

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 05, 2017

Nummer 5, 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:2017:363](#) 03-03-2017

Curator/Verweerster

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:357](#) 03-03-2017

Deus Ex Machina

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:361](#) 03-03-2017

Deus Ex Machina

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:275](#) 17-02-2017

Fruitexporteur

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:304](#) 21-02-2017

Autom8-IT B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:464](#) 14-02-2017

Avast/AVG

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:1017](#) 14-02-2017

Vebu (niet meegedeelde turboliquidatie)

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:283](#) 02-02-2017

A c.s./DCS en Ortus

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:213](#) 31-01-2017

Suncycle Holding

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:209](#) 23-01-2017

Kaal Masten B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:95](#) 19-01-2017

The Brandsense B.V./Van Huis Uit Holding B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:94](#) 12-01-2017

Royaums

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5496](#) 20-12-2016

Curator Whermo B.V./geïntimeerden

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5502](#) 20-12-2016

Haarsma Beleggingen/Orthocenter N.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5506](#) 20-12-2016

Geïntimeerde/UWV

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5153](#) 29-11-2016

Renaissance Infrastructure B.V./Ballast Nedam

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:9492](#) 25-11-2016

X & STAK/CL & Egeria

RECHTSPRAAK

Deus Ex Machina

Cassatieberoep tegen door de OK getroffen onmiddellijke voorziening tot benoeming van een bestuurder in de enquêteprocedure Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V. door de Hoge Raad verworpen met toepassing van artikel 81 lid 1 RO. Samenhang met OR Updates 2017-0079.

Verzoeksters tot cassatie zijn Deus Ex Machina B.V. ('DEM'), JKS Holding BV en Stichting Administratiekantoor DEM. Verweerder in cassatie is een Amerikaans staatsburger, woonachtig in de VS. De ondernemingsactiviteiten van DEM zijn ondergebracht in verschillende deelnemingen, die zich bezighouden met het aanbieden van vaste telefonie, telecomdiensten, een aankoopservice en de verkoop van verzekeringen. Verweerder hield aandelen in DEM, heeft tot 2010 actief meegewerkt in DEM en wilde vervolgens enig aandeelhouder zijn. Hij startte in 2013 een procedure tot uittreding op grond van artikel 2:343 BW, onder meer omdat hij niet goed geïnformeerd werd over een herstructurering. Verweerder heeft vervolgens in 2015 een enquêteverzoek gedaan. De OK heeft dit verzoek ingewilligd. Daarbij is bij wijze van onmiddellijke voorziening een tijdelijke bestuurder benoemd. DEM c.s. heeft hiertegen beroep in cassatie ingesteld.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO.

A-G Timmerman geeft in zijn conclusie vóór deze beschikking, dat tevens strekt tot verwerping, allereerst aan dat het treffen van onmiddellijke voorzieningen in de zin van artikel 2:349a lid 2 BW een discretionaire bevoegdheid van de Ondernemingskamer is. De OK hoeft een onmiddellijke voorziening slechts beperkt te motiveren, zowel vanwege het karakter van een onmiddellijke voorziening als vanwege de discretionaire bevoegdheid van de OK. Hogere eisen mogen gesteld worden aan de motivering naarmate de onmiddellijke voorziening een ingrijpender karakter kent.

De eerste klacht van DEM c.s. ziet op het feit dat de Ondernemingskamer door het benoemen van een bestuurder op grond van artikel 2:349a lid 2 BW, zonder een beperking van diens takenpakket, heeft miskend dat sprake is van het ontbreken van voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW, van misbruik van enquêterecht in de zin van artikel 3:13 BW en/of van

strijd met artikel 6 EVRM, omdat verweerder aan zijn verzoek tot het treffen van de voorziening zijn eigen belang ten grondslag heeft gelegd, om door toedoen van een in de vennootschap te benoemen functionaris in een andere, reeds aanhangige procedure te bewerkstelligen dat een (proces)beleid in zijn voordeel wordt gevoerd. Volgens A-G Timmerman miskennen DEM c.s. met hun beroep op artikel 6 EVRM niet alleen de onafhankelijke positie van een door de OK aangestelde bestuurder, maar ook het feit dat de bestuurder zich bij zijn taak dient te richten naar het vennootschappelijk belang, dat in de regel vooral wordt bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de aan de vennootschap verbonden onderneming. Ten aanzien van de beperking van het takenpakket, zegt de A-G dat dit tot de discretionaire bevoegdheid van de OK hoort. Ook de motiveringsklachten van DEM c.s. dienen volgens A-G Timmerman te falen, gelet op de discretionaire bevoegdheid van de OK.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 03-03-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:361

Zaaknummer: 16/01856

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, T.H. den Tanja-van Broek, M.V. Polak en M.J. Kroeze

Advocaten: E.M. Tjon-En-Fa en F.E. Vermeulen

Wetsartikelen: 81 RO en 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Autom8-IT B.V.

Dividenduitkering zonder besluit van de algemene vergadering door een van de bestuurders van de vennootschap. Het hof wijst de vordering op grond van onverschuldigde betaling toe.

X en Y hebben beiden een persoonlijke holding ('BV X' respectievelijk 'BV Y'). Deze vennootschappen hebben in mei 2009 een joint venture opgericht ('BV') waarin zij ieder 50 procent van de aandelen bezitten en waarvan zij gezamenlijk bestuurders zijn. Y heeft op 3 december 2013 van de bankrekening van de BV een bedrag van € 47.500 aan zowel BV Y als BV X overgemaakt onder vermelding van 'Interimdividend'. De advocaat van X heeft BV Y gesommeerd om het bedrag van € 47.500 aan de BV terug te betalen. Sinds 2013 hebben X en Y vergeefs overleg gevoerd over de verbreking van de samenwerking, waaronder de verkoop en overdracht van de door BV Y gehouden aandelen in de BV aan BV X. In het onderhavige geding vordert BV X dat BV Y wordt veroordeeld tot terugbetaling van het dividend, subsidiair tot schadevergoeding wegens onbehoorlijke taakvervulling. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen, daartoe overwegende dat partijen al geruime tijd in overleg waren over de afwikkeling van de samenwerking, BV X pas drie maanden na het doen van de uitkering heeft geprotesteerd en BV Y daarom mocht veronderstellen dat de uitkering de goedkeuring had van het bestuur, zodat van een onrechtmatige onttrekking noch van bestuurdersaansprakelijkheid sprake is. In hoger beroep voert BV X aan dat uit niets blijkt dat er een besluit tot uitkering is genomen door het daartoe bevoegde orgaan.

Het hof overweegt dat gesteld nog gebleken is dat een bijeenroeping van de algemene vergadering heeft plaatsgevonden. Een vermelding in de statuten dat de winst 'ter vrije beschikking van de AV' staat, brengt niet mee dat voor uitkering geen besluit van de AV is vereist. Voor een buiten de vergadering genomen besluit is schriftelijke vastlegging van de wijze waarop de aandeelhouders hebben gestemd noodzakelijk, terwijl gesteld noch gebleken is dat dit is gebeurd. Het hof overweegt verder dat de uitkering aan ieder van de aandeelhouders onverschuldigd is betaald, zodat de BV een vordering op BV Y heeft ter hoogte van het aan haar uitgekeerde bedrag.

