

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 06, 2020

Nummer 6, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:2509](#) 24-03-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid voor niet afgedragen pensioenpremie werknemer

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:269](#) 03-03-2020

Werknemer/Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:1628](#) 25-02-2020

Leningverstrekking aan vennootschap door certificaathouder niet gekwalificeerd als kapitaalstorting

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:609](#) 18-02-2020

Mosadex

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:542](#) 12-02-2020

West Inn Groep

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921](#) 31-10-2019

Bosal Nederland

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3392](#) 29-08-2019

Impasse in ledenvergadering zorgcoöperatie

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:2238](#) 03-07-2019

N&I Professional Services

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:305](#) 29-01-2019

Raboni

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:4789](#) 18-12-2018

Atlas Holding/Beleggingsmaatschappij Manderen

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:1323](#) 04-03-2020

Niet kennelijk onbehoorlijk vervulde bestuurstaak ondanks diverse privéonttrekkingen

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:1397](#) 03-03-2020

Verzuim levering aandelen leidt tot vernietigbaar ontslagbesluit

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:1200](#) 26-02-2020

Vivendi/Mediaset

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:1149](#) 21-02-2020

Afwijzing faillissementsverzoek ontbonden vennootschap

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:1528](#) 19-02-2020

Eiser/Moskeevereniging

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:995](#) 29-01-2020

Samenloop bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen pensioenfonds en curator

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:139](#) 14-01-2020

Stichting IMPact/Iceberg c.s.

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2019:6092](#) 23-12-2019

Marrobel c.s./Stichting Derdengelden

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:10967](#) 18-12-2019

Roger Beheer/Rocca Holding

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:4741](#) 11-11-2019

CloudGen/(Oud)bestuurder en aandeelhouder

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid voor niet afgedragen pensioenpremie werknemer

Bestuurdersaansprakelijkheid voor niet afgedragen pensioenpremie werknemer. Omvang van de schade van de werknemer wordt in hoger beroep bij verstek op een hoger bedrag vastgesteld.

Feiten

Werknemer is op 1 december 2000 in dienst getreden bij Lorenti Festiviteiten B.V. ('Lorenti'). Bestuurder was vanaf 13 oktober 2003 bestuurder van Lorenti. Bij Lorenti was een pensioenregeling met Aegon Nederland N.V. van kracht. Op enig moment is tussen partijen afgesproken dat werknemer deel zou nemen aan de pensioenregeling en is pensioenpremie op het loon van werknemer ingehouden. Per oktober 2008 is Lorenti bij Aegon geroyeerd in verband met het niet voldoen aan haar betalingsverplichtingen. In een brief van 11 november 2013 heeft de bestuurder werknemer hierover bericht. Lorenti is met ingang van 20 mei 2014 failliet verklaard. Het dienstverband tussen Lorenti en werknemer is daarop geëindigd. Aegon heeft op 27 november 2017 aangegeven dat werknemer niet in haar administratie voorkomt. Werknemer heeft in eerste aanleg een schadevergoeding van de bestuurder gevorderd voor een bedrag van € 4.022,14. De kantonrechter heeft echter slechts € 498,54 toegewezen. Hiertegen komt werknemer in hoger beroep op.

Oordeel

Uit de overgelegde salarisspecificaties volgt dat is overeengekomen dat werknemer met ingang van 1 januari 2006 zou gaan deelnemen aan de pensioenregeling en dat vanaf dat moment ook de pensioenpremie is ingehouden. Werknemer is nimmer deelname aan de pensioenregeling geweigerd, althans hem is daarvan nimmer iets meegedeeld. Het hof is van oordeel dat naar aanleiding hiervan voldoende duidelijk blijkt dat Lorenti vanaf januari 2006 pensioenpremie op het loon van werknemer is gaan inhouden. Uitgaande van inhouding van pensioenpremie op werknemers loon bij Lorenti met ingang van januari 2006 ligt het in de rede dat werknemer en Lorenti daarover overeenstemming hadden bereikt, zoals werknemer

