

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 02, 2020

Nummer 2, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3292](#) 17-12-2019

Overgang van onderneming vóór faillissement

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3238](#) 10-12-2019

X/Kroll

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4260](#) 03-12-2019

EnelPower/Albaniabeg Ambient

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:9903](#) 19-11-2019

Freshlight B.V./Evenementenhal Hardenberg B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:9889](#) 19-11-2019

Voormalig bestuurder/Infors Benelux B.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3299](#) 12-11-2019

Overheveling werkmaatschappij naar nieuwe onderneming

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3927](#) 22-10-2019

Machtigingsverzoek mededelingen conceptonderzoeksverslag

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3639](#) 10-10-2019

InsureNL B.V./Steijnborg c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3597](#) 10-09-2019

City assistant B.V./Hello Amsterdam B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2019:11562](#) 24-12-2019

MS42 B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:8668](#) 07-11-2019

Twinco Capital M&O Ltd/werknemer

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:4813](#) 16-10-2019

vennootschap/bestuurder

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:6961](#) 21-06-2017

Kuper q.q./Bestuurder Dewivo

Annotatie

[Buitenlandse aandeelhouders en houders van American Depositary Receipts in
Nederlandse uitkoopprocedures: rechtsmacht en noodzaak tot dagvaarden](#)

O.J.W. Schotel

ANNOTATIE

Buitenlandse aandeelhouders en houders van American Depositary Receipts in Nederlandse uitkoopprocedures: rechtsmacht en noodzaak tot dagvaarden

O.J.W. Schotel

De Ondernemingskamer heeft in het eindarrest inzake de uitkoopprocedure Gemalto bepaald dat zij exclusieve internationale rechtsmacht heeft bij uitkoopprocedures naar Nederlands recht op grond van artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking). Verder wordt verduidelijkt dat als er bewilligde certificaten zijn uitgegeven een uitkoper alleen de aandeelhouder die de certificaten heeft uitgegeven, hoeft te dagvaarden en de uitkoopvordering niet (ook) tegen de certificaathouders hoeft in te stellen.

1 Inleiding

Op 17 december 2017 kondigden Thales S.A. (hierna: Thales) en Gemalto N.V. (nu: Gemalto B.V.; hierna: Gemalto) via een gezamenlijk persbericht aan een overeenkomst te hebben gesloten over een openbaar bod door Thales op aandelen Gemalto. Daarmee bleek Thales een *white knight*[1] nadat Gemalto het bod van de Franse IT-dienstverlener Atos SE van een week daarvoor had afgewezen en als vijandig had aangemerkt. Over het gebruik van beschermingsmaatregelen in dit biedingsproces is eerder in dit tijdschrift geschreven.[2] Als sluitstuk op het bod van de *white knight* wees de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam op 17 september 2019 direct eindarrest in de door Thales ingestelde uitkoopprocedure.[3]

Een uitkoopvordering[4] naar Nederlands recht dient te worden ingesteld bij de Ondernemingskamer en te zijn gericht tegen de ‘gezamenlijke andere aandeelhouders’. In het kader van de bijzondere uitkoopregeling na een openbaar bod van artikel 2:359c Burgerlijk Wetboek (BW) worden bewilligde certificaten en de houders daarvan gelijkgesteld met aandelen en aandeelhouders (art. 2:359a lid 2 BW). De vraag wie deze ‘gezamenlijke andere aandeelhouders’ dan precies zijn, en wie dus moet(en) worden gedagvaard, geeft doorlopend aanleiding tot jurisprudentie. Dit alles wordt lastiger als er naar buitenlands recht een splitsing

wordt gemaakt tussen juridische en economische zeggenschap, zoals het ‘American Depository Receipt’-programma dat in Gemalto aan de orde was.[5] Daarnaast leidt de keuze van de Nederlandse wetgever voor een dagvaardingsprocedure – die sterk afwijkt van de uitkoopregelingen in de landen om ons heen[6] – ook tot specifieke vragen van internationale rechtsmacht, die tot aan het arrest inzake Gemalto niet uitgebreid aan bod zijn gekomen.

De doorlooptijd van deze procedure is opmerkelijk kort, met slechts vier maanden tussen de dagvaarding (op 21 mei 2019) en direct eindarrest.[7] Toch bevat het uitkooparrest inzake Gemalto een algemene beantwoording van twee voor de praktijk relevante vragen, die ik in dit artikel bespreek. In de eerste plaats geeft de Ondernemingskamer een analyse van haar eigen internationale rechtsmacht in uitkoopzaken op grond van artikel 24 lid 2 en 8 lid 1 EEX-Verordening (EEX-Vo) (herschikking).[8] Zij komt tot de slotsom dat haar (exclusieve) rechtsmacht toekomt (zie par. 2). In de tweede plaats gaat de Ondernemingskamer in op de vraag of het noodzakelijk is om in een procedure op grond van artikel 2:359c BW naast de aandeelhouders ook de certificaathouders te dagvaarden. Die noodzaak bestaat niet, zo oordeelt de Ondernemingskamer (par. 3).

Ook buiten het arrest is deze uitkoopprocedure relevant voor de praktijk, voor zover het gaat om de door Thales gekozen route van tenuitvoerlegging van het arrest met betrekking tot aandelen Gemalto die worden gehouden door Euroclear France S.A. (hierna: Euroclear France), een centrale effectenbewaarinstituting (par. 4).

2 Internationale rechtsmacht van de Ondernemingskamer in uitkoopzaken

De internationale rechtsmacht van de Ondernemingskamer in uitkoopzaken is niet eerder aan bod geweest. Wel heeft een gedaagde in een eerdere uitkoopprocedure, Sirowa, een incident opgeworpen om aanhouding te vorderen wegens een aanhangige samenhangende procedure in een andere lidstaat, wat is afgewezen.[9] Een bevoegdheidsverweer is daar niet opgeworpen. Daarnaast is de internationale rechtsmacht van de Nederlandse rechter aan de orde gekomen in (in ieder geval) twee procedures op grond van de geschillenregeling, die voor de doeleinden van het Europese bevoegdheidsrecht redelijk vergelijkbaar is.[10] Het beeld dat uit deze zaken naar voren komt, is divers. Ik heb begrepen dat (de advocaat van) Thales expliciet aandacht gevraagd heeft voor een principiële standpunt over internationale rechtsmacht en dat ook heeft gekregen. Dit arrest is inderdaad een welkome aanvulling.

2.1 Exclusieve bevoegdheid op grond van artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking)

Binnen het kader van de bevoegdheidsregeling in de EEX-Vo (herschikking) is de hoofdregel dat de rechter van de woonplaats van de gedaagde internationale rechtsmacht heeft ten aanzien van vorderingen die tegen deze gedaagde worden ingesteld (art. 4). Deze verordening

bevat enkele uitzonderingen hierop die, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU), restrictief moeten worden uitgelegd. Een van deze uitzonderingen is artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking), waarin is bepaald dat ongeacht de woonplaats van de procespartijen de gerechten van de lidstaat waar een rechtspersoon is gevestigd exclusieve bevoegdheid hebben ten aanzien van de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van de rechtspersonen of besluiten van hun organen.

Het is al geruime tijd een onderwerp van discussie in de (internationale) literatuur of, en zo ja welke, interne vennootschappelijke geschillen binnen de reikwijdte van deze bepaling vallen.[11] Ondanks deze levendige discussie hebben de Europese wetgever en rechtspraak over dit onderwerp opvallend lang gezweven. Recent was het HvJ EU echter voor het eerst in de gelegenheid om te beoordelen of een puur intern geschil onder artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking) valt, in de zaak Dédouch.[12] Dat was, kort samengevat, voor de uitkoop van minderheidsaandeelhouders onder Tsjechisch recht die in die zaak aan de orde was het geval. Over dat arrest is al vrij veel geschreven.[13]

In Nederland was vooral de vraag wat de betekenis van dit arrest zou zijn voor onze uitkoopprocedure. Deze verschilt aanmerkelijk van de Tsjechische variant. Onder Tsjechisch recht, zo volgt uit het arrest Dédouch, wordt de uitkoop bewerkstelligd door en de uitkoopprijs vastgesteld in een besluit van de algemene vergadering, waar de uitkoper uiteraard de overhand heeft. De minderheidsaandeelhouders kunnen vervolgens een procedure aanhangig maken tegen de uitkoper om de billijkheid van de uitkoopprijs door de rechter te laten toetsen. De geldigheid van het uitkoopbesluit staat niet meer ter discussie. Onder Nederlands recht ontbreekt een dergelijk besluit en is het de uitkoper die de overige andere aandeelhouders moet dagvaarden. In Gemalto oordeelt de Ondernemingskamer, onder verwijzing naar het arrest Dédouch, dat de Nederlandse uitkoopprocedure valt binnen de reikwijdte van artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking), zonder dat een prejudiciële verwijzing naar het HvJ EU nodig wordt geacht.[14]

Overwegingen van de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer formuleert de volgende argumenten *tegen* toepasselijkheid van artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking), in r.o. 3.3:[15]

- i. De uitkoopprocedure naar Nederlands recht heeft geen betrekking op (de geldigheid van) een besluit van een orgaan van de vennootschap.
- ii. Het HvJ EU heeft in het verleden geoordeeld dat (voorlopers van) artikel 24 lid 2 EEX-Vo

(herschikking), als uitzondering op de hoofdregel dat de rechter van de woonplaats van de gedaagde bevoegd is, eng moet(en) worden uitgelegd.

iii. En in Dédouch verwijst het HvJ EU naar deze eerdere rechtspraak, waarin is overwogen dat de werkingssfeer van deze bepaling beperkt is tot geschillen waarbij een partij de geldigheid van een besluit van een orgaan van de vennootschap betwist.

voor

a. In het arrest Dédouch legt het HvJ EU ‘de nadruk op de omstandigheid dat de uitkoopprocedure strekt tot toetsing van de billijkheid van de uitkoopprijs; dat antwoord bevat een beperking tot uitkoopprocedures waarin een besluit van een orgaan van de vennootschap centraal staat’. Dit blijkt tevens uit de herformulering van de prejudiciële vraag in r.o. 21 van Dédouch, waarbij het HvJ EU de toetsing van de billijkheid van de uitkoopprijs centraal stelt. Dat laatste sluit ook aan bij punt 35 van de conclusie van A-G Wathelet in Dédouch, ‘voor zover die het HvJ EU in overweging gaf om artikel 24 aldus uit te leggen dat geschillen waarin in het kader van een uitkoopprocedure een meerderheidsaandeelhouder tegenover een minderheidsaandeelhouder van een vennootschap staat, binnen de werkingssfeer ervan vallen’.

b. De kern van de Nederlandse uitkoopprocedure ‘vormt de toetsing van de billijkheid van de uitkoopprijs’, gezien de ‘beperkte reikwijdte en geringe praktische betekenis’ van de afwijzingsgronden van artikel 2:92a/201a lid 4 BW en het ontbreken daarvan in artikel 2:359c BW.

c. De Ondernemingskamer overweegt dat ‘de rechterlijke bevoegdheid in zaken die betrekking hebben op de uitkoop van minderheidsaandeelhouders (en dus vooral op de vaststelling of toetsing van de uitkoopprijs), (...) niet afhankelijk [behoort] te zijn van de toevallige omstandigheden of de uitkoop volgens het nationale recht al dan niet berust op een besluit van een orgaan van de vennootschap’ en verwijst hierbij naar r.o. 34 van het arrest Dédouch, waar het HvJ EU woorden van soortgelijke strekking gebruikt.

d. Naar Nederlands recht ligt geen besluit van de algemene vergadering aan de uitkoop ten grondslag, ‘maar wel een wens van de houder van ten minste 95% van de aandelen (...) om de

resterende minderheidsaandeelhouders uit te kopen'. De Ondernemingskamer vervolgt: 'Het verschil is niet wezenlijk; in beide gevallen gaat het om de uitoefening van de bevoegdheid van de meerderheidsaandeelhouder om de minderheidsaandeelhouder(s) uit te kopen (via een besluit van de algemene vergadering dan wel door het instellen van een vordering) en de toetsing of vaststelling van de billijkheid van de uitkoopprijs door de rechter.'

e. Het oogmerk van artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking) omvat mede de rechtszekerheid, waarmee vooral wordt bedoeld op voorzienbaarheid van het forum voor zowel eiser als gedaagde(n). 'Dat oogmerk wordt in uitkoopprocedures als de onderhavige bij uitstek gediend door exclusieve bevoegdheid van de rechter in het land waar de vennootschap is gevestigd. De vraag of, en – belangrijker – tegen welke prijs de minderheidsaandeelhouders gehouden zijn hun aandelen over te dragen aan de meerderheidsaandeelhouder is een interne kwestie die beheerst wordt door het vennootschapsrecht', aldus de Ondernemingskamer. f. Het belang van een goede rechtsbedeling, wat een van de redenen is voor exclusieve bevoegdheid, is gediend bij (1) zogenoemde Gleichlauf tussen de rechtsmacht van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht en (2) het voorkomen van mogelijk tegenstrijdige beslissingen over hetzelfde onderwerp, namelijk de billijkheid van de uitkoopprijs.

Analyse

Kennelijk begrijpt de Ondernemingskamer het arrest Dédouch zo dat voor de vraag of haar exclusieve bevoegdheid toekomt doorslaggevend is of de uitkoopprocedure (vooral) draait om de vaststelling van de (billijkheid van de) uitkoopprijs. Met de onder (a), (b), (d) en (f)(2) genoemde argumenten legt de Ondernemingskamer de nadruk op de centrale plaats die het bepalen van de uitkoopprijs inneemt in de procedure en daarmee de overeenkomsten tussen de Nederlandse en de Tsjechische uitkoopprocedures. Op die manier kan de Ondernemingskamer de uitkomst van het arrest Dédouch van het HvJ EU toepassen op de Nederlandse uitkoopprocedure. Het is zeker waar dat het HvJ EU de Tsjechische uitkoopprocedure omschrijft als een procedure ter beoordeling van de billijkheid van de uitkoopprijs, wat terugkomt in de herformulering van de prejudiciële vraag en het antwoord daarop.

De analyse van het HvJ EU is echter meer omvattend dan het arrest Gemalto doet vermoeden. Door aldus de aandacht volledig te richten op begin en einde van de redenering van het HvJ EU in Dédouch gaat de Ondernemingskamer voorbij aan een opmerkelijke tussenstap in de analyse in dat arrest. Het HvJ EU blijft namelijk bij zijn oudere rechtspraak dat artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking), als uitzondering op de hoofdregel die bovendien procespartijen van

een keuze berooft, eng moet worden uitgelegd. Het HvJ EU blijft dicht bij de letterlijke bewoordingen, zoals de Ondernemingskamer in r.o. 3.3 (iii) terecht signaleert. Om ervoor te zorgen dat de Tsjechische procedure toch in deze mal past, overweegt het HvJ EU (r.o. 36-37):

‘Daaruit volgt dat, gelet op [art. 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking); OS], een gerechtelijke procedure als aan de orde in het hoofdgeding betrekking heeft op de toetsing van de geldigheid van een besluit van een orgaan van een vennootschap op een bepaald punt, en dat een dergelijke procedure hierdoor binnen de werkingssfeer van deze bepaling kan vallen, zoals door de bewoordingen ervan beoogd.

Concreet moet een gerecht waarbij een dergelijk verzoek tot toetsing is ingediend dus de geldigheid van een besluit van een orgaan van een vennootschap onderzoeken voor zover dit besluit betrekking heeft op de vaststelling van het bedrag van de vergoeding, beslissen of dit bedrag billijk is, en – in voorkomend geval – dit besluit op dit punt nietig verklaren en een ander bedrag van de vergoeding vaststellen.’