BV Y betoogt dat het beroep van de BV op het ontbreken van een aandeelhoudersbesluit en het ontbreken van een goedkeuringsbesluit van het bestuur op grond van artikel 2:216 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de vennootschap na de uitkering niet in betalingsproblemen is gekomen, aangezien er geen (betalings)verplichtingen waren en de BV geen activiteiten meer ontplooit. Te dien aanzien overweegt het hof dat duidelijk is dat de BV ofwel ontbonden en vereffend dient te worden, ofwel dat een van beide aandeelhouders de ander zal moeten uitkopen, maar dat zulks onvoldoende zwaarwegend is om te kunnen oordelen dat het beroep op de voornoemde dwingendrechtelijke bepaling onaanvaardbaar is. Verder stelt BV Y zich op het standpunt dat zij al aan de vordering tot terugbetaling heeft voldaan door het verschuldigde op de rekening van de stichting derdengelden van haar advocaat te storten, maar het hof overweegt dat deze storting niet voldoet aan de vordering tot betaling aan de BV, die geen genoeg hoeft te nemen met een storting 'in escrow' bij een derde.

Het hof overweegt verder dat nu de BV stelt dat haar schade bestaat uit het aan BV Y uitgekeerde bedrag en zij dit bedrag vordert wegens onverschuldigde betaling, er geen grond meer bestaat voor een op artikel 2:9 BW gebaseerde vordering. De andere verwijten aan het adres van BV Y (het bewaken van de fiscale positie van de BV en het onthouden van een corporate opportunity) zijn volgens het hof nauwelijks onderbouwd en kunnen daarom niet tot het oordeel leiden dat BV Y een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Het hof vernietigt het bestreden het vonnis.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 21-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:304

Zaaknummer: 200.182.230/01

Rechters: H.J. Vetter, A.J.M.E. Arpeau en M.J. van Cleef-Metsaars

Advocaten: S.W. Claassen en M.H. den Otter

Wetsartikelen: 2:216 lid 1 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Vebu (niet meegedeelde turboliquidatie)

Aansprakelijkheid van aandeelhouder/bestuurder respectievelijk middellijk/feitelijk bestuurder van een vennootschap op grond van onrechtmatige daad voor de door een derde geleden schade als gevolg van het niet mededelen van een turboliquidatie (art. 2:19 lid 4 BW).

Geïntimeerden, Vebu B.V. ('Vebu') en haar bestuurder Vebu Holding B.V. ('Holding'), houden zich bezig met advisering voor installaties in nieuwbouw- en renovatieprojecten. Bedrijf A is eveneens actief als adviseur in de bouwsector en heeft twee dochtervennootschappen, C en D, waarvan appellant sub 3 (middellijk) bestuurder is. Vebu en C zijn in 2008 een vof aangegaan, maar besloten in 2010 deze te beëindigen en de vof juridisch en feitelijk te integreren in het concern. Daartoe is in een beëindigingsovereenkomst afgesproken dat D voor de overname van het aandeel van Vebu in de activa van de vof een bedrag aan Vebu en aan de Holding in termijnen zou betalen. De beëindigingsovereenkomst vermeldt voorts dat C zich mede hoofdelijk aansprakelijk stelt jegens Vebu en de Holding voor de nakoming door D. De termijnen zijn evenwel niet volledig voldaan. C is nadien ontbonden zonder vereffening. Van deze turboliquidatie en de uitvoering daarvan is Vebu niet op de hoogte gesteld. Vervolgens is D failliet verklaard.

In de onderhavige procedure vorderen Vebu en Holding hoofdelijke veroordeling van appellanten (A, B en hun middellijk bestuurder) om aan Holding het resterende bedrag te betalen. Daartoe hebben zij aangevoerd dat A als aandeelhouder en bestuurder van C en appellant sub 3 als eindverantwoordelijke en als bestuurder van A de turboliquidatie van C hebben bewerkstelligd en daarmee onrechtmatig hebben gehandeld jegens Holding. De rechtbank heeft in conventie geoordeeld dat A en de bestuurder onrechtmatig hebben gehandeld door te besluiten C te ontbinden en aansprakelijk zijn voor de daardoor door Holding geleden schade.

In het principaal hoger beroep staat de vraag centraal of A en haar bestuurder hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens geïntimeerden. Het hof komt in het voetspoor van de rechtbank tot een bevestigende beantwoording daarvan. Daartoe overweegt het hof dat het voor A en haar

bestuurder kenbaar was dat het opnemen van C als borg/hoofdelijk aansprakelijke partij in de beëindigingsovereenkomst voor Holding en Vebu essentieel was met het oog op het verkrijgen van financiële zekerheid voor hun vordering op D, en dat die extra zekerheid verviel door de turboliquidatie van C. Het hof overweegt verder dat appellant sub 3 kan worden gezien als feitelijk bestuurder van C, zodat A en haar bestuurder beiden bij de totstandkoming van de beëindigingsovereenkomst betrokken waren, en de gedragingen en kennis van appellant sub 3 aan A kunnen worden toegerekend. Volgens het hof zijn geïntimeerden niet in de gelegenheid gesteld om maatregelen te treffen ter voorkoming van de benadeling van hun verhaalspositie, terwijl appellanten wisten en/of redelijkerwijze hadden behoren te begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelwijze tot gevolg zou hebben dat C haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden. Aldus is het hof van oordeel dat A en appellant sub 3 als aandeelhouder en als bestuurder respectievelijk indirect en feitelijk bestuurder van C ieder een persoonlijk ernstig verwijt treft ter zake van de schade van Holding als gevolg van de turboliquidatie van bedrijf C.

Het hof bekrachtigt in het principaal hoger beroep het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:1017

Zaaknummer: 200.159.192

Rechters: H.C. Frankena, I. Brand en B.F. Assink

Advocaten: F.W. Aartsen en G. Dietz

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Suncycle Holding

OK, enquête. Partijen verzoeken gezamenlijk om een deel van de onmiddellijke voorzieningen te beëindigen en om nieuw uitgegeven aandelen ten titel van beheer over te dragen om te voorkomen dat de houders van de nieuw uitgegeven aandelen hun rechten als aandeelhouders kunnen uitoefenen buiten het beheersregime van de OK.

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Suncycle en voor de duur van het geding een tijdelijke bestuurder en beheerder benoemd. Thans verzoeken Lightco Holdings Inc., Suncycle Holding N.V. ('Suncycle'), Peaxe B.V., Cocoonit B.V., Axe B.V., Samaya Os Holding B.V., A, B, C, D en E de OK een viertal verzoeken in te willigen. De achtergrond daarvan is als volgt. Suncycle, Peaxe, Axe, D, E en A hebben op 28 september 2015 een Settlement Agreement gesloten. Ter uitvoering daarvan zal Peaxe al haar aandelen in Suncycle overdragen aan Axe en aan A (ieder bij helfte). Ter vermijding van enige discussie over de rechtsgeldigheid van deze overdracht verzoekt Suncycle om de overdracht ten titel van beheer van de door Peaxe gehouden aandelen in Suncycle te beëindigen, waarna Peaxe die aandelen zal leveren aan Axe respectievelijk aan A. Vervolgens zal Axe ter verdere uitvoering van de Settlement Agreement de aldus verkregen aandelen doorleveren aan Suncycle. Teneinde ook die alsdan door A gehouden aandelen in Suncycle in het eerder door de Ondernemingskamer getroffen beheersregime te brengen, verzoekt Suncycle te bepalen dat die aandelen ten titel van beheer onmiddellijk na de overdracht aan A zullen zijn overgedragen aan Schutte. Om in de financiering van de vennootschap te voorzien is bij aandeelhoudersbesluiten voorzien in nieuwe uitgften van aandelen in Suncycle aan bestaande aandeelhouders. Suncycle verzoekt daarom om de bij notariële akten uitgegeven aandelen ten titel van beheer over te dragen aan Wolters en Schutte voor de aandelen van Lightco, Samaya en A. Dit verzoek beoogt te voorkomen dat de houders van de nieuw uitgegeven aandelen hun rechten als aandeelhouder kunnen uitoefenen buiten het door de Ondernemingskamer getroffen beheersregime.