betoogt. Dat werknemer schriftelijk heeft verklaard niet te willen deelnemen aan de bij Aegon ondergebrachte pensioenregeling van Lorenti, zoals de bestuurder aanvoert en werknemer bestrijdt, behoeft aan die instemming niet in de weg staan, te minder omdat de verklaring waarop de bestuurder zich beroept ongedateerd is en werknemer kennelijk niet al bij indiensttreding in 2000 heeft willen deelnemen. De bestuurder heeft daarom onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd ter weerlegging van de door werknemer onderbouwde overeenstemming tussen hem en Lorenti over deelname aan de pensioenregeling per januari 2006, zodat van die overeenstemming dient te worden uitgegaan. Het hof neemt bij de verdere beoordeling tot uitgangspunt dat per januari 2006 voor Lorenti een verplichting is ontstaan om in verband met werknemer deelname aan de pensioenregeling voor hem pensioenpremie af te dragen. Het staat vast dat Lorenti daartoe niet is overgegaan. De bestuurder is voor de gevolgen daarvan als toenmalig bestuurder van Lorenti persoonlijk aansprakelijk. Werknemer heeft de voor hem schadelijke gevolgen van het falen van Lorenti en de bestuurder met hulp van Aegon berekend op € 4.022,14. Die berekening is als zodanig niet door de bestuurder betwist, zodat het hof het berekende bedrag tot uitgangspunt neemt. Het door werknemer gevorderde bedrag in hoger beroep wordt als resterend toegewezen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:2509

Zaaknummer: 200.261.288/01

Rechters: W.F. Boele, H. de Hek en O.E. Mulder

Advocaten: F.M. Postma

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:96 BW

RECHTSPRAAK

Niet kennelijk onbehoorlijk vervulde bestuurstaak ondanks diverse privéonttrekkingen

Ondanks diverse privéonttrekkingen heeft het bestuur zijn taak niet kennelijk onbehoorlijk vervuld, omdat de onttrekkingen zijn terugbetaald voordat de vordering van de grootste (en vrijwel enige) schuldeiser in rechte was vastgesteld.

De curator van een projectontwikkelaar heeft de (indirect) bestuurders primair aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. De curator legt hieraan ten grondslag dat de administratieplicht is geschonden. Daarnaast stelt de curator dat het bestuur zijn taak (ook los van de bewijsvermoedens van art. 2:248 lid 2 BW) kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Subsidiair heeft de curator een Peeters/Gatzen-vordering ingesteld tegen de (indirect) bestuurders.

In een eerder tussenvonnis dat niet is gepubliceerd, heeft de rechtbank de bestuurders opgedragen te bewijzen dat de Rijnlandse en Nederlandse Hypotheekbank twee zelfstandige leningen van € 900.000 heeft aangeboden. Kennelijk volgde dat uit de administratie, terwijl de curator zich op het standpunt stelde dat de bank slechts één lening van dat bedrag heeft aangeboden. Was de lezing van de curator de juiste, dan zouden de jaarstukken een onjuist beeld van de vermogenstoestand van de vennootschap hebben gegeven. De bestuurders slagen in het te leveren bewijs, waarmee op dit punt schending van de administratieplicht niet wordt aangenomen.

Ook overigens is de administratieplicht niet (voldoende) ernstig geschonden om de bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW te activeren. De curator heeft gesteld dat een stand-by financiering steeds is aangewend voor privédoeleinden van een (indirect) bestuurder ('gedaagde 1'), dat de rekening-courantadministratie onvolledig was en dat in strijd met artikel 2:247 BW geen schriftelijke rekening-courantovereenkomst was gesloten. Tot slot meent de curator dat een vordering van een boekhouder op de vennootschap ten onrechte niet zou zijn opgenomen in de administratie.

De bestuurders hebben gesteld dat er slechts één privéonttrekking heeft plaatsgevonden en twee privéstortingen. De reden dat de curator de rekening-courantadministratie onvolledig acht, is dat hij zich slechts op een deel van de administratie heeft gebaseerd. De rechtbank gaat hierin mee en overweegt dat de curator zijn stellingen op dit vlak, in het licht van de gemotiveerde betwisting door de bestuurders, onvoldoende heeft gemotiveerd. Het beroep op het ontbreken van een schriftelijke overeenkomst gaat niet op, omdat de rekening-courantverhouding inzichtelijk was voor iemand die enige moeite deed om kennis te nemen van de administratie. Nu de curator de rechtshandeling niet heeft vernietigd, is het niet redelijk om nu nog (vier jaar na het faillissement en bij conclusie van dupliek in reconventie) een beroep te doen op het schriftelijkheidsvereiste. Tot slot hebben de bestuurders – naar het oordeel van het hof terecht – gesteld dat de lening van de boekhouder was verstrekt aan gedaagde 1, maar via het vermogen van de vennootschap liep en ook ten gunste van de vennootschap was gekomen. Om die reden hoefde de vordering van de boekhouder niet in de boekhouding van de vennootschap opgenomen te worden. De rechtbank komt tot de conclusie dat de boekhoudplicht niet is geschonden.