Het HvJ EU grijpt dus terug op zijn vaste rechtspraak dat artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking) autonoom (dus zonder terug te grijpen op het nationale recht) moet worden uitgelegd, aan de hand van de systematiek en de doelstellingen van een instrument dat internationale rechtsmacht regelt (r.o. 25): voor de doeleinden van de reikwijdte van deze bepaling draait de Tsjechische uitkoopprocedure om de (gedeeltelijke) geldigheid van een besluit, namelijk voor zover het ziet op de vaststelling van de (billijkheid van de) uitkoopprijs. Het HvJ EU komt tot deze conclusie ondanks het gegeven, zoals uit r.o. 34 van het arrest Dédouch blijkt, dat de nietigheid van het besluit onder het toepasselijke Tsjechische recht niet ter discussie kan staan. Hierover heeft Stone geschreven dat in de door het HvJ EU gebruikte methode de Tsjechische procedure de *praktische* geldigheid van een besluit van een orgaan van de vennootschap betreft.^[16] Zuiverder is wellicht om te zeggen dat het HvJ EU een aanzet lijkt te geven tot een autonoom nietigheidsbegrip van besluiten.

Dat het HvJ EU in ieder geval op het eerste gezicht vasthoudt aan de bewoordingen van artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking) blijkt ook uit de overwegingen ten aanzien van de voorzienbaarheid van het forum. In r.o. 43 verwijst het HvJ EU naar de conclusie van A-G Wathelet, die daaromtrent betoogt dat ‘het voor de aandeelhouders van een vennootschap, en met name voor de meerderheidsaandeelhouder, niet lastig is om te voorspellen dat de gerechten van de plaats van de zetel van de vennootschap de bevoegde rechterlijke instantie zullen zijn voor de beslechting van de interne geschillen van de vennootschap’ (punt 35). Het HvJ EU voegt daar echter aan toe de zinsnede ‘inzake de toetsing van de geldigheid van een besluit van een orgaan van een vennootschap op een bepaald punt’. De Tsjechische uitkoopprocedure, die aan de orde was, voldoet daar volgens het HvJ EU aan. Daarbij komt dat

het HvJ EU nergens ingaat op de onderliggende thematiek: of geschillen binnen de vennootschap binnen de reikwijdte van artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking) vallen, ondanks de uitnodiging zich daarover uit te laten van A-G Wathelet.[17]

De benadering van het HvJ EU zou zo kunnen worden begrepen dat alléén als er sprake is van de toetsing van de geldigheid van een besluit – in de autonome, Europeesrechtelijke zin – de rechter van de plaats van vestiging van de vennootschap exclusief bevoegd is. Als dat het geval is, dan gaat het arrest inzake Gemalto van de Ondernemingskamer in tegen de rechtspraak van het HvJ EU. Er is immers geen sprake van een besluit binnen de Nederlandse uitkoopprocedure en het is lastig in te zien hoe deze procedure zo kan worden geherinterpreteerd dat wél de praktische geldigheid van een besluit aan de orde is. Eerder heb ik mij afgevraagd of dat niet een te stringente lezing is van het arrest Dédouch.[18] Daarvoor vond ik vooral steun in de verschillende argumenten die de Ondernemingskamer nu noemt onder (e) en (f) en die ook op verschillende plaatsen in het arrest Dédouch zijn terug te vinden. Deze argumenten rechtvaardigen dat de Nederlandse uitkoopprocedure alsnog binnen de reikwijdte van artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking) valt. Het zou dus zo kunnen zijn dat het HvJ EU zich hierover reeds heeft uitgelaten en er dus sprake is van een *acte éclairé*.

Desalniettemin is het argument tégen toepasselijkheid van de exclusieve bevoegdheidsgrond, dat de Ondernemingskamer noemt onder r.o. 3.3 (i) eigenlijk nog altijd de kern: in het kader van de Nederlandse uitkoopprocedure is geen sprake van een te toetsen besluit. Hoewel ik me kan vinden in de uitkomst van het arrest Gemalto, blijft het toch de vraag of de wat vage bewoordingen van het HvJ EU in het arrest Dédouch daarvoor wel voldoende duidelijk steun bieden. Het is niet te verwachten dat een van de procespartijen in Gemalto in cassatie zal gaan.[19]

Aparte opmerking verdient de wijze waarop de Ondernemingskamer de afwijzingsgronden van artikel 2:92a/201a lid 4 BW aanmerkt als weinig praktisch relevant, onder argument (b), al is dit aan de hand van de rechtspraak door de jaren heen goed te verdedigen. De Hoge Raad heeft hierover overwogen dat de uitkoopregeling geschreven is voor de uitkoper om in een eenvoudige procedure de aandelen van de overige aandeelhouders te verwerven, wat tot het volgende leidt:[20]

‘De Ondernemingskamer kan de vordering tot overdracht van de aandelen slechts afwijzen op een van de in het vierde lid van art. 2:201a (limitatief) opgesomde gronden. Gelet op de aard en de strekking van deze regeling moeten deze afwijzingsgronden beperkt worden uitgelegd. In het bijzonder bieden zij de rechter in beginsel ook geen ruimte voor een belangenafweging.’

Zoals Maeijer over dit arrest opmerkt, laat het gebruik van de woorden ‘in beginsel’ ruimte

voor afwijzing van de uitkoopvordering op grond van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW).[21] Hoewel dat nog nooit is voorgekomen, wordt algemeen aangenomen dat dit wel mogelijk is.[22] Ook in die context geldt echter dat de bewegingsvrijheid voor een belangenafweging beperkt is, omdat de wettelijke uitkoopregeling al de uitkomst is van een afweging tussen de belangen van de uitkoper en die van de minderheidsaandeelhouder bij een voortdurend aandeelhouderschap door de wetgever. Aldus draaien ook de meest contentieuze uitkoopprocedures uiteindelijk om de uitkoopprijs. In zoverre is de premisse van argument (b) dat de Ondernemingskamer noemt juist: zodra de uitkoopvordering aan de formele vereisten voldoet, is er sprake van een voldongen feit en kan slechts nog discussie plaatsvinden over de uitkoopprijs. De Ondernemingskamer vormt de Nederlandse uitkoopprocedure dus verder richting de Dédouch-mal van het HvJ EU.

De Ondernemingskamer gaat niet in op de rechtsmacht van de Nederlandse rechter onder *commuun internationaal privaatrecht* (IPR), geregeld in artikel 6, aanhef en onder h, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Met het oog op het zeer ruime toepassingsbereik van artikel 24 EEX-Vo (herschikking) – ‘ongeacht de woonplaats van partijen’ – is de betekenis van de Nederlandse regeling dan ook beperkt. Slechts als de vennootschap niet is gevestigd in een lidstaat, is de exclusieve bevoegdheidsbepaling niet van toepassing.[23] Alleen als de EEX-Vo (herschikking) niet ook op een andere grond van toepassing is, moet op het *commune* IPR worden teruggegrepen. Toch sta ik hier volledigheidshalve kort bij stil. Tussen de Nederlandse en de Europese bepalingen bestaan twee grote verschillen. Ten eerste heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor een regeling met een ruime reikwijdte die beter aansluit op het Nederlandse vennootschapsrecht dan het systeem onder de EEX-Vo (herschikking).[24] Het was al duidelijk dat uitkoopprocedures binnen de reikwijdte van deze bepaling zouden vallen. Het zou zo kunnen zijn dat de uitleg van de Europese regeling toe kruipt naar de Nederlands bepaling. Ten tweede is de Nederlandse regeling zo ingestoken dat de bevoegdheid bij zaken betreffende rechtspersonen een *alternatieve* bevoegdheid is, in plaats van een *exclusieve* bevoegdheid. Wellicht blijkt uit de slotsom van de Ondernemingskamer dat zij bevoegd is, en niet *exclusief* bevoegd (r.o. 3.5), toch impliciet dat met de regeling van *commuun* IPR wel rekening is gehouden.

2.2 Een alternatieve weg naar bevoegdheid?

De EEX-Vo (herschikking) kent meerdere uitzonderingen op de hoofdregel dat de rechter van de woonplaats van de gedaagde bevoegd is (art. 4), naast de exclusieve bevoegdheid van artikel 24 lid 2, die hierboven aan de orde kwam. Thales heeft zich subsidiair op een van deze verdere uitzonderingen beroepen: de bijzondere bevoegdheid bij pluraliteit van verweerders (art. 8 lid 1). Op grond van deze bepaling kan de eiser meerdere gedaagden oproepen voor het

gerecht van de plaats waar een van hen woonplaats heeft, de zogenoemde ‘ankergedaagde’.[25]

Toetsingskader

Het doel van artikel 8 lid 1 EEX-Vo (herschikking) is om een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken, en parallel lopende processen zo veel mogelijk te beperken om aldus te voorkomen dat er binnen de Europese Unie bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven.[26] Om toepassing te geven aan deze bepaling dient de nationale rechter na te gaan (1) ‘of er tussen de door dezelfde verzoeker tegen verschillende verweerders ingediende vorderingen een zodanige samenhang bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige berechting’, (2) zodat tegenstrijdige vonnissen worden voorkomen.[27] Ten aanzien van het tweede criterium overwoog het HvJ EU eerder dat

‘beslissingen niet reeds tegenstrijdig kunnen worden geacht op grond van een divergentie in de beslechting van het geschil. Voor tegenstrijdigheid is bovendien vereist dat deze divergentie zich voordoet in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens.’[28]

Het is echter niet noodzakelijk dat de zaken ook op eenzelfde rechtsgrondslag berusten.[29] Het tweede criterium van de toets verwijst naar een abstract gevaar en is niet gemakkelijk in te vullen. Vlek betoogt dan ook dat toepassing van deze bepaling voornamelijk afhankelijk is van het eerste criterium, de nauwe band.[30] Daarbij komt dat – in algemene zin – voldoende voorzienbaar moet zijn voor verweerders dat zij kunnen worden opgeroepen voor een bepaald gerecht.

Al met al is het toetsingskader wat onduidelijk; Strikwerda noemt de maatstaf ‘niet vlijmscherp’.[31] Het lijkt mij echter weinig controversieel dat een uitkoopprocedure tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders voldoet aan het vereiste van de nauwe band en dat een goede rechtsbedeling vraagt om een gelijktijdige berechting van de vordering tegen de gezamenlijke aandeelhouders. Als gebruikmaking van artikel 8 lid 1 EEX-Vo (herschikking) ertoe leidt dat aandeelhouders van een in Nederland gevestigde vennootschap voor de Ondernemingskamer worden gedagvaard, is dit bovendien voorzienbaar. Vergelijk ook hetgeen de Ondernemingskamer daarover overweegt in r.o. 3.3 onder (e) en (f)(ii).

Misbruik van bevoegdheid?

De Ondernemingskamer gaat niet in op een materiële beoordeling van deze alternatieve bevoegdheidsgrondslag. Zij werpt de vraag op of ‘Thales, tezamen met Gemalto, de voorwaarden voor toepassing van artikel 8 lid 1 [EEX-Vo (herschikking); OS] en artikel 7 lid 1

Rv kunstmatig heeft gecreëerd of gehandhaafd met het enkele doel om bevoegdheid van de Nederlandse rechter te creëren, ook ten aanzien van de andere gedaagden'. Redengevend is het volgende:

'Gemalto houdt nog slechts één aandeel in haar eigen kapitaal (ten tijde van het uitbrengen van het bod hield Gemalto 217.095 aandelen in haar eigen kapitaal) en ruim 97% van de aandelen in Gemalto worden gehouden door Thales (...), zodat Gemalto zich ten aanzien van de uitkoopvordering in een wezenlijk andere positie bevindt dan de overige minderheidsaandeelhouders en Thales, gelet op haar zeggenschap over Gemalto, voor de verwerving van het door Gemalto in haar eigen kapitaal gehouden aandeel, niet is aangewezen op de uitkoopprocedure.'

De vraag of de handelwijze van Thales/Gemalto misbruik zou opleveren, blijft onbeantwoord door de Ondernemingskamer, maar is onverminderd relevant (bijv. in de situatie dat – onverhoopt – het oordeel van de Ondernemingskamer dat zij *exclusief* bevoegd is op grond van art. 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking) zou moeten worden herzien op grond van nadere rechtspraak van het HvJ EU).

Er is geen sprake van een algemene misbruikexceptie binnen het raamwerk van de EEX-Vo (herschikking).[32] Wel bevat artikel 8 lid 2 EEX-Vo (herschikking) een (vrij vage) specifieke antimisbruikbepaling, maar dat is niet het geval voor artikel 8 lid 1. Het HvJ EU heeft wel een specifiek kader ontwikkeld in zijn rechtspraak over artikel 8 lid 1 EEX-Vo (herschikking). In de eerste plaats overwoog het HvJ EG in *Reisch Montage* dat 'de bijzondere bevoegdheidsregel [van art. 8 lid 1; OS] niet aldus kan worden uitgelegd dat zij een eiser de mogelijkheid biedt een vordering tegen meerdere verweerders in te stellen met het enkele doel, een van die verweerders af te trekken van de gerechten van de lidstaat waar hij zijn woonplaats heeft'.[33]

In zijn conclusie voor het arrest *Freeport* betoogt A-G Mengozzi dat de aangezochte rechter moet beoordelen of er sprake is van samenhang (als objectief criterium) en daarnaast nog of het beroep door de eiser op artikel 8 lid 1 EEX-Vo (herschikking) 'louter tot doel heeft een van hen af te trekken van het gerecht van zijn woonplaats'. A-G Mengozzi vervolgt: 'Veeleer moet deze vordering op het tijdstip dat zij wordt ingesteld, *kennelijk ongegrond* zijn, en wel in die mate dat zij *kunstmatig* lijkt, dan wel zonder enig werkelijk belang voor de eiser zijn.'[34] Het HvJ EG gaat hier niet in mee. Hij zoekt voornamelijk aansluiting bij het criterium dat er een nauwe band moet bestaan tussen de hoofdvordering tegen de ankergedaagde en de vorderingen tegen de overige gedaagden.[35] Dit criterium zou op zichzelf al misbruik moeten voorkomen.

Vervolgens was in de zaak CDC HP de situatie aan de orde dat de eiser en de ankergedaagde

waarschijnlijk een schikking op hoofdlijnen hadden bereikt vóór het instellen van de procedure. Na het aanhangig maken van de procedure werd de schikking geformaliseerd en de vordering jegens de ankergedaagde gedeeltelijk ingetrokken. Het HvJ EU herhaalt vervolgens de hoofdregel van artikel 8 lid 1 EEX-Vo (herschikking) ten aanzien van de onmogelijkheid om die bepaling te gebruiken met het enkele doel een forum te creëren, en de precisering uit het arrest Freeport dat:

‘wanneer de tegen de verschillende verweerders gerichte vorderingen samenhangend in de zin van [art. 8 lid 1] zijn op het moment waarop zij worden ingediend, de in die bepaling neergelegde bevoegdheidsregel toepasselijk is zonder dat bovendien afzonderlijk hoeft te worden aangetoond dat de vorderingen niet enkel zijn ingediend om één van de verweerders te onttrekken aan de gerechten van de lidstaat waar [hij] zijn woonplaats heeft’.