De Ondernemingskamer zal de verzoeken inwilligen nu alle bij deze procedure betrokken partijen hebben ingestemd met Suncycles verzoeken.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 31-01-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:213

Zaaknummer: 200.168.600/05 OK

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

Advocaten: S.C.M. van Thiel, W.D.M. van Tuyll Serooskerken, E.M. Soerjatin, A. Aaryf en D.C.M.H. Vielvoye

Wetsartikelen: 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Royaums

OK, enquête. Vervolg op OR Updates 2016-0296. De OK beëindigt de onmiddellijke voorzieningen ten aanzien van de schorsing van een van de bestuurders, maar handhaaft de schorsing van de andere bestuurder, omdat hij bezig is de vennootschap te ontmantelen en haar activa (niet in haar belang) aan derden over te dragen.

Bij eerdere beschikkingen (11 en 15 november 2016, vgl. OR Updates 2016-0296) heeft de OK beide bestuurders van Royaums B.V. ('Royaums') bij wijze van onmiddellijke voorziening geschorst, voor in ieder geval de duur van het geding, met gelijktijdige benoeming van een tijdelijke bestuurder en overdracht van de aandelen van Royaums (op één na) ten titel van beheer. De tijdelijke bestuurder heeft de OK verzocht zijn aanstelling te beëindigen. Vervolgens verzochten de advocaten van de geschorste bestuurders om beëindiging van de schorsingen.

De OK heeft op 14 december 2016 de tijdelijke bestuurder ontheven uit zijn functie en de geschorste bestuurders en de beheerder van de aandelen in de gelegenheid gesteld zich schriftelijk uit te laten over de voortzetting, praktische uitvoerbaarheid en financiering van de andere getroffen onmiddellijke voorzieningen, met aanhouding van iedere beslissing over de beëindiging van de schorsingen.

In de onderhavige beschikking oordeelt de OK dat de onmiddellijke voorziening ten aanzien van de schorsing van een van de twee bestuurders beëindigd wordt, omdat dat noodzakelijk is om een faillissement van Royaums af te wenden en de continuïteit van de vennootschap te waarborgen. Daarvoor acht de OK het niet nodig dat er een andere tijdelijke bestuurder wordt benoemd. Voorts oordeelt de OK dat de schorsing van de andere bestuurder moet worden gehandhaafd, gelet op de ernstige twijfels die geuit zijn door de tijdelijke bestuurder en beheerder van de aandelen over de bestuurder in relatie tot het belang van Royaums. Volgens de OK wijst dit erop dat hij bezig is Royaums te ontmantelen en de voorraad, liquide middelen, merkenrechten, domeinnamen en socialemediaprofielen van Royaums aan derden over te dragen, terwijl dat niet in het belang van Royaums is. Daarnaast overweegt de OK dat

de bestuurder niet beschikbaar was voor overleg met de tijdelijke bestuurder en beheerder en dat hij niet ter terechtzitting aanwezig was om vragen te beantwoorden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-01-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:94

Zaaknummer: 200.201.244/02 OK

Rechters: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, A.C. Faber en A.J. Wolfs

Advocaten: T. Steffens, T. Welschen en B. Coskun

Wetsartikelen: 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Deus Ex Machina

Cassatieberoep tegen de door de OK getroffen onmiddellijke voorzieningen in de enquêteprocedure Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V. door de Hoge Raad verworpen met toepassing van artikel 81 lid 1 RO. Samenhang met OR Updates 2017-0087.

De OK heeft een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V. (DEM) en als onmiddellijke voorziening de bestuurder van DEM geschorst en een onderzoeker en een tijdelijk bestuurder (verweerder in cassatie) benoemd. Bij latere beschikkingen heeft de OK aanvullende onmiddellijke voorzieningen getroffen waarbij onder andere de aandelen van JKS c.s. in DEM ten titel van beheer zijn overgedragen. In cassatie klagen JKS Holding B.V. ('JKS') en DEM (gezamenlijk: 'DEM c.s.') dat de OK bij het handhaven van de reeds bestaande onmiddellijke voorziening en de aanvullende onmiddellijke voorziening geen rekening heeft gehouden met het ontbreken van voldoende belang (art. 3:303 BW), misbruik van enquêterecht (art. 3:13 BW), artikel 6 EVRM en het proportionaliteitsvereiste, omdat verweerder in cassatie aan zijn verzoek tot het treffen van de voorziening zijn eigen belang ten grondslag heeft gelegd en de OK het takenpakket van bestuurder niet heeft beperkt.

De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

A-G Timmerman concludeerde tot verwerping. Met betrekking tot de afwezigheid van voldoende belang en misbruik van enquêterecht overwoog A-G Timmerman dat het verzoek van verweerder aan de OK om een bestuurder of commissaris aan te stellen teneinde DEM te saneren en de goede verhoudingen binnen DEM te herstellen geen blijk geeft van onvoldoende belang of misbruik van het enquêterecht. Met betrekking tot het beperken van het takenpakket van de bestuurder merkte A-G Timmerman op dat DEM c.s. eraan voorbij gaan dat het treffen van een onmiddellijke voorziening een discretionaire bevoegdheid van de OK betreft, waarvan de merites in cassatie slechts beperkt mogen worden getoetst. Verder overwoog de A-G dat de OK voldoende heeft gemotiveerd dat de onmiddellijke voorzieningen die zijn getroffen in het verlengde lagen van de eerder getroffen onmiddellijke voorziening,

welke voorziening voldeed aan de proportionaliteitseis. De handhaving door de OK van de eerder getroffen onmiddellijke voorzieningen is te herleiden tot het gedrag van bestuurder en meerderheidsaandeelhouder 'betrokkene 1', die de positie van de door de OK aangestelde bestuurder heeft ondermijnd en daarmee de uitvoering van de eerdere beschikking van de OK heeft gefrustreerd. Door het schorsen van betrokkene 1 en de overdracht van de aandelen heeft de OK geprobeerd de invloed van betrokkene 1 via JKS voorlopig te beperken, zodat de eerdere beschikkingen konden worden uitgevoerd. Een andere voorziening lag volgens de A-G niet voor de hand, waardoor de beschikking van de OK reeds op deze gronden voldoet aan het proportionaliteitsvereiste.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 03-03-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:357

Zaaknummer: 16/03894

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, T.H. den Tanja-van Broek, M.V. Polak en M.J. Kroeze

Advocaten: E.M. Tjon-En-Fa en F.E. Vermeulen

Wetsartikelen: 2:349a BW en 8:1 RO

RECHTSPRAAK

Curator/Verweerster

Tegenstrijdig belang bij concernfinanciering. Kort na elkaar worden twee overeenkomsten gesloten op basis waarvan (concern)financiering wordt verstrekt en (klein)dochtervennootschappen zich mede voor de schuld verbinden. Het hof stelt voorop dat voor het aannemen van een tegenstrijdig belang in concernverband een terughoudende maatstaf geldt en oordeelt dat in dit geval bij het aangaan van de (als één geheel te beschouwen) overeenkomsten geen sprake was van een tegenstrijdig belang. De Hoge Raad verwerpt het hiertegen gerichte cassatieberoep, contrair aan de conclusie van A-G Rank-Berenschot.