De curator stelt daarnaast dat de bestuurders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, omdat het vermogen van de vennootschap is uitgehold ten gunste van gedaagde 1. De rechtbank gaat hier niet in mee. Weliswaar is bijna € 160.000 onttrokken aan het vermogen van de vennootschap, maar deze onttrekkingen hebben pas plaatsgevonden nadat de vennootschap haar activiteiten had gestaakt wegens de vastgoedcrisis. De schuld aan de vennootschap is voor het faillissement afgelost en het faillissement is aangevraagd door een schuldeiser die een vordering van bijna € 2 miljoen had op de vennootschap. Deze vordering is pas in rechte vastgesteld nadat gedaagde 1 zijn schuld aan de vennootschap had afgelost. De curator heeft daarom onvoldoende onderbouwd dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Ook de Peters/Gatzen-vordering slaagt niet. Aan het voorgaande voegt de rechtbank nog toe dat niet de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld, maar – als al sprake zou zijn van benadeling – slechts één schuldeiser. De curator is in dat geval niet bevoegd een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

H.J. de Kloe, maart 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:1323

Zaaknummer: C/13/622124 / HA ZA 17-57

Rechters: M.R.J. van Wel

Advocaten: H. Reitsma en G.M. Kerpestein

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:247 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer/Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn

Melding betalingsonmacht ex artikel 23 Wet Bpf. Hoger beroep tegen oordeel dat bestuurder jegens bedrijfstakpensioenfonds aansprakelijk is voor onbetaalde pensioenpremies. Hoger beroep slaagt.

De bestuurder was vanaf juli 2008 bestuurder van zorginstelling Curadomi B.V. Er was destijds al een achterstand in de betaling van pensioenbijdragen, waarvoor in mei 2008 een betalingsregeling was getroffen. Op 15 september 2008 schreef de bestuurder aan het pensioenfonds dat de instelling de eerdere betalingsregeling niet meer kon voldoen en dat ook de pensioenpremie van juni 2008 niet kon worden betaald, reden waarom hij verzocht om een (nieuwe) betalingsregeling.

Per 29 december 2008 is de onderneming van Curadomi B.V. overgegaan naar Stichting Curadomi. Het betreft een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW.

In eerste aanleg had de rechtbank (onder meer) geoordeeld dat er geen tijdige rechtsgeldige mededeling van betalingsonmacht was gedaan, en aldus dat de bestuurder aansprakelijk was voor de onbetaalde pensioenpremies.

De bestuurder heeft in appel door middel van zijn grieven feitelijk twee stellingen naar voren gebracht: (1) door de overgang van onderneming gold dat de oude werkgever nog maar één jaar na overgang aangesproken kon worden voor bestaande verplichtingen in verband met de vervaltermijn van artikel 7:663 BW, en (2) het pensioenfonds was reeds bekend met de betalingsonmacht.

Het hof oordeelt dat er een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Daardoor ging de verplichting tot betaling van de pensioenachterstand over op de Stichting Curadomi B.V. was nog gedurende één jaar nadien hoofdelijk verbonden voor deze verplichting, aldus het hof. Deze termijn is een vervaltermijn, die in het belang van de oude werkgever is opgenomen; onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis oordeelt het hof dat de verplichting vervalt als niet binnen die vervaltermijn een daad van rechtsvervolging plaatsvindt. Het is geen verjaringstermijn: in dat geval zou de oude werkgever, na stuiting, nog jarenlang

aansprakelijk kunnen worden gehouden, en dat is niet beoogd. Nu er niet binnen het jaar een daad van rechtsvervolgning heeft plaatsgevonden, is de aansprakelijkheid van de oude werkgever en de bestuurder vervallen.