Het HvJ EU formuleert daarop de bewijsmaatstaf dat een rechter pas tot het oordeel kan komen dat er sprake is van omzeiling ‘indien er afdoende bewijs is op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat de verzoeker de voorwaarden voor toepassing van genoemde bepaling kunstmatig heeft gecreëerd of gehandhaafd’. In het geval dat aan de orde was in CDC HP moest dan ook afdoende bewijs worden overgelegd dat de betrokken partijen zich schuldig hadden gemaakt aan collusie.[36] Strikwerda trekt uit deze overwegingen verder de conclusie dat de rechter ook niet ambtshalve mag toetsen of er sprake is van misbruik.[37] Het HvJ EU legt hiermee de lat vrij hoog; hoger ook dan A-G Jääskinen in deze zaak voorstelde.[38]

Tegen deze achtergrond moet dus worden beoordeeld of de handelwijze van Thales/Gemalto moet worden gekwalificeerd als misbruik van artikel 8 lid 1 EEX-Vo (herschikking). De Ondernemingskamer legt de nadruk op het feit dat Gemalto nog slechts één aandeel houdt, terwijl zij ten tijde van het uitbrengen van het openbaar bod door Thales nog 217.095 aandelen hield, die kennelijk aan Thales zijn overgedragen. Dat hier het probleem zit, volgt niet direct uit de rest van r.o. 3.6. De Ondernemingskamer lijkt daarentegen te overwegen dat Thales, gezien haar zeggenschap in Gemalto, niet is aangewezen op de uitkoopprocedure om het aandeel dat door Gemalto wordt gehouden te verkrijgen. Ik vraag mij af hoe deze overweging zich verhoudt tot de vaste rechtspraak dat de vennootschap die zelf aandelen in haar eigen kapitaal houdt, behoort tot de gezamenlijke andere aandeelhouders.[39] Zij moet dus zelf als eiser of als gedaagde in het geding worden betrokken. In al deze gevallen kan immers de uitkoper de doelvennootschap bewegen tot overdracht van de aandelen in haar eigen kapitaal. Als de vennootschap als gedaagde optreedt en verschijnt, geldt het uitkooparrest als een arrest op tegenspraak (art. 140 Rv), waardoor verzet door de niet-verschenen minderheidsaandeelhouders niet mogelijk is. Dat is op zichzelf nog altijd een legitiem doel.[40] Bovendien moet een partij een beroep hebben gedaan op misbruik van recht, wat niet is gebeurd in het onderhavige geval, en kan dat dus niet ambtshalve worden getoetst.

3 Geen noodzaak om ook de certificaathouders te dagvaarden

In het arrest Gemalto verduidelijkt de Ondernemingskamer verder nog een tweede formeel punt, namelijk wie de uitkoper moet dagvaarden als voor aandelen bewilligde certificaten zijn uitgegeven: de aandeelhouder die certificaten heeft uitgegeven of ook de certificaathouders.

Gemalto had sinds 2009 een zogenoemd ADS-programma, waarbij Deutsche Bank aandelen houdt – in girale vorm via Euroclear France^[41] – en daarvoor *American Depositary Shares* (ADS's) heeft uitgegeven. Daartoe was een *deposit agreement* afgesloten tussen Gemalto, Deutsche Bank en de ADS-houders. Deze ADS's waren (niet ter beurse) verhandelbaar en waren inwisselbaar voor gewone aandelen. ADS's zijn een vorm van certificaten, die al dan niet met medewerking van de vennootschap worden uitgegeven.^[42] De analyse van de Ondernemingskamer verloopt in drie stappen, die ik hieronder bespreek. De Ondernemingskamer gaat niet in op de vraag of het gegeven dat voor elk aandeel twee ADS's zijn uitgegeven (r.o. 2.5), ook implicaties heeft voor de gelijkstelling van certificaten en aandelen op grond van artikel 2:359a BW.

In de eerste plaats moet worden beoordeeld of Deutsche Bank zelf geldt als aandeelhouder. Wie als aandeelhouder kwalificeert, is al redelijk vaak aan de orde geweest in uitkoopprocedures, ook in structuren als onderhavige. Een strak beoordelingskader lijkt daarvoor nog niet ontwikkeld. Josephus Jitta schrijft dat het 'in feite neer komt (...) op het lezen van theebbladeren',^[43] hoewel Saleminck dat anders ziet en schrijft dat de uitkoper degene dient te dagvaarden met een goederenrechtelijke aanspraak op de uit te kopen aandelen.^[44] Beslissend voor de Ondernemingskamer in de onderhavige zaak is kennelijk een analyse van de inhoud van de *deposit agreement*, op basis waarvan zij overweegt dat Deutsche Bank de 'aandelen houdt, daartoe rechthebbende is en aandeelhoudersrechten kan uitoefenen' (r.o. 3.14). De toets of een aandeelhouder die ADS's of vergelijkbare instrumenten heeft uitgegeven zelf als rechthebbende kan worden aangemerkt, kwam ook naar voren in bijvoorbeeld CompleTel.^[45] In twee andere zaken – op grond van artikel 2:92a/201a BW – kwam de Ondernemingskamer echter tot de conclusie dat een 'redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg' meebracht dat de achterliggende houders van de van aandelen afgeleide instrumenten als aandeelhouder kwalificeerden en niet de bewaarder.^[46] Redengevend was in die zaken vooral dat de aandelen (althans de daarvan afgeleide instrumenten) niet in het vermogen van de bewaarder vielen. In die zaken ging het om ADS's die, in ieder geval ten tijde van het openbaar bod, in een Amerikaans giraal systeem waren opgenomen. Dat laatste gegeven is een belangrijk verschil met de situatie in Gemalto, waar de ADS's waren uitgegeven door Deutsche Bank en de Ondernemingskamer overweegt dat zij ook rechthebbende was op de onderliggende aandelen.

In de tweede plaats overweegt de Ondernemingskamer dat de ADS's '*in het onderhavige geval* naar Nederlands recht en voor de doeleinden van de uitkoopregeling als (royeerbare) bewilligde certificaten worden gekwalificeerd' (r.o. 3.14; cursivering OS). De strekking van deze kwalificatie is met het oog op het gebruik van de gecursiveerde zinsnede dus relatief beperkt.

In de derde plaats ligt de vraag voor of de uitkoopvordering zich ook moet richten tegen de houders van ADS's. Deze vraag is ontstaan doordat artikel 2:359a lid 2 BW bepaalt dat voor wat betreft artikel 2:359c BW bewilligde certificaten van aandelen en de houders daarvan worden gelijkgesteld met aandelen c.q. aandeelhouders. In het eindarrest inzake Grolsch stond al een korte overweging dat het (mede) dagvaarden van de certificaathouders niet nodig was, onder verwijzing naar het eerdere arrest Flexovit, waarin de Ondernemingskamer afstand nam van haar eerdere rechtspraak.[47] Deze overweging schiep geen duidelijkheid, omdat in het arrest Flexovit was bepaald dat in een procedure op grond van artikel 2:92a/201a BW de certificaathouders niet tot de daar genoemde kring van de 'gezamenlijke andere aandeelhouders' behoren. De situatie voor artikel 2:359c BW is dus een andere, vanwege de eerdergenoemde gelijkstelling van aandelen en certificaten, en de houders daarvan. Het is daarmee de vraag of de aandeelhouders en certificaathouders niet toch beiden gedagvaard moeten worden, waarbij ten aanzien van de certificaathouders wel een nadere vordering kan worden ingesteld dan tegen de aandeelhouders.[48] Het ging anders in bijvoorbeeld de uitkoopprocedure inzake Unilever. Daar ging het om een vordering op grond van artikel 2:359c BW, waarbij een aandeelhouder een primaire vordering instelde tegen de certificaathouders tot overdracht van de certificaten en een subsidiaire vordering tegen de Stichting Administratiekantoor (STAK) tot overdracht van de aandelen. De Ondernemingskamer overwoog dat nu de primaire vordering kon worden toegewezen, zij niet toekwam aan de subsidiaire vordering.[49] Hieruit kon dus reeds worden afgeleid dat een uitkoper kon volstaan met een vordering tegen ofwel de STAK (of een vergelijkbare partij), ofwel de certificaathouders.

De Ondernemingskamer overweegt nu in Gemalto (r.o. 3.15):

'De gelijkstelling in artikel 2:359a lid 2 van certificaten uitgegeven met medewerking van de vennootschap met aandelen en van een certificaathouder met een aandeelhouder betekent dat een uitkoopvordering ook kan strekken tot overdracht van certificaten maar brengt niet mee dat een uitkoper die overdracht vordert van de aandelen gehouden is om zowel de aandeelhouders als de certificaathouders te dagvaarden.'

De Ondernemingskamer merkt op dat deze overweging aansluit bij onder meer het hierboven genoemde arrest Unilever. Salemink vatte eerder al samen: 'Uit de rechtspraak van de OK

volgt naar mijn mening dat de uitkoper alleen degene moet dagvaarden wiens stukken hij wil hebben.’[50] Dat wordt nu dus met zoveel woorden bevestigd en daarin ligt een tweede belang van dit arrest.[51] Wel behoudt de uitkoper daarnaast een belang in de zin van artikel 3:303 BW bij de vordering tegen de houders van ADS’s om de uitkoop te gehangen en te gedogen, mocht hij die vordering willen instellen.

4 Uitkoop en notering aan een buitenlandse beurs

De aandelen in Gemalto waren ten tijde van het openbaar bod genoteerd aan Euronext Amsterdam en Euronext Parijs.[52] Indien de effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt buiten Nederland en daartoe zijn opgenomen in een buitenlands giraal effectensysteem, kan dat in het kader van de uitkoopprocedure leiden tot procesrechtelijke problemen.[53] Aan de voorkant van de uitkoopprocedure kan worden afgevraagd wie moet worden gedagvaard, zie daarover paragraaf 3 hierboven. Maar ook aan de achterkant van de uitkoopprocedure, dus bij tenuitvoerlegging van het arrest waarbij de uitkoopvordering wordt toegewezen, kunnen er complicaties optreden, waarop ik hieronder inga.

Het arrest waarbij de uitkoopvordering wordt toegewezen, bevat in ieder geval twee veroordelingen: *enerzijds* moeten de andere aandeelhouders hun aandelen onbezwaard aan de uitkoper overdragen en *anderzijds* moet de uitkoper de vastgestelde prijs betalen. De uitkoper moet dit doen door de hem bekende en onbekende aandeelhouders op te roepen om te voldoen aan het arrest en eventueel het arrest te betekenen.[54] De uitkoopprocedure kent daarnaast een *eigenaardige* wijze van tenuitvoerlegging, namelijk door betaling van de uitkoopprijs aan de consignatiekas van het Ministerie van Financiën, waardoor de aandelen van rechtswege onbezwaard op de uitkoper overgaan. De andere aandeelhouders kunnen vervolgens zelf bij de consignatiekas een verzoek tot uitbetaling doen.

Indien de uit te kopen effecten zijn opgenomen in het girale effectenverkeer geldt een iets andere regeling. Deze regeling is niet op de wet gebaseerd, maar een praktische afspraak tussen het Ministerie van Financiën en Euroclear Nederland.[55] Kort samengevat komt deze procedure op het volgende neer. De uitkoper wijst een aangesloten instelling aan als vertegenwoordiger en zij verzoeken gezamenlijk Euroclear Nederland om uitvoering te geven aan de procedure. Euroclear Nederland onderhoudt vervolgens contact met de consignatiekas over storting en uitkeringen die reeds zijn gedaan. Euroclear Nederland verzoekt vervolgens de aangesloten instellingen om hun posities bij te schrijven op de rekening van de vertegenwoordiger van de uitkoper. Op basis van een overzicht van de posities verzoekt Euroclear Nederland uitkering van de geconsigneerde gelden. Deze worden vervolgens op een pro-ratabasis verspreid via de bankrekeningen van de aangesloten instellingen, die het weer

uitkeren aan de uiteindelijk belanghebbenden.[56] De uitkoper staat hier verder buiten.

Deze structuur gaat niet op voor gevallen waarin de aandelen (of certificaten daarvan) in een ander systeem worden gehouden en de beheerder niet zelf als aandeelhouder wordt aangemerkt.[57] Dat is ook het geval bij Gemalto, waar in ieder geval een deel van de aandelen werd gehouden via Euroclear France. Dit is kennelijk ook de reden dat Thales gezocht heeft naar een alternatieve en praktische wijze van tenuitvoerlegging. Daartoe publiceerde Thales op 20 september 2019 een advertentie in Het Financieele Dagblad, waarin staat vermeld:

‘Thales zal de bij Euroclear France aangesloten instellingen verzoeken de Aandelen die niet op bovenstaande wijze zijn overgedragen, op of omstreeks 9 oktober 2019 af te schrijven van de effectenrekeningen van de betreffende Onbekende Aandeelhouder(s) ter uitlevering aan Thales, tegen betaling door Thales van de door de Ondernemingskamer vastgestelde prijs met rente (...) Voor Aandelen waarvan de genoemde afschrijving niet mogelijk blijkt, zal Thales de door de Ondernemingskamer vastgestelde prijs consigneren op grond van artikel 2:359c lid 9 BW (...)’

Thales heeft dus, zo volgt uit bovenstaande, met Euroclear France een eigen wijze van afwikkeling afgesproken, waarbij de consignatiekas buiten beeld blijft. Euroclear France is instrumenteel in de afwikkeling van verplichtingen van de uitgekochte aandeelhouders en assisteert tevens Thales bij de betaling aan de minderheidsaandeelhouders. In theorie zou men zich kunnen afvragen of Euroclear France wel bevoegd is om de aandelen te leveren aan Thales. Dat lijkt me een vraag naar Frans recht. Levering door de uiteindelijke houders van effecten zou eventueel ook kunnen worden afgedwongen in kort geding, waarbij de uitkoper vordert dat Euroclear France wordt aangewezen als dwangvertegenwoordiger op grond van artikel 3:300 lid 1 BW. Een dergelijk vonnis zou op executieproblemen in Frankrijk kunnen stuiten, maar dat laat ik hier verder onbehandeld.

Ik vraag me overigens af of een en ander niet ook gewoon met de houder van de consignatiekas had kunnen worden afgestemd. Voor de uitkoper lijkt me die route te verkiezen boven de nu gekozen weg, onder meer omdat het moment waarop aan het arrest uitvoering is gegeven en de aandelen dus op de uitkoper over zijn gegaan, eerder ligt en met grotere zekerheid is vast te stellen. De bijzondere afspraak tussen Euroclear France en Thales lijkt dus vooral een dienst aan de minderheidsaandeelhouders. Die dienst is, lijkt me, niet terug te voeren op enige zorgplicht ten opzichte van uitgekochte minderheidsaandeelhouders die op grond van de wet op de uitkoper rust.

Deze door Thales gekozen structuur werkt niet in de situatie waarin voor de aandelen bewilligde certificaten (of daarmee vergelijkbare effecten) zijn uitgegeven die zijn

geïrregulariseerd, omdat op grond van artikel 3:259 BW een wettelijk pandrecht op deze aandelen rust.[58] Tenuitvoerlegging door middel van consignatie leidt ertoe dat het wettelijk pandrecht van rechtswege overgaat op het recht van uitkering. In deze situatie is een analoge toepassing van de consignatiekasprocedure te prefereren. Daarover schreef Josephus Jitta in 2013 dat hij van het Ministerie van Financiën heeft begrepen dat de houder van de consignatiekas ‘naar analogie van de met Euroclear Nederland overeengekomen consignatiekasprocedure in de praktijk bereid is op verzoek van de *nominee shareholder* die met het oog op de verhandeling van aandelen op een buitenlandse beurs *American depositary shares (ADSen)* of vergelijkbare effecten heeft uitgegeven, bereid is tot uitbetaling aan een dergelijke *nominee shareholder* over te gaan *ter fine* van doorbetaling aan de gerechtigden en dat uitbetaling op die basis aan *nominee shareholders* ook daadwerkelijk plaatsvindt’.[59] Het lijkt dus ook mogelijk te zijn om dit samen met de consignatiekas te doen, wat mijn voorkeur zou hebben.