Betrokkene 1 en Betrokkene 2 zijn door middel van respectievelijk B B.V. en C B.V. ieder (indirect) voor 50 procent aandeelhouder van Verweerster. De vier zonen van Betrokkene 1 en Betrokkene 2 zijn ieder voor 25 procent gerechtigd in A Holding B.V. Deze topholding is voor 80 procent gerechtigd in de certificaten uitgegeven door de STAK. De STAK bezit de aandelen van Beheermaatschappij Handelonderneming A B.V. ('BHA'). BHA is een vennootschap binnen hetzelfde concern als Verweerster. BHA houdt 100 procent van de aandelen in Handelonderneming A B.V. ('HOA'). HOA houdt van twee dochtervennootschappen alle aandelen. Van een andere dochtervennootschap ('Q') houdt HOA 80 procent van de aandelen. Q heeft een honderdtal procentdochtervennootschappen, waarvan twee vennootschappen voor 100 procent aandeelhouder zijn van 'kleindochters'. Alle vennootschappen onder HOA worden hierna voor de eenvoud als kleindochters van BHA aangeduid.

Op 8 januari 2003 hebben BHA en Betrokkene 2 een 'Leningsovereenkomst' gesloten waarbij Betrokkene 2 aan BHA een geldlening heeft verstrekt. Op 13 januari 2003 zijn partijen een tweede overeenkomst ('Overeenkomst 2') aangegaan, waarbij Verweerster, met het oog op het zo veel mogelijk veilig stellen van haar eigen vorderingen op BHA, zich hoofdelijk heeft verbonden tot nakoming van de verplichtingen van BHA uit hoofde van de Leningsovereenkomst tussen BHA en Betrokkene 2 en daarvoor bereid is zekerheid te

verstrekken via verpanding van de aandelen in een Duitse vennootschap. Betrokkene 1 trad daarbij op als bestuurder van BHA. In geschil is of Betrokkene 1 daarnaast, als (indirect) bestuurder van HOA en de kleindochters van BHA, de overeenkomst ook namens HOA en die kleindochters aanging, in die zin dat ook deze partijen zich ook als schuldenaren jegens Betrokkene 2 hebben verbonden.

In mei 2003 heeft de rechtbank het faillissement uitgesproken van BHA, HOA en diverse kleindochters. Verweerster heeft in de faillissementen van BHA, HOA en de gefailleerde kleindochters een vordering ingediend. De vordering van Verweerster in het faillissement van BHA is erkend, in de faillissementen van HOA en de kleindochters betwist.

Verweerster vordert in deze renvooiprocedure dat zij als schuldeiseres in het faillissement van HOA wordt toegelaten (uit praktische overwegingen is afgesproken dat alleen de renvooiprocedure in het faillissement van HOA zal worden gevoerd, waarbij de uitkomst ook bindend zal zijn in de andere faillissementen). De grondslag van de vordering luidt primair nakoming van de Leningsovereenkomst, waarbij Verweerster niet alleen in de rechten van Betrokkene 2 jegens BHA is gesubrogeerd, maar ook in diens rechten jegens HOA en de gefailleerde kleindochters, omdat zij partij zijn bij de Leningsovereenkomst en daarmee dus allen hoofdelijk zijn verbonden en subsidiair baseert Verweerster zich op een regresvordering uit hoofde van Overeenkomst 2. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft het bestreden vonnis vernietigd en heeft Verweerster voor het bedrag van haar vordering toegelaten als schuldeiseres in het faillissement van HOA. Hiertoe overwoog het hof dat de Leningsovereenkomst en Overeenkomst 2 de kennelijke strekking hadden zekerheid te bieden aan Betrokkene 2 en Verweerster, waarbij partijen met Overeenkomst 2 de bedoeling hadden om de omissie – om HOA en de kleindochters reeds bij de Leningsovereenkomst hoofdelijk te verbinden jegens Betrokkene 2 en Verweerster – te herstellen.

In haar conclusie vóór dit arrest komt A-G Rank-Berenschot tot het oordeel dat subonderdeel 1.1, dat klaagt dat het hof het verweer van de curator dat de HOA en de kleindochters bij het aangaan van Overeenkomst 2 wegens tegenstrijdig belang met dat van hun indirect bestuurder Betrokkene 1 onbevoegd zijn vertegenwoordigd (art. 2:256 BW (oud)) ontoereikend gemotiveerd heeft verworpen, (gedeeltelijk) slaagt.

De Hoge Raad overweegt dat het hof het beroep van de curator op een tegenstrijdig belang heeft beoordeeld in de relatie tussen BHA enerzijds en HOA en de kleindochters anderzijds, en dit beroep heeft verworpen op grond van – kort gezegd – doel, achtergrond en structuur van de concernfinancieringsverhouding. In dit licht heeft het hof geoordeeld dat de Leningsovereenkomst en Overeenkomst 2 tezamen als één geheel moeten worden behandeld wat betreft de vraag of door BHA is gehandeld met een tegenstrijdig belang, en dat het

aangaan van deze overeenkomsten in het belang was van zowel BHA als van HOA en de kleindochters. Volgens de Hoge Raad behoefde het hof in verband hiermee niet afzonderlijk in te gaan op de positie van Betrokkene 1 bij het aangaan van Overeenkomst 2. Weliswaar ontstond de hoofdelijke aansprakelijkheid van HOA en de kleindochters voor de lening door tussenkomst van Verweerster, die zich in de Overeenkomst 2 als medeschuldenaar naast BHA verbond, maar naar het oordeel van de Hoge Raad ligt in het oordeel van het hof besloten dat dit niet van belang is. Het resultaat van deze constructie is volgens de Hoge Raad namelijk niet anders dan indien HOA en de kleindochters zich gelijk bij de Leningsovereenkomst samen met Verweerster naast BHA hoofdelijk tegenover Betrokkene 2 zouden hebben verbonden. Verweerster kreeg door de overeengekomen regresmogelijkheid immers niet meer rechten dan Betrokkene 2 in dat geval jegens HOA en de kleindochters had kunnen uitoefenen. Van een relevant tegenstrijdig belang tussen Betrokkene 1 enerzijds en HOA en de kleindochters anderzijds, dat afweek van het mogelijke belangenconflict tussen BHA enerzijds en HOA en de kleindochters anderzijds dat het hof onder ogen heeft gezien, was bij het aangaan van de hoofdelijkheid daarom geen sprake, aldus de Hoge Raad.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 03-03-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:363

Zaaknummer: 15/02384

Rechters: F.B. Bakels, A.H.T. Heisterkamp, C.E. du Perron, M.J. Kroeze en M.V. Polak

Advocaten: S.M. Kingma en R.P.J.L. Tjittes

Wetsartikelen: 2:256 (oud) BW

RECHTSPRAAK

Fruitexporteur

De Hoge Raad oordeelt dat de aansprakelijkheid die ingevolge artikel 6:162 BW rust op de direct rechtspersoon-bestuurder van een vennootschap, uit hoofde van artikel 2:11 BW tevens hoofdelijk rust op de indirect bestuurder, die deze aansprakelijkheid (alsnog) kan voorkomen door te stellen en zo nodig te bewijzen dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt treft.