Voorts oordeelt het hof dat ook de tweede stelling van de bestuurder opgaat. Voordat de bestuurder was aangetreden, was er reeds een betalingsachterstand, ten aanzien waarvan ook een betalingsregeling was getroffen. Volgens het hof moet het pensioenfonds op dat moment hebben geweten dat de instelling een ernstig betalingsprobleem had. Niet aannemelijk is dat om andere redenen een betalingsregeling is getroffen. Het oordeelt daarom dat het pensioenfonds reeds voor het aantreden van de bestuurder op de hoogte was van de betalingsonmacht. Aldus hoefde nadien niet (opnieuw) een melding te worden gedaan, tenzij het pensioenfonds na ontvangst van een betaling schriftelijk zou hebben laten weten betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Het hof verwijst naar een arrest van de Hoge Raad (HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3017), waarin is geoordeeld dat een eerdere melding van betalingsonmacht niet hoeft te worden herhaald.

Het pensioenfonds heeft na geen enkele betaling laten weten dat het betalingsonmacht niet langer aanwezig zou achten. Aldus kon de brief van 15 september 2008 niet anders worden begrepen dan een herhaalde melding van betalingsonmacht. Ook nadien heeft de bestuurder het pensioenfonds nog meermalen laten weten dat er niet kon worden betaald, terwijl er, aldus het hof, geen verplichting bestond om een (nadere) en schriftelijke melding van betalingsonmacht te doen. Het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd en het pensioenfonds wordt veroordeeld in de proceskosten.

Wenk

Als een rechtspersoon die is aangesloten bij een verplicht bedrijfstakpensioenfonds niet in staat is de pensioenpremies te betalen, dient het bestuur daarvan binnen veertien dagen nadat de premie had moeten zijn betaald, mededeling te doen aan het pensioenfonds. Gebeurt dat niet, dan wordt op grond van artikel 23 lid 4 Wet Bpf vermoed dat het niet betalen van de bijdragen het gevolg is van aan de bestuurders te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit vermoeden kan alleen worden weerlegd door de bestuurder die aannemelijk kan maken dat het niet aan hem te wijten is dat niet aan de meldingsplicht is voldaan.

Er gelden aldus in de verhouding tot het pensioenfonds – in de woorden van de uitspraak van het tussenvonnissen in eerste aanleg – relatief strenge eisen voor bestuurders. Als te laat (of niet) is gemeld, is het bovendien niet eenvoudig verweer te voeren. Anders dan bijvoorbeeld bij een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW, worden de meeste bestuurders niet toegelaten tot het weerleggen van het hiervoor beschreven vermoeden: alleen

zij die aannemelijk kunnen maken dat het niet aan hen te wijten is dat de onderneming niet aan de meldingsverplichting heeft voldaan, kunnen dat vermoeden weerleggen.

A.D. van Dalen, maart 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 03-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:269

Zaaknummer: 200.254.513/01

Rechters: R.S. van Coevorden, R.J.F. Thiessen en A.C.M. Kuypers

Advocaten: J. Verhoeven en R.J.G. van Brakel

Wetsartikelen: 3:308 BW, 7:662 BW, 7:663 BW en 23 Wet Bpf

RECHTSPRAAK

Leningverstrekking aan vennootschap door certificaathouder niet gekwalificeerd als kapitaalstorting

Geld dat de failliete certificaathouder beschikbaar heeft gesteld aan de vennootschap kwalificeert als rekening-courantvordering en niet als kapitaalstorting. Nu hierover geen andere afspraken zijn gemaakt, is de vordering direct opeisbaar.

J. Norder Beheer B.V. ('Norder') is failliet en heeft – net als twee andere participanten – vóór faillissement geld ter beschikking gesteld aan Noweka B.V. De curator van Norder vordert betaling van het beschikbaar gestelde bedrag door Noweka. De vraag die in dit arrest speelt, is of dit geld beschikbaar is gesteld als kapitaal of als lening die is geboekt in rekening-courant. Het hof is, net als de Rechtbank Gelderland, van oordeel dat Noweka het geld moet terugbetalen omdat sprake is van een lening.