5 Conclusie

Het arrest Gemalto bevat twee voor de praktijk relevante aspecten, die hiervoor zijn besproken. Ten eerste geeft de Ondernemingskamer een analyse van haar internationale bevoegdheid in zaken omtrent de uitkoop van minderheidsaandeelhouders van kapitaalvennootschappen opgericht naar Nederlands recht. Onder verwijzing naar het arrest Dédouch van het HvJ EU ten aanzien van de Tsjechische uitkoopprocedure komt de Ondernemingskamer tot de slotsom dat haar (exclusieve) bevoegdheid toekomt op grond van artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking). Kennelijk is de Ondernemingskamer van oordeel dat de onderling sterk verschillende Tsjechische en Nederlandse uitkoopprocedures beide in de kern om de vaststelling van de uitkoopprijs gaan. Naar mijn idee laat deze lezing van het arrest Dédouch een belangrijk aspect daarvan onbelicht, namelijk dat het HvJ EU zich in dat arrest in een opmerkelijke bocht wringt om artikel 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking) autonoom uit te leggen, zodat de Tsjechische uitkoopprocedure daaronder valt. De Nederlandse uitkoopprocedure beantwoordt nog altijd niet aan die autonome uitleg. Daarom vraag ik mij af of de analyse van de Ondernemingskamer stand zal houden, waarbij ik opmerk dat de uitkomst van het arrest Gemalto – de exclusieve bevoegdheid van de Ondernemingskamer in uitkoopzaken ten aanzien van Nederlandse naamloze en besloten vennootschappen – juist en gewenst is.

Ten tweede overweegt de Ondernemingskamer dat in een structuur zoals in het geval van Gemalto – een ADS-programma dat naar het oordeel van de Ondernemingskamer erg lijkt op de uitgifte van bewilligde certificaten – de uitkoopvordering zich slechts behoeft te richten tot de aandeelhouder en niet ook tot de achterliggende certificaathouders. De uitkoper behoudt wel belang bij een vordering tegen de achterliggende certificaathouders om de uitkoop te gehangen en te gedogen.

Een derde relevant aspect aan de hier besproken uitkoopprocedure is de eigen wijze van tenuitvoerlegging die Thales en Euroclear France hebben afgesproken, die afwijkt van de normale consignatiekasprocedure.

Noten

[1] Helaas verdwijnt de heroïsche herkomst van deze beeldspraak soms op de achtergrond. De *white knight* bestaat slechts in relatie tot de *black knight* en beiden zijn literaire gemeenplaatsen uit voornamelijk de koning Arthur-sagen. Uit ongeveer dezelfde tijd stamt het gebruik van zwart en wit in het schaakspel. De *black knight* heet zo omdat hij de heraldiek van zichzelf en zijn gevolg maskeert en op die manier zijn identiteit verhuult. Daartegenover staat eigenlijk niet de *white knight*, maar de *knight-errant* (de dolende ridder), zoals de beroemde Gawain, Lancelot en Percival. Het lijkt me dat voor een conglomeraat in de militaire industrie zoals Thales de vergelijking met deze ridders van de ronde tafel niet onwelgevallig is. Er is ook nog een groene ridder, die het in een ridderroman uit de veertiende eeuw aflegde tegen Sir Gawain en in de twintigste eeuw tegen de *black knight* in Monty Python and the Holy Grail. Maar dat terzijde.

[2] P.L. Hezer & B. Kemp, Het gifpilletje van Gemalto, MvO 2018, afl. 7, p. 215-221.

[3] Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3663 (Gemalto). Deze zaak is afgedaan op grond van art. 2:359c BW.

[4] Dit kan in alle drie de varianten van de uitkoopprocedure spelen: dus art. 2:92a, 2:201a en 2:359c BW.

[5] Zie hierover nader par. 3.

[6] T. Salemink, Uitkoop van minderheidsaandeelhouders (diss. Nijmegen; VDHI nr. 125), Deventer: Kluwer 2014, par. 7.2. Zie verder ook mijn eerdere artikel, De OK kiest voor een historische peildatum bij uitkoopprocedures, MvO 2015, afl. 3-4, p. 52, noot 35.

[7] De gemiddelde doorlooptijd van de in 2018 afgeronde uitkoopprocedures was zeven maanden van dagvaarding tot eindarrest. De doorlooptijd van zeven maanden was een bekorting van vijf maanden ten opzichte van 2017. Zie hierover R.C. de Mol & M.H.J. van Rest, Kroniek uitkoop en geschillenregeling 2018, in: Y. Borrius e.a., Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019 (VDHI nr. 157), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 169.

[8] Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van

beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Vo (herschikking)). De EEX-Vo (herschikking) is van toepassing op zaken die zijn ingesteld op of na 10 januari 2015. Voor de tijdvakken daarvoor is relevant art. 16 lid 2 Verdrag van Brussel van 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verdrag) c.q. art. 22 lid 2 Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Vo (oud)).

[9] Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5507 (Sirowa).

[10] Rb. Rotterdam 10 mei 2001, JOR 2001/144 m.nt. G. van Solinge (Van der Weijde Consulting/ESI Group) en Rb. Oost-Brabant 5 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA2363, JOR 2013/234 m.nt. C.D.J. Bulten (PME Group/Victoria Immobilien Management e.a.).

[11] P. Vlas, Rechtspersonen, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2017, nr. 217, met verdere verwijzingen. Zie verder ook O.J.W. Schotel, International jurisdiction in cross-border corporate litigation, NIPR 2019, afl. 2, p. 350-372.

[12] HvJ EU 7 maart 2018, C-560/16, ECLI:EU:C:2018:167, NJ 2018/351 m.nt. G. van Solinge (E.ON Czech Holding/Dědouch e.a.).

[13] O.m. de annotaties van G. van Solinge in NJ 2018/351, J.H.L. Beckers in JOR 2018/144, S. van Dongen in Ondernemingsrecht 2018/98; A. Coibion en G. Viseur in Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap 2018, p. 535-542 en D. Bureau in Revue critique de droit international privé 2018, afl. 3, p. 633-642. Zie verder ook K.A.M. van Vught, Rechtsmacht in de rechtspersoon. Twee arresten, één forum voor corporate geschillen?, MvO 2018, afl. 7-8, p. 267-272 en P.M. Storm, Corporate litigation bij de Ondernemingskamer, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 63 en 500-501.

[14] Een prejudiciële verwijzing was met het oog op de lange doorlooptijden van een prejudiciële procedure bij het HvJ EU ook bijzonder vervelend geweest voor de uitkoper, Thales.

[15] De nummering van de argumenten hier en hieronder is dezelfde als in r.o. 3.3 en 3.4 van het besproken arrest.

[16] P. Stone, Private international law in the European Union, Cheltenham/Northampton, MA: Edward Elgar 2018, nr. 7.23.

[17] Vgl. Akçıl and ors. v. Koza Ltd. and anor. [2019] UKSC 40, waarin de hoogste rechter van het Verenigd Koninkrijk, in r.o. 41-43, de continuïteit in de rechtspraak van het HvJ EU

benadrukt. In deze Engelse zaak waren o.m. aan de orde de vraag (1) of een statutenwijziging en aandelenuitgifte in een Engelse vennootschap, Koza Ltd., geldig waren, en (2) of de trustees van de in Turkije enige aandeelhouder van Koza Ltd. rechtsgeldig een algemene vergadering bijeen konden roepen om de bestuurders te ontslaan. Bevoegdheid werd wel aangenomen ten aanzien van vraag 1. Dat was niet zo voor vraag 2 (in tegenstelling tot de lagere rechter). De Engelse Supreme Court overweegt: ‘There is an absence of any “particularly close link” between the authority claim and the English courts as would be required to bring the case within article 24(2) (para 30 of the EON judgment, above); on the contrary, the relevant “particularly close link” as regards the authority claim is with the courts in Turkey.’

[18] Schotel 2019, p. 361-362.

[19] Wellicht is dit dus een zaak voor een cassatie in het belang der wet. Het is de vraag of de nieuwsgierigheid naar een uitspraak hieromtrent van de Hoge Raad en wellicht het HvJ EU de praktijk niet te lang in onzekerheid laat. Aan de andere kant zou een procespartij in een toekomstige procedure ten aanzien van dit punt in cassatie kunnen opkomen.

[20] HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1777, NJ 2004/184 m.nt. Ma (Fres-Co System), r.o. 3.4.

[21] Noot Maeijer, nr. 2, onder HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1777, NJ 2004/184 m.nt. Ma (Fres-Co System).

[22] Salemink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:92a BW, aant. 4.1.

[23] Vlas 2017, nr. 215. De onbekendheid met deze afwijkende reikwijdte van art. 24 lid 2 EEX-Vo (herschikking) kan er nog wel eens toe leiden dat een rechter op het verkeerde been wordt gezet, zoals Rb. Amsterdam (vzr.) 20 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1166, JOR 2018/118 m.nt. P.J. van der Korst (Eolia/Avinco), r.o. 6.2, die daardoor het ruimere art. 6, aanhef en onder h, Rv toepast en daaraan bevoegdheid ontleent.

[24] Kamerstukken II 1999/2000, 26855, 3, p. 37 (MvT).

[25] De reikwijdte van art. 8 lid 1 EEX-Vo (herschikking) is beperkt tot verweerders met woonplaats in de Europese Unie. Indien een gedaagde buiten de Europese Unie woonplaats heeft, kan de Nederlandse rechter rechtsmacht aannemen op grond van art. 7 lid 1 Rv, dat wordt uitgelegd in het licht van de Europese rechtspraak; zie HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:443, NJ 2019/259 m.nt. L. Strikwerda.

[26] Zie reeds HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, ECLI:EU:C:1988:459, NJ 1990/425 m.nt. J.C. Schultsz (Kalfelis), r.o. 11.

[27] HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, NJ 2016/106 m.nt. L. Strikwerda (CDC HP), r.o. 20.

[28] HvJ EU 11 april 2013, C-654/11, ECLI:EU:C:2013:228, NJ 2013/449 m.nt. L. Strikwerda (Sapir), r.o. 43.

[29] HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:595, NJ 2008/80 m.nt. P. Vlas onder NJ 2008/78 (Freeport), r.o. 44-46.

[30] J. Vlek, *Parallelle procedures en misbruik van procesrecht onder de EEX-Verordening II* (BPP nr. XVI), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 176.

[31] Annotatie L. Strikwerda, nr. 11, onder HvJ EU 20 april 2016, C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282, NJ 2016/468 (Profit Investment SIM).

[32] Vlek 2015, nr. 145.

[33] HvJ EG 13 juli 2006, C-103/05, ECLI:EU:C:2006:471, NJ 2008/79 m.nt. P. Vlas (Reisch Montage), r.o. 32. Het ging in deze zaak om een procedure voor de Oostenrijkse rechter, aangespannen tegen een in Oostenrijk woonachtige schuldenaar en een in Duitsland gevestigde borg. De vordering tegen de Oostenrijkse schuldenaar werd afgewezen, omdat er een niet-afgeronde faillissementsprocedure tegen hem liep, en de Duitse borg beriep zich vervolgens op misbruik. Dit werd niet gehonoreerd door het HvJ EG.

[34] Concl. A-G Mengozzi, punt 66, voor HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:595, NJ 2008/80 m.nt. P. Vlas onder NJ 2008/76 (Freeport). De cursivering in het citaat is van A-G Mengozzi. Hij komt overigens tot de conclusie dat deze zaak geen trekken van misbruik vertoont.

[35] HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:595, NJ 2008/80 m.nt. P. Vlas onder NJ 2008/76 (Freeport).

[36] HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, NJ 2016/106 m.nt. L. Strikwerda (CDC HP), r.o. 28-32.

[37] Annotatie L. Strikwerda, nr. 8, onder HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, NJ 2016/106 (CDC HP).

[38] Vgl. in deze zin ook *Vedanta Resources Plc and anor. v Lungowe and ors.* [2019] UKSC 20, r.o. 35: 'Those decisions of the Court of Justice show that, even before the Freeport case, there was an established line of authority which limited the use of the abuse of EU law principle as a means of circumventing article 6 (now article 8) to cases where the ability to sue a defendant

otherwise than in the member state of its domicile was the sole purpose of the joinder of the anchor defendant.' In deze zaak was de situatie aan de orde dat een in Engeland gevestigde vennootschap (Vedanta Resources Plc) door een grote groep Zambiaanse dorpelingen in Engeland werd gedaagd wegens milieuschendingen van een dochtervennootschap, en die dochtervennootschap ook aldaar opriep. Vedanta en de dochtervennootschap stelden dat de dorpelingen misbruik maakten van het principe van de ankergedaagde.

[39] Vaste rechtspraak sinds Hof Amsterdam (OK) 12 september 2002, JOR 2002/223 (Intereffekt) en JOR 2002/224 (Weweler).

[40] Hierover bijv. de annotatie van M.W. Josephus Jitta, nr. 5, onder Hof Amsterdam (OK) 21 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7343, JOR 2012/144 (Crucell).

[41] Ook andere personen hielden aandelen via Euroclear France.

[42] Zie over deze structuur o.m. Asser/De Serrière 2-IV 2017/151-153. Er kunnen eveneens stukken met benamingen als *American Depositary Receipts* en *Global Depositary Shares/Receipts* worden uitgegeven.

[43] Noot M.W. Josephus Jitta, nr. 5, onder Hof Amsterdam (OK) 12 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4574, JOR 2013/101 (Fairstar).

[44] T. Salemink, De uitkoopprocedure en het gelijk van Marius, in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), Marius geannoteerd (VDHI nr. 133) Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 327-328.

[45] Hof Amsterdam (OK) 19 mei 2009, JOR 2010/267 m.nt. T. Salemink (CompleTel), r.o. 3.4.

[46] Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2012, JOR 2012/78 m.nt. M.W. Josephus Jitta (Cascal), r.o. 3.7 en Hof Amsterdam (OK) 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:464, JOR 2017/92 m.nt. M.W. Josephus Jitta (Avast), r.o. 3.7.

[47] Hof Amsterdam (OK) 22 september 2009, JOR 2009/288 m.nt. M.G. Kuijpers (Grolsch), r.o. 3.6, met verwijzing naar het arrest van Hof Amsterdam (OK) 15 juli 1999, JOR 1999/199 (Flexovit). Die eerdere rechtspraak bestond o.m. uit het arrest van Hof Amsterdam (OK) 19 april 1990, ECLI:NL:GHAMS:1990:AD1084, NJ 1990/546 m.nt. Ma (TDV), waarop Maeijer in zijn NJ-noot kritiek uit.

[48] Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (m.m.v. M.W. Josephus Jitta), Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Wolters Kluwer 2013, nr. 199.10.

[49] Hof Amsterdam (OK) 27 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1029, JOR 2018/178 m.nt. G.P. Oosterhoff (Unilever), r.o. 3.11.

[50] Salemink 2014, par. 7.3.2.b.

[51] Overigens kan het nog wel de vraag zijn of dit alles in lijn is met Richtlijn 2004/25/EG als de administratievoorwaarden bepalen dat certificaathouders *altijd* het stemrecht op de onderliggende aandelen kunnen uitoefenen, in welk geval de certificaten mogelijk voldoen aan art. 2 lid 1 onderdeel e en daarmee binnen de werkingssfeer ervan vallen.

[52] Zie r.o. 2.3 en 2.4 van het onderhavige arrest.

[53] De Nederlandse naamloze vennootschap met notering buiten Nederland – de ‘beurs-NV in den vreemde’ in de terminologie van Hijink en Bootsma – komt steeds vaker voor. Zowel in absolute als in relatieve (dus: ten opzichte van beurs-NV’s genoteerd in Amsterdam) zin neemt het aantal beurs-NV’s in den vreemde toe. Zie daarover bijv. J.B.S. Hijink, Modernisering van het NV-recht: invloeden op het NV-recht van buitenaf, in: G. van Solinge e.a. (red.), 50 jaar Van der Heijden Instituut (1966-2016) (VDHI nr. 148), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 35-36. Deze problematiek is dus in toenemende mate relevant bij uitkoop.

[54] Art. 2:92a/201 lid 7 en 2:359c lid 8 BW.

[55] Dit gaat op basis van de zogenoemde Euroclear Nederland Circulaire 1834 (2006), zoals herzien en aangevuld in de nieuwsbrief 2009-NL-028 (2009). Zie hierover o.m. Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 199.11.

[56] Als niet de aandelen, maar de certificaten daarvan zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt heeft de relevante STAK een vordering op de consignatiekas die eerst moet worden gecedeerd aan Euroclear Nederland.