Verweerster in cassatie is een fruitexporteur in Zuid-Afrika. A B.V. is commissionair en kreeg van verweerster druiven geleverd met de bedoeling de opbrengsten van de verkoop daarvan na aftrek van kosten en een commissie aan verweerster af te dragen. Verweerster meent dat de commissionair lagere verkoopprijzen en hogere kosten heeft gefingeerd en heeft eiser tot cassatie, bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder van A ('Holding') en dus indirect bestuurder van A, tot schadevergoeding aangesproken. Rechtbank en hof hebben die vordering toegewezen op de grond dat eiser bewerkstelligd heeft dat vermogen aan verweerster is onttrokken. In het incidenteel cassatieberoep klaagt verweerster dat het hof miskend heeft dat de aansprakelijkheid die ingevolge artikel 6:162 BW rust op Holding als bestuurder van A jegens verweerster, tevens uit hoofde van artikel 2:11 BW hoofdelijk rust op eiser, althans dat dit als uitgangspunt het geval is, behoudens door eiser te stellen, en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen, dat er omstandigheden zijn op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt ter zake gemaakt kan worden en hij daarom niet naast Holding hoofdelijk aansprakelijk is jegens verweerster.

De Hoge Raad acht deze klacht gegrond. Daartoe overweegt de Hoge Raad dat artikel 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet, waaronder de op artikel 6:162 BW gegronde aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder. Deze aansprakelijkheid rust dan volgens de Hoge Raad tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is, hetgeen betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-

bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De Hoge Raad overweegt voorts dat uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW echter wel volgt dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet volgens de Hoge Raad recht zowel aan de ratio van artikel 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-02-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:275

Zaaknummer: 15/03646

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.J. Kroeze en M.V. Polak

Advocaten: G.R. den Dekker en F.E. Vermeulen

Wetsartikelen: 2:11 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Avast/AVG

OK. Uitkoopprocedure AVG Technologies B.V. De OK oordeelt dat een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg vergt dat de economische gerechtigden op de aandelen naar Amerikaans recht als aandeelhouders moeten worden aangemerkt.

AVG Technologies B.V. ('AVG') ontwikkelt beveiligingssoftware voor computers en mobiele apparaten. Avast Software B.V. is een dochtervennootschap van Avast Holding B.V. ('Avast Holding') en maakt deel uit van de Avast groep, die zich met vergelijkbare activiteiten bezighoudt. Op 29 juli 2016 heeft Avast een openbaar bod uitgebracht op alle uitstaande aandelen van AVG. Ten tijde van het openbaar bod waren de aandelen in AVG genoteerd aan de aandelenbeurs New York Stock Exchange (NYSE). Een gedeelte van de onder het bod aangemelde aandelen werd gehouden door The Depositary Trust & Clearing Corporation ('DTC'), een trust company naar Amerikaans recht en een geregistreerde clearing agency op naam van Cede & Co., een *partnership nominee* van DTC ('Cede & Co.'). De aandelen worden gehouden namens de onbekende aandeelhouders en vallen in hun vermogen, niet in het vermogen van DTC of Cede & Co. Op 29 oktober 2016 heeft AVG alle door haar gehouden eigen aandelen, op een aandeel na, verkocht en geleverd aan Avast. In de onderhavige uitkoopprocedure vordert Avast de onbekende aandeelhouders te veroordelen om de nog door hen gehouden aandelen in het kapitaal van AVG over te dragen en de prijs daarvoor vast te stellen.

De OK overweegt dat uit de in het geding gebrachte stukken (uittreksel KvK, statuten, aandeelhoudersregister en verklaring notaris) blijkt dat Avast op de dag van dagvaarding (14 november 2016) voldeed aan de 95 procent-grens van het geplaatste kapitaal en de 95 procent-grens van de AVA-stemrechten. Met betrekking tot de vraag of de vordering jegens alle onbekende aandeelhouders is ingesteld overweegt de OK dat niet alle aandeelhouders bij naam bekend zijn, omdat ten tijde van het openbaar bod op de aandelen Amerikaans recht van toepassing was en de aandelen door Cede & Co. en tussenpersoon DTC namens de deelnemers werden gehouden. De OK oordeelt in dat verband dat een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg meebrengt dat laatstgenoemden als aandeelhouders moeten

worden aangemerkt, waardoor de vordering deugdelijk is ingesteld en zich geen afwijzingsgrond voordoet op de voet van artikel 2:201 lid 4 BW. Daarmee komt het nog enkel aan op de vraag naar de prijs van de over te dragen aandelen. Te dien aanzien overweegt de OK dat het bod op grote schaal is aanvaard en dat sinds het bod tot aan de peildatum slechts beperkte tijd is versteken, zodat er geen reden is om aan te nemen dat er sprake is van een stijging van de aandelen en de prijs van de aandelen conform de vordering naar datum dagvaarding (14 november 2016) kan worden vastgesteld.

De OK veroordeelt gedaagden om hun aandelen in AVG aan Avast over te dragen tegen de vastgestelde prijs.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:464

Zaaknummer: 200.205.290/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.C. Faber, A.J. Wolfs, M.A. Scheltema en P.G. Boumeester

Advocaten: J.L. van der Schrieck, F.P.H. Hamming, R.G.J. de Haan en A.J.F. de Bruijn

Wetsartikelen: 2:201a BW

RECHTSPRAAK

A c.s./DCS en Ortus

OK, enquête. Vervolg op OR Updates 2016-0309. Beëindiging onderzoek en onmiddellijke voorzieningen op verzoek van partijen na minnelijke regeling.

Bij eerdere beschikking heeft de OK op verzoek van A c.s. een enquête bevolen en onmiddellijke voorzieningen getroffen (zie OR Updates 2016-0309). De raadsman van A c.s. heeft in verband met een tussen de betrokken partijen getroffen minnelijke regeling de OK verzocht het onderzoek te beëindigen en de getroffen onmiddellijke voorzieningen op te heffen. De raadsman van Succurro c.s. heeft zich namens Succurro c.s. bij dat verzoek aangesloten. De door de OK aangewezen commissaris en beheerder van aandelen heeft bevestigd dat partijen een minnelijke regeling hebben getroffen en dat er zijnerzijds geen bezwaren bestaan tegen beëindiging van het bevolen onderzoek en opheffing van de getroffen onmiddellijke voorzieningen.

De OK overweegt dat, nu partijen een minnelijke regeling hebben getroffen, er geen bezwaren zijn ontvangen tegen het verzoek tot beëindiging van het bevolen onderzoek en opheffing van de getroffen onmiddellijke voorzieningen, terwijl niet gebleken is van enig belang dat zich tegen toewijzing van het verzoek verzet, het verzoek kan worden ingewilligd met ingang van heden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:283

Zaaknummer: 200.194.609/01 OK

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

Advocaten: R.A.F. Harmsen, A.J. van Wees en F.M. Peters

Wetsartikelen: 2:357 BW

RECHTSPRAAK

Geïntimeerde/UWV

Geding na cassatie en verwijzing. Vordering van het UWV tegen (gewezen) bestuurder van vennootschap wegens niet afgedragen werkgeverspremies. Het verwijzingshof oordeelt dat de bestuurder zich in de gegeven omstandigheden persoonlijk jegens UWV schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad en dat de als gevolg daarvan ontstane schade voor UWV geheel of gedeeltelijk aan de bestuurder kan worden toegerekend.

