invoering van (de voorloper van) artikel 5:250 Wft op 31 december 2006[62] werd een rol toegekend aan de AFM als publiekrechtelijke toezichthouder om erop toe te zien dat beursvennootschappen de (vastgestelde) jaarlijkse financiële verslaggeving (tijdig) deponeren en dat (daardoor) deze informatie ook daadwerkelijk blijvend beschikbaar bleef.[63] Pas vanaf dat moment kan naar mijn mening met stelligheid worden verdedigd dat het voldoen aan de effectenrechtelijke publicatieplicht niet alleen leidt tot ‘verregaande transparantie’, maar ook – in de zin van artikel 2:394 BW – kan worden beschouwd als

effectieve openbaarmaking van de jaarlijkse financiële verslaggeving.

Noten

[1] Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2008, JOR 2015/227 m.nt. T. Hekman en M.J.F. Goethals. Zie ook OR-Updates.nl 2015-0223.

[2] Het tussenarrest – zie Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:703, JOR 2014/285 m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee – bevat enkele interessante overwegingen over de reikwijdte van vorderingen op grond van art. 843a Rv. In het eindarrest zijn daarnaast enige interessante aspecten opgenomen over de administratieplicht van art. 2:10 BW. Beide elementen blijven hierna onbesproken.

[3] Zie r.o. 8.5.2 van het arrest van het hof.

[4] Onder beursvennootschappen versta ik NV's en BV's naar Nederlands recht waarvan (certificaten van) aandelen of obligaties zijn toegelaten tot de handel van een gereguleerde markt.

[5] Ik zal niet ontkennen dat deze onderwerpen mij na aan het hart gaan, zoals ook moge blijken uit eerdere publicaties. Ik wijs met name op J.B.S. Hijink, Vennootschapsrecht en effectenrecht: een aanzet tot een afbakening, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006 en J.B.S. Hijink, Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen (diss. Amsterdam UvA), 2010. Het hiernavolgende is deels gebaseerd op deze publicaties.

[6] Aldus J.W. Winter, De bijzondere positie van de beursvennootschap in de systematiek van het Nederlandse vennootschapsrecht, in: J.W. Winter e.a., De beursvennootschap, Deventer: Kluwer 2001, p. 4.

[7] In die zin ook L. Timmerman, De regulering van de beursvennootschap, in: Mok-aria. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag, Deventer: Kluwer 2002, p. 339.

[8] Hierover ook Hijink 2006, p. 23-25. 'Effectenrecht' kan ook in een ruimere betekenis worden gebezigd, zoals ik daarin heb besproken.

[9] Zoals de Verordening Marktmisbruik (Verordening (EU) 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 (PbEU 2014, L 173)), die voor het grootste deel op 3 juli 2016 in werking treedt.

[10] Zie hierover meer uitvoerig Hijink 2010, p. 65 e.v.

[11] Vgl. ook C.M. Grundmann-van de Krol, Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 2.

[12] Een voorbeeld daarvan zijn de voorschriften opgenomen in art. 5:25k en 5:25ka Wft aangaande termijnen en informatievergadering bij de oproeping van de aandeelhoudersvergadering.

[13] Een van de meest vergaande voorbeelden van voorgenomen wetgeving op dit punt – het is overigens bij een voornemen gebleven – was de aankondiging van het kabinet in 1999 om een wetsvoorstel voor te bereiden waarin een expliciete wettelijke grondslag in de toenmalige Wte 1995 zou worden geschapen omtrent de werking van beschermingsconstructies in vrede. Vgl. de brief van de minister van Financiën van 10 mei 1999, inhoudende de kabinetsreactie op het rapport van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code, Kamerstukken II 1998/99, 25732, 8, p. 16. Hierover – zeer kritisch – J.W. Winter, Oorlog en vrede, Ondernemingsrecht 1999, p. 203-204.

[14] Vgl. Winter 2001, p. 3 en ook M.J.G.C. Raaijmakers, 'Zelfregulering' van corporate governance bij beursvennootschappen. Enkele kanttekeningen bij de Nederlandse Corporate Governance Code, WPNR (2004) 6563, p. 72: 'onder de noemer van bescherming van beleggers zien wij dat het financiële markt- en effectenrecht steeds vaker een overlap gaat vertonen met het NV-recht, naar het lijkt omdat de uitgangspunten en doelstellingen niet steeds helder zijn'.

[15] Zie hierover de – nog steeds fraaie – beschouwingen van M.J. van Ginneken, De 'Sarbanes-Oxley Act of 2002': het Amerikaanse antwoord op Enron (I) en (II), Ondernemingsrecht 2003, p. 63-71, respectievelijk Ondernemingsrecht 2004, p. 150-157.

[16] In die zin: Van Ginneken 2004, p. 157. Terzijde merk ik op dat hieruit niet de conclusie moet worden getrokken dat (voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Sarbanes-Oxley Act) het Amerikaanse vennootschapsrecht statelijk recht zou zijn (geweest) en dat het Amerikaanse effectenrecht federaal recht zou zijn (geweest). De scheidslijn tussen federale en statelijke regelgeving, en daarmee ook tussen beide rechtsgebieden, is subtieler. Hiervoor meer uitgebreid: Hijink 2010, p. 41 e.v.

[17] Zo is bijv. door art. 41 van de Europese richtlijn op de accountantscontrole (Richtlijn 2006/43/EG, PbEU 2006, L 157) de verplichting ingevoerd voor (o.a.) beursvennootschappen om een auditcommissie in te stellen. Deze verplichting is in Nederland geïmplementeerd in het Besluit van 26 juli 2008 (Stb. 2008, 323), dat is gebaseerd op de Wet toezicht accountantsorganisaties. Een ander voorbeeld betreft de vaststelling van het bezoldigingsbeleid van beursvennootschappen die een financiële onderneming in de zin van

de Wft zijn. Op grond van art. 2:135 BW is voorgeschreven dat de algemene vergadering dat beleid dient vast te stellen, maar op grond van art. 8 van de Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2014 (Rbb 2014) – een regeling die eveneens op Europese voorschriften is gebaseerd – dient de algemene vergadering bij die vaststelling de Rbb 2014 in acht te nemen. Zie hierover ook – en met andere voorbeelden van doorkruisingen – J.B.S. Hijink, Overheidssteun en -interventie in de financiële sector, in: P. van Schilfgaarde e.a., Ondernemingsrecht in tijden van crisis, Deventer: Kluwer 2014, p. 39 e.v.

[18] Vergelijkbare vragen doen zich voor bij de mogelijke civielrechtelijke gevolgen van overtreding van financiële toezichtswetgeving. Zie hierover bijv. D. Busch, Het ‘civiel effect’ van MiFID: Europese invloed op aansprakelijkheid van vermogensbeheerders, Ondernemingsrecht 2012/12, met verdere verwijzingen.

[19] Ik wijs op de eerder aangehaalde publicaties van Winter 2001, p. 4 e.v. en Timmerman 2002. Zie ook de meer recente oproep van G.T.M.J. Raaijmakers & M.J.G.C. Raaijmakers, De NV in 2020, Ondernemingsrecht 2014/12, p. 57 e.v.

[20] Zie daarover de – nog steeds – scherpe analyse van Timmerman in L. Timmerman, De zere plek van het Nederlandse en Europese vennootschaps- en effectenrecht, in: J.W. Winter e.a., De beursvennootschap, Deventer: Kluwer 2001, in het bijzonder p. 117-119. Hierover ook Hijink 2010, p. 182 e.v.

[21] Uit onderzoek dat Bart Bootsma en ik hebben verricht, volgt dat in de periode 2003-2013 het aantal beursvennootschappen met een notering van (certificaten van) aandelen in Amsterdam is afgenomen van 160 naar 98. Tegelijkertijd nam het aantal beursvennootschappen – Nederlandse vennootschappen derhalve – met een beursnotering van (certificaten van) aandelen uitsluitend buiten Nederland in die periode toe van 28 tot 47. Die ontwikkeling heeft zich na 2013 voortgezet. Zie A.A. Bootsma & J.B.S. Hijink, De beurs-NV in den vreemde. Een perspectief op modernisering van het NV-recht, Ondernemingsrecht 2014/15, p. 90.

[22] Vgl. H. Beckman, Knelpunten in de jaarrekeningprocedure, in: P. van Schilfgaarde e.a., Rechtspleging in het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 1997, p. 137.

[23] Voor beursvennootschappen zijn daarbij vooral de zogenoemde, door de Europese Commissie op grond van Verordening (EG) 1606/2002 (hierna: de IAS-Verordening) goedgekeurde International Financial Reporting Standards (EU-IFRS) van belang. Beursvennootschappen dienen deze voorschriften toe te passen in de geconsolideerde jaarrekening.

[24] In het op 29 september 2015 door de Eerste Kamer aangenomen wetsvoorstel (Kamerstukken 34176) ter uitvoering van de Europese richtlijn jaarrekening (Richtlijn 2013/34/EU, PbEU 2013, L 182) wordt voorgesteld deze termijn te verkorten tot twaalf maanden (zie het voorgestelde art. I onder V, leidende tot aanpassing van art. 2:394 BW).

[25] Een aantal NV's, zoals NV's die het bedrijf van levensverzekeraar uitoefenden, was reeds voor 1928 op grond van het WvK verplicht tot publicatie van financiële gegevens.

[26] Zie hierover, met verdere verwijzingen, Hijink 2006, p. 47 e.v.

[27] Bij Wet van 25 juni 1929, Stb. 1929, 363, inwerkingtreding 21 juli 1929. De genoemde categorieën vennootschappen omvatten onder meer NV's waarvan de aandeelbewijzen, schuldbrieven of certificaten daarvan waren opgenomen in de prijscourant van een beurs en NV's waarvan schuldbrieven aan toonder (of certificaten daarvan) in omloop waren.

[28] Wet op de jaarrekening, Wet van 10 september 1970, Stb. 1970, 414, inwerkingtreding 1 mei 1971 (Kamerstukken 9595) respectievelijk de Wet houdende regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Wet van 3 mei 1971, Stb. 1971, 286, inwerkingtreding 29 juni 1971 (Kamerstukken 10689). Zie over de ontwikkelingen die aan deze wetten ten grondslag lagen Hijink 2006, p. 49 e.v.

[29] Als gevolg van de inwerkingtreding van de aanpassingswet aan de Vierde EG-richtlijn vennootschapsrecht in 1984, Wet van 7 december 1983, Stb. 1983, 663 (inwerkingtreding op 1 januari 1984, Besluit van 21 december 1983, Stb. 1983, 665).

[30] Art. 5:25c Wft. De verplichting is, op grond van art. 5:25a lid 1 onderdeel c Wft, van toepassing indien 'Nederland de lidstaat van herkomst is'. Daarvan zal bij beursvennootschappen waarvan (certificaten van) aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt doorgaans sprake zijn.

[31] Op welke wijze publicatie dient plaats te vinden, regelt art. 5:25m Wft. In ieder geval dient een persbericht te worden gepubliceerd. Daarin kan worden verwezen naar de website van de beursvennootschap, waarop de jaarlijkse financiële verslaggeving volledig dient te worden opgenomen (en ten minste vijf jaar beschikbaar gehouden). Gelijktijdig met de publicatie dient de informatie aan de AFM te worden gezonden.

[32] De termijn voor het beschikbaar houden van deze informatie wordt overigens binnenkort verlengd tot tien jaar, vanwege de implementatie van – kort gezegd – de Europese richtlijn tot wijziging van de Transparantierichtlijn. Vgl. het voorstel voor de Implementatiewet wijziging richtlijn transparantie, Kamerstukken II 2014/15, 34232, 2, art. H, leidende tot aanpassing van

art. 5:25c Wft.

[33] Zie hierover G.M. Warringa & D.A.F. van der Stam, Euronext Amsterdam – de nieuwe beursregels, FR 2005, p. 240-247.

[34] Stb. 2008, 476, behandeld onder Kamerstukken 31508. Zie hierover ook A.N. Krol & C.W.M. Lieverse, Implementatie van de transparantierichtlijn, FR 2008, p. 401-413 en W.B. Kuijpers, De implementatie van de Transparantierichtlijn: wijzigingen van de Wft, de Wtftv en Boek 2 BW, TvJ 2008, p. 4-11.

[35] Deze artikelen dienden overigens (mede) ter implementatie van twee van de voorgangers van de Transparantierichtlijn: de uit 1979 stammende Europese richtlijn inzake de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs ('de Noteringsrichtlijn'; Richtlijn van de Raad van 5 maart 1979 tot coördinatie van de voorwaarden voor de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs (PbEG 1979, L 66, p. 23) en de uit 1982 stammende Europese richtlijn inzake de periodieke informatieverstrekking door beursvennootschappen (Richtlijn 82/121/EEG van de Raad van 15 februari 1982 betreffende de periodieke informatie door vennootschappen waarvan de aandelen tot de officiële notering aan een effectenbeurs zijn toegelaten (PbEG L 48 van 20 februari 1982, p. 26). Beide richtlijnen werden in 2001 geconsolideerd in Richtlijn 2001/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 mei 2001, betreffende de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs en de informatie die over deze effecten moet worden gepubliceerd (PbEG L 181 van 6 juli 2001, p. 1)).

[36] Deze verplichting was gebaseerd op Schema C, onderdeel 4, onder a van de Noteringsrichtlijn.

[37] Vgl. de brochure van Euronext Amsterdam N.V. van maart 2003 inzake koersgevoelige informatie (Leidraad publicatieverplichtingen voor ondernemingen genoteerd aan Euronext Amsterdam), p. 5.

[38] Zie over deze inconsistentie in de terminologie ook Hijink 2006, p. 61.

[39] Art. 46 lid 1 onder a FR.

[40] Zie hierover meer uitvoerig mijn kritiek in Hijink 2010, p. 387 e.v.

[41] Zie Hijink 2010, p. 400-401. Gelijktijdig werd bepaald dat door de ava de opmaaktermijn niet langer kon worden verlengd en dat evenmin door de minister van Economische Zaken ontheffing kan worden verleend voor het opmaken van de jaarrekening. Kritisch – naar mijn mening ten onrechte – over het ontbreken van die mogelijkheden is Asser/Maeijer & Kroeze

2-I* 2015/567 (onder f).

[42] Het is overigens niet uitgesloten dat van een BV ook (certificaten van) aandelen tot de handel van een gereguleerde markt kunnen worden toegelaten. Zie over deze mogelijkheid reeds J.W. Winter, BV, NV en beursvennootschap, in: P. van Schilfgaarde e.a., Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Deventer: Kluwer 2005, p. 107 en J.B.S. Hijink, Naar een 'Wetboek op de uitgevende instelling', in: J.T. Anema e.a., Bouwen en bezinning. Regels van wenselijk en onwenselijk financieel recht (Lustrumbundel 2007 Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2007, p. 158. Hierover recent ook M.T.A. Lumeij-Dorenbos, De Beurs-BV: kans of utopie?, FR 2012, p. 413-424.

[43] Als gevolg van de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2014 (Stb. 2013, 478, behandeld onder Kamerstukken 33632). Bij die wetswijziging werd tevens bepaald dat ook voor dergelijke BV's niet langer verlenging van de opmaaktermijn of ontheffing van de opmaakplicht kan worden verleend.

[44] Zie voor een weergave van deze discussie, met verdere verwijzingen, Hijink 2010, p. 392 e.v.

[45] Anders dan voor de overige bepalingen van de Wijzigingswet financiële markten 2014 gold, trad de aanpassing van art. 2:408 BW eerst in werking op 1 januari 2015, zie art. 1 lid 2 van het inwerkingtredingsbesluit (Stb. 2013, 552).

[46] In deze zin (de bij de AFM werkzame) J. Dinant, De financiële verslaggeving van beursgenoteerde ondernemingen. De samenloop van het BW, de Wft en de Wtffv nader bezien, TvJ 2011, p. 112-114.

[47] Vgl. p. 27 van het AFM-rapport 'In balans 2014. Kwaliteit accountantscontrole en verslaggeving' van oktober 2014 (te vinden op <www.afm.nl/~media/Files/rapport/2014/in-balans.ashx>).

[48] Ik heb zelf in het verleden verdedigd – en vind ook nu nog – dat art. 5:25c Wft prevaleert boven art. 2:403 BW, vgl. Hijink 2010, p. 393-394.