[57] Overigens lijkt dat vaak niet tot problemen te leiden en volstaat voor de uitkoper betaling aan de consignatiekas; zie noot M.W. Josephus Jitta, nr. 4, onder Hof Amsterdam (OK) 19 juni 2012, JOR 2012/250 (New World Resources).

[58] Volgens Asser/De Serrière 2-IV 2017/53 zijn er ‘in beginsel geen principiële redenen (...) om aan de houders van ADR’s dit pandrecht te ontfangen’. Met het oog op art. 10:127 en 10:119 BW lijkt me dat inderdaad juist.

[59] Noot M.W. Josephus Jitta, nr. 8, onder Hof Amsterdam (OK) 12 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4574, JOR 2013/101 (Fairstar).

RECHTSPRAAK

MS42 B.V.

De DGA van MS42 B.V. wordt veroordeeld tot afgifte van administratie aan de curator. Ook is hij aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. Tot slot wordt een bestuursverbod opgelegd voor de duur van drie jaar, omdat hij de medewerkings- en inlichtingenplicht heeft geschonden. Met wenk.

Gedaagde heeft in 2009 MS41 B.V. opgericht, een vennootschap waarin installatiewerkzaamheden werden verricht. In 2014 is MS41 failliet verklaard, waarna gedaagde de onderneming heeft doorgestart in MS42 B.V. Gedaagde ('de DGA') is enig bestuurder en aandeelhouder van MS42. In november 2017 is MS42 op eigen aangifte failliet verklaard.

In deze procedure vordert de curator afgifte van de administratie, een verklaring voor recht dat de DGA aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 BW, een voorschot op het boedelttekort en de DGA te veroordelen tot een bestuursverbod op grond van van artikel 106a Fw. De curator legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat de DGA de administratie niet volledig heeft overgelegd en niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW en de publicatieplicht van artikel 2:394 BW.

De curator heeft in de dagvaarding aangegeven welke stukken hij heeft opgevraagd, maar niet heeft ontvangen. Na de comparitie heeft de DGA 'tassen met klappers' administratie afgegeven aan de curator. De curator heeft een inventarisatielijst van de afgegeven administratie overgelegd, maar de curator heeft niet aangegeven welke stukken nog ontbreken. Door middel van een vergelijking van de inventarisatielijst met de in de dagvaarding aangegeven stukken, concludeert de rechtbank dat een deel van de administratie nog ontbreekt. Het verweer van de DGA dat de accountant zich op het retentierecht beroept, ontslaat de DGA naar het oordeel van de rechtbank niet van de verplichting tot afgifte. De rechtbank concludeert dat de DGA de medewerkingsplicht van artikel 105a lid 2 Fw niet volledig en juist is nagekomen en veroordeelt de DGA tot afgifte van de ontbrekende stukken onder oplegging van een dwangsom.

Ten aanzien van de vordering op grond van artikel 2:248 BW overweegt de rechtbank dat over de jaren 2014 tot en met 2016 geen jaarrekeningen zijn gedeponneerd. Ook is de boekhoudplicht geschonden, onder meer omdat niet snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie, een balans ontbreekt, kosten en omzet niet zijn gerubriceerd en btw-administratie ontbreekt. Hiermee is de administratie, in strijd met artikel 2:10 BW, niet op zodanige wijze gevoerd dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend. Nu de boekhoud- en publicatieplicht zijn geschonden, staat vast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ter weerlegging van dit vermoeden voert de DGA aan dat het faillissement is veroorzaakt door de crisis in de bouw, wanbetalende opdrachtgevers en het financiële beleid van banken. Nu de DGA deze stellingen niet heeft geconcretiseerd en onderbouwd, oordeelt de rechtbank dat de DGA het vermoeden niet heeft weerlegd. De rechtbank verklaart voor recht dat de DGA aansprakelijk is voor het faillissementstekort en wijst het gevorderde voorschot toe.

Ten aanzien van het gevorderde bestuursverbod overweegt de rechtbank dat de DGA ernstig is tekortgeschoten in de medewerkingsplicht van artikel 105a Fw en de inlichtingenplicht van artikel 105 Fw. Het betoog van de DGA dat hij niet bewust de afwikkeling van het faillissement heeft gefrustreerd passeert de rechtbank, omdat de DGA meerdere keren heeft beloofd stukken af te geven terwijl hij dat niet heeft gedaan. Op grond van artikel 106a lid 1 sub c Fw is het gevorderde bestuursverbod daarom toewijsbaar. De rechtbank legt een bestuursverbod op voor de duur van drie jaar (en niet voor de maximale duur van vijf jaar), omdat de schending van de publicatieplicht zich deels heeft afgespeeld vóór de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW.

Wenk

De overweging van de rechtbank dat het bestuursverbod niet voor de maximale termijn wordt opgelegd omdat de schending van de publicatieplicht zich heeft afgespeeld vóór de driejaarstermijn, is opmerkelijk. De aansprakelijkheid van de DGA op grond van artikel 2:248 BW kan op dit moment nog geen grond zijn voor het opleggen van een bestuursverbod, omdat daarvoor noodzakelijk is dat de uitspraak waarbij een bestuurder aansprakelijk is gehouden onherroepelijk is geworden (art. 106a lid 1 sub a BW). Nu deze aansprakelijkheid momenteel nog geen grond kan zijn voor oplegging van een bestuursverbod, is het niet logisch om de duur van het opgelegde bestuursverbod te motiveren aan de hand van deze aansprakelijkheid.

H.J. de Kloe, januari 2020

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 24-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2019:11562

Zaaknummer: C/03/258970 / HA ZA 19-8

Rechters: I.M. Etman

Advocaten: M. Woisch en F.H.C. Aarts

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW, 2:394 BW, 105 Fw, 105a Fw en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Overgang van onderneming vóór faillissement

De werknemer van een failliete vennootschap, waarvan de onderneming reeds vóór faillietverklaring is overgegaan in de zin van artikel 7:662 lid 2 BW, is wegens artikel 7:663 BW van rechtswege in dienst getreden van de verkrijger.

Het onderhavige arrest is voor het insolventierecht met name lezenswaardig om zijn rechtsoverwegingen die betrekking hebben op overgang van onderneming. Het gaat hier eens niet om overgang van onderneming *in* faillissement – een onderwerp dat sinds *Smallsteps* en gedurende het parlementaire traject van WCO I onverminderd penningen in beweging blijft brengen – maar *vóór* faillissement van de oorspronkelijke werkgever.

Appellant was sinds 25 juli 2007 in dienst bij een vennootschap (hierna: de oorspronkelijke werkgever) waarvan een van de drie geïntimeerden door middel van een tweede geïntimeerde bestuurder en enig aandeelhouder was. In 2012 ontstond tussen appellant en de oorspronkelijke werkgever conflict over loonbetaling die door laatste kennelijk sinds maart 2012 was stopgezet. De oorspronkelijke werkgever is op 28 juni 2012 bij vonnis in kort geding veroordeeld het achterstallige loon te betalen, maar voldeed niet aan die veroordeling. Op 16 oktober is de oorspronkelijke werkgever op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de arbeidsovereenkomst met appellant opgezegd tegen 1 november 2012. Appellant meent dat geïntimeerden aldus vooropgezet spel hebben gespeeld en betreft hen in rechte.

Appellant heeft tot verhaal van zijn loonaanspraken c.q. schade in feite drie vorderingen geformuleerd. Ten eerste zou sprake zijn van misbruik van faillissementsrecht doordat van een faillissementstoestand in feite geen sprake was en de eigen aangifte hoofdzakelijk is gedaan met het vooropgezette doel om aan betaling van diens loonaanspraken te ontkomen. Evenals de kantonrechter – het vonnis in eerste aanleg is niet gepubliceerd – gaat het hof hierin niet mee; kort gezegd op de grond dat de oorspronkelijke werkgever ten tijde van faillietverklaring wel degelijk verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden te betalen en de stellingen van appellant die daaraan zouden moeten afdoen onvoldoende zijn

onderbouwd (r.o. 4 en 5). Ook de stellingen van appellant dat de (rechtspersoon-)bestuurders van de oorspronkelijke werkgever in persoon jegens appellant aansprakelijk zouden zijn voor stopzetting van de loonbetaling en frustratie van een beroep op sociale zekerheid bij het UWV worden door het hof als onvoldoende relevant of onderbouwd verworpen (r.o. 6-11).

De derde pijler van het betoog van appellant is dat de ondernemingsactiviteiten en alle werknemers van de oorspronkelijke werkgever met uitzondering van appellant vóór haar faillietverklaring zijn overgegaan naar de derde geïntimeerde (hierna: de nieuwe werkgever) en appellant aldus als gevolg van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 lid 2 BW rechtstreekse loonaanspraken op deze nieuwe werkgever heeft (art. 7:663 BW). Anders dan de kantonrechter gaat het hof hierin mee. Het acht daarvoor relevant te beoordelen of de beschreven overgang, die tussen partijen niet in geschil is, vóór dan wel na de faillietverklaring van de oorspronkelijke werkgever heeft plaatsgehad. In faillissement zouden de gevolgen van artikel 7:663 jo. 7:662 lid 2 BW immers door toepassing van artikel 7:666 onder a BW niet intreden. Het hof merkt hierover in r.o. 14.2 nog op dat appellant een eventuele gelijktrekking met een situatie als aan de orde in *Smallsteps* (HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:2017:489), waarin artikel 7:666 onder a BW in geval van de daar aan de orde zijnde *pre-pack* door het hof niet van toepassing werd geacht, onvoldoende heeft onderbouwd. De vraag of voor een dergelijke gelijktrekking bij een gedegen onderbouwing wel ruimte zou bestaan is interessant, maar gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

Op basis van de bevindingen van de curator van de oorspronkelijke werkgever, die hij onder ede heeft herhaald en door geïntimeerden niet gemotiveerd zijn betwist, oordeelt het hof dat de overgang van onderneming vóór de faillietverklaring van de oorspronkelijke werkgever heeft plaatsgevonden en moet worden aangenomen dat appellant per de faillissementsdatum op grond van artikel 7:663 BW bij de nieuwe werkgever in dienst is getreden (r.o. 14-15). Het hof laat daarmee in het midden op welk moment de onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring precies is overgegaan. Langs deze weg komt het tot een veroordeling van de nieuwe werkgever tot betaling van de openstaande loonaanspraken van appellant. Dat het kortgedingvonnis tot betaling van die aanspraken van 28 juni 2012 is gewezen tegen de oorspronkelijke en dus jegens de nieuwe werkgever geen executoriale kracht heeft, doet daaraan door de werking van artikel 7:663 BW niet af (zie de vijfde rechtsoverweging met randnummer 15).

J.O. Bijloo, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 17-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3292

Zaaknummer: 200.248.782/01

Rechters: R.S. van Coevorden, R.J.F. Thiessen en M.T. Nijhuis

Advocaten: A. Bosveld en P. Quist

Wetsartikelen: 7:662 BW, 7:663 BW, 7:666 BW, 3:13 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Kroll

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW vanwege het voeren van een onjuiste administratie, voor overdracht van de onderneming zonder een reële tegenprestatie en selectieve betaling door de overnemende partij.

Een curator heeft een bestuurder van een gefailleerde vennootschap op grond van artikel 2:248 BW (kennelijk onbehoorlijk bestuur) aansprakelijk gesteld voor het faillissementstekort, omdat in 2010, het jaar voorafgaande aan faillissement, de activa van de onderneming zijn overgedragen aan een derde zonder reële tegenprestatie.

Vast is komen te staan dat:

de omzet in 2010 circa € 1,75 miljoen beliep, waarvan slechts € 700.000 in de administratie van de gefailleerde is verwerkt; sinds medio 2010 de medewerkers van de onderneming werden ingehuurd door de derde; de derde de klanten is gaan bedienen; de derde voordien geen eigen personeel had; de bestuurder van gefailleerde in dienst is getreden bij de derde; opdrachten die bevestigd waren aan de gefailleerde, zijn uitgevoerd door de derde; het adres en het briefpapier van de derde identiek waren aan dat van de gefailleerde, met uitzondering van het kvk- en bankrekeningnummer.

Het hof overweegt in navolging van de rechtbank dat hieruit voortvloeit dat er een overdracht van de bedrijfsactiviteiten heeft plaatsgevonden en dat de onderneming is voortgezet door de derde. De derde heeft voor de opdrachten en het klantenbestand geen overnamesom betaald. Wel heeft de derde enkele crediteuren betaald en de lening bij de bank afgelost. Volgens het hof zijn slechts de crediteuren die van belang waren voor de voortzetting betaald, zodat sprake is geweest van selectieve betaling; de gezamenlijke crediteuren van gefailleerde hebben geen vergoeding ontvangen.

Vervolgens stelt het hof dat de overdracht van de activa van de onderneming zonder daarvoor

een reële vergoeding te bedingen, te kwalificeren is als een handeling die geen redelijk denkend bestuurder zou verrichten. Aldus is sprake van onbehoorlijk bestuur.

Verder constateert het hof dat de (omzet)administratie van de gefailleerde niet juist is gevoerd, zodat ook om die reden sprake is van onbehoorlijk bestuur. Dit brengt (ex art. 2:248 lid 2 BW) met zich dat vermoed wordt dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder heeft geen andere oorzaak van het faillissement gesteld, zodat het vermoeden niet is weerlegd.

Wel stelt de bestuurder dat de constructie is bedacht door een ander en dat hij daarbij 'geen betrokkenheid' heeft gehad. Hem zou dus geen blaam treffen. Het hof maakt daarmee korte metten: een bestuurder heeft de verantwoordelijkheid leiding te geven aan de onderneming. Ook al zou het juist zijn dat de constructie door een ander is bedacht en uitgevoerd, dan nog geldt dat de bestuurder de ander de gelegenheid heeft geboden om aldus te handelen. Van de bestuurder had verwacht mogen worden dat hij hiertegen zou hebben opgetreden. Dat is niet gebeurd.

De bestuurder heeft verder gesteld dat de curator de ander had moeten dagvaarden en dat de curator hem niet kan aanspreken, nu de ander niet is gedagvaard. Dat argument gaat evenmin op: het hof stelt dat het ter discretie van de curator staat om te bepalen wie hij wel of niet dagvaardt.

Voorts heeft de bestuurder nog een beroep willen doen op matiging. Echter, omdat hij zich enkel beroept op individuele matiging (en niet op collectieve), kan volgens het hof slechts een beroep worden gedaan op matiging als de bestuurder slechts een deel van de tijd in functie was geweest. Nu de bestuurder de gehele periode als bestuurder in functie was, gaat dit beroep aldus niet op.

Volgens de bestuurder is het daarnaast naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar hem aansprakelijk te houden voor het faillissementstekort. Alhoewel het hof onderkent dat er mogelijk – naast de disculpatie- en matigingsgronden als neergelegd in artikel 2:248 BW – een beroep kan worden gedaan op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, ligt dat 'niet spoedig in de rede', terwijl voorts niet is gebleken van bijzondere omstandigheden die een dergelijk beroep aanvaardbaar zouden maken.

Uiteindelijk wordt het vonnis in eerste aanleg (waarbij de bestuurder reeds was veroordeeld tot betaling van een voorschot op het volledige faillissementstekort) bekrachtigd.

Wenk

In deze zaak gaat het om een veel voorkomende praktijk, waarbij een onderneming – in het zicht van faillissement – wordt overgedragen aan een derde, om de onderneming te kunnen behouden. Dit geschiedt vaak in het kader van een reddingsactie. De onderneming is bij overdracht geld waard en er dient dus een reële koopsom te worden betaald – er vinden in dat kader vaak uitgebreide goodwillberekeningen plaats.