Enig aandeelhouder van Noweka is Stichting Administratiekantoor Noweka2. Norder en twee andere certificaathouders houden sinds 2008 elk 600 certificaten van aandelen in Noweka. Dat Norder certificaathouder is en geen aandeelhouder, is de eerste reden voor het hof om te concluderen dat een lening is verstrekt. Nu Norder als certificaathouder geen zelfstandige kapitaalpositie heeft binnen Noweka, kan geen sprake zijn van een kapitaalstorting in civielrechtelijke zin.

De tweede reden waarom het hof oordeelt dat sprake is van een lening, is dat uit de gedragingen van partijen blijkt dat ook zij de storting als lening hebben aangemerkt. Zowel in de jaarcijfers van Noweka als in de grootboekadministratie van Norder is het beschikbaar gestelde bedrag in rekening-courant geboekt. Daarnaast heeft Norder in 2010 ten behoeve van een bestuurder van Noweka een pandrecht gevestigd op haar vordering op Noweka. Ten derde heeft Norder in de aangifte Vpb uit 2009 opgenomen dat het beschikbaar gestelde bedrag in een rekening-courantverhouding is opgenomen. Tot slot heeft een andere certificaathouder het geld niet zelf ter beschikking gesteld, maar heeft een aan haar gelieerde partij dat gedaan. Deze gelieerde partij heeft in het kader van de verstrekte gelden in 2010 conservatoir beslag gelegd ten laste van Noweka.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de vordering direct opeisbaar is. Het hof laat dit oordeel in stand. Omdat sprake is van een rekening-courantverhouding, volgt uit artikel 6:140 lid 1 BW dat het rekening-courantsaldo op ieder tijdstip is verschuldigd. Tenzij anders is overeengekomen, is dat saldo ook opeisbaar. Niet gesteld of gebleken is dat hierover andere afspraken zijn gemaakt. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt Noweka in de proceskosten.

H.J. de Kloe, maart 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:1628

Zaaknummer: 200.246.817

Rechters: I. Brand, D. Stoutjesdijk en J. Wolbrink

Advocaten: J.T. Schlepers en A. Gras

Wetsartikelen: 6:140 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing faillissementsverzoek ontbonden vennootschap

Verzoek tot faillietverklaring van een ontbonden vennootschap wordt afgewezen, omdat de vennootschap geen baten heeft. Een eenmalige overschrijding van de publicatieplicht met één maand die verklaarbaar is omdat de publicatietermijn dat boekjaar voor het eerst is teruggebracht naar twaalf maanden, is een onbelangrijk verzuim. In faillissement zou daarom geen vordering op grond van artikel 2:248 BW geldend kunnen worden gemaakt.

In juli 2019 zijn de rechtsvoorgangers van verweerster door de Rechtbank Den Haag veroordeeld tot betaling van ongeveer € 1,2 miljoen aan (de curatoren van) een failliete nv. Verweerster heeft nagelaten de vordering te voldoen. Zij heeft zich op 26 augustus 2019 uitgeschreven uit het handelsregister na een ontbindingsbesluit van de algemene vergadering, genomen op 23 augustus 2019.

De curatoren van de nv vragen het faillissement aan van verweerster omdat sprake zou zijn van een bate en van pluraliteit van schuldeisers. Vast staat dat verweerster de jaarrekening over het boekjaar 2016 één maand te laat heeft gepubliceerd. Dit levert een schending van artikel 2:394 BW op. Volgens de curatoren staat kennelijk onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 lid 2 BW vast, omdat verweerster niet heeft voldaan aan haar publicatieplicht. Een vordering op grond van artikel 2:248 BW levert een (potentiële) bate op bij verweerster. Volgens de curatoren blijkt uit de jaarrekening 2018 dat er meerdere schuldeisers zijn en is hiermee tevens voldaan aan het vereiste van pluraliteit van schuldeisers.

Verweerster erkent de vordering van de curatoren. Zij stelt dat zij zich uit het handelsregister heeft laten uitschrijven omdat er geen baten waren en alle activiteiten waren gestaakt. Van een potentiële bate is daarom volgens haar geen sprake. Het enkele feit dat eenmalig de jaarrekening één maand te laat is gedeponereerd is hiervoor onvoldoende. Deze beperkte overschrijding is veroorzaakt door een wetswijziging waarbij de deponeringstermijn met een maand was verkort. Dat was het bestuur ontschoten, waardoor de jaarrekening een maand te laat is gedeponereerd. Het bestuur heeft te goeder trouw en bona fide gehandeld. Deze

overschrijding kan niet leiden tot een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid. Ook meent zij dat er geen sprake is van pluraliteit. Er uitsluitend een schuld aan de failliete nv.