[49] Over de verhouding tussen de IAS-Verordening – op basis waarvan de Europese verordeningen worden vastgesteld waarin voor beursvennootschappen de voorschriften voor de inhoud van de geconsolideerde jaarrekening zijn opgenomen – en de verplichting voor een beursvennootschap om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen heeft in het verleden onduidelijkheid bestaan. Uit een Mededeling van de Europese Commissie van november 2003 blijkt echter dat voor het bestaan van de consolidatieplicht de (nationale implementatie van

de) Zevende richtlijn vennootschapsrecht leidend is, aldus Dinant 2011, p. 112. Zie in dezelfde zin: H. Beckman, Consolidatiecriteria, -kring en -plicht, O&F (13) 2005, afl. 2, p. 57-58. Zoals in de literatuur meer dan eens is opgemerkt, is de regeling van Boek 2 BW op dit punt overigens gebrekkig. De in titel 9 van Boek 2 BW opgenomen voorschriften die bepalen onder welke omstandigheden de consolidatieplicht ontstaat (kort gezegd: in art. 2:405 t/m 2:409 BW), blijven op grond van art. 2:262 lid 9 BW buiten toepassing indien de (geconsolideerde) jaarrekening wordt ingericht met inachtneming van de EU-IFRS. Hierdoor is sprake van een 'gat' in de Nederlandse wettelijke regeling. Zie op dit punt ook de kritiek van Beckman 2005, p. 60-62.

[50] Op grond van art. 2:406 lid 2 BW geldt immers voor iedere rechtspersoon die, kort gezegd, in zijn groep één of meer dochtermaatschappijen heeft de consolidatieplicht, ook indien die rechtspersoon zelf een dochtermaatschappij is van een consolidatieplichtige moedermaatschappij (d.w.z. indien die rechtspersoon zelf derhalve een zogenoemde tussenhoudstermaatschappij is).

[51] Welke wet (behandeld onder Kamerstukken 34167), zoals is opgemerkt in noot 24, op 29 november 2015 door de Eerste Kamer is aangenomen.

[52] Overigens zou uit de formulering van de aanpassing van art. 2:403 BW – zie art. I onderdeel BB van de wet ter uitvoering van de Europese richtlijn jaarrekening, leidende tot een nieuw lid 4 in art. 2:403 BW, waarin de woorden 'dit artikel is niet van toepassing op' worden gebezigd – kunnen worden afgeleid dat beursvennootschappen ook geen zogenoemde '403-verklaring' meer zouden kunnen afgeven. Hierdoor zou geen van de rechtspersonen behorende tot de groep van een beursvennootschap zich nog op de mogelijkheden van art. 2:403 BW kunnen beroepen. Dat is mijns inziens niet beoogd door de wetgever. De aanpassing beperkt zich tot het niet in de jaarrekening van een beursvennootschap kunnen toepassen van de mogelijkheden die art 2:403 BW biedt.

[53] Voor de AFM geldt op grond van art. 5:250 lid 3 Wft een 'doorzendplicht' van de vastgestelde jaarrekening aan het handelsregister. Deze 'koppeling' tussen toezending aan de AFM en deponering bij het handelsregister bestond overigens reeds voor 1 januari 2009 en is ingevoerd op 31 december 2006 bij de inwerkingtreding van de Wtftv (Stb. 2006, 569, behandeld onder Kamerstukken 30336), oorspronkelijk in art. 5a Wte 1995.

[54] R.o. 8.3.2 van het arrest van het hof.

[55] R.o. 8.5.2. Het hof merkt daarbij tevens op dat bij beantwoording van de vraag 'of en in hoeverre sprake is van een zodanige schending van de publicatieverplichting dat deze het dubbele bewijsvermoeden van art. 2:138 BW (het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur

zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en het weerlegbare vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement) rechtvaardigt', de achtergrond van dit bewijsvermoeden een rol speelt. Die achtergrond is, aldus het hof, 'gelegen in de ervaring dat (...) het niet correct publiceren van de jaarrekening wij[st] op andere tekortkomingen (van het bestuur) die vaak neerkomen op onregelmatigheden'.

[56] Annotatoren Hekman en Goethals spreken in hun annotatie onder JOR 2015/227, onderdeel 3, over 'sympathiek ogende redenering'.

[57] Zie bijv. de kritiek van M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement, in: M.J. Kroeze e.a. (red.), Verantwoording aan Hans Beckman, Deventer: Kluwer 2006, p. 325 e.v. en G.P. Oosterhoff, Deponeringsplicht en onbehoorlijk bestuur: nog steeds hand in hand?, TvJ 2013, p. 107-108. Zie eveneens, met verdere verwijzingen, W.J.M. van Andel in zijn annotatie onder HR 12 juli 2013, JOR 2013/300, onderdeel 2.

[58] HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, JOR 2013/300 m.nt. W.J.M. van Andel en HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, JOR 2013/336 m.nt. W.J.M. van Andel.

[59] Zie in dit verband ook de opmerkingen van Van Andel onder HR 12 juli 2013, JOR 2013/300, onderdeel 4: 'De Hoge Raad had het huidige art. 2:248 lid 2 BW uiteraard als gegeven te aanvaarden. Vanuit dat perspectief kon de Hoge Raad moeilijk anders dan te oordelen zoals hij in r.o. 3.5.2. heeft gedaan.'

[60] Ik geef overigens aanstonds toe dat in de praktijk van toezicht (door de Kamer van Koophandel of strafrechtelijke opsporingsinstanties) niet tot nauwelijks sprake is. Zie hierover ook de opmerkingen van G.P. Oosterhoff, Regels stellen en (niet) handhaven, TvJ 2012, p. 47.

[61] Mocht een belanghebbende aangaande de inrichting van de jaarlijkse financiële verslaggeving een, destijds in art. 999 e.v. Rv opgenomen, jaarrekeningprocedure willen entameren, dan kon eveneens van belang zijn of de financiële verslaggeving was gedeponneerd bij het handelsregister. Het toenmalige art. 1001 lid 1 Rv bepaalde namelijk dat '[r]echtsoverdrachten omtrent stukken die ten kantore van het handelsregister of van de vennootschap ter inzage van een ieder moeten worden neergelegd, kunnen worden ingesteld tot twee maanden na de dag der nederlegging'.

[62] Zie hetgeen hierover is opgemerkt in noot 53 hiervoor.

[63] Daarenboven kreeg de AFM op grond van de Wftv de taak om toezicht te houden op de

naleving van de inrichtingsvoorschriften voor de financiële verslaggeving door beursvennootschappen. Ik laat dat verder rusten.

ANNOTATIE

Bestuursbesluit zou vereist moeten zijn bij eigen enquêteverzoek rechtspersoon.

J. van Bekkum

Inleiding

In ons huidige recht is uitgangspunt dat rechtspersonen die geen enquêteverzoek tegen zichzelf willen doen toch kunnen worden geconfronteerd met een eigen enquêteverzoek als een van de zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurders dat namens de rechtspersoon laat indienen. Ik vind dat opmerkelijk. Uitgangspunt zou moeten zijn dat rechtspersonen die geen enquêteverzoek tegen zichzelf willen doen, daarmee ook niet geconfronteerd kunnen worden. Een uitzondering daarop kan worden aanvaard als vanwege een misstand bij de rechtspersoon het bestuur niet komt tot besluitvorming over het doen van een enquêteverzoek en die misstand ook aan het verzoek ten grondslag wordt gelegd. Juridisch-technisch betekent dit dat de Ondernemingskamer bij het in behandeling nemen van een enquêteverzoekschrift op grond van artikel 2:346 lid 1 onderdeel d van het Burgerlijk Wetboek (BW) in beginsel zou moeten vereisen dat aan het verzoek een bestuursbesluit ten grondslag ligt. De Ondernemingskamer zou mijns inziens bij een dergelijk verzoek geen toepassing moeten geven aan de beschikking van de Hoge Raad inzake Sluis.¹xHR 9 juli 1990, NJ 1991/51 m.nt. Maeijer (Sluis).^[1] Ik licht dit in deze bijdrage toe.

2 Aanleiding voor deze bijdrage

Aanleiding voor dit stuk is de enquêteprocedure inzake Inashco.^[2] Samen met mijn kantoorgenoot mr. Lemstra vertegenwoordigde ik in die procedure Inashco B.V. (hierna: Inashco) bij haar verweer tegen het enquêteverzoek van diezelfde Inashco. In die procedure was sprake van een zelfstandig bevoegde bestuurder die zonder overleg en tegen de wil van zijn medebestuurder een enquêteverzoekschrift liet indienen namens de rechtspersoon. De Ondernemingskamer heeft in haar eindbeschikking niet beslist op het niet-ontvankelijkheidsverweer dat Inashco hiertegen voerde. De cassatietermijn is verstreken zonder dat cassatie werd ingesteld. Tegen deze achtergrond voel ik mij vrij om in deze

bijdrage in te gaan op de niet-ontvankelijkheidsproblematiek in de Inashco-zaak. Ik denk dat het voor volgende zaken met dezelfde problematiek van belang is dat de gedachtevorming hierover in de literatuur verder wordt ontwikkeld. Ook mijn eigen gedachten zijn sinds de Inashco-zaak verder ontwikkeld. Mijn pleidooi in deze bijdrage is dus geen herhaling van ons pleidooi namens Inashco in de procedure.

In de Inashco-zaak waren de volgende feiten van belang. Fondel Holding B.V. (hierna: Fondel Holding) was de indirect enig aandeelhouder van Inashco. Synvase B.V. (hierna: Synvase) had een overeenkomst met Fondel Holding op grond waarvan Synvase – kort gezegd – belang had bij de financiële resultaten van Inashco en de waarde van haar onderneming. In het kader van die overeenkomst waren Fondel Holding en Synvase elk zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder van Fondel Development B.V. (hierna: Fondel Development), die op haar beurt een van de twee zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurders van Inashco was. Aldus had Synvase de mogelijkheid om Inashco via Fondel Development zelfstandig te vertegenwoordigen. Ook de andere bestuurder van Inashco was zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. Van belang is bovendien dat die andere bestuurder onafhankelijk was van zowel Fondel Holding als Synvase.

Tussen Fondel Holding en Synvase ontstond een conflict. Dat leidde er uiteindelijk toe dat Synvase namens Inashco een enquêteverzoek liet indienen. Synvase had dit van tevoren niet overlegd met de onafhankelijke bestuurder van Inashco noch hem daarvan in kennis gesteld. De onafhankelijke bestuurder was van oordeel dat het indienen van het enquêteverzoek de belangen van Inashco schaadde. Het laten indienen van het enquêteverzoek was dus niet voorafgegaan door een bestuursbesluit en duidelijk was dat het bestuur van Inashco ook achteraf niet zou besluiten het enquêteverzoek te aanvaarden. Slechts een van de twee (indirecte) bestuurders wilde dat het enquêteverzoek werd ingediend.

In de procedure hebben wij onder meer namens Inashco gesteld dat er in dit geval sprake was van misbruik door Synvase van haar (indirecte) zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid en dat Inashco om die reden niet-ontvankelijk was. De Ondernemingskamer heeft op die stelling niet beslist. Zij oordeelde dat bij een beslissing onvoldoende belang was, omdat de inhoudelijke beoordeling van het verzoek leidde tot afwijzing daarvan.[3]

Het feit dat de Ondernemingskamer geen beslissing gaf op voormelde stelling lijkt erop te duiden dat de Ondernemingskamer het al dan niet in behandeling nemen van het enquêteverzoek van Inashco een juridisch lastig vraagstuk vond. Dat is het ook. Ik denk echter dat het dat niet zou moeten zijn en geef in deze bijdrage mijn opvatting over hoe het vraagstuk benaderd en opgelost moet worden.

3 Uitleg en toepassing van de Sluis-beschikking in context

Rechtspersonen^[4] hebben bij de jongste wijziging van het enquêterecht de mogelijkheid gekregen om een enquêteverzoek tegen zichzelf in te dienen (art. 2:346 lid 1 onderdeel d BW). Voor zover relevant heeft de wetgever daarbij aangegeven dat het verzoek ‘moet worden ingediend door een vertegenwoordiger van de rechtspersoon’ en dat de rechtspersoon in dat verband ‘kan worden vertegenwoordigd door het bestuur en mede afhankelijk van de statuten, door een individuele bestuurder’.^[5]

Leijten en Nieuwe Weme hebben gesteld dat de wetgever op dit punt aansluit bij de beschikking van de Hoge Raad inzake Sluis.^[6] In die beschikking bepaalde de Hoge Raad dat, behoudens misbruik van bevoegdheid, een zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder bevoegd is om in een enquêteprocedure namens de rechtspersoon een verweerschrift te laten indienen, ook als daaraan geen bestuursbesluit ten grondslag ligt.^[7] Ik meen dat de stelling van Leijten en Nieuwe Weme moet worden genuanceerd. Juist is dat voormelde passage uit de parlementaire geschiedenis niet in strijd is met de Sluis-beschikking. Dat deze daarbij aansluit, lijkt mij echter te sterk gesteld, omdat de wetgever niets stelt over dat aan de vertegenwoordigingshandeling bij indiening geen bestuursbesluit ten grondslag hoeft te liggen. Juist dat is het kenmerkende element van de Sluis-beschikking.

Leijten en Nieuwe Weme stellen met juistheid dat als de Sluis-beschikking zou worden doorgetrokken naar het geval waarin de rechtspersoon een enquêteverzoek tegen zichzelf indient ‘in beginsel iedere bestuurder bevoegd zal zijn om namens de vennootschap een verzoekschrift in te dienen’.^[8] Dit geldt dus wel alleen voor bestuurders die, conform het wettelijk uitgangspunt,^[9] zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd zijn.

De vraag is of het wel zo vanzelfsprekend is om voor de situatie waarin de rechtspersoon een enquêteverzoek tegen zichzelf indient aan te sluiten bij de Sluis-beschikking. In de Sluis-zaak was het enquêteverzoekschrift ingediend door aandeelhouders van Sluis B.V. (hierna: Sluis). Een van de twee zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurders stond achter het verzoek. De andere zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder was tegen en liet namens Sluis een verweerschrift indienen. Daaraan lag geen bestuursbesluit ten grondslag. De vraag of het verweerschrift in behandeling moest worden genomen, stond niet in de sleutel van de ontvankelijkheid, want die horde was al genomen.

In deze situatie was er in redelijkheid niets op tegen dat de Ondernemingskamer het verweerschrift toch in behandeling nam. Zodoende kon de Ondernemingskamer kennisnemen van alle standpunten binnen het bestuur van de rechtspersoon, wat relevant was bij de inhoudelijke behandeling van het verzoek. Dat geldt temeer omdat het bevelen van

een onderzoek een discretionaire bevoegdheid is van de Ondernemingskamer en zij bij de beslissing om al dan niet een onderzoek te bevelen de belangen van alle betrokken partijen moet afwegen.[10] In de Sluis-beschikking overwoog de Hoge Raad in dit verband expliciet dat de Ondernemingskamer ‘onverschillig of namens de rechtspersoon verweer wordt gevoerd, dient te onderzoeken of een verzoek als bedoeld in art. 2:345 BW op grond van de gestelde feiten toewijsbaar is’.[11] Kortom, ook als het verweerschrift niet namens Sluis was ingediend, was het van belang dat de Ondernemingskamer het daarin gestelde zou meewegen in haar beslissing. Gegeven deze taak past het niet dat de Ondernemingskamer geen kennis zou kunnen nemen van de inhoud van een verweerschrift dat namens de rechtspersoon is ingediend, ook als daaraan geen bestuursbesluit ten grondslag ligt. In de Sluis-zaak verwierp de Ondernemingskamer dan ook de (kennelijke) stelling van de verzoekende aandeelhouders dat de Ondernemingskamer geen kennis behoorde te nemen van het verweerschrift.[12] Dit oordeel bleef in cassatie in stand.

Ik schat in dat dit hoe dan ook de beslissing van de Ondernemingskamer zou zijn geweest. Ook als de verwerende bestuurder niet zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd zou zijn geweest. In de Sluis-zaak is de zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid van de verwerende bestuurder door de Ondernemingskamer mogelijk slechts aangegrepen als het voorhanden zijnde formele haakje om de kennisname van het verweerschrift te rechtvaardigen. Buiten de specifieke feiten en omstandigheden in de Sluis-zaak zijn andere rechtvaardigingen denkbaar en in de praktijk ook gebruikt. Dat blijkt onder meer uit twee gevallen waarin de Ondernemingskamer verweerschriften in behandeling heeft genomen die werden ingediend op instructie van een van de twee bestuurders van de verwerende rechtspersoon zonder dat die bestuurder zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd was. In de Maxx Holding-beschikking overwoog de Ondernemingskamer dat in de omstandigheden van dat geval in redelijkheid door de verzoeker geen beroep kon worden gedaan op de onbevoegdheid van de bestuurder om zelfstandig namens de rechtspersoon verweer te laten voeren.[13] In de Smit Transformatoren-beschikking oordeelde de Ondernemingskamer dat een beslissing op de stellingen over en weer, dat tegenstrijdige verweerschriften niet bevoegd namens de rechtspersoon waren ingediend, achterwege kon blijven, omdat de verwerende rechtspersoon niet in enig (processueel) belang werd geschaad als de Ondernemingskamer kennis zou nemen van beide verweerschriften.[14] Deze ten opzichte van de Sluis-beschikking wat creatievere overwegingen van de Ondernemingskamer dienden hetzelfde doel als in de Sluis-zaak: kennisname door de Ondernemingskamer van alle standpunten binnen het bestuur van de verweerder.