Het UWV heeft sinds 2002 een vordering op B.V. A ('A') wegens ten onrechte niet afgedragen werkgeverspremies, opgelopen tot een bedrag van ruim € 160.000. Geïntimeerde was/is (indirect) bestuurder van A. Nadat het UWV A tot betaling had gesommeerd, heeft A aan UWV meegedeeld dat het enige mogelijke actief een vordering van € 2 miljoen was, waarover een procedure bij de Rechtbank Breda aanhangig was. A heeft daarop deze vordering aan UWV verpand. De pandakte is opgesteld door de advocaat van A en is ondertekend door geïntimeerde als bestuurder van A en namens UWV ondertekend. Voorafgaand aan de ondertekening van de pandakte was de procedure in Breda tegen B.V. B ('B') geëindigd bij eindvonnis van 21 november 2007. A's vordering is daarin afgewezen en er is geen hoger beroep ingesteld. Na 27 september 2011 is het UWV te weten gekomen dat het vonnis van de Rechtbank Breda al op 21 november 2007 was gewezen en wat de inhoud van dat vonnis is. Het UWV heeft vervolgens naast geïntimeerde ook de advocaat van A aansprakelijk gesteld. Dit heeft geresulteerd in een betaling van € 100.000 aan het UWV door de aansprakelijkheidsverzekeraar van die advocaat. In het onderhavige geding zijn de vragen aan de orde of geïntimeerde zich in de gegeven omstandigheden persoonlijk jegens UWV schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad en, zo ja, of UWV als gevolg daarvan schade heeft geleden die geheel of gedeeltelijk aan geïntimeerde kan worden toegerekend. Zowel het hof als de rechtbank heeft deze vragen ontkennend beantwoord, daartoe overwegende dat tussen een eventuele aansprakelijkheid van geïntimeerde en de door UWV gevorderde schade geen causaal verband bestaat en er reeds om die reden geen grond is om de vordering van UWV toe te wijzen. De Hoge Raad heeft het arrest van het Haagse Hof vernietigd en de zaak naar het

Amsterdamse Hof verwezen.

Het hof overweegt dat niet in geschil is dat geïntimeerde als indirect bestuurder van A begin 2008 aan het UWV een pandrecht heeft verstrekt op een gepretendeerde vordering van A op B en dat het UWV daarbij onjuist is voorgelicht, althans dat bij UWV een onjuiste indruk is gewekt, omtrent de hardheid/slagingskans van deze vordering. Het UWV is pas in april 2011 van de uitkomst van de vermelde procedure op de hoogte gesteld en op dat tijdstip was de vordering op geïntimeerde verjaard. De vraag die volgens het hof daarmee voorligt, is of de schade die UWV door dit verlies van zijn verhaalsmogelijkheid heeft geleden geheel of gedeeltelijk aan geïntimeerde als gevolg van de hiervoor besproken misleiding kan worden toegerekend. Het UWV heeft gesteld dat zijn beleid met betrekking tot persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurders op de voet van artikel 16d CSV bewust terughoudend was en dat UWV dit middel als ultimum remedium beschouwde. Het hof overweegt dat moet worden aangenomen dat indien het UWV begin 2008 niet op het verkeerde been zou zijn gezet, het geen schade zou hebben geleden, doordat het in dat geval tot verhaal van zijn vordering op geïntimeerde zou zijn overgegaan.

Geïntimeerde heeft nog ter verweer aangevoerd dat het UWV eerder had kunnen informeren naar de uitkomst van de procedure en door dat pas in 2011 te doen er in feite zelf debet aan is dat de vordering is verjaard. Te dien aanzien overweegt het hof dat aangenomen moet worden dat het pandrecht aan het UWV is verstrekt met de bedoeling het UWV te misleiden wat betreft bestaande verhaalsmogelijkheden voor haar vordering op A. Het hof is voorts van oordeel dat de schade het gevolg is van de misleiding door A/geïntimeerde, en niet (mede) kan worden toegerekend aan de omstandigheid dat het UWV deze misleiding niet eerder heeft ontdekt.

Het hof vernietigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5506

Zaaknummer: 200.184.720/01

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

Advocaten: N.J.N.J. Oostenbroek en E.G.M. van den Heuvel

RECHTSPRAAK

X & STAK/CL & Egeria

Een minderheidsaandeelhouder vordert een verbod om een financieringsplan in stemming te brengen, omdat dit financieringsplan in strijd zou zijn met de aandeelhoudersovereenkomst, alsmede een bevel aan de aandeelhouders om op zijn eigen voorstel te stemmen. De voorzieningenrechter oordeelt dat uitleg van de aandeelhoudersovereenkomst niet meebrengt dat het financieringsplan – dat slechts een voorstel betreft – in strijd is met de aandeelhoudersovereenkomst, alsmede dat de aandeelhoudersovereenkomst evenmin grondslag biedt voor het gevorderde bevel.

Eiser ('X') hield samen met ABN Amro ('de bank') alle aandelen in gedaagde CL International B.V. ('CL'), een bedrijf dat textiel verhuurt en reinigt. X en de bank hebben de meerderheid van de aandelen in CL verkocht aan Egeria Private Equity Fund III GP B.V. en Epef co-invest coöperatief U.A. (beide onderdeel van investeringsmaatschappij Egeria, gezamenlijk: 'Egeria'). Tussen partijen is vervolgens een aandeelhoudersovereenkomst gesloten, waarin onder meer is opgenomen dat het uitgangspunt is dat de groep van CL wordt gefinancierd uit eigen middelen of uit leningen van derden, en dat indien verdere financiering noodzakelijk blijkt, partijen eerst de mogelijkheid tot storting op bestaande aandelen moeten onderzoeken, dan wel de mogelijkheid van uitgifte van eigen aandelen via een 'pay or dilute'-systeem. Het gaat in dit kort geding om de uitleg van deze bepaling. De financiële positie van CL is slecht en aanvullende financiering is noodzakelijk. X heeft een voorstel gedaan tot herfinanciering via vennootschappen die door X worden gecontroleerd, in ruil voor een aandelenbelang, waardoor de overige aandeelhouders verwateren. Het bestuur van CL heeft een alternatief plan voor het aantrekken van financiering via een externe investeerder. Dit laatste plan bestaat uit twee delen: een achtergestelde lening en een investering, waardoor de investeerder een aandelenbelang verwerft.

X en Stichting Administratiekantoor CLF ('Stak', gezamenlijk: eisers) vorderen in dit kort geding onder meer Egeria en CL te verbieden om verder te onderhandelen over de financiering van CL, CL te verbieden het voorstel op de aandeelhoudersvergadering in stemming te brengen en Egeria te verbieden voor het voorstel te stemmen. Hieraan leggen eisers ten grondslag dat het voorstel in strijd is met de aandeelhoudersovereenkomst, en dat daarom op onrechtmatige wijze afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de minderheidsaandeelhouders. Verder vordert X Egeria en CL te gebieden akkoord te gaan met zijn eigen voorstel.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af en overweegt daartoe het volgende. Een aandeelhoudersovereenkomst moet uitgelegd worden via het Haviltex-criterium. Een redelijke uitleg van de bepalingen brengt niet mee dat de achtergestelde lening niet onder het begrip leningen van derden zou vallen. Ten aanzien van het eerste deel van het plan kan dus geen sprake zijn van strijd met de aandeelhoudersovereenkomst. Een storting op de aandelen heeft alleen zin als alle aandeelhouders hiertoe bereid zijn, hetgeen niet aan de orde is. De tekst van de aandeelhoudersovereenkomst leidt er ook niet toe dat nieuwe aandelen niet aan nieuwe aandeelhouders uitgegeven kunnen worden. Ook voor het verbod om de financiering op de agenda te zetten en het verbod om daarmee in te stemmen is geen ruimte. Het staat niet op voorhand vast dat de nieuwe aandeelhouder zich niet aan de aandeelhoudersovereenkomst zal houden. De aandeelhoudersovereenkomst biedt evenmin grondslag de andere aandeelhouders te gebieden om mee te werken aan het voorstel van X waarbij X in feite de volledige zeggenschap verwerft.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 25-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:9492

Zaaknummer: C/13/618632 / KG ZA 16-1341

Rechters: M.W. van der Veen

Advocaten: A.G. de Neve, M.J. Sturm, G. van Daal, E.E.U. Vroom en M.J. Ubbens

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:227 BW

RECHTSPRAAK

Kaal Masten B.V.