De rechtbank overweegt het faillissement van een ontbonden rechtspersoon op verzoek van een schuldeisers kan worden uitgesproken, indien summierlijk is gebleken van een bate en aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Gelet op het feit dat alle andere jaarrekeningen wel tijdig zijn gedeponereerd, de overschrijding slechts één maand bedraagt en deze overschrijding verklaard kan worden door de wijziging van de deponeringstermijn, is de rechtbank van oordeel dat sprake is van een onbelangrijk verzuim dat niet kan leiden tot een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid. Het door de curatoren tevens gestelde wanbeleid door het bestuur is, gelet op de gemotiveerde betwisting van verweerster, onvoldoende onderbouwd. Derhalve is niet summierlijk gebleken dat verweerster nog een (potentiële) bate heeft. Ook is de rechtbank van oordeel dat aan het pluraliteitsvereiste niet is voldaan, nu verweerster gemotiveerd heeft betwist dat nog sprake is van een andere vordering. De rechtbank wijst het faillissementsverzoek af.

J.D. van den Dolder, maart 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 21-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:1149

Zaaknummer: C/13/678585 / FT RK 20/86

Rechters: A.E. de Vos

Advocaten: M.A.T. Schroots en R. Horstman

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Eiser/Moskeevereniging

Procedure tussen een lid (eiser) en een (Moskee)vereniging (gedaagde) over de nietigheid of de vernietigbaarheid van (i) een besluit van de algemene ledenvergadering tot wijziging van de statuten en (ii) een besluit van het bestuur tot het opleggen van een (schorsende) maatregel aan dat lid. De rechtbank oordeelt dat de bestuurstermijn is verstreken, geen rechtsgeldig besluit tot bijeenroeping algemene ledenvergadering is genomen en de besluiten van de algemene ledenvergadering en het bestuur nietig zijn (art. 2:14 lid 1 BW). Vordering tot schadevergoeding en verzoek tot afgifte bescheiden (art. 843a Rv) wijst de rechtbank eveneens toe.

Op 11 februari 2018 heeft een ledenvergadering van de Moskeevereniging plaatsgevonden. Daartoe zijn de leden tijdens het vrijdaggebed mondeling opgeroepen en is op een digitaal scherm in de moskee de datum van de vergadering vermeld. Uit de notulen van de ledenvergadering volgt dat de termijn van twee jaar voor het zevenhoofdige bestuur erop zit, dat het bestuur bereid is haar werkzaamheden voort te zetten voor de komende termijn, dat drie van de (72) aanwezige leden tegenstemmen en dat het gehele bestuur daarmee is herkozen voor een nieuwe termijn van twee jaar.

Omdat het quorum dat is vereist voor een besluit tot wijziging van de statuten niet wordt gehaald, vindt op 25 februari 2018 wederom een ledenvergadering plaats. Het besluit tot statutenwijziging wordt genomen door de ledenvergadering en enkele maanden later doorgevoerd. De statutenwijziging ziet op de doelstelling, de (her)benoeming van het bestuur en het bijeenroepen van de ledenvergadering van de Moskeevereniging.

Bij brief van 4 maart 2018 met als aanhef 'schorsing', heeft het bestuur van de Moskeevereniging een lid de toegang tot de moskee voor onbepaalde tijd ontzegd. Hieraan legt het bestuur ten grondslag dat desbetreffend lid verdeeldheid blijft zaaien onder de leden en dat hij besluiten niet respecteert. Verder schrijft het bestuur dat het lid dreigende taal heeft

gebruikt en dat van het bestuur niet langer kan worden geveerd aan het lid toegang tot de moskee te verlenen.

Het lid van de Moskeevereniging ('de eiser') dagvaardt de vereniging en vordert – samengevat – dat de rechtbank het besluit van de Moskeevereniging van 4 maart 2018 strekkende tot de schorsing of het roeyement van de eiser nietig verklaart, althans vernietigt en dat de rechtbank het besluit strekkende tot wijziging van de statuten nietig verklaart, althans vernietigt. Volgens de eiser is het bestuur van de Moskeevereniging niet op de juiste wijze benoemd en zijn de statutaire regels voor het bijeenroepen van de ledenvergadering niet gevolgd, zodat geen rechtsgeldige besluiten zijn genomen.