Ondanks dat de Hoge Raad in de Sluis-beschikking in algemene bewoordingen lijkt te stellen dat op het laten verrichten van proceshandelingen namens de rechtspersoon de gewone

vertegenwoordigingsregels van toepassing zijn, denk ik dat de context waarin en het doel waarmee de Sluis-beschikking werd gewezen niet uit het oog mogen worden verloren. Los van de kritiek die bestaat op de toepassing van de gewone vertegenwoordigingsregels bij vertegenwoordiging in rechte,[15] leent de Sluis-beschikking van de Hoge Raad zich mijns inziens niet om te worden doorgetrokken naar de situatie waarin de rechtspersoon een enquêteverzoek tegen zichzelf indient en de Ondernemingskamer moet oordelen over het in behandeling nemen van dat verzoek. De Hoge Raad heeft speelruimte om zonder te hoeven terugkomen van de Sluis-beschikking deze niet door te trekken naar die situatie. In de Sluis-beschikking heeft de Hoge Raad letterlijk genomen enkel overwogen dat de gewone vertegenwoordigingsregels meebrachten dat verzoekers zich niet met vrucht erop konden beroepen dat ‘een – geldig – bestuursbesluit om *verweer* te voeren ontbreekt’.[16]. Dat laat voor de Hoge Raad de mogelijkheid open om voor het laten indienen van een *verzoekschrift* door de rechtspersoon in beginsel wel een geldig bestuursbesluit te vereisen. Daar is reden toe.

4 Geen toepassing Sluis-beschikking bij enquêteverzoek rechtspersoon tegen zichzelf

De Inashco-zaak was een geval waarin de rechtspersoon een enquêteverzoek tegen zichzelf indiende. Daaraan lag geen bestuursbesluit ten grondslag. Aangezien de wil van een rechtspersoon (primair) wordt gevormd door de besluiten van zijn bestuur,[17] betekent dit dat Inashco werd geconfronteerd met een enquêteverzoek van haarzelf zonder dat zij dit wilde. Anders dan bij de Sluis-beschikking stond de vraag of de Ondernemingskamer het processtuk van Inashco in behandeling moest nemen in de sleutel van de ontvankelijkheid.

4.1 Indien een conflict binnen het bestuur onderwerp is van het enquêteverzoek

Het ontbreken van de wil bij Inashco hoefde er niet per definitie aan in de weg te staan dat de Ondernemingskamer het verzoekschrift in behandeling nam. Dat geldt ongeacht het antwoord op de vraag of de bestuurder die het verzoekschrift liet indienen zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd was. Dat blijkt uit de Hoffmann-beschikking. In die beschikking had Hoffmann jr. als aandeelhouder van Hoffmann Beheer B.V. (hierna: Hoffmann Beheer) een enquêteverzoekschrift laten indienen tegen Hoffmann Beheer, waarin hij samen met Hoffmann sr. bestuurder was (althans als zodanig door de Ondernemingskamer werd aangemerkt).[18] Daarnaast had Hoffmann jr. als niet zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder van Hoffmann Beheer een enquêteverzoekschrift laten indienen tegen dochtermaatschappij Hoffmann Bedrijfsrecherche B.V. (hierna: Hoffmann Bedrijfsrecherche). Bij Hoffmann Bedrijfsrecherche was Hoffmann sr. enig bestuurder. Laatstgenoemde beriep zich er namens Hoffmann Bedrijfsrecherche op dat het enquêteverzoek van haar aandeelhouder Hoffmann Beheer niet-ontvankelijk was, omdat

Hoffmann jr. niet zelfstandig bevoegd was om Hoffmann Beheer te vertegenwoordigen. De Ondernemingskamer verwierp deze stelling, omdat aan het verzoek van Hoffmann Beheer het beleid van Hoffmann sr. ten grondslag werd gelegd, zodat Hoffmann sr. namens Hoffmann Bedrijfsrecherche 'in redelijkheid geen beroep toe[kwam] op onbevoegdheid van Hoffmann jr.' om Hoffmann Beheer zelfstandig te vertegenwoordigen.[19]

Kortom, in de Hoffmann-zaak was er een conflict in het bestuur van Hoffmann Beheer dat doorwerkte in het beleid en de gang van zaken bij Hoffmann Bedrijfsrecherche. Dat conflict was onderwerp van het enquêteverzoek en stond tegelijkertijd in de weg aan besluitvorming van het bestuur van Hoffmann Beheer over het laten indienen van een enquêteverzoek tegen Hoffmann Bedrijfsrecherche. In zo'n situatie hoeft de Ondernemingskamer niet af te zien van het in behandeling nemen van het enquêteverzoek vanwege het ontbreken van een besluit van het bestuur van de verzoeker tot het indienen van een enquêteverzoekschrift. Uit de Hoffmann-zaak blijkt dat ook het ontbreken van zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid daaraan niet in de weg hoeft te staan. Juist niet, zou ik zeggen.

4.2 Indien er geen conflict speelt binnen het bestuur

Dit ligt anders als er geen conflict speelt binnen het bestuur van de verzoekende rechtspersoon en er een besluit ontbreekt van die rechtspersoon om het enquêteverzoek in te dienen. In dat geval is het onderwerp van het enquêteverzoek niet de oorzaak van het ontbreken van dat besluit.

Dit was het geval in de Inashco-zaak. Daar speelde een conflict tussen een van de (indirecte) bestuurders en de enig aandeelhouder van Inashco. Dat conflict speelde zich af buiten het beleid en de gang van zaken bij Inashco en bij dat conflict was de andere (onafhankelijke) bestuurder van Inashco ook niet betrokken. Die andere bestuurder kon dus zonder last van enig persoonlijk tegenstrijdig belang deelnemen aan besluitvorming van het bestuur van Inashco over de vraag of het in het belang was van Inashco en haar onderneming om een enquêteverzoek tegen Inashco te laten indienen. Ik meen dat de Ondernemingskamer het in zo'n geval moet respecteren als de rechtspersoon niet heeft besloten om een enquêteverzoek tegen zichzelf te laten indienen. Ondanks dat dit op grond van de Sluis-beschikking, behoudens misbruik van bevoegdheid, wel zou kunnen, zou de Ondernemingskamer in zo'n geval niet enkel vanwege de zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid van de verzoekende bestuurder moeten kunnen overgaan tot het in behandeling nemen van het verzoek. Als dat wel zou kunnen, zou dat materieel betekenen dat iedere zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder enquêtegerechtigd is. Artikel 2:346 lid 1 onderdeel d BW kent de enquêtebevoegdheid echter enkel toe aan de rechtspersoon, niet aan bestuurders.

Bovendien vormt een ‘alleingang’ van een zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder bij het laten indienen van een enquêteverzoekschrift op zichzelf een gegronde reden voor twijfel aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken bij de verzoekende rechtspersoon. Aangenomen dat er meerdere bestuurders zijn, handelt de verzoekende bestuurder immers in strijd met het uitgangspunt van collegiaal bestuur door van zijn zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid gebruik te maken in de wetenschap dat het bestuur van de rechtspersoon daar niet achterstaat, althans zonder de wetenschap dat het bestuur daar wel achterstaat. Het lijkt mij bij uitstek de taak van de Ondernemingskamer om geen gevolg te geven aan dergelijke verzoeken. De Ondernemingskamer is immers het forum waar de gezonde interne verhoudingen binnen de rechtspersoon worden bewaakt. Daar zouden geen verzoekschriften moeten worden behandeld die enkel konden worden ingediend door het schenden van de interne verhoudingen van de rechtspersoon, zonder dat daarvoor een voldoende rechtvaardiging bestaat (die wel bestond in de Hoffmann-zaak).

Cynici zullen wellicht stellen dat een zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder het niet-ontvankelijkheidsrisico eenvoudig kan omzeilen door in het verzoekschrift op te nemen dat er sprake is van een conflict in het bestuur dat besluitvorming over het doen van het enquêteverzoek in de weg stond. Zo eenvoudig is dat echter niet. De Ondernemingskamer zal moeten toetsen of die stelling juist is, zeker als daartegen verweer wordt gevoerd. Als er geen (voldoende) redelijke grond is voor het innemen van die stelling, zal de Ondernemingskamer de stelling niet honoreren en de verzoeker niet-ontvankelijk verklaren. In dat geval komt de Ondernemingskamer niet toe aan de behandeling van de overige inhoud van het onbevoegd ingediende enquêteverzoekschrift.

Het lijkt mij overigens waarschijnlijk dat in de meeste gevallen waarin een zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder in een meerhoofdig bestuur op eigen houtje een enquêteverzoekschrift laat dienen, er een serieus conflict zal spelen binnen het bestuur. Uit de Inashco-zaak blijkt echter dat dit niet steeds het geval zal zijn. Voor die gevallen is van belang dat de hoofdregel zal zijn dat voor het laten indienen van het enquêteverzoekschrift door de rechtspersoon zelf in beginsel een bestuursbesluit is vereist.

4.3 Artikel 2:15 lid 3 onderdeel b BW

Ik word in deze opvatting gesterkt door artikel 2:15 lid 3 onderdeel b BW. Dat artikel biedt een rechtspersoon de mogelijkheid een vordering in te stellen tegen zichzelf tot vernietiging van een besluit van (een van de organen van) de rechtspersoon. Net als bij de actie op grond van artikel 2:346 lid 1 onderdeel d BW biedt artikel 2:15 lid 3 onderdeel b BW de rechtspersoon dus de mogelijkheid om zijn interne zaken voor te leggen aan de rechter.

Voor de vordering op grond van artikel 2:15 lid 3 onderdeel b BW is niet voldoende dat deze namens de rechtspersoon wordt ingesteld door een zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder. Deze vordering moet worden ‘ingesteld krachtens bestuursbesluit’ (art. 2:15 lid 3 onderdeel b BW). Dit lijkt mij een juist voorschrift. Het stelt zeker dat de rechtspersoon die de vordering tegen zichzelf aanhangig maakt, dat ook echt wil.

Ik heb gezocht naar enige toelichting op dit voorschrift in de parlementaire geschiedenis, maar niets gevonden.[20] De reden hiervoor zou kunnen zijn de vanzelfsprekendheid die het voorschrift mijns inziens kenmerkt.

In de literatuur ben ik op één passage gestuit waarin aandacht wordt geschonken aan het ‘krachtens bestuursbesluit’-voorschrift. De Monchy en Timmerman schreven in hun preadvies over de nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW dat het voorschrift nodig is, omdat als het voorschrift er niet zou zijn:

‘één volledig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder van een meerhoofdig bestuursorgaan een procedure namens de rechtspersoon [zou] kunnen starten tot vernietiging van een besluit van de rechtspersoon. Dit lijkt niet acceptabel. Vóór het starten van een vernietigingsprocedure behoort steeds tenminste een meerderheid in het bestuurscollege zich te hebben uitgesproken (...).’[21]

Ook merken De Monchy en Timmerman op dat het geval dat de rechtspersoon een vernietigingsprocedure tegen een eigen besluit start, moet worden onderscheiden van het geval in de Sluis-zaak waar namens de rechtspersoon een verweerschrift werd ingediend.[22] Ik sluit mij graag bij De Monchy en Timmerman aan.

Tegen deze achtergrond is het een gemis dat de wetgever bij de jongste herziening van het enquêterecht geen aandacht heeft besteed aan de vraag of een bestuursbesluit ten grondslag moet liggen aan het verzoek van de rechtspersoon op grond van artikel 2:346 lid 1 onderdeel d BW. Een reflectie in dit verband op artikel 2:15 lid 3 onderdeel b BW en een bewuste keuze voor het wel of niet vereisen van een bestuursbesluit waren mijns inziens op hun plaats geweest. Ik hoop dat de Ondernemingskamer deze leemte die de wetgever heeft gelaten, zal invullen en in lijn met artikel 2:15 lid 3 onderdeel b BW zal oordelen dat een bestuursbesluit in beginsel wel is vereist. Het feit dat artikel 2:346 lid 1 onderdeel d BW dat niet expliciet vereist, zou in het licht van al het voorgaande niet doorslaggevend moeten zijn.

4.4 Tegenstrijdige rechtsgeldige proceshandelingen rechtspersoon

Een bijkomend voordeel van het vereisen van een bestuursbesluit bij het indienen van een enquêteverzoek door de rechtspersoon zelf is dat dit de door Leijten en Nieuwe Weme

geschetste problematiek oplost van verschillende zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurders die (rechtsgeldig) tegenstrijdige proceshandelingen laten verrichten.[23] Als een bestuursbesluit is vereist, is het bijvoorbeeld niet meer mogelijk dat de ene zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder een enquêteverzoek laat indienen, dat een andere zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder weer laat intrekken (waarbij vanzelfsprekend ook de intrekking door een bestuursbesluit zou moeten worden gedragen).

4.5 De ‘misbruik van bevoegdheid’-optie is geen volwaardig alternatief

Overigens zou de Ondernemingskamer het door mij bepleite resultaat ook kunnen bereiken door toepassing te geven aan de Sluis-beschikking, maar dan te oordelen dat in een geval als bij Inashco sprake is van misbruik van bevoegdheid door de verzoekende bestuurder. Ik vind daar veel voor te zeggen. Een bestuurder met zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft deze bevoegdheid niet gekregen om namens de rechtspersoon te kunnen doen wat de bestuurder zelf wil. De zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid is gegeven om deze te gebruiken in het handelsverkeer in overeenstemming met de (impliciete of expliciete) besluiten van het bestuur van de rechtspersoon. Door deze bevoegdheid in afwijking daarvan te gebruiken voor een ander doel, namelijk om de wil van de bestuurder zelf te dienen, is er beargumenteerbaar sprake van misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 BW. Een complicatie hierbij is echter dat rechters niet snel geneigd zijn te oordelen dat sprake is van misbruik van bevoegdheid. In zijn noot bij de Sluis-beschikking schrijft Maeijer hierover dat de uitzondering ‘misbruik van bevoegdheid’ op de vertegenwoordigingsregels ‘niet te snel en te ruimhartig [moet] worden toegestaan’.[24] Om deze reden verdient het volgen van de Sluis-beschikking bij enquêteverzoeken door de rechtspersoon niet mijn voorkeur.

5 Conclusie

De Sluis-beschikking van de Hoge Raad leent zich mijns inziens niet om te worden doorgetrokken naar de situatie waarin de rechtspersoon een enquêteverzoek tegen zichzelf indient en waarin de Ondernemingskamer moet oordelen over het in behandeling nemen van dat verzoek. In zo’n geval zou de Ondernemingskamer voor het in behandeling nemen van het verzoek in beginsel moeten vereisen dat daaraan een bestuursbesluit ten grondslag ligt. Op dat beginsel kan een uitzondering worden aanvaard als vanwege een misstand bij de rechtspersoon het bestuur niet komt tot besluitvorming over het doen van een enquêteverzoek en die misstand ook aan het verzoek ten grondslag wordt gelegd.

Noten

[1] HR 9 juli 1990, NJ 1991/51 m.nt. Maeijer (Sluis).

- [2] Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2015, ARO 2015/108 (Inashco).
- [3] Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2015, ARO 2015/108 (Inashco), r.o. 3.2. Dit is een praktische wijze van zaaksbehandeling die voor Inashco het beoogde resultaat had. Toch is deze aanpak ook ongelukkig, omdat de Ondernemingskamer het zichzelf heeft toegestaan om een (weliswaar summier) inhoudelijk oordeel uit te spreken over een verzoek namens Inashco, terwijl Inashco mogelijk niet-ontvankelijk was, in welk geval het niet past om toch een inhoudelijk oordeel te geven.
- [4] Dit geldt enkel voor rechtspersonen als bedoeld in art. 2:344 BW.
- [5] Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3, p. 29.
- [6] A.F.J.A. Leijten & M.P. Nieuwe Weme, Het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012, p. 136.
- [7] HR 9 juli 1990, NJ 1991/51 m.nt. Maeijer (Sluis), r.o. 3.2.
- [8] Leijten & Nieuwe Weme 2011-2012, p. 136, zie ook p. 139 en 140.
- [9] Zie bijv. art. 2:240 lid 2 BW.
- [10] T&C Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Deventer: Kluwer 2013, art. 2:350, aant. 2.
- [11] HR 9 juli 1990, NJ 1991/51 m.nt. Maeijer (Sluis), r.o. 3.2. Kortom, ook als het verweerschrift niet namens Sluis was ingediend, was het van belang dat de Ondernemingskamer het daarin gestelde zou meewegen in haar beslissing.
- [12] Zie r.o. 4 van de beschikking van de Ondernemingskamer in de Sluis-zaak, zoals die blijkt uit HR 9 juli 1990, NJ 1991/51 m.nt. Maeijer (Sluis).
- [13] Hof Amsterdam (OK) 25 april 2002, JOR 2002/219 (Maxx Holding), r.o. 3.2.
- [14] Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2005, JOR 2005/296 m.nt. Leijten (Smit Transformatoren), r.o. 3.2.
- [15] Zie daarover kort: Leijten & Nieuwe Weme 2011-2012, p. 136.
- [16] HR 9 juli 1990, NJ 1991/51 m.nt. Maeijer (Sluis), r.o. 3.2, cursivering toegevoegd.
- [17] Voor zover dit niet vanzelfsprekend is, zie HR 19 oktober 2001, JOR 2002/1 m.nt. Blanco Fernández (Utrechts Monumentenfonds), r.o. 3.4.4 en de eerste twee zinnen van de noot van Blanco Fernández.