In dit geval is echter niets voor de onderneming betaald. Opvallend is dat de curator niet de weg van de pauliana kiest, maar dat hij kiest voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW. Een probleem daarbij is dat de curator dan moet aantonen dat de overdracht van de onderneming (mede) een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Normaliter is er een andere belangrijke oorzaak die de onderneming aan de rand van de afgrond heeft gebracht. Aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW ligt dan niet voor de hand. Echter, omdat ook de administratie niet klopte én de bestuurder kennelijk geen andere belangrijke oorzaak van het faillissement heeft kunnen aanwijzen, kan toch aansprakelijkheid voor het faillissementstekort worden aangenomen. Het lijkt er overigens op dat als de bestuurder zich ook had beroepen op collectieve matiging, het hof iets meer genegen zou zijn geweest te kijken naar het matigingsberoep. Het is dus verstandig altijd ook een beroep te doen op collectieve matiging, naast het beroep op individuele matiging.

A.D. van Dalen, december 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 10-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3238

Zaaknummer: 200.229.094/01

Rechters: M.C.M. van Dijk, M.J. van der Ven en J.A. van Dorp

Advocaten: M.G. van den Boogerd

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

EnelPower/Albaniabeg Ambient

IPR. Vordering van Albanese vennootschap op Nederlandse vennootschap voor vergoeding schade als gevolg van ingetrokken investeringen. Pseudo-exequatur. Bevoegdheid Nederlandse rechter. Albanees recht van toepassing. Vordering afgewezen.

Het eindarrest hangt sterk samen met het tussenarrest en zij zullen daarom hier gezamenlijk worden besproken. Bovendien wordt voor het feitencomplex in het eindarrest verwezen naar het tussenarrest.

De casus is als volgt. Een consortium van onder andere Italiaanse en Nederlandse vennootschappen behorende tot het Enel-concern (alle vennootschappen gezamenlijk 'Enel' genoemd), zijnde een energieleverancier, sluit een samenwerkingsovereenkomst met de Italiaanse vennootschap Becchetti Energy Group ('BEG') ten behoeve van het gezamenlijk bouwen en exploiteren van een waterkrachtcentrale in Albanië. Uiteindelijk trekt Enel zich terug. BEG start daarop een serie arbitrageprocedures tegen Enel in Italië, waarin zij stelt dat het terugtrekken van Enel wanprestatie oplevert onder de samenwerkingsovereenkomst en verplicht tot het vergoeden van schade aan de zijde van BEG. Al deze procedures worden door BEG verloren.

Vervolgens entameert de Albanese vennootschap Albaniabeg Ambient ('ABA'), een voormalige dochtervennootschap van BEG, een gerechtelijke procedure tegen Enel in Albanië. Het kernstandpunt van ABA is dat Enel een onrechtmatige daad jegens ABA heeft verricht door het vertrouwen te wekken dat Enel met ABA een *power purchase agreement* en een *long term power transport agreement* zou afsluiten, hetgeen zij vanwege haar terugtrekking uit het project niet heeft gedaan.

ABA wint de procedure in Albanië en Enel wordt onder andere veroordeeld tot het betalen van 25 miljoen euro aan schade, welk bedrag door onafhankelijke schade-experts is berekend. Opvallend is dat dit bedrag volgens de schade-experts de bruto-omzet is die ABA had kunnen maken in het geval de samenwerking met Enel zou zijn doorgegaan. Van dit bedrag zijn allerlei operationele kosten dus nog niet afgetrokken, waaronder de kosten voor het bouwen

van de centrale en voor het opwekken van energie. Toch heeft de Albanese rechtbank het brutobedrag aangemerkt als de nettoschade van ABA, zonder nadere motivering. Enel gaat tegen de uitspraak in Albanië in beroep en cassatie, maar zonder succes. Een beroep bij het EHRM wordt niet-ontvankelijk verklaard.

In het tussenarrest staat de vraag centraal of het Albanese vonnis in Nederland kan worden erkend en ten uitvoer gelegd. Het hof meent, anders dan de rechtbank, van niet. Het hof stelt voorop dat een Albanees vonnis niet kan worden erkend op grond van de EEX-vo of een bilateraal verdrag. Dit houdt in dat de exequaturprocedure van artikel 431 jo. 985 Rv niet openstaat. Dit betekent dat op grond van artikel 431 lid 2 Rv het geding opnieuw bij de Nederlandse rechter moet worden behandeld. Dit neemt niet weg dat de Nederlandse rechter het Albanese vonnis kan overnemen als ware het zijn eigen vonnis. Volgens het *Gazprombank*-arrest (ECLI:NL:HR:2014:2838) is daarvoor onder andere vereist dat de buitenlandse beslissing tot stand is gekomen in een gerechtelijke procedure die voldoet aan de eisen van behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtspleging, en de erkenning daarvan niet in strijd is met de Nederlandse openbare orde.

Het hof is van oordeel dat de Albanese uitspraak niet in Nederland kan worden erkend. Hij vindt het onbegrijpelijk dat de Albanese rechtbank het door de schade-experts berekende bedrag aan bruto-omzet zonder enige motivering heeft aangemerkt als nettoschade. Volgens het hof getuigt de beslissing van willekeur en is deze evident onredelijk. Hiermee kwalificeert het het Albanese vonnis als *arbitrary and manifestly unreasonable* in de zin van artikel 6 EVRM, waardoor het vonnis niet voldoet aan de eisen van het *Gazprombank*-arrest.

In het eindarrest gaat het hof, op grond van artikel 431 lid 2 Rv, inhoudelijk op het geschil in. In deze zaak spelen tal van procesrechtelijke geschillen die hier onbesproken blijven (waaronder geschillen over de twee conclusie-regel en bevoegdheid van de Nederlandse rechter inzake bepaalde vorderingen). Het hof bepaalt dat het geschil tussen ABA en Enel dient te worden beantwoord naar Albanees recht, omdat de gestelde schade in Albanië zou zijn ingetreden. Immers, de centrale zou in Albanië zijn gebouwd en de energie zou in Albanië worden opgewekt en verhandeld. Vervolgens oordeelt het hof dat Enel naar Albanees recht geen onrechtmatige daad jegens ABA heeft gepleegd. Enel was bevoegd zich terug te trekken uit de samenwerkingsovereenkomst met BEG en ABA heeft onvoldoende gesteld en bewezen dat Enel het vertrouwen bij ABA zou hebben gewekt dat Enel de hiervoor bedoelde overeenkomsten met ABA zou sluiten. Het hof wijst de vorderingen van ABA dus af. Enel heeft nog wel een tegenvordering op ABA vanwege schade als een gevolg van de door ABA gelegde beslagen op assets van Enel. Omdat deze beslagen nu onrechtmatig blijken te zijn, wordt deze vordering toegewezen, onder verwijzing naar een schadestaatprocedure.

S.L. Haanschoten, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4260

Zaaknummer: 200.169.175/01 en 200.201.407/01

Rechters: P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, A.W.H. Vink en J.M. de Jongh

Advocaten: M.A. Leijten en J.W. de Groot

Wetsartikelen: 431 Rv

RECHTSPRAAK

Freshlight B.V./Evenementenhal Hardenberg B.V.

Sprake van schijn van volmachtverlening? Het hof overweegt dat Evenementenhal Hardenberg op grond van de gedragingen van Freshlight redelijkerwijze heeft mogen aannemen dat aan de werknemer van Freshlight een toereikende volmacht was verleend om de offerte namens Freshlight te ondertekenen en dat ook daadwerkelijk heeft aangenomen. Niet is in rechte komen vast te staan dat de werknemer van Freshlight is opgetreden voor een andere vennootschap.

Evenementenhal Hardenberg B.V. ('EH'), houdt zich bezig met de exploitatie van een evenementenhal en organiseert en exploiteert evenementen, waaronder beurzen. Bij brief van maart 2015 heeft EH aan Freshlight B.V. ('Freshlight') een offerte toegestuurd voor beursdeelnames ad € 65.000. Deze offerte is door de heer B ('B'), gevolmachtigde van Freshlight tot een bedrag ad € 10.000 per september 2015, geaccordeerd.

Freshlight heeft deelgenomen aan twee beurzen uit de offerte en de facturen hiervoor zijn voldaan; voor zeven andere beurzen uit de offerte waaraan Freshlight deelnam, dan wel mee zou doen, heeft EH de kosten voor deelname c.q. annuleringskosten gefactureerd. Deze facturen heeft Freshlight ondanks aanmaning en ingebrekestelling onbetaald gelaten.

De kantonrechter heeft Freshlight veroordeeld tot betaling van de openstaande facturen. Freshlight is vervolgens tegen het vonnis in hoger beroep gekomen. Het geschil spitst zich toe tot de vraag of EH er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat B bevoegd was om namens Freshlight de overeenkomst met haar aan te gaan.

Naar het oordeel van het hof heeft Freshlight onvoldoende gemotiveerd betwist dat haar schijn van volmachtverlening kan worden toegerekend. Het hof is dan ook van oordeel dat EH op grond van de gedragingen van Freshlight redelijkerwijze heeft mogen aannemen dat aan B een toereikende volmacht was verleend om de offerte namens Freshlight te ondertekenen, en dat ook daadwerkelijk heeft aangenomen. Het hof wijst erop dat de heer A ('A'), de bestuurder

van Freshlight, was geïnformeerd over het feit dat aan Freshlight een offerte zou worden uitgebracht. Dat Freshlight bekend was met de door B getekende offerte en hiermee instemde, blijkt uit het feit dat Freshlight aan meerdere beurzen uit de offerte heeft deelgenomen, en dat de enig aandeelhouder van Freshlight (Dutchenv B.V.) de twee facturen heeft voldaan, aldus het hof. Het hof wijst er voorts op dat B de deelname aan een groot aantal beurzen heeft geannuleerd, met A in cc in de betreffende e-mailstring.

Freshlight heeft verder aangevoerd dat A in de veronderstelling verkeerde dat B de gesprekken over de offerte voor Kemaru B.V., handelend onder de naam Beter Duurzaam, voerde en dat het ook de bedoeling van partijen was dat B niet voor Freshlight, maar voor Beter Duurzaam een offerte aanvraag en deze ondertekende. Freshlight betoogt daartoe dat Beter Duurzaam als hoofdhuurder zou optreden en delen van de gehuurde beursruimte aan verschillende ondernemingen zou onderverhuren, waaronder Freshlight. Het hof volgt Freshlight daarin niet, omdat niet met concrete stukken is onderbouwd dat met partijen (Beter Duurzaam, Freshlight en EH) is afgesproken dat onder de vlag van Beter Duurzaam beursruimte bij EH gehuurd zou worden. Het hof neemt daartoe mede in aanmerking dat de genoemde twee facturen zijn betaald door Dutchenv B.V., en niet door Beter Duurzaam.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.

M.J. (Mike) van de Graaf, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:9903

Zaaknummer: 200.244.368

Rechters: H.L. Wattel, I. Brand en I.W. Levelt-Iseger

Advocaten: A. Thissen en H.J.G.M. te Woerd

Wetsartikelen: 2:240 BW en 3:61 BW

RECHTSPRAAK

Voormalig bestuurder/Infors Benelux B.V.

Vordering vennootschap jegens voormalig bestuurder op grond van onbehoorlijke taakvervulling en/of onrechtmatige daad, wegens een (niet aan de AVA gemeld) tegenstrijdig belang. Handelen in strijd met een statutaire bepaling die strekt tot bescherming van de vennootschap. Rechtbank heeft de vorderingen afgewezen, hof wijst deze toe.

Geïntimeerde ('de Voormalig Bestuurder'), is vanaf de oprichting van Infors Benelux B.V. ('Infors') tot aan zijn ontslag door de AVA, bestuurder geweest van Infors. De Voormalig Bestuurder is tevens indirect enig bestuurder van Biostream B.V. ('Biostream') en heeft indirect MicCell Bioservices B.V. ('MicCell') opgericht en was daarvan voor lange tijd enig aandeelhouder en bestuurder.

Infors beschikte over een klein laboratorium, waar klanten de Infors-apparatuur in werking konden bekijken. In 2012 is besloten het laboratorium af te stoten en is de inventaris aan MicCell verkocht. Tussen partijen is discussie ontstaan over de vraag of de Voormalig Bestuurder de apparatuur van Infors onder de verkoopprijs aan MicCell heeft verkocht en of er sprake is geweest van een tussenhandel in Infors-apparatuur via MicCell, zonder dat Infors daarover is geïnformeerd en zonder dat Infors de opbrengsten daarvan heeft ontvangen.

Infors vordert in hoger beroep een verklaring voor recht dat de Voormalig Bestuurder zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en daarmee in strijd heeft gehandeld met artikel 2:9 BW, en dat de Voormalig Bestuurder als bestuurder van MicCell onrechtmatig jegens Infors heeft gehandeld in de zin van artikel 6:162 BW.

De onbehoorlijke taakvervulling wordt door het hof beoordeeld aan de hand van een vijftal transacties. Bij al die transacties stelt Infors dat de Voormalig Bestuurder zijn taak als bestuurder van Infors onbehoorlijk heeft vervuld, omdat hij in strijd met een statutaire bepaling die strekt tot bescherming van de vennootschap heeft gehandeld. Hij is namelijk namens voor Infors nadelige transacties aangegaan waarbij hij een persoonlijk tegenstrijdig

belang had, en heeft daarbij nagelaten melding te maken van dat tegenstrijdige belang aan de AVA zoals de statutaire tegenstrijdigbelangregeling dicteert. Hoewel in de statuten ook is bepaald dat de bestuurder bevoegd is Infors te vertegenwoordigen in geval van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang, geldt nog steeds de verplichting om de AVA te informeren. De Voormalig Bestuurder heeft niet betwist dat hij geen melding heeft gemaakt van zijn (indirecte) aandeelhoudersbelang in en zijn betrokkenheid als (indirect) bestuurder bij MicCell en Biostream, toen hij de transacties namens Infors aanging.

Bij de verdere beoordeling door het hof wordt de niet-naleving van de statutaire bepaling aangemerkt als een zwaarwegende omstandigheid die in beginsel leidt tot interne bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij het aan de Voormalig Bestuurder is om feiten en omstandigheden aan te voeren die de conclusie kunnen dragen dat hem geen ernstig verwijt treft.

Het hof komt ten aanzien van alle transacties tot het oordeel dat de Voormalig Bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, nu in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van Infors, terwijl sprake was van (potentieel) tegenstrijdige belangen van Infors en MicCell. Juist is dat aan een bestuurder een zekere ondernemersruimte gelaten moet worden om de vennootschap te besturen, maar sommige transacties vielen zozeer in het voordeel van MicCell uit, dat niet voorstelbaar is dat de Voormalig Bestuurder alleen de belangen van Infors heeft bewaakt.

Zo had de Voormalig Bestuurder vier apparaten aan MicCell verkocht en geleverd tegen onzakelijke en voor Infors nadelige voorwaarden, zonder melding te maken van zijn belangen bij MicCell: Infors had – afgezien van andere commerciële overwegingen – belang bij een reële zakelijke opbrengst, MicCell bij een zo laag mogelijke prijs. Ook heeft de Voormalig Bestuurder als bestuurder van Infors toegelaten dat MicCell een nieuw apparaat heeft verkregen van Infors in ruil voor een oud apparaat, zonder dat daarvoor (bij)betaling heeft plaatsgevonden en zijn een viertal bij Infors AG ingekochte apparaten aan MicCell geleverd en nooit gefactureerd. Die apparaten zijn uiteindelijk terug geleverd, maar waren in dermate slechte staat dat Infors er twee heeft moeten afschrijven. Tevens zijn twee apparaten door Infors zonder titel en enige betaling aan MicCell ter beschikking gesteld en heeft de Voormalig Bestuurder toegestaan dat vier Labfors-units namens Infors bij Infors AG zijn besteld en aan MicCell zijn geleverd, zonder dat Infors daarvoor is betaald.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en verklaart voor recht dat de Voormalig Bestuurder zijn taak als bestuurder van Infors onbehoorlijk heeft vervuld (art. 2:9 BW). De Voormalig Bestuurder wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding alsook de kosten van beide instanties.