OK, enquête. De OK wijst een enquêteverzoek ten aanzien van Kaal Masten B.V. en Kaal Vastgoed B.V. af, omdat het scherper financieel beleid van de leiding van het concern (Hak Products c.s.) jegens de dochtervennootschappen gelet op de financiële krapte van het concern en de stagnerende olie- en gasmarkt ongebruikelijk noch onredelijk is.

Onder het familiebedrijf A. Hakpark B.V. ('Hakpark') valt een groot aantal vennootschappen, actief in de aan de zware industrie en olie-industrie gelieerde activiteiten in het binnen- en buitenland, waaronder Kaal Vastgoed B.V. ('Kaal Vastgoed') en Kaal Masten B.V. ('Kaal Masten'). Als gevolg van de financiële krapte binnen het Hak-concern, ontstaan door de stagnerende olie- en gasmarkt, is eind 2014 door Hak Products besloten om een sale-and-lease-backconstructie toe te passen op een door Kaal Masten aangeschafte installatie om zo extra werkkapitaal te creëren. De maandelijkse leasekosten liggen aanmerkelijk hoger dan de oorspronkelijke financieringslasten. In mei 2015 wordt besloten om de rekening-courantposities op te schonen via een interim dividenduitkering. In februari 2016 besluit de concernleiding om de interne kredietlimieten in te trekken. Vanaf dat moment moest elke betalingsopdracht door Hak Products goedgekeurd worden. In september 2016 is vervolgens een managementbuy-outbod ('het MBO-bod') uitgebracht door Nimbus op Kaal Masten en Kaal Vastgoed ('Kaal Masten c.s.'). Nadien hebben Kaal Masten en Kaal Vastgoed ('A c.s.') de OK verzocht om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Kaal Masten c.s. over de periode vanaf 2014.

De OK overweegt dat de financiële krapte van het Hak-concern tot een scherper financieel beleid van de moeder jegens de dochters heeft geleid, en dat dat gelet op de financiële verwevenheid binnen het concern niet ongebruikelijk noch onredelijk is jegens de dochters, die in betere tijden ook steeds van het concernkrediet hebben geprofiteerd. De OK overweegt voorts dat er onvoldoende aanwijzingen zijn om de sale-and-lease-backconstructie niet te billijken, dat het opschonen van de rekening-courantposities evenmin een gegronde reden oplevert om aan een juist beleid te twijfelen, ook niet als dat via een interim dividenduitkering geschiedt. Het door Kaal Masten c.s. (door)gevoerde beleid, inclusief strak kasbeleid, heeft

volgens de OK er niet toe geleid dat de continuïteit van de onderneming van Kaal Masten c.s. in gevaar is. De slotsom is dat niet geoordeeld kan worden dat het belang van Kaal Masten c.s. door de getroffen maatregelen op onevenredige wijze is geschaad, aldus de OK.

De OK wijst het enquêteverzoek af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-01-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:209

Zaaknummer: 200.200.898/01 OK

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

Advocaten: M.J.W. van Ingen en Ph.W. Schreurs

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

The Brandsense B.V./Van Huis Uit Holding B.V.

OK, enquête. De OK beëindigt het onderzoek en heft de onmiddellijke voorzieningen op, omdat partijen een oplossing hebben bereikt voor het tussen hen gerezen geschil en de onderzoeker, de bestuurder en de beheerder van de aandelen met die oplossing hebben ingestemd.

Bij eerdere beschikkingen heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Van Huis Uit Holding B.V. ('VHU Holding') alsmede een nader aan te wijzen onderzoeker, bestuurder en beheerder van aandelen benoemd. De bestuurder en beheerder hebben per e-mail aan de OK laten weten dat partijen een regeling hebben getroffen waarmee het geschil tussen hen kan worden beëindigd. Partijen verzoeken de OK dan ook het onderzoek dat in een eerdere beschikking is bevolen te beëindigen en de onmiddellijke voorzieningen die daarbij zijn getroffen op te heffen.

De OK overweegt dat nu partijen een oplossing hebben bereikt voor het geschil tussen hen en dat de onderzoeker, de bestuurder en de beheerder van de aandelen met die oplossing instemmen, het onderzoek wordt beëindigd en de getroffen onmiddellijke voorzieningen worden opgeheven.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-01-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:95

Zaaknummer: 200.184.194/01 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, G.C. Makkink, A.J. Wolfs, M.A. Scheltema en C. Smits-Nusteling

Advocaten: K.E. de Vries en J.E. van Rossem

Wetsartikelen: 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Curator Whermo B.V./geïntimeerden

Vordering van de curator tegen de (indirect) bestuurder(s) en aandeelhouder van een gefailleerde vennootschap tot vergoeding van boedelschade ontstaan als gevolg van een beweerdelijk paulianeuze activatransactie met groepsvennootschappen. Het hof wijst de vorderingen af, omdat de curator onvoldoende heeft gesteld om te concluderen dat van benadeling als gevolg van de activaovereenkomst sprake is geweest.

Whermo B.V. ('Whermo') is een detacheringsbureau, waarvan geïntimeerde sub 1, A. Holding B.V. ('Holding') bestuurder is. Holding wordt op haar beurt bestuurd door geïntimeerden sub 3 ('C') en sub 4 ('D'). Geïntimeerde sub 2 ('B') is enig aandeelhouder van Whermo en van een aantal andere groepsvennootschappen. Alle vorderingen van Whermo zijn verpand aan ABN AMRO Bank ('de bank'). Medio 2013 heeft Whermo met een aantal groepsvennootschappen, waaronder ook B, een activaovereenkomst gesloten, waarbij Whermo haar voorraad en inventaris heeft verkocht aan B, haar intellectuele eigendomsrechten heeft verkocht aan Holding en de lopende contracten en de goodwill van Whermo om niet zijn overgedragen aan vier andere groepsvennootschappen. Begin 2014 is het faillissement van Whermo uitgesproken en heeft de curator Holding, C en D aangesproken als (indirect) bestuurders van Whermo voor het faillissementstekort. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. In hoger beroep stelt de curator dat het aangaan van de activaovereenkomst door Whermo als paulianeus moet worden gekwalificeerd en dat Holding, C en D als (indirect) bestuurders aansprakelijk zijn voor de daaruit voortvloeiende schade.