- [18] Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1998, JOR 1998/166 (Hoffmann), r.o. 4.1.
- [19] Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1998, JOR 1998/166 (Hoffmann), r.o. 4.1. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 25 april 2002, JOR 2002/219 (Maxx Holding).
- [20] Kamerstukken II 1982/83, 17725, 2, p. 12-13, en 3, p. 62.
- [21] C.W. de Monchy & L. Timmerman, De nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW. Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 90.
- [22] Idem.
- [23] Leijten & Nieuwe Weme 2011-2012, p. 139-140.
- [24] Noot Maeijer, par. 3, bij HR 9 juli 1990, NJ 1991/51 m.nt. Maeijer (Sluis).

RECHTSPRAAK

Stichting IPN en Stichting De Bontekoe qq/bestuurder

Ontucht van bestuurder schoolstichting is te kwalificeren als onbehoorlijk bestuur.

Gedaagde is gewezen bestuurder van de stichtingen Stichting Instituut voor Psychogenese ('IPN') en Stichting De Bontekoe. IPN exploiteerde een particuliere school voor leerlingen met een extra zorgbehoefte, De Bontekoe exploiteerde een horecagelegenheid. Najaar 2012 is gedaagde aangehouden en later ook veroordeeld voor ontucht met een minderjarige leerling. De school werd naar aanleiding hiervan tijdelijk gesloten door de onderwijsinspectie en eind december definitief. Vervolgens werd het eigen faillissement van de stichtingen aangevraagd door de enig overblijvende bestuurder.

In het onderhavige geding vordert de curator dat voor recht verklaard wordt dat gedaagde zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:300a BW jo. artikel 2:138 BW, dan wel zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:9 BW. Daarnaast vordert hij veroordeling tot betaling van het boedeltekort, respectievelijk tot betaling van schadevergoeding.

De rechtbank gaat vanwege proceseconomische redenen enkel in op artikel 2:9 BW, nu zij tot de slotsom komt dat deze vordering slaagt. In dit verband overweegt de rechtbank dat gedaagde meermalen ontucht heeft gepleegd met een leerling in het gebouw van de school, en dat dit handelen is te kwalificeren als onbehoorlijk bestuur en niet is te kwalificeren als privé-handelen. Gedaagde was initiatiefnemer van de school, oprichter van beide stichtingen, de schooldirecteur en feitelijk de centrale leidinggevende van de school, hetgeen – in combinatie met ontucht met een leerling van de school – het handelen van gedaagde plaatst in zijn functie als bestuurder van IPN, aldus de rechtbank. Daarvan kan gedaagde volgens de rechtbank dan ook een ernstig verwijt worden gemaakt. Hij heeft een strafbaar feit begaan, dat bovendien in strijd was met de doelstelling van de school. Daarnaast zorgde de ontucht voor maatschappelijke onrust. Vanwege de verwevenheid tussen beide stichtingen kan gedaagde tevens een ernstig verwijt worden gemaakt als bestuurder van De Bontekoe. De rechtbank oordeelt dat de schade overeenkomt met het boedeltekort. Gedaagde heeft de stichtingen blootgesteld aan een groot continuïteitsrisico. Het plotseling eindigen van het functioneren

van de in de stichtingen gedreven instellingen is toe te rekenen aan het handelen van gedaagde. Verder acht de rechtbank het standpunt van gedaagde dat de stichtingen al financiële problemen hadden en toch zouden failleren niet aannemelijk.

De rechtbank verklaart voor recht dat gedaagde zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:9 BW en veroordeelt gedaagde tot betaling van het boedeltekort.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 28-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:7243

Zaaknummer: C/01/306703 / HA ZA 16-259

Rechters: R. Kluin

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Schoenaker Holding

Enquête. Verzoek tot het treffen van aanvullende onmiddellijke voorzieningen. De OK oordeelt dat in het belang van de onderneming rust dient te worden gecreëerd en dat eenduidige aansturing is vereist, waartoe noodzakelijk is dat de huidige bestuurders van Schoenaker Holding worden geschorst.

Schoenaker Holding B.V. ('Schoenaker Holding') staat aan het hoofd van een familieconcern. De aandelen in Schoenaker Holding zijn gecertificeerd en worden gehouden door een STAK. Het bestuur van de STAK bestaat uit de broers G en H.

Hertelo B.V. ('Hertelo') en Erwo Holding B.V. ('Erwo') houden ieder vijftig procent van de certificaten van de aandelen in Schoenaker Holding. Hertelo, de persoonlijke vennootschap van G, en Erwo, de persoonlijke vennootschap van H, vormen het bestuur van Schoenaker Holding. De verstandhouding tussen G en H is ernstig verstoord. Bij eerdere beschikking heeft de OK een enquête bevolen. Hierna zijn door de heer Van de Aast pogingen ondernomen een minnelijke regeling tussen G en H te bereiken, omdat uitstel van structureel ingrijpen catastrofale gevolgen kon hebben en de controle over alle essentiële bedrijfsprocessen volledig zoek was.

Thans verzoekt Van de Aast de OK aanvullende onmiddellijke voorzieningen te treffen. Daaraan heeft hij onder meer ten grondslag gelegd dat door de vertraging die is ontstaan als gevolg van de poging overeenstemming tussen partijen te bereiken het belang van de onderneming verder in het gedrang is gekomen, er sprake is van een krappe liquiditeitssituatie, er grote onrust bestaat en G bij het nemen van maatregelen om de situatie op te lossen tegenwerking biedt.

De OK constateert dat de ernstig verstoorde verstandhouding in toenemende mate weerslag heeft op de onderneming en de werknemers van A, en oordeelt dat voldoende gebleken is dat de toestand van Schoenaker Holding vergt dat nadere onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. De OK is van oordeel dat in het belang van de onderneming rust dient te worden

gecreëerd en dat eenduidige aansturing is vereist. Daartoe acht de OK het noodzakelijk dat zowel Hertelo als Erwo als bestuurder van Schoenaker Holding worden geschorst. Van de Aast heeft zich in het kader van de te betrachten spoed voorts bereid verklaard de positie van bestuurder tijdelijk waar te nemen; de OK neemt tot uitgangspunt dat het tijdelijke bestuurschap van Van de Aast uiterlijk zal voortduren tot en met 26 januari 2017, de datum waarop de behandeling van het verzoek van Erwo op de voet van artikel 2:355 BW is geagendeerd. Voorts oordeelt de OK omwille van de spoedeisendheid dat de aandelen die de STAK houdt in Schoenaker Holding ten titel van beheer moeten worden overgedragen en dat Van de Aast tijdelijk als beheerder kan fungeren.

De OK wijst de verzochte aanvullende onmiddellijke voorzieningen toe.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5602

Zaaknummer: 200.198.745/03 OK en 200.198745/04 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, G.C. Makkink, A.J. Wolfs, P.G. Boumeester en J.S.T. Tiemstra

Advocaten: M.W.E. Evers, J.L.M. Wonders, J.W. de Groot, M.V.A. Heuten en A.W. van der Veen

Wetsartikelen: 2:355 jo. lid 3 BW en 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Hepta G

Enquête. De OK wijst een verzoek tot uitbreiding van het enquêteonderzoek bij Hepta G af wegens het ontbreken van belang.

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Hepta G B.V. ('Hepta G'), een bestuurder benoemd en een onderzoeker aangewezen. De onderhavige procedure betreft een verzoek van Netvalue B.V. ('Netvalue'), A en B om het gelaste onderzoek uit te breiden, in die zin dat het tevens omvat een onderzoek naar de incompleteheid van de administratie over de jaren 2009 tot een door de OK benoemde onderzoeker te bepalen einddatum, maar in ieder geval omvattende de boekjaren 2015 en 2016, alsmede naar de oorzaken daarvan. Daaraan leggen verzoeksters ten grondslag dat de bevindingen van de onderzoeker, te weten een totaal gebrek aan een betrouwbare en volledige administratie van Hepta G en het goeddeels ontbreken van de onderliggende documenten, (eveneens) gegronde redenen opleveren om aan een juist beleid te twijfelen, en dat dit beleid hoogstwaarschijnlijk niet is verbeterd.

De OK roept in herinnering hetgeen zij bij eerdere beschikking overwoog ter toewijzing van het enquêteverzoek, namelijk dat sinds 2008 geen jaarrekeningen zijn vastgesteld en dat ook de ter zitting gemaakte afspraken er niet toe hebben geleid dat alsnog één of meer jaarrekeningen zijn vastgesteld, alsmede dat sprake is van onduidelijke verhoudingen tussen twee groepen vennootschappen (respectievelijk gevestigd rond de Kaukasus en in Wit-Rusland). Volgens de OK ligt in de voornoemde redenen besloten dat onderzoek daarnaar zich tevens kan uitstrekken tot de incompleteheid van de administratie en de oorzaken daarvan. Op grond hiervan is de OK van oordeel dat Netvalue, A en B geen belang hebben bij hun verzoek.

De OK wijst het verzoek af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5599

Zaaknummer: 200.131.454/03 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, F. van der Wel, J.G. Sijmons en J.B.M. Streppel

Advocaten: T. Spronk, D.M. Lamers en G.L.D. Thomas

Wetsartikelen: 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Van Lanschot/Verweerders

Is er sprake van schending van de bancaire zorgplicht wegens het niet waarschuwen voor de specifieke risico's verbonden aan 'short straddles'? De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO.

In 1993 heeft verweerder in cassatie sub 1 zijn onderneming in bouwmaterialen verkocht. Een deel van het vermogen waarover hij als gevolg van die verkoop beschikte, heeft hij bij eiseres tot cassatie Van Lanschot Bankiers N.V. ('Van Lanschot') ondergebracht. De helft van het ondergebrachte vermogen werd onder andere belegd in *short straddles*, een combinatie van op dezelfde onderliggende aandelen geschreven call- en putopties, met dezelfde uitoefenkoers en expiratedatum. Het geadviseerde en bevestigde risicoprofiel van verweerder was 'groeigericht'. De effecten zijn op enig moment overgeboekt naar het effectendepot van verweerster in cassatie sub c. Op de effectenportefeuille is op enig moment verlies geleden.

Verweerders verwijten Van Lanschot haar zorgplicht jegens hen te hebben geschonden door hen niet te waarschuwen voor de specifieke risico's van *short straddles*. De rechtbank heeft de vordering van verweerders afgewezen omdat als vaststaand moest worden aangenomen dat Van Lanschot verweerders had geïnformeerd over de werking van opties en de daaraan verbonden risico's. Het hof heeft de vordering van verweerders toegewezen, daartoe overwegende dat Van Lanschot de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden nu zij verweerders niet uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen heeft gewaarschuwd voor de werking van *short straddles* en de hieraan verbonden specifieke risico's.

In het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad het hiertegen gerichte cassatieberoep verworpen met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 16-12-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2875

Zaaknummer: 15/03025

Rechters: F.B. Bakels, G. Snijders, M.V. Polak, C.E. du Perron en M.J. Kroeze

Advocaten: J. de Bie Leuveling Tjeenk, J.P. Heering en J.W. de Jong

Wetsartikelen: 81 lid 1 RO

RECHTSPRAAK

Lunet Zorg/De Biezenrijt c.s.

Verzoek van een cliëntenraad tot naleving van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstelling. De Hoge Raad oordeelt dat de wet naar zijn tekst en opzet niet verplicht tot het organiseren van medezeggenschap op het niveau waarop daadwerkelijk zorg wordt verleend, en dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om te onderzoeken op welk niveau naar huidige maatschappelijke opvattingen cliëntenraden moeten worden ingesteld. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat de door de cliëntenraad gemaakte proceskosten voor rekening van de zorgaanbieder komen, ook indien de cliëntenraad in eerste aanleg te dien aanzien niet-ontvankelijk is verklaard.

Verzoekster tot cassatie, Stichting Lunet Zorg ('Lunet Zorg'), is een instelling in de regio Zuidoost-Brabant die zorg aan ruim 2700 kinderen en volwassenen met een lichamelijke en/of verstandelijke beperking verleent. Van 2008 tot 1 januari 2014 was de cliënten medezeggenschap binnen Lunet Zorg in drie lagen getrapt en dubbel georganiseerd: op lokaal, regionaal en centraal niveau was er per niveau zowel een cliëntenraad (CR) als een cliëntvertegenwoordigersraad (CVR). Verweersters in cassatie ('De Biezenrijt c.s.') zijn twee lokale CVR's (LCVR). Zij vertegenwoordigen gezamenlijk twee dagbestedingscentra en vier logeerhuizen. In januari 2014 is er binnen Lunet Zorg een nieuwe organisatiestructuur ingevoerd. Per januari 2015 is er een nieuwe medezeggenschapsstructuur voor cliënten ingevoerd om aan te sluiten bij de gewijzigde organisatiestructuur. De medezeggenschap is daardoor niet langer geografisch georganiseerd maar in aansluiting op de verschillende organisatie-eenheden. Hierdoor is er op bepaald niveau geen sprake van een formele medezeggenschapsraad als bedoeld in de Wet medezeggenschap cliënten zorginstelling ('Wmcz'). Voor Lunet Zorg als geheel is een toelating op grond van de Wet toelating zorginstellingen ('WTZi') afgegeven. De afzonderlijke locaties hebben geen eigen WTZi-toelating.

In de onderhavige procedure verzoeken Biezenrijt c.s. de kantonrechter Lunet Zorg te bevelen artikel 2 Wmcz na te leven door De Biezenrijt c.s. schriftelijk te erkennen als cliëntenraad in de zin van de Wmcz en hen aldus alsnog actief en direct te betrekken bij de medezeggenschap binnen Lunet Zorg, waaronder de voorgenomen invoering van een geheel nieuwe medezeggenschapsstructuur. De kantonrechter oordeelde dat Biezenrijt geen instelling is in de zin van de Wmcz. Het hof was evenwel van oordeel dat aan artikel 1 lid 1 aanhef en onderdeel b onder 2° Wmcz is voldaan indien sprake is van 'financiering in algemene zin'. Hiertegen richt zich het principale cassatieberoep. Voorts heeft het hof geoordeeld dat er geen ruimte is om de proceskosten van een cliëntenraad ten laste te brengen van een zorgaanbieder op grond van artikel 2 lid 5 Wmcz indien de cliëntenraad in eerste aanleg niet-ontvankelijk wordt verklaard in een daartoe strekkend verzoek. Daartegen keert zich het incidentele middel.

Lunet Zorg klaagt in het principaal beroep dat de door het hof aan artikel 1 lid 1 aanhef en sub b onder 2° Wmcz gegeven ruime uitleg door de wetgever niet beoogt en ertoe leidt of kan leiden dat zorgaanbieders zoals Lunet Zorg worden geconfronteerd met de onwerkbare verplichting tot het instellen van grote aantallen cliëntenraden. De Hoge Raad oordeelt dat deze klacht slaagt. Daartoe overweegt de Hoge Raad onder meer dat voor een geval als het onderhavige de wet naar zijn tekst en opzet niet verplicht tot het organiseren van medezeggenschap op het niveau waarop daadwerkelijk zorg wordt verleend, omdat dit niet in overeenstemming is met de bedoeling die bij de totstandkoming van de Wmcz heeft voorgezeten. Wat betreft de spanning tussen de wettekst en de daarbij behorende toelichting is de Hoge Raad van oordeel dat in het onderhavige geval meer gewicht toekomt aan de bewoordingen en de opzet van de wet nu de bedoeling van de wetgever onvoldoende duidelijk is. Voorts overweegt de Hoge Raad dat vaststaat dat de wetgever heeft onderkend dat de medezeggenschap door ontwikkelingen in de gezondheidszorg is komen te liggen op een hoger niveau in de organisatie dan de bedoeling is, onder welke omstandigheden het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om te onderzoeken op welk niveau naar huidige maatschappelijke opvattingen cliëntenraden moeten worden ingesteld en vervolgens de regeling van artikel 1 lid 1 aanhef en sub b in verbinding met artikel 2 lid 1 Wmcz dienovereenkomstig uit te leggen.