M.F. van Schendel, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:9889

Zaaknummer: 200.223.069

Rechters: Ch.E. Bethlem, H.L. Wattel en M.S.A. van Dam

Advocaten: E.K. Ditvoorst en M.H.M. Deppenbroek

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Overheveling werkmaatschappij naar nieuwe onderneming

Geen onbelangrijk verzuim, maar (indirect) bestuurder ontkomt aan aansprakelijkheid door een andere oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. Ook het beroep op artikel 2:9 en 6:162 BW faalt, omdat een onrechtmatige overheveling van de onderneming onvoldoende is onderbouwd.

A beheert via zijn holding een werkmaatschappij die zich bezighoudt met de in- en verkoop van relatiegeschenken. De curator spreekt de holding en A aan op grond van artikel 2:248 (lid 2) jo. 2:11, 2:9 en 6:162 BW. Naast schending van deponeringsplicht wordt A verweten dat hij de onderneming van de werkmaatschappij heeft overgeheveld naar een nieuwe onderneming, die hij zelf bestuurt en waarin zijn echtgenote nagenoeg alle aandelen houdt.

Het hof beoordeelt eerst de schending van de deponeringsplicht. Deze staat vast, nu de jaarrekening over 2012 vijf maanden en acht dagen te laat is gepubliceerd. Anders dan de rechtbank meent het hof dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim. Daarvan is slechts sprake indien het niet voldoen aan de deponeringsplicht in het licht van de omstandigheden van het geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en met name indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Naarmate de termijnoverschrijding langer is, worden aan deze verklaring hogere eisen gesteld.

Volgens A zijn de jaarcijfers tijdig aangeleverd, maar heeft de accountant de jaarrekening te laat gedeponerd. De curator voert echter aan dat de jaarrekeningen stelselmatig te laat werden gepubliceerd en dat de jaarrekening van 2012 pas na de deponeringstermijn is vastgesteld. Met name vanwege het eerste verwijt oordeelt het hof dat van een onbelangrijk verzuim géén sprake is, zodat de bestuurder gelet op artikel 2:248 lid 2 BW slechts aan aansprakelijkheid kan ontkomen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Daarin slaagt A door aan te voeren dat de onderneming last had van economische tegenwind, waardoor het aantal bestellingen terugliep en bestaande schulden toenamen. Omdat daardoor

bestellen met leverancierskrediet vrijwel onmogelijk werd, is aansluiting gezocht bij een franchiseorganisatie. De franchisegever heeft de overeenkomst echter al na één maand opgezegd vanwege de zwakke financiële positie van de onderneming. Inkopen was toen niet meer mogelijk, zodat is besloten de activiteiten te staken om het oplopen van schulden te voorkomen en in plaats daarvan in te zetten op sanering. Hoewel 93% van de schuldeisers met een crediteurenakkoord wilde instemmen, is het faillissement uiteindelijk aangevraagd door twee weigerachtige schuldeisers. Het hof ziet de marktomstandigheden in combinatie met de opzegging van de franchiseovereenkomst als de oorzaak van het faillissement.

De curator slaagt er vervolgens niet in om aannemelijk te maken dat de overheveling van de onderneming naar een nieuwe onderneming, en daarmee de onttrekking van de volledige verdien capaciteit, een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, zodat zijn vordering op grond van artikel 2:248 BW strandt.

Hetzelfde feitencomplex ligt ten grondslag aan de op artikel 2:9 en 6:162 BW gebaseerde vorderingen. Het hof is evenwel van mening dat het A vrijstond om onder deze omstandigheden een nieuwe onderneming te starten en niet is gebleken van ernstig bestuurlijk handelen waarbij de activa aan de gefailleerde onderneming zijn onttrokken met veronachtzaming van de belangen van haar schuldeisers. Overigens heeft de curator ook onvoldoende onderbouwd dat de activa aan de onderneming zijn onttrokken door voortzetting van de dezelfde activiteiten vanuit een andere onderneming.

J.E. van Nuland, december 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 12-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3299

Zaaknummer: 200.253.453/01

Rechters: G.C. de Heer, R.S. van Coevorden, F. van der Hoek en F.R. Salomons

Advocaten: D.J.Q. Oostenbroek en J.H. Pelle

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:11 BW, 2:248 (lid 2) BW, 6:162 BW en 2:239 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Twinco Capital M&O Ltd/werknemer

Arbeidsovereenkomst van statutair bestuurder wordt ontbonden op de g-grond voor zover deze niet is geëindigd door vennootschapsrechtelijk besluit. Een wezenlijk verschil van mening op bestuursniveau in een dergelijk klein bedrijf leidt tot een onhoudbare situatie.

Feiten

Twinco Capital M&O Ltd. (hierna: Twinco) is op 20 januari 2017 naar Engels recht opgericht. Werknemer is op 1 september 2018 in dienst getreden bij Twinco. Bij aandeelhoudersbesluit van 14 juni 2019 hebben aandeelhouder 1 en aandeelhouder 2 besloten om ontslag te verlenen aan werknemer als statutair bestuurder van Twinco. In de ontslagbrief worden een verstoorde arbeidsverhouding en disfunctioneren als redenen opgevoerd. Rekening houdend met de geldende opzegtermijn van zes maanden eindigt volgens Twinco de arbeidsovereenkomst met werknemer per 31 december 2019. Twinco verzoekt, voor zover in rechte onvoorwaardelijk komt vast te staan dat de arbeidsovereenkomst niet op 31 december 2019 eindigt als gevolg van de beëindiging van de vennootschapsrechtelijke relatie tussen partijen, de arbeidsovereenkomst tussen partijen voorwaardelijk te ontbinden op de d-, g-, of h-grond.

Oordeel

Rechtsmacht en toepasselijk recht

De door werknemer verzochte verklaring voor recht dat het besluit van 24 juni 2019 strekkende tot zijn ontslag als statutair bestuurder van Twinco nietig dan wel vernietigbaar is, heeft betrekking op besluiten van een orgaan van Twinco. Op grond van artikel 24 lid 2 Herschikte EEX-Vo zijn bij uitsluiting bevoegd de gerechten in de lidstaat waar Twinco is gevestigd, derhalve het Verenigd Koninkrijk. Aan de Nederlandse rechter komt op dat punt dan ook geen rechtsmacht toe. De arbeidsovereenkomst van werknemer bevat in artikel 18.1 een rechtskeuze voor Nederlands recht. Dat brengt op de voet van artikel 8 lid 1 jo. 3 lid 1 Rome I met zich dat Nederlands recht van toepassing is.

Het (voorwaardelijk) verzoek van Twincó

Het door Twincó gestelde disfunctioneren van werknemer is door werknemer uitdrukkelijk en gemotiveerd betwist en door Twincó onvoldoende onderbouwd. Bovendien geldt dat, voor zover werknemer al zou disfunctioneren, niet gebleken is dat werknemer door Twincó daarop is aangesproken, laat staan dat hij in de gelegenheid is gesteld om zijn functioneren te verbeteren. Wat betreft de gestelde verstoorde arbeidsverhouding heeft Twincó met name aangevoerd dat werknemer steeds zijn eigen belang voorop stelt ten koste van het bedrijfsbelang door zijn pogingen betere arbeidsvoorwaarden af te dwingen, terwijl het bedrijf in zwaar weer verkeerde. Vaststaat dat werknemer aan aandeelhouder 1 te kennen heeft gegeven dat hij zijn beloning ondermaats vond en dat hij de wens had om aandeelhouder te worden. Hoewel de handelwijze van werknemer op zichzelf onvoldoende is om te concluderen dat werknemer misbruik heeft willen maken van de positie van Twincó teneinde zijn beloning te verruimen, is alleszins voor te stellen dat de handelwijze bij de overige bestuurders vraagtekens oproept over het belang dat werknemer nastreefde, vooral omdat Twincó zich op dat moment in een financieel kwetsbare positie verkeerde. De overige verwijten die Twincó werknemer maakt, hebben betrekking op zijn werkhouding. Beide partijen hebben hun standpunt onvoldoende onderbouwd. Zodoende kan de rechtbank met de voorliggende stukken niet vaststellen welke partij het gelijk aan zijn zijde heeft. Feit is wel dat Twincó een beginnende onderneming is die nog geen winst heeft gemaakt. Evident is dat een wezenlijk verschil van mening op bestuursniveau en in een dergelijk klein bedrijf niet vol te houden is en tot een onhoudbare situatie leidt, ongeacht de vraag aan welke partij dat (meer) is te wijten. Het verschil van inzicht over de wijze waarop invulling is en moet worden gegeven aan de functie en de wijze van beloning is dusdanig groot, dat niet valt te verwachten dat een mediationstraject daar verandering in zal brengen. Aldus is naar het oordeel van de rechtbank sprake van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van Twincó in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Herplaatsing ligt niet in de rede, gelet op de inhoud van de functie van werknemer en de grootte van Twincó. De rechtbank zal de arbeidsovereenkomst tussen partijen daarom ontbinden op de g-grond onder de voorwaarde dat in rechte onherroepelijk komt vast te staan dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet op 31 december 2019 eindigt als gevolg van de beëindiging van de vennootschapsrechtelijke relatie tussen partijen.

Het zelfstandig tegenverzoek van werknemer

Werknemer verzoekt onder meer aan hem een billijke vergoeding toe te kennen op grond van artikel 7:671b lid 8 sub c BW. Werknemer stelt dat Twincó ernstig verwijtbaar jegens hem heeft gehandeld door hem volledig onaangekondigd, zonder redelijke grond en zonder melding te maken van de ontslaggronden te ontslaan. Deze verwijten hebben echter

betrekking op de gebeurtenissen rondom het vennootschapsrechtelijk ontslag van werknemer en kunnen niet worden betrokken bij het arbeidsrechtelijk ontslag. Dat laatste is immers gedurende deze procedure aan de orde gekomen, waarbij de door Twingo aangevoerde gronden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst zijn behandeld. Ook overigens is niet gebleken van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van Twingo. Eerder is het zo dat tussen partijen sprake is geweest van een mismatch. Onder die omstandigheden bestaat voor toekenning van een billijke vergoeding, laat staan in de orde van grootte zoals door werknemer verzocht geen aanleiding, waarbij de rechtbank tevens meeweegt de relatief korte duur van de arbeidsovereenkomst en de omstandigheid dat werknemer, uitgaande van de veronderstelling dat het vennootschapsrechtelijke ontslag niet geleid heeft tot het einde van de arbeidsovereenkomst, tot 1 maart 2020 recht heeft op doorbetaling van salaris, hoewel hij na 24 juni 2019 niet meer gewerkt heeft.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-11-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:8668

Zaaknummer: C/10/579707 / HA RK 19-927

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: A.J.P. van Beers en H.L.A. Ko

Wetsartikelen: 7:641b BW, 7:669 lid 1 BW en 7:669 lid 3 sub g BW

RECHTSPRAAK

Machtigingsverzoek mededelingen conceptonderzoeksverslag

OK; enquête. Analoge toepassing van artikel 2:353 lid 3 BW in het kader van een conceptonderzoeksverslag. Machtigingsverzoek tot het mogen doen van mededelingen over het conceptonderzoeksverslag door dit concept aan een derde te verstrekken, wordt om bijzondere redenen toegewezen.

Begin 2019 beveelt de OK een onderzoek naar de gang van zaken bij rechtspersoon A, één van de twee verweersters. De OK benoemt een onderzoeker alsmede, bij onmiddellijke voorziening en voor de duur van het geding, een bestuurder. De aandelen worden op één na ten titel van beheer overgedragen.

Verzoeksters laten zich in de gehele kwestie vanwege hun leeftijd bijstaan door natuurlijk persoon B, de dochter van één van de twee verzoeksters ('de dochter'). De dochter is namens verzoeksters aanwezig bij besprekingen, bij een interview van de onderzoeker en bij een eerder mediationtraject. Verzoeksters willen nu het conceptonderzoeksverslag met de dochter delen zodat zij hiervan kennis kan nemen, mede met het oog op het komen tot een minnelijke regeling, en het van eventueel commentaar kan voorzien. Zij beogen het conceptverslag expliciet niet in te brengen in een andere procedure of bevindingen te openbaren.

De OK overweegt dat normaliter beperkt ruimte bestaat voor analoge toepassing van artikel 2:353 lid 3 BW in het kader van een conceptonderzoeksverslag. Dit om de belangen van de vennootschap, het onderzoek en de belanghebbenden te beschermen. In onderhavig geval refereren verweersters, de belanghebbenden die zich hebben gevoegd en de onderzoeker, de aangewezen bestuurder en degene die de aandelen ten titel van beheer houdt, zich aan het oordeel van de OK. Zodoende meent de OK dat hun belangen zich niet tegen toewijzing van dit verzoek verzetten.

Nu de OK de door verzoeksters genoemde redenen zwaarwegend genoeg vindt om een uitzondering op artikel 2:351 lid 4 BW te maken, wijst zij het verzoek toe: verzoeksters mogen

mededelingen doen uit het conceptverslag van het onderzoek door de dochter een afschrift met bijlagen te verstrekken. De beschikking is uitvoerbaar bij voorraad.

F.C.W. Wijffels, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3927

Zaaknummer: 200.244.332/02 OK

Advocaten: J.A.I. Verheul, F.A.J. Havenga en A.J. Tekstra

Wetsartikelen: 2:351 lid 4 BW en 2:353 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

vennootschap/bestuurder

Tussenvonnis. Bestuurder heeft wijnflessen verkocht, zonder deze eerst van de vennootschap, die het eigendomsrecht hierover had, terug te kopen. Bestuurder krijgt opdracht te bewijzen dat hij toestemming van die vennootschap had.

Feiten

A is de enige bestuurder van vennootschap (eiseres). Bestuurder (verweester sub 2) is de enige bestuurder van X (verweester sub 1), een vennootschap die wijn verkoopt die afkomstig is van een wijngoed in Spanje. Bestuurder heeft in 2009 met A een overeenkomst gesloten waarin is geregeld dat X 2 februari 2009 39.880 flessen wijn verkoopt en levert voor € 99.600. De wijnflessen blijven in de opslag en X mag de wijnflessen met een door de vennootschap verstrekte volmacht verkopen, op voorwaarde dat zij de wijnflessen eerst van vennootschap terugkoopt tegen vergoeding van € 2,75 per fles. Uiterlijk 2 februari 2010 moet bestuurder de wijnflessen hebben teruggekocht van de vennootschap tegen betaling van in totaal € 109.670. Bestuurder heeft de wijnflessen verkocht, zonder deze eerst terug te kopen. De vennootschap beschouwt dit als diefstal. Vóór 2011 had bestuurder de wijnflessen zonder toestemming en medeweten van A overgebracht naar een ander opslagbedrijf. Nadat A daar achter was gekomen heeft hij bestuurder om een garantie gevraagd. Bestuurder heeft naar aanleiding daarvan een document ondertekend waarin staat dat het bedrijf garant staat voor de schuld van X aan de vennootschap (hierna: de garantstelling). X heeft niets betaald aan de vennootschap. De vennootschap vordert onder meer een verklaring voor recht dat bestuurder en X toerekenbaar zijn tekortgeschoten, alsmede een schadevergoeding van € 99.600.