Het hof overweegt dat, om te kunnen beoordelen of de crediteuren zijn benadeeld, de bestaande vermogenssituatie dient te worden afgezet tegen de hypothetische situatie die zou hebben bestaan als de activaovereenkomst en de doorbelastingsregeling niet waren gesloten. Nu een dergelijk overzicht ontbreekt, kan het hof bij gebreke van een deugdelijke vermogensvergelijking dan ook uit de stellingen van de curator niet afleiden dat de crediteuren bij het achterwege blijven van de overeenkomst daadwerkelijk in een voordeliger

positie zouden hebben verkeerd dan waarin zij thans verkeren. De curator heeft volgens het hof onvoldoende onderbouwd welke waarde de verkochte activa hadden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst, zodat evenmin geconcludeerd kan worden dat de overige crediteuren van Whermo ten opzichte van de bank in hun verhaal zijn benadeeld. Aangezien B als aandeelhouder onrechtmatig handelen jegens de crediteuren van Whermo wordt verweten en de vordering op hetzelfde feitencomplex is gebaseerd, deelt deze daarom hetzelfde lot als de vorderingen op de (indirect) bestuurders, aldus het hof.

Het hof wijst de vorderingen van de curator af en bekrachtigt het vonnis waarvan beroep.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5496

Zaaknummer: 200.181.521/01

Rechters: J.F. Aalders, J.W. Hoekzema en L.W. Louwerse

Advocaten: F.N. Jorritsma en L.W. Louwerse

Wetsartikelen: 2:9 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

Haarsma Beleggingen/Orthocenter N.V.

Vordering van minderheidsaandeelhouder tot uittreding en schadevergoeding naar aanleiding van een aandelenemissie als gevolg waarvan haar belang is verwaterd. Het hof oordeelt dat de vennootschap onrechtmatig jegens de minderheidsaandeelhouder heeft gehandeld door (te besluiten tot) een emissie van aandelen tegen een uitgifteprijs waarvan zij wist of had moeten weten dat deze niet in redelijke verhouding stond tot de waarde van een aandeel voor emissie.

Dezet P en M Houdster B.V. ('Dezet'), Haarsma Beleggingen en de Stichting Administratiekantoor Orthocenter N.V. ('de STAK') zijn aandeelhouders van Orthocenter B.V. ('Orthocenter'). Als gevolg van een conflict tussen H.J. Haarsma ('Haarsma') en Orthocenter is tijdens de in december 2012 gehouden BAVA besloten om Haarsma als bestuurder en werknemer te ontslaan en heeft het bestuur van Orthocenter in november 2013 tot een aandelenemissie besloten. Uiteindelijk zijn in december 2013 aandelen uitgegeven en als gevolg van deze aandelenemissie is het aandelenbelang van Haarsma Beleggingen verwaterd omdat zij, in tegenstelling tot de andere aandeelhouders/certificaathouders, niet aan de emissie heeft deelgenomen. In de onderhavige procedure vordert Haarsma Beleggingen onder meer schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Orthocenter stelt dat de informatieverschaffing door het bestuur van Orthocenter over het emissiebesluit onvoldoende was, zodat haar de mogelijkheid is ontnomen een weloverwogen beslissing over participatie te nemen en dat Orthocenter vanuit een oneigenlijk motief tot het emissiebesluit is gekomen.

Het hof stelt voorop dat het bestuur van Orthocenter zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming dient te richten en tevens zorgvuldigheid dient te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Het hof is van oordeel dat Orthocenter bij de emissie onvoldoende aandacht heeft besteed aan de positie van Haarsma Beleggingen en dat zij door de emissie te laten plaatsvinden ten onrechte voorbij is gegaan aan de belangen

van Haarsma Beleggingen. Voorts overweegt het hof dat Haarsma Beleggingen ten tijde van de emissie minderheidsaandeelhouder van Orthocenter was, niet vrijelijk over haar aandelen kon beschikken en er een ernstig conflict tussen Haarsma en Orthocenter bestond, in welke situatie het voor Orthocenter voorzienbaar moet zijn geweest dat Haarsma Beleggingen zou besluiten om geen nieuw uit te geven aandelen te verwerven, althans dat Haarsma Beleggingen mogelijk niet aan de emissie zou deelnemen. Volgens het hof had het derhalve op de weg van Orthocenter gelegen om de emissie zo te organiseren dat deze Haarsma Beleggingen geen onevenredige schade zou berokkenen als zij niet zou deelnemen, om voorafgaand aan de emissie een deugdelijke aandelenwaardering te laten uitvoeren, om te waarborgen dat de waarde per aandeel voorafgaand aan de emissie en de uitgifteprijs tot elkaar in redelijke verhouding stonden en om een deugdelijke regeling te treffen voor (de verhandelbaarheid van) het claimrecht van Haarsma Beleggingen.

Het hof komt tot de slotsom dat Orthocenter onrechtmatig jegens Haarsma Beleggingen heeft gehandeld door (te besluiten tot) een aandelenemissie tegen een uitgifteprijs waarvan zij wist of had moeten weten dat deze niet in redelijke verhouding stond tot de waarde van een aandeel voor emissie.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5502

Zaaknummer: 200.183.517/01

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

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en E.P. Groenewegen-Caris

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Renaissance Infrastructure B.V./Ballast Nedam

OK, uitkoop. Vordering van eiseres ('Renaissance') tot uitkoop van de minderheidsaandeelhouders van Ballast Nedam. Vervolg op OR Updates 2016-0271. De OK oordeelt dat de aanvullende notariële akte voldoet aan de gestelde eisen, en dat de omstandigheden van het geval aanleiding geven bij de vaststelling van de prijs van de aandelen van een eerdere dan bij het tussenarrest genoemde peildatum uit te gaan.

Deze procedure betreft een uitkoopvordering van Renaissance op grond van artikel 2:92a BW tegen de Stichting Administratiekantoor van Aandelen Ballast Nedam ('STAK') met betrekking tot door de STAK gehouden certificaten. Bij tussenarrest van 30 augustus 2016 heeft de OK geoordeeld dat de ingediende notariële akte ontoereikend was in verband met de toetsing aan het kapitaalsvereiste en dat uit de verklaring welke van een latere datum is dan dagvaarding, niet bleek of en in hoeverre de gebruikte informatie is gecontroleerd, waardoor Renaissance in de gelegenheid werd gesteld een nieuwe (aanvullende) verklaring door een notaris (of registeraccountant) in het geding te brengen voor de toetsing van het kapitaalvereiste.

In het onderhavige arrest oordeelt de OK dat de overgelegde aanvullende notariële akte toereikend is in samenhang met (i) een uittreksel van de KvK, (ii) de statuten van Ballast Nedam, (iii) het aandeelhoudersregister van Ballast Nedam en (iv) een verklaring van de waarnemer van de notaris dat vaststaat dat Renaissance (op de dag van de dagvaarding) meer dan 95 procent van de aandelen inhield in het geplaatst kapitaal van Ballast Nedam. Daarmee verschuift de schijnwerper naar de vaststelling van de prijs van de aandelen. Te dien aanzien heeft Renaissance gesteld dat moet worden uitgegaan van een eerdere dan bij het voornoemde tussenarrest genoemde peildatum omdat Renaissance reeds op dat moment ten minste 95 procent van de geplaatste aandelen in het kapitaal van Ballast Nedam hield. De OK ziet in de omstandigheden van het geval aanleiding om de peildatum vast te stellen op 31 december 2015 en in zoverre terug te komen op het tussenarrest.

De OK beveelt een onderzoek naar de waarde van de over te dragen aandelen en houdt elke verdere beslissing aan.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5153

Zaaknummer: 200.186.931/01

Rechters: G.C. Makkink, A.C. Faber, H. de Munnik, A.J. Wolfs en P.G. Boumeester

Advocaten: J. Fleming en J.J. Kuster

Wetsartikelen: 2:92a BW