De Hoge Raad acht ook onderdelen van het incidentele middel terecht voorgesteld. Volgens de Hoge Raad is de ratio van artikel 10 lid 2 Wmcz blijkens de wetsgeschiedenis ervan erin gelegen dat een gebrek aan financiële middelen een cliëntenraad niet moet kunnen verhinderen om op te komen tegen onvoldoende naleving van de wet door de zorgaanbieder, en valt niet in te zien dat het geval dat een cliëntenraad niet-ontvankelijk wordt verklaard in een verzoek dat is gegrond op onvoldoende naleving van de wet door de zorgaanbieder als

omschreven in artikel 10 lid 2 Wmcz niet hierdoor wordt bestreken.

De Hoge Raad doet de zaak zelf af wat betreft het onderhavige geschilpunt door de beschikking van de kantonrechter te bekrachtigen en verwerpt de overige klachten met toepassing van artikel 81 RO.

De conclusie van A-G de Bock strekt in tegenstelling tot het oordeel van de Hoge Raad tot verwerping van het principaal cassatieberoep. A-G de Bock meent dat de systematiek van de Wmcz meebrengt dat een zorgaanbieder, die meerdere instellingen in stand houdt, *voor iedere instelling* een cliëntenraad moet instellen. Uit de wetsgeschiedenis leidt zij af dat de zorgaanbieder gehouden is om op instellingsniveau cliëntenraden in te stellen, hetgeen – in het geval de zorgaanbieder meerdere instellingen in stand houdt – inderdaad meebrengt dat binnen een zorgaanbieder meerdere cliëntenraden fungeren. Het is volgens A-G de Bock uitdrukkelijk niet de bedoeling dat een zorgaanbieder volstaat met een cliëntenraad voor alle onder haar ressorterende tehuizen en inrichtingen; voor elke instelling zal een afzonderlijke cliëntenraad moeten worden ingesteld.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 16-12-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2890

Zaaknummer: 15/02879

Advocaten: S.F. Sagel en J.P. Heering

Wetsartikelen: 1 lid 1 WMCZ en 2 WMCZ

RECHTSPRAAK

Eisers/Värde c.s.

WCAM-overeenkomst voor effectenleasegeschillen (Duisenberg-regeling). De Hoge Raad oordeelt dat een ‘opt out’-verklaring in de zin van artikel 7:908 lid 2 BW gericht dient te zijn aan de daartoe in de overeenkomst aangewezen persoon.

Eisers tot cassatie hebben effectenleaseovereenkomsten gesloten met Dexia Bank Nederland N.V. (hierna: Dexia) en op grond daarvan bedragen van Dexia geleend. Bij het einde van de overeenkomsten was de opbrengst van de onderliggende effecten onvoldoende om de schuld aan Dexia te voldoen. Begin 2007 heeft het Amsterdamse Hof de door Dexia en enige andere belangenorganisaties gesloten WCAM-overeenkomst (Duisenberg-regeling) verbindend verklaard. Dexia heeft eisers geïnformeerd over de mogelijkheid om zich aan de gevolgen van de verbindendverklaring te onttrekken door vóór 1 augustus 2007 een ‘opt out’-verklaring uit te verzenden aan een aangewezen notaris te Den Haag. Eisers hebben dit nagelaten. Hun advocaat heeft Dexia wel per brief laten weten dat eisers de overeenkomsten wensten te beëindigen. Dexia heeft haar vorderingen voortvloeiende uit de overeenkomsten overgedragen aan verweerders in cassatie, Värde Investments (Ireland) Limited en Asset Refinance Company B.V. (‘Värde c.s.’). In de onderhavige procedure vorderen Värde c.s. betaling door eisers van een deel (berekend volgens de WCAM-overeenkomst) van de restschuld ontstaan op grond van de leaseovereenkomsten. De kantonrechter heeft de vorderingen grotendeels toegewezen. Het hof heeft het eindvonnis van de kantonrechter bekrachtigd, daartoe overwegende dat de door de advocaat van eisers verzonden brief niet kan worden aangemerkt als een geldige ‘opt out’-verklaring. Daartegen richt zich het cassatiemiddel, dat onder meer betoogt dat artikel 7:908 lid 2 BW ruimte biedt om op een andere dan de in de WCAM-overeenkomst voorgeschreven wijze kenbaar te maken niet aan die overeenkomst gebonden te willen zijn.

De Hoge Raad stelt voorop dat ingevolge artikel 15.2 van de WCAM-overeenkomst en de beschikking tot verbindendverklaring van de WCAM-overeenkomst de gerechtigden onder de WCAM-overeenkomst die daaraan niet gebonden wensten te zijn, werden geacht vóór 1 augustus 2007 een daartoe strekkende mededeling te doen aan de notaris te Den Haag of

diens ambtsopvolger. De Hoge Raad overweegt voorts aan de hand van de parlementaire geschiedenis van de WCAM dat de door het middel verdedigde opvatting dat artikel 7:908 lid 2 BW ruimte biedt om op een andere dan de in de WCAM-overeenkomst voorgeschreven wijze, namelijk aan een ander dan de daarin aangewezen persoon kenbaar te maken niet aan die overeenkomst gebonden te willen zijn, geen steun vindt in de wettelijke regeling en de totstandkomingsgeschiedenis daarvan. Volgens de Hoge Raad kan hier ook niet van uit worden gegaan aangezien er onzekerheid kan bestaan over de vraag of op een rechtsgeldige wijze van de 'opt out'-regeling gebruik is gemaakt, en wordt aan het belang van een gerechtigde om zich te kunnen onttrekken aan de werking van een overeenkomst bij de totstandkoming waarvan hij niet betrokken is geweest, tegemoetgekomen door het voorschrift van artikel 1017 lid 3 Rv, dat inhoudt dat aan de gerechtigden mededeling wordt gedaan van de verbindendverklaring van de overeenkomst en de termijn waarbinnen en de wijze waarop zij zich van de gevolgen daarvan kunnen bevrijden. De Hoge Raad merkt ten slotte op dat het beroep van de partij die zich heeft verbonden tot vergoeding van schade, gezien het feit dat niet op de juiste wijze een 'opt out'-mededeling is gedaan, onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-12-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2822

Zaaknummer: 15/01647

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, G. Snijders, T.H. den Tanja-van Broek en G. de Groot

Advocaten: H.L. van Lookeren Campagne, K. Aantjes, R.M. Hermans en J. de Bie

Wetsartikelen: 7:908 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Eiser/Värde

De Hoge Raad oordeelt dat een WCAM-overeenkomst voor effectenleasegeschillen ook algemeen verbindend kan worden verklaard voor zover de gerechtigde daarin kwijting verleent voor andere vorderingen dan die tot schadevergoeding die hij in verband met de onderliggende (effectenlease)overeenkomst zou kunnen hebben.

Eiser tot cassatie heeft effectenleaseovereenkomsten gesloten met de rechtsvoorganger van Dexia Bank Nederland N.V. (hierna: Dexia), Bank Labouchere N.V. (mede handelend onder de naam Legio-Lease), en op grond daarvan bedragen van Dexia geleend. Bij het einde van de overeenkomsten was de opbrengst van de onderliggende effecten onvoldoende om de schuld aan Dexia te voldoen. Begin 2007 heeft het Amsterdamse Hof de door Dexia en enige andere belangenorganisaties gesloten WCAM-overeenkomst (Duisenberg-regeling) verbindend verklaard. In de WCAM-overeenkomst wordt bepaald op welke manier de effectenleaseovereenkomsten tussen Dexia en de in de WCAM-overeenkomst opgenomen kring der gerechtigden, waar eiser en zijn echtgenote toe behoren, afgewikkeld behoren te worden. Dexia heeft haar vorderingen voortvloeiende uit de overeenkomsten, overgedragen aan verweerder in cassatie, Värde Investments (Ireland) Limited ('Värde'). In de onderhavige procedure vordert Värde betaling door eiser van een deel (berekend volgens de WCAM-overeenkomst) van de restschuld ontstaan op grond van de leaseovereenkomsten. De kantonrechter heeft de vorderingen grotendeels toegewezen. Het hof heeft het eindvonnis van de kantonrechter bekrachtigd. In cassatie komt eiser op tegen de verwerping door het hof van zijn standpunt dat artikel 14.1 WCAM-overeenkomst – waarin is opgenomen dat elke gerechtigde aan Dexia kwijting verleent voor alle vorderingen die voortvloeien uit of verband houden met de geldigheid, het aangaan en de uitvoering van effectenleaseovereenkomsten en de wijze waarop voor dergelijke overeenkomsten reclame is gemaakt – ongeldig is, omdat artikel 7:907 e.v. alleen de mogelijkheid biedt om een regeling aangaande schadevergoeding verbindend te verklaren, met uitsluiting van alle andere denkbare rechtsvorderingen en daarmee corresponderende vorderingsrechten.

De Hoge Raad verwerpt deze klacht. Onder verwijzing naar passages uit de parlementaire geschiedenis van de WCAM en het daarin verduidelijkte toepassingsbereik van die wet komt de Hoge Raad tot de slotsom dat een WCAM-overeenkomst ook verbindend kan worden verklaard voor zover de gerechtigde daarin kwijting verleent voor andere vorderingen dan die tot schadevergoeding die hij in verband met de overeenkomst(en), tot afwikkeling waarvan de WCAM-overeenkomst dient, zou kunnen hebben, ook waar het verzoeken tot verbindverklaring betreft die voor de introductie van het daartoe, per 1 juli 2013, strekkende artikel 7:907 lid 7 BW zijn ingediend.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-12-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2825

Zaaknummer: 15/02223

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, G. Snijders, T.H. den Tanja-van Broek en G. de Groot

Advocaten: K. Aantjes, R.M. Hermans en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 7:907 lid 7 BW

RECHTSPRAAK

Eiser/bestuurder X BV

Vordering van een crediteur van een gefailleerde vennootschap tegen haar gewezen bestuurder; frustratie van betaling en verhaal door dividenduitkering en verkoop van bedrijfsactiviteiten? Rechtbank en hof wijzen de vordering af. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO.

Verweerster in cassatie is na de dood van haar echtgenote indirect enig aandeelhouder en bestuurder van een bouwbedrijf. Verweerster wordt in onderhavige zaak aangesproken in haar hoedanigheid van bestuurder/feitelijk leidinggevende en enig aandeelhouder vanwege onrechtmatig handelen, dat gelegen zou zijn in een dividenduitkering, alsmede verkoop van de bedrijfsactiviteiten, waardoor het inmiddels gefailleerde bouwbedrijf geen verhaal meer bood aan haar schuldeisers, in het bijzonder twee specifieke schuldeisers van het bouwbedrijf. Een van de twee schuldeisers (eiser tot cassatie) was een aannemingsovereenkomst met het bouwbedrijf overeengekomen en stelde dat zij schade had geleden door een verkeerd gelegde vloer. In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat eiser onvoldoende heeft onderbouwd dat op het moment van uitkeren meer is uitgekeerd dan waarvoor ruimte was op grond van artikel 2:216 BW. Er is dan ook volgens de rechtbank geen sprake van een ernstig verwijt. Het hof oordeelt eveneens dat geen sprake is van onrechtmatig handelen.

De Hoge Raad verwerpt het hiertegen ingestelde cassatieberoep met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

In zijn conclusie, die eveneens tot verwerping strekt, overweegt A-G Timmerman dat het hof eisers stelling dat de dividenduitkering onverantwoord was omdat het bouwbedrijf diverse schulden had uitstaan, klaarblijkelijk voldoende weerlegd heeft geacht. Voorts is A-G Timmerman van oordeel dat de vordering van eiser niet cijfermatig was onderbouwd ten tijde van de dividenduitkering, eiser evenmin voldoende heeft onderbouwd dat de schade voorzienbaar was, en dat het oordeel van het hof dat verweerster niet behoefde te begrijpen dat eiser als gevolg van de dividenduitkering schade zou lijden, niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting noch onvoldoende gemotiveerd is. Eisers verwijt dat het hof niet in zijn

oordeel heeft betrokken dat verweerster rekening moest houden met andere mogelijkheden dan hetgeen evident was en/of dat zij behoorde te begrijpen dat sprake kon zijn van een aanzienlijke schade mist volgens de A-G feitelijke grondslag, omdat het hof heeft overwogen dat de aansprakelijkheidsstelling niet was geconcretiseerd, dat een reservering voor garantieverplichtingen was gemaakt en dat geenszins duidelijk was dat de vloer moest worden vervangen.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-12-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2831

Zaaknummer: 15/04186

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, T.H. den Tanja-van Broek en M.V. Polak

Advocaten: T.T. van Zanten en A.H.M. van den Steenhoven

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:216 BW

RECHTSPRAAK

4Ports

Vordering van de curator tegen de gewezen bestuurder van een failliete vennootschap tot betaling van het boedeltekort. De rechtbank oordeelt dat de curator de stelling van de bestuurder dat het faillissement is veroorzaakt door sterk tegenvallende verkoopresultaten onvoldoende heeft betwist, zodat de bestuurder het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW heeft ontzenuwd.

4Ports B.V. ('4Ports') is begin 2000 opgericht en medio 2012 operationeel geworden. Op 21 oktober 2014 is de vennootschap failliet verklaard. Gedaagde in onderhavige zaak is de gewezen bestuurder van 4Ports. Tussen gedaagde en 4Ports bestond een rekening-courantverhouding. Uit dien hoofde bestond op faillissementsdatum een vordering van 4Ports op gedaagde.

In de onderhavige procedure vordert de curator betaling door gedaagde van de rekening-courantvordering alsmede van het boedeltekort, nu de administratie van 4Ports niet op orde was.

De rechtbank oordeelt dat in het midden kan blijven of de administratie op orde was en gedaagde hiervoor aansprakelijk is, nu de curator de stelling van gedaagde dat de verkoopresultaten sterk tegenvielen en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement was, niet voldoende gemotiveerd heeft betwist. Daarmee kan volgens de rechtbank het vermoeden uit artikel 2:248 lid 2 BW – dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is – niet worden aangenomen.

Met betrekking tot de vordering uit hoofde van de rekening-courantverhouding oordeelt de rechtbank dat gedaagde niet kan worden gevolgd in zijn verweer dat betalingen van gelden aan hem toebehoren omdat hij zelfstandig werkzaamheden had verricht voor een opdrachtgever, aangezien de facturen die werden verzonden tussen gedaagde en de opdrachtgever op briefpapier van 4Ports stonden en ook betaald werden op de bankrekening van de vennootschap, hetgeen tot de conclusie leidt dat gedaagde geen zelfstandige

werkzaamheden verrichtte.

De rechtbank veroordeelt gedaagde tot betaling van de vordering uit rekening-courantverhouding en wijst de vordering tot betaling van het boedeltekort af.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:7750

Zaaknummer: C/13/588978 / HA ZA 15-560

Rechters: N.C.H. Blankevoort

Advocaten: B. van de Boom en D.N. Allick

Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW, 2:248 lid 2 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Erven/X c.s.

De middellijk bestuurder van een vennootschap sluit een geldleningsovereenkomst waarin de vennootschap als schuldenaar is aangeduid. Wanneer de vennootschap op terugbetaling wordt aangesproken, beroept de vennootschap zich op het ontbreken van wilsovereenstemming. De rechtbank oordeelt dat er geen aanwijzingen zijn dat de bestuurder niet de wil heeft gehad de vennootschap te binden. Voorts oordeelt de rechtbank dat van misbruik van identiteitsverschil geen sprake is.

Deze zaak betreft een door Erflater verstrekte geldlening van in totaal € 100.000 ('Lening') aan Gedaagde sub 4 ('X'). Dat bedrag is op verzoek van X overgemaakt naar de bankrekening van de door X bestuurd vennootschap Gedaagde sub 3 ('Y BV'). De voorwaarden van de Lening zijn vastgelegd in een geldleningsovereenkomst ('Overeenkomst'). De Overeenkomst bevat onder meer de bepaling dat de Lening direct opeisbaar zal zijn zonder dat daartoe enige ingebrekestelling zal zijn vereist, indien aan één of meer van de in de Overeenkomst gemaakte bepalingen niet of niet tijdig wordt voldaan. Een van deze bepalingen is dat de in de Overeenkomst overeengekomen rente jaarlijks bij achterafbetaling op 31 december moet worden voldaan. Gedaagde sub 1 ('Z BV'), bestuurd door een dochtervennootschap van Y BV, wordt in de Overeenkomst genoemd als schuldenaar. In het onderhavige geding vorderen eisers (de erven van de Erflater) dat Z BV (hoofdelijk) zal worden veroordeeld tot terugbetaling van de Lening. Z BV stelt echter dat zij geen partij is (geworden) bij de Overeenkomst aangezien wilsovereenstemming ontbrak om haar te binden. Voorts vorderen eisers van de andere gedaagden ('D c.s.') schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, bestaande uit misbruik van identiteitsverschil.