Oordeel

X wordt veroordeeld tot betaling van € 109.670 als schadevergoeding wegens wanprestatie. Zij is haar verplichtingen op grond van de overeenkomst namelijk niet nagekomen. Dat van kwijtschelding geen sprake is, volgt al uit de stelling van X dat het altijd de bedoeling is geweest om het wijngoed te verkopen, waarna de vennootschap betaald zou kunnen worden. De Beklamefnorm is niet geschonden. Dat X het bedrag van € 99.600 niet heeft gebruikt voor

het wijnproject in Spanje blijkt nergens uit. De vennootschap heeft kunnen en moeten begrijpen dat X jarenlang verschillende schuldeisers wel betaalde, terwijl zij van bestuurder geen enkele betaling ontving. In feite heeft de vennootschap voortdurend stilzwijgend ingestemd met het doen van selectieve betalingen. Van onrechtmatige selectieve betaling kan in zo'n geval geen sprake zijn. De rechtbank sluit niet uit dat A wel toestemming heeft gegeven de wijnflessen te verkopen zonder deze eerst terug te kopen. Bestuurder heeft dat in zijn e-mails tegenover A benadrukt, en aan de rechtbank zijn geen e-mails van A overgelegd waarin hij dat ontkent. Het is ook goed voorstelbaar dat A toestemming heeft gegeven, als bestuurder hem heeft voorgespiegeld dat het bedrijf en X anders failliet zouden gaan. Daarnaast is niet gesteld of gebleken dat A tegen bestuurder aangifte van diefstal/verduistering heeft gedaan. Bestuurder krijgt een bewijsopdracht om te bewijzen dat hij toestemming van de vennootschap heeft gekregen om namens X de wijnflessen te verkopen zonder deze eerst van de vennootschap terug te kopen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 16-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:4813

Zaaknummer: NL19.4174

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: E.R. Jonker en C.D.R. Schoonderbeek

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

InsureNL B.V./Steijnborg c.s.

OK; enquête. Enquêteverzoek door 50%-aandeelhouder. Onderneming bevindt zich in financieel slechte situatie, medeaandeelhouders overwegen aandelenemissie met mogelijk verwatering voor verzoeker als gevolg. Ondanks vaststelling tegenstrijdig belang door de OK, levert dit niet genoeg aanleiding op voor het gelasten van een onderzoek. Afwijzing verzoek.

De Steijnborg Groep drijft een onderneming op het gebied van assurantie- en verzekeringsmakelaardij. Aan het hoofd van de groep staat Steijnborg BV (Steijnborg). Steijnborg houdt alle aandelen in het geplaatst kapitaal van Steijnborg Assuradeuren BV, Steijnborg Assurantiën BV, Steijnborg Bedrijfsadvisering BV en van Vermolen Assuradeuren BV.

Aandeelhouders van Steijnborg zijn een STAK (45%), InsureNL B.V. ('InsureNL') (50%) en Hofbauer B.V. ('Hofbauer') (5%). Hofbauer is enig bestuurder van Steijnborg.

Steijnborg bevindt zich gedurende langdurige perioden in financieel slechtere situaties, heeft daardoor dringende liquiditeitstekorten en meerdere malen verzocht aan haar aandeelhouders en derden om extra financiering beschikbaar te stellen. InsureNL was niet bereid aan de financiering van dat tekort een bijdrage te leveren. Hofbauer heeft om die reden telkens als enige een rekening-courantfaciliteit ter beschikking gesteld. InsureNL was daarvan op de hoogte. Uit tussentijdse cijfers blijkt dat Steijnborg een negatief werkkapitaal heeft en dat haar cashflow beduidend lager is dan het jaar daarvoor. A (bestuurder van Hofbauer, Steijnborg Assuradeuren, Steijnborg Assurantiën, Steijnborg Bedrijfsadvisering en Vermolen Assuradeuren) schrijft dat Hofbauer niet langer bereid is om een steeds hogere rekening-courantfaciliteit beschikbaar te stellen en dat externe financiering praktisch onmogelijk is, zodat als enige optie een aandelenemissie resteert. Hofbauer en de STAK zijn bereid een dergelijke emissie te accepteren. Als InsureNL niet wil deelnemen zal zij moeten verwateren; mocht InsureNL de verwatering blokkeren, dan wenst A te onderzoeken of een aandelenemissie op het niveau van Steijnborg Assurantiën mogelijk is.

InsureNL heeft bij de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de Steijnborg Groep vanaf 1 augustus 2016. Daarbij verzoekt InsureNL verschillende onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding, waaronder (i) schorsing van Hofbauer als statutair bestuurder van Steijnborg, (ii) schorsing van A als statutair bestuurder van Steijnborg Assuradeuren, Steijnborg Assurantiën, Steijnborg Bedrijfsadvisering en Vermolen Assuradeuren en (iii) benoeming van een derde persoon tot bestuurder van Steijnborg c.s.

A c.s. hebben verzocht InsureNL niet ontvankelijk te verklaren in haar verzoek, en het verzoek af te wijzen met vaststelling dat InsureNL haar verzoek niet op redelijke gronden heeft gedaan (art. 2:350 lid 2 BW).

De OK oordeelt als volgt over de bezwaren van InsureNL. Volgens InsureNL is een in 2009 gesloten huurovereenkomst, die in 2017 stilzwijgend is verlengd, in strijd met de statutaire tegenstrijdig belangregeling. De OK stelt vast dat de huurovereenkomst in 2009 is gesloten. Dit is voordat InsureNL aandeelhouder van Steijnborg werd en valt bovendien buiten de verzochte onderzoeksperiode. Verder voert InsureNL aan dat A geen overleg heeft gevoerd over de stilzwijgende verlenging van de huurovereenkomst. Volgens de OK levert deze omstandigheid geen reden op om te twifelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken van de Steijnborg Groep, omdat A wel heeft voorgesteld tijdens een algemene vergadering een makelaar de huurprijs te laten vaststellen. InsureNL heeft niet op dit voorstel gereageerd.

Daarnaast betoogt InsureNL dat A in strijd heeft gehandeld met de wet en de statuten nu hij de rekening-courantovereenkomst zowel namens Hofbauer als namens Steijnborg heeft ondertekend. De OK stelt vast dat A, als bestuurder en (middellijk) enig aandeelhouder van Hofbauer, een met Steijnborg tegenstrijdig belang heeft bij de besluitvorming over (de voorwaarden van) de tussen Steijnborg en Hofbauer overeengekomen rekening-courantovereenkomsten. Dit betekent dat A niet aan die besluitvorming had mogen deelnemen. Dit levert een gegronde reden op te twifelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken van Steijnborg. Het is de vraag of dit in de gegeven omstandigheden voldoende aanleiding geeft voor het gelasten van een onderzoek.

De OK oordeelt dat het verwijt dat A heeft nagelaten om maandelijkse financiële rapportages aan InsureNL te verstrekken, geen grond oplevert om te twifelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken bij de Steijnborg Groep. A heeft namelijk tijdig toegelicht dat deze rapportages in verband met de overgang naar een nieuw administratief systeem en de overname van Vermolen niet verstrekt konden worden. InsureNL heeft deze uitleg kennelijk geaccepteerd en pas op een later moment verzocht de maandelijkse rapportages te hervatten. Verder heeft InsureNL niet nader gespecificeerd welke concrete informatie zij ten onrechte niet zou

hebben ontvangen.

InsureNL heeft als laatste grond aangevoerd dat binnen de Steijnborg Groep geen duidelijke beleidslijn of een duidelijk ondernemingsplan bestaat. De OK stelt voorop dat het in beginsel aan het bestuur is om de strategie van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bepalen. Dat het bestuur daarin in ernstige mate tekortschiet is niet gebleken. De enkele omstandigheid dat InsureNL het kennelijk met de door het bestuur van Steijnborg gekozen strategie niet eens is, levert onvoldoende grond op om te twijfelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken bij de Steijnborg Groep.

De mededeling van A ter zake de voorgenomen aandelenemissie is volgens de OK niet zozeer een (voorgenomen) beslissing van het bestuur, maar het betreft meer een uiteenzetting van de bestaande financieringsmogelijkheden voor de Steijnborg Groep. In zoverre levert deze mededeling dan ook geen reden op te twijfelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken bij de Steijnborg Groep. De OK gaat er daarbij vanuit dat, indien daadwerkelijk een emissie van aandelen wordt voorbereid, InsureNL daar tijdig over zal worden geïnformeerd en zal worden betrokken bij de vaststelling van de omvang van de emissie en de uitgifteprijs.

Tot slot stelt de OK vast dat, gelet op het voorgaande, niet duidelijk is welke verdere openheid van zaken over de wijze van totstandkoming van de rekening-courantovereenkomsten met een te bevelen onderzoek nog zou kunnen worden verkregen.

De OK wijst na afweging van bovenstaande omstandigheden het verzoek tot het bevelen van een enquête af. Voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen bestaat dan ook geen grond. De OK ziet geen aanleiding om, zoals A c.s. hebben verzocht, op de voet van artikel 2:350 lid 2 BW te beslissen dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan. De OK zal InsureNL als de overwegend in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten van het geding.

Q.M.J.A. Crul, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3639

Zaaknummer: 200.261.860/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme, J.B.M. Streppel en G. Boon

Advocaten: M.P.P. van Buuren, K.F.S. Tang, R.J.W. Analbers en S.H.A.M. Hendrix

Wetsartikelen: 2:350 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

City assistant B.V./Hello Amsterdam B.V.

OK; enquête. Bij eerdere beschikking is reeds een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Hello Amsterdam bevolen. In deze uitspraak wordt het verzoek tot overdracht van aandelen ten titel van beheer bij wijze van aanvullende onmiddellijke voorziening toegewezen.

Hello Amsterdam B.V. ('Hello Amsterdam') geeft sinds 2016 een stadsgids uit die wordt gedistribueerd via hotels, restaurants en (digitaal) via internet en social media. City Assistant B.V. ('City Assistant') en A houden ieder 50% van de aandelen in, en zijn beide zelfstandig bestuurder van Hello Amsterdam. Daarbij verzorgde A de (financiële) administratie. Binnen de vennootschap was het gebruikelijk dat City Assistant en A regelmatig bedragen in rekening courant opnamen. Toen City Assistant constateerde dat Hello Amsterdam in financiële moeilijkheden kwam door deze opnames, is zij daarmee gestopt en heeft zij haar rekening-courantpositie teruggebracht. Zij heeft A verzocht hetzelfde te doen en inzicht te geven in de (financiële) administratie, maar A was hier niet toe bereid.

In januari 2019 is A bij vonnis in kort geding door de Rechtbank Amsterdam geschorst als bestuurder totdat de OK een voorziening heeft getroffen. Bij arrest van 28 juni 2019 heeft de OK een onderzoek bevolen, bij wijze van voorlopige voorziening A geschorst als bestuurder en hem veroordeeld om zijn rekening-courantschuld af te lossen en een tijdelijk bestuurder met doorslaggevende stem benoemd (zie ook *OR Updates 2019-0095*).

Namens Hello Amsterdam verzoekt de tijdelijk bestuurder het hof in de huidige procedure om alle aandelen van A met uitzondering van één aandeel ten titel van beheer over te dragen, nu de vennootschap een grote belastingschuld heeft en een grote vordering op A, die het noodzakelijk maken dat de AVA besluiten kan nemen. In onderhavige beschikking constateert de OK dat A zijn schuld in rekening courant nog niet heeft afgelost, er geen blijk van heeft gegeven rekening te houden met de belangen van Hello Amsterdam, de vennootschap is gaan beconcurreren en er nog geen concreet zicht is op een oplossing van het geschil tussen de aandeelhouders. De stelling van A dat hij het beste voor heeft met Hello Amsterdam en dat hij

de vennootschap niet beconcurrereert, deelt de OK niet.

De OK constateert dat de financiële situatie van Hello Amsterdam nog steeds precair is en de verstandhouding tussen de aandeelhouders nog steeds ernstig is verstoord. De OK acht het dan ook in het belang van de vennootschap dat op korte termijn besluiten kunnen worden genomen in de AVA en wijst het verzoek tot het overdragen ten titel van beheer van de aandelen die A in Hello Amsterdam houdt, met uitzondering van één aandeel, dan ook toe.

T.M. Goudzwaard, januari 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3597

Zaaknummer: 200.257.802/02

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, C.C. Meijer, P.M. Verboom en C. Smits-Nusteling

Advocaten: W.P.M. Mulder, W.D.M. van Tuyll Serooskerken en J.W. Boddaert

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

RECHTSPRAAK

Kuper q.q./Bestuurder Dewivo

Een belangrijke oorzaak van het faillissement is dat de DGA potentiële overnemers in de gelegenheid heeft gesteld de vennootschap te overladen met schulden. De DGA wordt veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort.

Dewivo B.V. dreef een groothandel in autopoetsmiddelen. Doordat de enig bestuurder en aandeelhouder van Dewivo ('de DGA') in 2011 medische problemen kreeg, werden in ieder geval vanaf 2012 geen activiteiten meer ontplooid binnen Dewivo. Ondanks het feit dat de voorraad autopoetsmiddelen in 2014 wegens incourantheid als afval is weggedaan, is de voorraad op de balans in de jaren 2013 tot en met 2015 gewaardeerd op € 29.000. In 2015 besloot de DGA zijn aandelen in Dewivo te verkopen. Hiertoe heeft hij met twee heren in totaal drie gesprekken gevoerd. De DGA heeft aan deze heren een kopie van zijn identiteitsbewijs verstrekt. Daarnaast is gedurende de periode dat de gesprekken plaatsvonden een bankrekening geopend en zijn diverse overeenkomsten gesloten op naam van Dewivo, waaronder koopovereenkomsten ten aanzien van telefoons. Tot slot is in oktober 2016 door een derde een jaarrekening van Dewivo over 2015 gedeponereerd, waarin een veel te rooskleurige situatie werd voorgespiegeld. Toen schuldeisers van Dewivo zich gingen melden bij de DGA, heeft hij het faillissement aangevraagd. Op 4 april 2017 is het faillissement van Dewivo uitgesproken.

De curator stelt de DGA aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. Daartoe voert de curator aan dat de boekhoudplicht is geschonden, omdat de voorraad onjuist is gewaardeerd. Daarnaast voert de curator aan dat in strijd is gehandeld met de deponeringsplicht, omdat de jaarrekening over 2015 niet door het bestuur is gedeponereerd. Tot slot stelt de curator dat de DGA het heeft laten gebeuren dat Dewivo is volgeladen met schulden, terwijl hij wist dat Dewivo niet in staat was deze schulden te betalen. De DGA erkent dat hij de boekhoudplicht en publicatieplicht heeft geschonden, maar stelt dat het faillissement is veroorzaakt doordat hij door derden is bedrogen. Nadat hij ziek werd, is hij op zoek gegaan naar overnamekandidaten. De twee heren met wie hij gesprekken heeft gevoerd, hebben aangegeven dat zij voor de overname alvast wat handelingen wilden verrichten en hebben

hem verder aan het lijntje gehouden. Toen bleek dat de heren de aandelen niet wilden overnemen en schuldeisers zich bij hem meldden, heeft hij direct het faillissement aangevraagd. Dit is naar de mening van de DGA in ieder geval een reden voor matiging. Verder voert de DGA zijn persoonlijke (financiële) situatie aan als reden voor matiging.

De rechtbank is van oordeel dat onbehoorlijk bestuur vaststaat en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, nu het schenden van de boekhoud- en publicatieplicht niet is betwist. De door de DGA aangevoerde andere belangrijke oorzaak van het faillissement, het bedrog door de potentiële overnemers, kwalificeert naar het oordeel van de rechtbank ook als onbehoorlijk bestuur. Zonder precies te weten wie de potentiële overnemers waren en iets te weten over hun achtergrond, heeft de DGA een kopie van zijn identiteitsbewijs afgegeven en hen in staat gesteld Dewivo te overladen met schulden. Nu de DGA niet heeft weersproken dat het faillissement is veroorzaakt door de schulden die zijn ontstaan in de periode dat de overnamegesprekken liepen, staat vast dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De DGA is daarmee aansprakelijk voor het faillissementstekort. Gelet op het persoonlijk ernstig verwijt dat de DGA treft, ziet de rechtbank onvoldoende aanleiding om tot matiging over te gaan voordat het faillissementstekort is vastgesteld. Nu het door de curator gestelde voorlopige tekort op zichzelf niet is betwist, wijst de rechtbank het door de curator gevorderde voorschot toe.

H.J. de Kloe, januari 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 21-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:6961

Zaaknummer: NL17.12403

Rechters: K. Mans

Advocaten: F.W. Aartsen en E. Doornbos

Wetsartikelen: 2:248 BW