De rechtbank overweegt dat X bij het sluiten van de Overeenkomst als (middellijk) bestuurder zelfstandig bevoegd was Z BV te vertegenwoordigen en uit de Overeenkomst in beginsel de wil van X blijkt om Z BV te binden, zodat moet worden aangenomen dat Z BV partij is geworden, althans dat de Erflater erop heeft mogen vertrouwen dat Z BV eveneens zijn contractspartij

was. Dat Z BV tot voor kort niet op de hoogte was van de Lening omdat X haar daarover niet had geïnformeerd, ligt volgens de rechtbank in haar risicosfeer, nu het hier gaat om de interne verhouding tussen de bestuurders van Z BV.

Aan hun vordering jegens D c.s. hebben de Erven ten grondslag gelegd dat sprake is van een netwerk van vennootschappen die allemaal op een of andere manier met de Lening te maken hebben. D c.s. zouden onrechtmatig hebben gehandeld wegens misbruik van identiteitsverschil. De rechtbank is van oordeel dat de Erven onvoldoende hebben gesteld om aan te kunnen nemen dat hier sprake is van misbruik van identiteitsverschil. Zo volgt uit deze beweerdelijke omstandigheden niet zonder meer een oogmerk van X om de Erven te benadelen, zeker niet nu het op zichzelf niet ongebruikelijk is – en zeker niet onrechtmatig – dat voor verschillende activiteiten afzonderlijke rechtspersonen of vennootschappen in het leven worden geroepen.

De rechtbank wijst de vorderingen jegens X, Y BV en Z BV toe en jegens D c.s. af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:9518

Zaaknummer: C/10/496395 / HA ZA 16-227

Rechters: Th. Veling

Advocaten: A.R. de Vlieger en J.M. Visser

Wetsartikelen: 2:240 BW, 3:44 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Wave/ABN AMRO

Geen schending bancaire zorgplicht jegens zakelijke borg. Het hof overweegt dat de statutair bestuurder geen specifieke concrete feiten en omstandigheden heeft genoemd die de conclusie kunnen staven dat hij het door ABN AMRO voorgenomen uitstel van de afwikkeling van het aan S3&A verleende krediet niet zou hebben willen afwachten en dat hij Wave als borg de schuld van S3&A zou hebben laten voldoen. De verklaring van de statutair bestuurder vormt geen overtuigend bewijs; evenmin dragen de verklaringen van de andere getuigen bij tot het te leveren bewijs.

Bij tussenarrest heeft het hof Wave B.V. ('Wave') toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit kan worden geconcludeerd dat en in welke mate Wave, indien zij door ABN AMRO Bank N.V. ('ABN AMRO') in kennis was gesteld van het uitstel van de afwikkeling van het aan S3&A verleende krediet, de gevolgen van haar aansprakelijkheid als borg voor de niet voldoening door de hoofdschuldenaar had kunnen beperken en zou hebben beperkt. In r.o. 3.5.7 van voormeld tussenarrest heeft het hof verder toegelicht dat Wave voor het verlangde bewijs niet zou kunnen volstaan met het enkele bewijs dat de waarde van de aan haar verstrekte zekerheid na de met de herstructurering gemoeide tijd was 'verdampt', maar dat zij tevens bewijs zou moeten leveren van feiten en omstandigheden op grond waarvan kan worden aangenomen dat zij, indien zij wel kort na 1 november 2010 door ABN AMRO in kennis zou zijn gesteld van de respijtverlening aan S3&A in verband met de herstructurering door ABN AMRO, ervoor zou hebben gekozen om in dat geval direct als borg de schuld van S3&A te voldoen dan wel, onafhankelijk van de herstructurering, een voldoening door S3&A van haar schuld aan ABN AMRO zou hebben kunnen bewerkstelligen. Wave heeft ter uitvoering van het door haar te leveren bewijs vier getuigen doen horen.

In het onderhavige arrest overweegt het hof dat geen van de getuigen iets heeft verklaard over de mogelijkheid dat Wave onafhankelijk van de herstructurering een voldoening door S3&A van haar verplichting aan ABN AMRO had kunnen bewerkstelligen, zodat die mogelijkheid

verder onbesproken kan blijven. Volgens het hof heeft de statutair bestuurder, tevens grootaandeelhouder van Wave, geen specifieke concrete feiten of omstandigheden genoemd die de conclusie kunnen staven dat hij het door ABN AMRO voorgenomen uitstel niet zou hebben willen afwachten en dat hij Wave als borg de schuld van S3&A zou hebben laten voldoen. Bij gebreke van een daarvoor genoemde overtuigende reden voor zodanig handelen, acht het hof in de enkele verklaring van de statutair bestuurder geen overtuigend bewijs voor een dergelijke handelwijze gelegen. Tot voormeld oordeel draagt ook de inhoud van de door Wave overgelegde publicatiestukken 2010 betreffende Wave bij. Het hof concludeert uit deze stukken dat Wave zich, in elk geval vóór 6 juni 2011, bewust is geweest van het niet afgelost zijn van het krediet door S3&A. Het feit dat zij de kwestie verder op zijn beloop heeft gelaten (en niet heeft geverifieerd of ABN AMRO haar mening over de consequenties daarvan wel deelde en/of haar mening de juiste was) is naar het oordeel van het hof niet te rijmen met de verklaring van de statutair bestuurder inzake het belang van Wave om na 1 november 2010 direct aan haar verplichting uit de borgtocht te voldoen. De verklaringen van de andere getuigen dragen volgens het hof evenmin bij tot het te leveren bewijs, zodat Wave niet is geslaagd in het opgedragen bewijs.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5409

Zaaknummer: 200.164.619_01

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, H.A.G. Fikkers en D.A.E.M. Hulskes

Advocaten: L.J. van Langevelde en B.W.G. van der Velden

Wetsartikelen: 7:850 e.v. BW en 6:20 jo. 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Strobreed B.V. c.s./Geïntimeerde

Vordering van een crediteur van een gefailleerde vennootschap tegen haar gewezen bestuurder op grond van selectieve betaling. Het hof overweegt dat het voldoen van bijna alle overige grote crediteuren behalve geïntimeerde, terwijl de facturen met de gewezen bestuurder zijn besproken en slechts over een klein deel van de vordering discussie bestond, selectieve betaling oplevert en in het verlengde daarvan een ernstig verwijt. Volgt bewijsopdracht.

Appellanten zijn Strobreed B.V. ('Strobreed') en Belastingadvies B.V. ('Belastingadvies'). Strobreed is bestuurder en aandeelhouder van Belastingadvies B.V., een adviesbureau dat financiële stukken verzorgt, fiscaal advies geeft en fiscale aangiftes doet. X is de bestuurder van Strobreed en tevens de adviseur die de werkzaamheden uitvoert ('Adviseur'). Geïntimeerde is aandeelhouder en bestuurder van Andes Informatisering & Management B.V. ('Andes I&M'), een vennootschap aan het hoofd van diverse andere vennootschappen. Adviseur via Belastingadvies werkzaamheden uitgevoerd voor geïntimeerde en zijn vennootschappen. Voor de werkzaamheden zijn facturen verstuurd, die evenwel onbetaald zijn gebleven. Na meerdere betalingsverzoeken en aanmaningen heeft Belastingadvies het faillissement van Andes I&M aangevraagd. Het faillissement is in februari 2011 uitgesproken.

In deze procedure gaat het om de vraag of geïntimeerde een ernstig verwijt kan worden gemaakt wegens selectieve betaling. Appellanten hebben aangevoerd dat de openstaande facturen met geïntimeerde zijn doorgenomen, waarbij enkel discussie bestond over een bedrag van ongeveer € 600, terwijl de onderhavige vordering betrekking heeft op tientallen facturen voor in totaal meer dan € 20.000.

Het hof leidt uit de in het geding gebrachte producties uit dat Andes I&M voldoende liquide middelen had om alle aan haar gerichte facturen te betalen. Het hof overweegt dat als eenmaal de hiervoor genoemde stelling van appellanten komt vast te staan, daaruit moet worden afgeleid dat geïntimeerde als bestuurder de opeisbare facturen van appellanten niet heeft betaald, terwijl hij alle andere facturen heeft voldaan – behoudens een enkele kleine factuur.

Een dergelijke handelwijze kwalificeert het hof als een selectieve betaling door geïntimeerde als bestuurder, waardoor hij onzorgvuldig heeft gehandeld jegens appellanten, waarbij hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Het hof laat appellanten toe bewijs te leveren van de meergenoemde stelling.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5412

Zaaknummer: 200.172.308_01

Rechters: J.R. Sijmonsma, L.S. Frakes en Th.C.M. Hendriks-Jansen

Advocaten: J. van Boekel en W.F.W. van Loon

RECHTSPRAAK

Holding/Van Lelyveld q.q.

Vordering van de curator tegen de gewezen bestuurders van een gefailleerde vennootschap tot betaling van het boedeltekort. Het hof overweegt dat in het onderhavige geval, waarin een substantieel deel van de administratie niet is aangetroffen en niet is aangeleverd, behoudens tegenbewijs door het bestuur, ervan dient te worden uitgegaan dat de boekhoudplicht is geschonden. Volgens het hof is het bestuur geslaagd in het bedoelde tegenbewijs en heeft de curator onvoldoende aangevoerd om aan te nemen dat er geen (deugdelijke) administratie is gevoerd. In het incidenteel appèl slaagt het beroep op verjaring van de vordering op grond van de pauliana.

Geïntimeerde, X Building Systems B.V. ('XBS') is een vennootschap die zich bezighield met de bouw van Zweedse houten woningen, en op 16 mei 2006 in staat van faillissement is verklaard met de benoeming van mr. Van Lelyveld tot curator. In eerste aanleg zijn appellanten, de gewezen bestuurders van XBS, veroordeeld tot betaling van het boedeltekort op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en schending van de boekhoudplicht.

Het principaal appèl richt zich onder meer op het oordeel van de rechtbank dat de administratieplicht van artikel 2:10 BW is geschonden, dat appellanten niet zijn geslaagd in het tegenbewijs en dat er geen sprake zou zijn van een onbelangrijk verzuim. Appellanten voeren aan dat de curator verzuimd heeft een deugdelijke boedelbeschrijving te maken waaruit blijkt wat is aangetroffen, en dat als deze er was geweest duidelijk was geworden dat de administratie van de vennootschap steeds is bijgewerkt en dus ook zou zijn voldaan aan de eisen van artikel 2:10 BW.

Het hof gaat ervan uit dat de curator, zoals hij stelt, alleen de projectadministratie heeft aangetroffen. Het enkele feit dat de curator geen boedelbeschrijving heeft gemaakt is naar het oordeel van het hof onvoldoende om tot een ander oordeel te komen met betrekking tot de administratieplicht, en kan evenmin grond opleveren om de bewijslast volledig om te keren, in

die zin dat het bestuur moet bewijzen dat gedurende drie jaar voorafgaand aan het faillissement is voldaan aan de verplichting van artikel 2:10 BW. Volgens het hof dient omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid naar vaste rechtspraak met de nodige terughoudendheid te geschieden en ontbreken in dit geval gronden om dat te doen. Voorts neemt het hof aan dat in het onderhavige geval, waarin een substantieel deel van de administratie niet is aangetroffen en niet is aangeleverd, behoudens tegenbewijs door het bestuur, ervan dient te worden uitgegaan dat niet is voldaan aan de eisen van artikel 2:10 BW. Indien het bestuur in het kader van het tegenbewijs aannemelijk maakt dat wel een administratie is gevoerd die aan bedoelde eisen voldoet, ligt het alsnog op de weg van de curator feiten te stellen en zo nodig te bewijzen waarom dit niet het geval is, aldus het hof.

Het hof acht appellanten geslaagd in het hiervoor bedoelde tegenbewijs. Volgens het hof hebben zij voldoende aannemelijk gemaakt dat, hoewel het bestuur van XBS door welke oorzaak dan ook na het uitspreken van het faillissement er niet in is geslaagd de curator in het bezit te stellen van de volledige administratie, door het bestuur in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement ter zake van XBS wel een deugdelijke administratie is gevoerd. De curator heeft naar het oordeel van het hof onvoldoende aangevoerd om het tegendeel aan te nemen.

Het incidentele appèl betreft een in eerste aanleg afgewezen vordering van de curator tot betaling van paulianeuze overboekingen. Het hof volgt het standpunt van appellanten dat het beroep op de pauliana is verjaard, omdat de driejaarstermijn van artikel 3:52 lid 1 onder c BW ruimschoots is verstreken. Daartoe verwerpt het hof het standpunt van de curator dat, hoewel hij de overboekingen niet met zo veel worden per brief heeft vernietigd, hij dat wel impliciet heeft gedaan in correspondentie waarin hij de desbetreffende bedragen als 'onterecht overgeboekt' heeft aangemerkt.

Het hof vernietigt het bestreden vonnis in het principaal appèl, wijst de vorderingen van de curator af en verklaart het incidenteel appel ongegrond.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:9858

Zaaknummer: 200.164.438/01

Rechters: L. Janse, P. Roorda en J. Smit

Advocaten: P.J. Fousert en F.L. van Lelyveld

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

Certificaatnummers

Gedaagde is in een voorafgaand kort geding veroordeeld om certificaten over te dragen aan eiseressen. Volgens eiseressen kan aan die veroordeling geen uitvoering worden gegeven, omdat de in het dictum van het kortgedingvonnis opgenomen nummering van de certificaten, die uit de overgelegde stukken is overgenomen, onjuist is. De voorzieningenrechter oordeelt dat dit inderdaad een kennelijke verschrijving van partijen is geweest en bepaalt dat alle certificaten overgedragen dienen te worden.

Dit kort geding is een vervolg op het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 19 oktober 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:12632, OR-Updates 2016-0270), dat betrekking had op de overdracht van certificaten in een familieonderneming actief in de visserij. De aandelen werden gehouden door een STAK. De STAK gaf certificaten uit die waren verdeeld over vier staken. Eén staak was gerelateerd aan broer ('A'), waarin gedaagde 25 procent van de 'N-certificaten' hield. Een andere staak was gerelateerd aan broer ('B') waarin vijf vennootschappen ieder vijf procent van de certificaten hielden. De aandelen in de staak van A werden gehouden door de kinderen van A. Een van de kinderen ('F') heeft haar oom gevraagd of hij de N-certificaten wilde kopen. Uiteindelijk is er een koopovereenkomst opgesteld, die niet is ondertekend. Eiseressen (de vijf vennootschappen van B) vorderden veroordeling van gedaagde tot overdracht van onbezwaarde N-certificaten. Gedaagde stelde dat F slechts bestuurder was en niet bevoegd was hen te vertegenwoordigen. De voorzieningenrechter nam aan dat er sprake was van schijn van volmachtverlening, zodat gedaagde daarop geen beroep kon toekomen. De voorzieningenrechter wees het gevorderde toe op voorwaarde dat eiseressen de N-certificaten niet zouden vervreemden of bezwaren voordat onherroepelijk is beslist in deze kwestie. In het voornoemde vonnis heeft de voorzieningenrechter de nummering overgenomen uit de door gedaagde overgelegde stukken. Eiseressen hebben vervolgens tevergeefs een verzoek gedaan tot verbetering van het vonnis.

In het onderhavige kort geding vorderen eiseressen aanvulling van het voornoemde vonnis in

die zin dat nu de volledige nummering van certificaten wordt opgenomen, alsmede dat de voorzieningenrechter bepaalt dat dit vonnis in de plaats zal treden van de partijverklaring van gedaagde die nodig is voor eigendomsoverdracht.

De voorzieningenrechter oordeelt dat eiseressen een spoedeisend belang hebben, aangezien aan de veroordeling in het voornoemde kortgedingvonnis geen uitvoering kan worden gegeven. Voorts oordeelt de voorzieningenrechter dat niet anders kan worden geconcludeerd dan dat de partijen de bedoeling hadden om alle certificaten over te dragen en dat in de nummering van de certificaten in de stukken een vergissing is gemaakt.

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde toe.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:15338

Zaaknummer: C-09-522125-KG ZA 16-1429

Rechters: G.H.I.J. Hage

Advocaten: J. Fleming, L.M.H.A.A. Hennekes en J.P. Koets

Wetsartikelen: 6:22 BW en 254 Rv

RECHTSPRAAK

Closed Greenhouse Engineering B.V./A B.V.

Vordering van de curator tegen gewezen bestuurders tot betaling van het boedeltekort wegens schending boekhoud- en publicatieplicht. De rechtbank acht de boekhoudplicht niet geschonden. Overschrijding van de publicatietermijn met acht dagen merkt de rechtbank aan als een onbelangrijk verzuim, overschrijding van de termijn met 33 dagen echter niet. Niettemin is de rechtbank van oordeel dat deze onbehoorlijke taakvervulling in het licht van de door de bestuurders aangevoerde redenen voor het faillissement te verwaarlozen is en daarom geen belangrijk oorzaak is geweest van het faillissement.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Closed Greenhouse Engineering B.V. (CGE), die zich bezighield met klimaatbeheersingstechnologie, is failliet verklaard. Gewezen middellijk bestuurders zijn de broers C en B. Het verdienmodel van CGE bestond uit de ontvangen vergoeding per verstrekte subsidie wegens het optreden als penvoerder. De subsidies voor de ontwikkeling van warmtewisselaars werden aangevraagd voor Hydro Systems Holland B.V. (HCS), welke vennootschap in 2011 failliet is verklaard. B was bestuurder en honderd procent aandeelhouder van HCS.

In het onderhavige geding vordert de curator een verklaring voor recht dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor het boedeltekort wegens onbehoorlijk bestuur, nu de boekhoudplicht is geschonden en de jaarrekeningen over twee jaren te laat zijn gedeponneerd.

Met betrekking tot de stelling van de curator dat het bestuur zijn boekhoudplicht heeft geschonden overweegt de rechtbank dat het ontbreken van tussentijdse balansen en een aantal concrete volgnummers van bankafschriften onvoldoende is om aan te nemen dat niet duidelijk is welke rechten en verplichtingen op de rechtspersoon rusten. Met betrekking tot de stelling van de curator dat de administratie over twee opeenvolgende jaren te laat is gedeponneerd overweegt de rechtbank dat een overschrijding van acht dagen van de termijn als een onbelangrijk verzuim moet worden aangemerkt. Het overschrijden van de termijn met 33

dagen merkt de rechtbank wel aan als onbehoorlijke taakvervulling, nu er geen omstandigheden zijn gebleken die de overschrijding kunnen rechtvaardigen. Hierdoor staat vast dat onbehoorlijk bestuurd is en wordt vermoed dat dit onbehoorlijke bestuur geleid heeft tot het faillissement. Vervolgens komt het, volgens de rechtbank, neer op de vraag of gedaagden dat vermoeden – dat schending van de deponeringsplicht een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement – voldoende hebben weten te ontzenuwen. De rechtbank is van oordeel dat deze onbehoorlijke taakvervulling in het licht van de door de bestuurders aangevoerde redenen voor het faillissement te verwaarlozen is en daarom geen belangrijk oorzaak is geweest van het faillissement. Ten slotte oordeelt de rechtbank dat de curator tegenover de stellingen van de bestuurders onvoldoende heeft aangevoerd om aan te kunnen nemen dat laatstgenoemden de schuldenlast op onverantwoorde wijze hebben doen oplopen.

De rechtbank wijst de vordering van de curator af.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 30-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:5194

Zaaknummer: C/o8/177889 / HA ZA 15-563

Rechters: M. Aksu, W.K.F. Hangelbroek en G.G. Vermeulen

Advocaten: M.P. Huizingh en A.A. Dooijeweerd

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:248 lid 2 BW, 2:394 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Gemeente Wageningen/Van Grootheest

Vordering tegen middellijk bestuurder tot schadevergoeding wegens een onterechte dividenduitkering. Bij eerder tussenvonnis van 16 maart 2016 (OR 2016-0103) is de bestuurder in de gelegenheid gesteld om bij akte toe te lichten dat hij een afwaardering niet heeft voorzien. In het onderhavige tussenvonnis worden partijen in de gelegenheid gesteld zich nader uit te laten over de vraag of het dividendbesluit en de uitvoering ervan als een onrechtmatige daad aan de bestuurder kan worden toegerekend.

Gedaagde is middellijk bestuurder van de vennootschap Van Grootheest Projecten B.V. ('Projecten'), die in opdracht van de eiseres, de gemeente Wageningen ('de gemeente'), een sporthal heeft gebouwd die nadien gedeeltelijk is ingestort. De gemeente vordert van Projecten vergoeding van de door haar geleden schade. Een tussen partijen gevoerde arbitrageprocedure leidt tot een schikking waarin Projecten de vordering van de gemeente erkent, maar betaling blijft uit.

In de onderhavige procedure vordert de gemeente van Projecten en haar bestuurder betaling van hetzelfde bedrag. Daaraan heeft zij ten grondslag gelegd dat de bestuurder onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door een besluit te nemen tot dividenduitkering terwijl het eigen vermogen, ook indien een voorziening zou worden opgenomen voor haar vordering, daarvoor ontoereikend was. De bestuurder voert aan dat Projecten ten tijde van het besluit voldoende middelen had voor voldoening van de vordering van de gemeente, en dat de door Projecten in 2010 geleden verliezen niet konden worden voorzien.

Bij tussenvonnis van 16 maart 2016, (ECLI:NL:RBGEL:2016:1778, OR 2016-0103) is de bestuurder in de gelegenheid gesteld om bij akte toe te lichten dat hij een afwaardering niet heeft voorzien, om te kunnen bepalen of hij wist of redelijkerwijs kon weten dat in verband met een te verwachten verlies er onvoldoende ruimte was voor het dividendbesluit.

In het onderhavige tussenvonnis neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat wat betreft de

rechtsgeldigheid van het dividendbesluit het criterium niet omvat dat in mei 2010 rekening had moeten worden gehouden met wellicht in de toekomst optredende verliezen, omdat ten tijde van het dividendbesluit op grond van artikel 2:216 lid 2 BW (oud) uitsluitend de voorwaarde gold van het gebonden vermogen, dat wil zeggen dat uitkeringen toelaatbaar zijn voor zover het eigen vermogen groter is dan het opgevraagde en gestorte kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. De huidige tekst van artikel 2:216 lid 2 BW is op 1 oktober 2012 in werking getreden en mist daarom toepassing voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het in deze zaak op 20 mei 2010 genomen dividendbesluit, maar dat laat onverlet dat een redelijke wetstoepassing, gebaseerd op de algemene zorgvuldigheidsnormen die voor een algemene vergadering van aandeelhouders in haar relatie tot de vennootschap gelden, met zich brengt dat in geval de algemene vergadering van aandeelhouders wist of redelijkerwijs moest weten dat sinds de balansdatum zodanige verliezen zijn geleden dat de voor uitkering vereiste ruimte niet meer aanwezig is, een uitkering achterwege moet blijven, aldus de rechtbank. Op grond hiervan oordeelt de rechtbank dat er ten tijde van het dividendbesluit inderdaad rekening moest worden gehouden met een afwaardering die in mindering strekt op het vrij uitkeerbaar vermogen, en dat de dividenduitkering binnen de vrije ruimte is gebleven, zodat deze in overeenstemming is met het vereiste in artikel 2:216 BW (oud).

Met betrekking tot de door de gemeente gestelde onrechtmatige daad overweegt de rechtbank dat de gemeente wellicht doelt op het in de jurisprudentie ontwikkelde kader, dat het verlenen van medewerking aan een dividenduitkering een onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurders kan opleveren, indien de continuïteit van de vennootschap daardoor in gevaar komt (HR 8 november 1991, *Nimox/Auditrade*). De rechtbank geeft de gemeente de mogelijkheid om bij nadere akte duidelijk te maken of dit inderdaad haar stelling is, en, zo ja, feiten en omstandigheden aan te dragen waaruit de onrechtmatigheid blijkt.

De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 30-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:6685

Zaaknummer: 286648

Rechters: J.D.A. den Tonkelaar, G.J. Meijer en J.R. Veerman

Advocaten: H.C.M. van Haastert en A.P.J. Blokland

Wetsartikelen: 2:216 lid 2 BW oud en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder/Aabo Trading Deventer B.V.

Vordering van een crediteur van een gefailleerde vennootschap tegen haar gewezen bestuurder tot voldoening van onbetaald gebleven facturen. Het hof oordeelt dat de crediteur onvoldoende heeft gesteld om te oordelen dat de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan frustratie van betaling en verhaal. Evenmin is sprake van een vooropgezette overnamestrategie door de vennootschap te failleren en de werkzaamheden voort te zetten in een andere BV.

Appellant is de bestuurder van bedrijf 1 ('appellant'). Bedrijf 1 is de bestuurder van bedrijf 2. Na een offerteverzoek van appellant – via bedrijf 1 middellijk bestuurder en enig aandeelhouder van bedrijf 2 – heeft Aabo Trading Deventer B.V. ('Aabo'), na een eerdere leveringsstop, materialen en diensten verkocht en geleverd aan bedrijf 2. Bedrijf 2 heeft de daarvoor uitgeschreven facturen niet betaald en is daarna op eigen aangifte failliet verklaard. Uit de boedel valt voor Aabo geen betaling te verwachten. De kantonrechter heeft appellant wegens bestuurdersaansprakelijkheid veroordeeld tot betaling aan Aabo van genoemde facturen.

Het hof stelt voorop dat aansprakelijkheid van appellant als bestuurder van bedrijf 1 uitsluitend kan worden aangenomen langs de weg van artikel 2:11 BW, zodat in de eerste plaats zal moeten worden onderzocht of bedrijf 1 als bestuurder van bedrijf 2 aansprakelijk is jegens Aabo. Het hof onderzoekt of vastgesteld kan worden dat op bedrijf 1 als bestuurder van bedrijf 2 aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW jegens Aabo rust (HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204).

Aabo verwijt appellant onder meer dat deze de bestelling van materialen en diensten bij haar heeft voorbereid en verantwoordelijk dan wel betrokken is bij de plaatsing, terwijl bedrijf 2 toen leveringsmoeilijkheden had en in een moeilijke liquiditeitspositie verkeerde, zodat bedrijf 2, naar appellant wist of behoorde te weten, haar daaruit voortvloeiende verplichting niet zou kunnen nakomen en Aabo daardoor schade zou lijden. Tevens heeft appellant volgens Aabo een vooropgezette overnamestrategie gevolgd door bedrijf 2 te failleren en de

werkzaamheden voort te zetten in een andere vennootschap.

Hoewel het hof wel wil aannemen dat de orderportefeuille van bedrijf 2 destijds slecht was en dat zij voor haar beschikbare liquiditeit sterk afhankelijk was van de opdracht van een derde, oordeelt het hof dat Aabo tegenover de door appellant aangevoerde liquiditeitscijfers in combinatie met de door hem overgelegde gegevens van onderhanden werk en debiteuren/crediteuren onvoldoende gegevens heeft overgelegd waaruit zou kunnen worden afgeleid dat appellant (als bestuurder van bedrijf 1), toen de opdracht werd verstrekt, wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat bedrijf 2 niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en daarvoor geen verhaal zou bieden. Al met al is het hof van oordeel dat Aabo te weinig feitelijke gegevens heeft aangedragen om te oordelen dat appellant ten tijde van de relevante opdracht aan Aabo wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat bedrijf 2 niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden en dat appellant als bestuurder van bedrijf 1 persoonlijk ter zake van de benadeling een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hetzelfde geldt volgens het hof voor de door Aabo gestelde vooropgezette overnamestrategie.

Het hof vernietigt het vonnis van de kantontrechter en wijst het door Aabo gevorderde af.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:9552

Zaaknummer: 200.173.869

Rechters: A.W. Steeg, R.A. van der Pol en Ch.E. Bethlem

Advocaten: M. Rebel en R. Gijsen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Persoonlijke aansprakelijkheid van een feitelijk leidinggevende/gevolmachtigde van een commanditaire vennootschap voor onbetaald gebleven loon en emolumenten van een werknemer van de CV. De rechtbank zoekt aansluiting bij het criterium voor de aansprakelijkheid van bestuurders van een besloten vennootschap, en oordeelt dat eiser daartoe onvoldoende heeft gesteld. Evenmin is volgens de rechtbank sprake van vereenzelviging; dat een Engelse vennootschap beherend vennoot is van een Nederlandse CV is geen ongebruikelijke of onlogische constructie, vooral niet als de bedrijfsactiviteiten zich (deels) richten op de Engelse markt.

Eiser ('X') is als handelsvertegenwoordiger in dienst getreden van de commanditaire vennootschap ('CV'). CV houdt zich bezig met de handel in supportersartikelen. Beherend vennoot van CV is een Engelse limited company ('Ltd.'). In het Nederlandse handelsregister is geregistreerd dat gedaagde ('Y') volledig gevolmachtigd is CV te vertegenwoordigen. Y is eveneens bestuurder van Ltd. Nadat X de arbeidsovereenkomst met CV heeft opgezegd, heeft X in kort geding gevorderd dat CV en Ltd. hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van – kort gezegd – achterstallig loon en emolumenten. Deze vordering is bij verstekvonnis toegewezen. Na executoriaal beslag ten laste van CV onder ING Bank, deelde de ING Bank mede dat zij geen gelden van CV onder zich heeft.

X heeft vervolgens Y persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade. Bij verstekvonnis is Y veroordeeld tot betaling van – kort gezegd – de schade en de proceskosten. In de onderhavige procedure is Y hiertegen in verzet gekomen.

De rechtbank zoekt voor de vraag of Y als feitelijk leidinggevende/volledig gevolmachtigde van CV (tevens bestuurder van de beherend vennoot Ltd.) persoonlijk aansprakelijk is voor de door X geleden schade, aansluiting bij het criterium voor de aansprakelijkheid van bestuurders van een besloten vennootschap. De rechtbank is van oordeel dat X onvoldoende

feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die de wetenschap bij Y, dat CV niet zou kunnen voldoen aan de loonbetalingsverplichting en ook geen verhaal zou bieden, concreet ondersteunen. Y heeft onweersproken gesteld dat hij zich namens Ltd. vooral zou bezighouden met de Engelse markt/voetbalcompetitie, dat de verwachting bestond dat ook goede zaken in Nederland zouden kunnen worden gedaan en dat X zich daarop zou richten. Dat Y bij de indiensttreding van X wist of had kunnen weten dat geen resultaten zouden worden behaald op de Nederlandse markt en het loon van X daarom niet zou kunnen worden betaald, is volgens de rechtbank gesteld noch gebleken. Overigens is ook niet gebleken dat Y een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van het niet nakomen van contractuele verplichtingen door CV. De enkele omstandigheid dat alleen Y namens CV de loonbetalingen kon verrichten en deze betalingen achterwege zijn gebleven is onvoldoende om persoonlijke aansprakelijkheid van Y aan te kunnen nemen, aldus de rechtbank.

Naar het oordeel van de rechtbank bestaat er in het onderhavige geval ook geen grond voor vereenzelviging. Uit de gestelde en gebleken feiten en omstandigheden kan niet worden afgeleid dat Y misbruik maakt van het identiteitsverschil tussen hem en de vennootschappen, met het oogmerk om X te benadelen. Dat een Engelse vennootschap beherend vennoot is van een Nederlandse CV is volgens de rechtbank geen ongebruikelijke of onlogische constructie, vooral niet in een geval als het onderhavige, waarin de bedrijfsactiviteiten zich (deels) richten op de Engelse markt. Dat Y zowel CV als Ltd. vertegenwoordigt is voor de rechtbank niet voldoende om misbruik van identiteitsverschil en vereenzelviging te kunnen aannemen.

De rechtbank vernietigt het verstekvonnis en wijst de vorderingen van X alsnog af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:10090

Zaaknummer: 5102727 CV EXPL 16-22001

Rechters: Th. Veling

Advocaten: R.P.M. van Janse Mantgem en W.H.J. Luijter

Wetsartikelen: 3:44 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

**Stichting Obligatiehouders Rijnvast/Rijnvast
Obligatiefonds Duitsland I B.V.**

Kort geding tussen de obligatiehouders en het obligatiefonds tot verstrekking van informatie en bescheiden naar aanleiding van een voorgenomen afwikkeling van de obligatielening. De voorzieningenrechter beveelt het obligatiefonds om de gevorderde gegevens en bescheiden te verstrekken.

Rijnvast Obligatiefonds Duitsland I B.V. ('Rijnvast') houdt zich onder meer bezig met het beleggen van vermogen in en het exploiteren van onroerende zaken. Deze onroerende zaken zijn deels gefinancierd door middel van een obligatielening, verdeeld over 420 obligaties. Deze obligaties worden gehouden door tachtig particuliere Nederlandse beleggers. De Stichting Obligatiehouders Rijnvast ('de Stichting') behartigt de gezamenlijke belangen van de obligatiehouders en heeft ook tot doel het verkrijgen en zo nodig uitwinnen van de ten behoeve van hen gevestigde zekerheidsrechten, te weten hypotheek op voormelde onroerende zaken. De tussen partijen geldende rechten en verplichtingen zijn vastgelegd in een prospectus. In september 2016 heeft Rijnvast een overeenkomst getekend voor de verkoop van een van de onroerende zaken. Voorts heeft Rijnvast, zonder de Stichting daarin te kennen, alle obligatiehouders een voorstel gedaan inhoudende dat Rijnvast Beheer B.V. alle obligaties overneemt tegen uitbetaling van de volledige inzet en een rendement over de volledige periode van ruim vier procent, waarbij het hypotheekrecht van de Stichting (voor de vorderingen van de obligatiehouders op Rijnvast) wordt prijsgegeven zonder gelijktijdige voldoening van de obligatiehouders. De obligatiehouders zouden een niet door enige zekerheid gedekte vordering op Rijnvast Beheer B.V. krijgen.

In het onderhavige kort geding vordert de Stichting diverse stukken (onder meer) met betrekking tot de onroerende zaak. De Stichting legt hieraan ten grondslag dat Rijnvast tekortschiet in de op haar rustende informatieverplichting en dat de Stichting haar taken hierdoor niet naar behoren kan vervullen. Volgens de Stichting maakt Rijnvast met het hiervoor genoemde voorstel misbruik van haar bevoegdheid, en worden de obligatiehouders

opzettelijk misleid, ontdaan van hun zekerheid en verleid genoeg te nemen met minder dan waarop ze op grond van de prospectus recht hebben. Rijnvast heeft onder meer aangevoerd dat de Stichting niet-ontvankelijk is omdat zij niet eerst een vergadering van obligatiehouders bijeen heeft geroepen.

De voorzieningenrechter oordeelt vooreerst dat de Stichting ontvankelijk is, omdat de wijze waarop Rijnvast voornemens is de obligatielening af te wikkelen potentieel grote risico's voor de obligatiehouders inhoudt (nu hun vorderingen thans zijn afgedekt door het hypotheekrecht, terwijl dit recht in het voorstel wordt prijsgegeven zonder dat de obligatiehouders gelijktijdig worden voldaan en de obligatiehouders slechts een persoonlijke onverzekerde vordering op Rijnvast Beheer B.V. krijgen), in welke situatie de Stichting, ook als hypotheekhouder, gehouden is op te komen voor de behartiging van de belangen van de obligatiehouders.

Ten gronde overweegt de voorzieningenrechter dat vaststaat dat Rijnvast haar verplichting tot het verschaffen van informatie en tot het ter beschikking stellen van stukken aan de Stichting niet is nagekomen. Gelet op de mogelijk nadelige situatie voor de obligatiehouders is de Stichting – aldus de voorzieningenrechter – op goede gronden deze procedure begonnen.

De voorzieningenrechter beveelt Rijnvast onder meer om de jaarrekening over 2015 alsmede de koopovereenkomst met betrekking tot de onroerende zaak aan de Stichting toe te zenden.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 11-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:6746

Zaaknummer: 310140

Rechters: R.J.B. Boonekamp

Advocaten: S.J.B. Drijber en P.J.A. Plattel

RECHTSPRAAK

Eiser/Arubaanse Luchtvaart Maatschappij c.s.

Caribische zaak. (Ver)koop aandelen in de Arubaanse Luchtvaart Maatschappij N.V. ('ALM'). Het gerecht in eerste aanleg stelt eiser in de gelegenheid om zich nader uit te laten over het beroep van gedaagde 2 op opschorting van zijn (laatste) betalingsverplichting en de vraag in hoeverre sprake was van de verplichting om 'gelijk over te steken' (HR 11 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7195).

Deze zaak heeft betrekking op een aandelenkoopovereenkomst ('SPA') bestaande uit vier samenhangende – maar naar rechtsgevolg ook los te beschouwen – overeenkomsten over een aandelenpakket van 45 procent in de Arubaanse Luchtvaart Maatschappij N.V. ('ALM') tussen gedaagde 2 als juridisch verkoper, drie personen ('X') als feitelijke verkopers en eiser als koper. Bij tussenvonnis is overwogen dat voorshands bewezen is dat eiser heeft betaald voor de aandelen.

In het onderhavige tussenvonnis oordeelt het gerecht dat gedaagde 2 onmiddellijk in verzuim verkeerde, omdat hij niet aan zijn contractuele verplichting heeft voldaan om de aandelen aan eiser te leveren, en dat aan gedaagde 2 niet het recht toekwam om de overeenkomst nadien te ontbinden omdat een deel van de lening niet aan ALM was verstrekt, een deel van de aan ALM te verstrekken lening niet aan Pro Care Services N.V. was voldaan dan wel een deel van de koopsom voor het extra aandelenpakket nog niet was betaald. Ten aanzien van het beroep dat door gedaagde 2 bij conclusie na comparitie is gedaan op opschorting van zijn (laatste) betalingsverplichting verwijst het gerecht de zaak naar de rol voor nadere conclusie zijdens eiser op dit punt. Daarbij dient eiser volgens het gerecht nader in te gaan op de vraag in hoeverre sprake was van de verplichting om 'gelijk over te steken'.

Instantie: Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba

Datum uitspraak: 09-11-2016

ECLI: ECLI:NL:OGEAA:2016:790

Zaaknummer: A.R. 1537 van 2013

Rechters: W.J. Noordhuizen

Advocaten: I. Wever, G. Rep en R.F. van den Heuvel

Wetsartikelen: 6:265 BW, 6:213 BW, 6:81 e.v. BW en 6:38 BW

RECHTSPRAAK

Mahmoud Haider & Sons Trading & Contracting Co. en Cordial N.V./Bab Al-Mustaqbal Real Estate co.

Caribische zaak. Vordering tot uitkoop van een minderheidsaandeelhouder. Het gerecht in eerste aanleg houdt de uitkoopprocedure aan in afwachting van de uitkomst van het cassatieberoep tegen een afgewezen enquêteverzoek.

Mahmoud Haider & Sons Trading & Contracting Co. ('MHS') en Al-Mustaqbal Real Estate Co. ('Bab') zijn investeringsmaatschappijen, die in het jaar 2008 een meerderheids-, respectievelijk een minderheidsbelang in zowel Curaçao Cordial N.V. ('Cordial') als Curaçao Turnham N.V. ('Turnham') hielden. Zij zijn tevens houdstermaatschappijen aan de top van een groep waarin wordt belegd in onroerend goed. Intertrust heeft als enig bestuurder van Cordial en Turnham aandelen in deze vennootschappen uitgegeven aan A, waardoor het door Bab gehouden belang is verminderd van vijftien procent tot minder dan 0,01 procent. A en Cordial hebben een uitkoopprocedure in de zin van artikel 2:250 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao (BWC) geëntameerd tegen Bab, die op haar beurt het Gemeenschappelijk Hof van Justitie heeft verzocht een enquête te gelasten naar het beleid en de gang van zaken bij Cordial en Turnham. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie heeft het verzoek afgewezen op grond van rechtsverwerking, omdat Bab niet heeft voldaan aan de plicht haar bezwaren kenbaar te maken als bedoeld in artikel 2:273 BWC. Daartegen heeft Bab cassatieberoep ingesteld.

Het gerecht overweegt dat de beslissing over de onderhavige uitkoopprocedure moet worden aangehouden in afwachting van de uitkomst van het cassatieberoep, omdat het door MHS en Cordial gestelde belang bij uitkoop niet zwaarder weegt dan het door Bab gestelde belang bij aanhouding.

Het gerecht verwijst de zaak naar de parkeerrol voor akte uitlating na uitspraak van de Hoge Raad.

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 07-11-2016

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2016:113

Zaaknummer:

Rechters: P.E. de Kort

Advocaten: R.G. Saleh, C. de Bres en P.M. Noordhoek

Wetsartikelen: 2:250 BW

RECHTSPRAAK

Verzoekers/Trap en Constructie Werken Twente B.V.

Verzoek tot faillietverklaring van een reeds ontbonden vennootschap. De rechtbank oordeelt dat, aangezien een rechtspersoon ophoudt te bestaan indien er op het moment van ontbinding geen baten meer aanwezig zijn (art. 2:19 lid 4 BW), beoordeeld moet worden of summierlijk is gebleken van een vorderingsrecht, alsmede of er feiten en omstandigheden zijn die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn.

Deze zaak betreft een verzoek tot faillietverklaring van de vennootschap Trap en Constructie Werken Twente B.V., die blijkens het uittreksel van de Kamer van Koophandel is ontbonden.

De rechtbank neemt tot uitgangspunt dat op grond van artikel 2:19 lid 4 BW een rechtspersoon ophoudt te bestaan, indien er op het tijdstip van ontbinding geen baten meer aanwezig zijn, zodat wanneer het faillissement van een ontbonden vennootschap wordt aangevraagd, de rechtbank dient te beoordelen of summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van verzoekers en of er feiten en omstandigheden zijn, die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, zodat het faillissement kan worden uitgesproken. Te dien aanzien komt de rechtbank tot het oordeel dat het vorderingsrecht niet is weersproken, alsmede dat het niet onaannemelijk is dat er sprake is van meerdere debiteuren die nog niet aan de vennootschap betaald hebben en dat er een vordering wegens actio pauliana of bestuurdersaansprakelijkheid tegen de gewezen bestuurder kan worden ingesteld.

De rechtbank wijst het verzoek toe.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 02-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:4205

Zaaknummer: 189978 / FT RK 16-984

Rechters: M.C. Bosch

Advocaten: H.E. ter Horst

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

X/VOF-Y

Een gewezen werknemer vordert betaling van loon en emolumenten op grond van overgang van onderneming. De rechtbank oordeelt dat daarvan geen sprake is, nu diverse werknemers pas na het faillissement bij de andere onderneming in dienst zijn getreden, te verklaren is waarom de nieuwe onderneming in hetzelfde beroepenveld werkzaam is en er weinig materiële activa zijn overgenomen.

Echtgenoten Z en Z1 zijn vennoten van de sinds 1995 gedreven vof. In de registers staat vermeld dat de vof zich bezighoudt met 'dakdekken en bouwen van dakconstructies'. Z1 is daarnaast enig aandeelhouder en bestuurder van onderneming Y. Y had geen eigen activa en leende personeel in bij de vof. Eiser is sinds 2005 aaneengesloten in dienst geweest bij de vof in de functie van voorman. In januari 2015 is er een statutenwijziging bij Y en neemt dochter Z2 de functie van Z1 bij Y over. De aandelen zijn voor € 10 overgedragen. Als activiteiten van Y worden genoemd de exploitatie van een organisatie- en adviesbureau, het aannemen van particulier onderhoud van daken, het uitoefenen van een bouwbedrijf gericht op onderhoud, nieuwbouw en verbouw in het algemeen en de in- en verkoop van (bouw)materialen. Op 27 januari 2015 heeft de rechtbank het faillissement van de vof, Z en Z1 uitgesproken. Z was vanaf augustus 2005 in dienst geweest bij de vof. De curator heeft na het faillissement alle lopende dienstverbanden opgezegd. De opzegging aan eiser is hem op 28 januari 2015 aangezegd.

In de onderhavige procedure vordert eiser van Y achterstallig loon, vakantiegeld, uitbetaling van zijn openstaande verlofdagen en eindejaarsuitkeringen. Daaraan legt hij ten grondslag dat er sprake is van een overgang van onderneming per 14 januari 2015, mede omdat op en na 12 januari 2015 een wezenlijk deel van het personeel van de vof naar Y is overgegaan, de aard van de onderneming en de werkzaamheden overeenkomen, er grote financiële verwevenheid is tussen de vof en Y, tussen Z1 en Z2 een familieband bestaat en er materiële activa en een groot deel van de klanten van de vof zijn overgegaan naar Y.

De kantonrechter stelt voorop dat uit vaste rechtspraak van het HvJ EU volgt dat voor het

antwoord op de vraag of sprake is van een overgang in de zin van de Richtlijn 2001/23/EG beslissend is of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft, waartoe onderzocht moet worden of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, hetgeen met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsmiddelen. In dit verband moet volgens de rechtbank rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die betrokken transactie kenmerken.

De kantonrechter komt tot het oordeel dat van een overgang van onderneming geen sprake is. Daartoe overweegt de kantonrechter onder meer dat de omstandigheid dat diverse (maar niet een wezenlijk deel van de) werknemers van de vof na faillissement bij Y in dienst zijn getreden, gelet op het bepaalde in artikel 7:666 BW niet relevant is omdat het gaat om werknemers wiens arbeidsovereenkomsten met de vof na het faillissement door de curator zijn opgezegd en die daarna met toestemming van de curator bij Y in dienst zijn getreden, terwijl voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een overgang van onderneming uitsluitend gekeken dient te worden naar de situatie ten tijde van het faillissement. Voorts acht de kantonrechter de verklaring van Y waarom zij in dezelfde branche opereert als de vof niet onaannemelijk en heeft eiser niet aan zijn stelplicht voldaan wat betreft zijn stellingen dat materiële activa zijn overgegaan en bedrijf Y na de aandelenoverdracht in volle gang van start is gegaan. De kantonrechter acht deze stellingen onvoldoende gemotiveerd. Dat er vraagtekens zijn te plaatsen bij het tijdstip van de aandelenoverdracht, mede gelet op de familieband en de financiële verwevenheid tussen de vof en Y in de periode voorafgaand aan het faillissement, acht de kantonrechter onvoldoende.

De kantonrechter wijst de vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 19-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:9405

Zaaknummer: 4856575 / CV EXPL 16-1762

Rechters: M. Hoedervoogt

Advocaten: P. van Keulen en J.G. Schmidt

Wetsartikelen: 7:666 BW en 40 Fw

RECHTSPRAAK

DR Systemen B.V.

Verzet van de curator tegen faillissement op eigen aangifte wegens (nagenoeg) lege boedel. De rechtbank acht het verzet ongegrond, omdat het gezien de korte verzettermijn en het aantal bestede uren niet aannemelijk is dat de waarnemend curator een deugdelijk onderzoek heeft gedaan naar de vermogenssituatie van de gefailleerde. Daarnaast is de waarnemend curator niet door de rechtbank benoemd en blijkt ter zitting dat zij een tegenstrijdig belang had waarvan de rechtbank niet op de hoogte was gesteld.

Opposant, de waarnemend curator van DR Systemen B.V., is in verzet gekomen tegen een eigen faillissementsaanvraag van die vennootschap omdat de boedel geen actief bevat.

De rechtbank overweegt dat op grond van het eerste lid van artikel 10 Fw een schuldeiser of een belanghebbende bevoegd is om verzet in te stellen tegen een faillietverklaring. De rechtbank verklaart de waarnemend curator ontvankelijk in haar verzet onder verwijzing naar HR 18 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3636), waarin is beslist dat de curator ook als belanghebbende kan worden aangemerkt, wanneer het verzet wordt ingesteld op grond van de stelling dat de boedel vrijwel geen baten bevat en ook niet te verwachten is dat er nog baten verkregen zullen worden.

Ten gronde overweegt de rechtbank dat in deze procedure niet de curator in verzet komt maar een plaatsvervangende kantoorgenote als waarnemend curator. De rechtbank acht de waarnemend curator niet geslaagd in het bewijzen van de stelling dat er geen activa aanwezig zijn in de boedel. Niet aannemelijk is dan dat er nog activa verkregen zullen worden. De rechtbank oordeelt ten eerste dat het de primaire taak is van de curator om met gegrondheid een onderzoek naar de activa van de gefailleerde in te stellen. De rechtbank overweegt dat een dergelijk onderzoek onder meer kan plaatsvinden door het horen van de schuldenaar, een boekenonderzoek, het nakijken van (de deugdelijkheid van) de bedrijfsadministratie op debiteuren en lopende contracten, enzovoort. Door de korte verzettermijn van veertien dagen

en de overgelegde urenoverzichten acht de rechtbank het niet mogelijk dat de (waarnemend) curator in staat is geweest om een deugdelijk onderzoek naar aanwezige en te verwachten baten te verrichten. Uit de overgelegde urenoverzichten blijkt dat er op datum van instellen van verzet in totaal negen uur aan werkzaamheden is besteed, waarbij na 2,5 bestede uren intern overleg werd gevoerd over het instellen van het verzet. De rechtbank overweegt verder dat uit de overgelegde stukken blijkt dat de (waarnemend) curator niet alle mogelijkheden om actief te achterhalen heeft benut.

Ten tweede heeft de curator niet zelf een onderzoek verricht en ook niet zelf de beslissing tot het instellen van verzet genomen; zij was met vakantie vanaf de datum van faillissementsuitspraak. Zonder dat de rechtbank of de rechter-commissaris dit wist, is de curator vervangen door haar kantoorgenote. De geopposeerde heeft ter zitting betoogd dat deze kantoorgenote een tegenstrijdig belang heeft, omdat zij enkele jaren geleden als advocate van de ex-partner van de bestuurder van gefailleerde heeft opgetreden in een procedure in een echtscheiding. De rechtbank had, wist zij van dit tegenstrijdig belang, deze kantoorgenote niet aangesteld als waarnemend curator. De rechtbank rekent het haar dan ook aan dat zij zonder consent als waarnemend curator optreedt, terwijl alleen de rechtbank de bevoegdheid heeft om (waarnemende) curatoren te benoemen, zo benadrukt de rechtbank in het vonnis.

De rechtbank verklaart het verzet ongegrond.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 02-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:10516

Zaaknummer: C/03/223129/16.914, F o/16/223

Rechters: J.J. Groen

Advocaten: J.T.J. Gorissen en M. Strijks

Wetsartikelen: 10 Fw