Daarnaast vordert de eiser dat de rechtbank de Moskeevereniging ex artikel 843a Rv veroordeelt om op last van een dwangsom het actuele beleidsplan, de begroting over 2019, de (concept)jaarrekening over 2017 en 2018, alsmede de notulen over 2017, 2018 en 2019 af te geven. Eiser vordert ook veroordeling van de Moskeevereniging tot betaling van schadevergoeding. Aangezien eiser ten onrechte is geschorst en hij door de Moskeevereniging in een kwaad daglicht is gesteld, vordert hij bovendien dat het bestuur deze fout corrigeert via een bericht op het informatiescherm.

De rechtbank beoordeelt allereerst of het bestuur van de Moskeevereniging rechtsgeldig is (her)benoemd. Daartoe stelt de rechtbank vast dat de statuten van de Moskeevereniging specifieke regels en voorwaarden bevatten die de totstandkoming van het besluit tot (her)benoeming van bestuurders regelen. Uit die bepalingen volgt dat een bestuurder uiterlijk twee jaar na zijn benoeming aftreedt, volgens een rooster van aftreden. De statuten vermelden geen mogelijkheid tot het voortzetten van de bestuursfunctie zonder (her)benoeming.

In dit geval zijn alle bestuurders tegelijk benoemd, waardoor hun bestuurstermijnen ook tegelijk verstrijken. Ter zitting wordt duidelijk dat het (gehele) bestuur in ieder geval al vanaf juni 2015 in functie was. Dit betekent dat de eerste bestuurstermijn reeds in juni 2017 was verstreken en dat de zeven bestuurders vanaf dat moment geen bestuurders meer waren. De besluiten tot het bijeenroepen van de algemene vergaderingen van 11 en 25 februari 2018 zijn dan ook niet door het bestuur genomen. Deze besluiten zijn evenmin genomen door een groep leden in de zin van de statuten en/of artikel 2:41 lid 2 en/of 3 BW. Aan de algemene vergaderingen heeft dus geen geldig besluit tot bijeenroeping door het bestuur of een groep leden als bedoeld in deze artikelen ten grondslag gelegen, zodat de vergaderingen niet kunnen worden aangemerkt als een algemene (leden)vergadering. De rechtbank oordeelt dat de besluiten die in zo een vergadering zijn genomen, nietig zijn (art. 2:14 lid 1 BW). Het besluit tot statutenwijziging is daarom nietig. Het bestuur, nu het niet rechtsgeldig is herbenoemd, kon evenmin besluiten eiser de toegang tot de moskee te ontzeggen en dit bestuursbesluit is

eveneens nietig.

Nu vaststaat dat het besluit om deze maatregel op te leggen nietig is, oordeelt de rechtbank dat aan eiser ten onrechte de toegang tot de moskee is geweigerd. Eiser heeft door de maatregel reiskosten gemaakt, omdat hij moest uitwijken naar de dichtstbijzijnde moskee. De rechtbank acht het causaal verband aanwezig en oordeelt derhalve dat de Moskeevereniging aansprakelijk is voor de reiskosten c.q. schade die eiser ten gevolge van het nietige besluit heeft geleden.

De vordering van eiser dat de Moskeevereniging wordt veroordeeld om op het informatiescherm in de moskee een bericht te publiceren waarin, kort samengevat, staat dat hij ten onrechte is geschorst en dat deze schorsing met terugwerkende kracht is ingetrokken, wijst de rechtbank af. Eiser heeft niet kunnen toelichten welke verbintenis de Moskeevereniging zou moeten nakomen. Voor zover de vordering van eiser zou zijn gestoeld op rectificatie (art. 6:167 BW), slaagt deze niet: dat de mededeling over de schorsing achteraf bezien onjuist is, wil nog niet zeggen dat die mededeling jegens eiser onrechtmatig is.

Tot slot wijst de rechtbank de vordering van eiser tot afgifte van bescheiden gedeeltelijk toe. Aangezien de Moskeevereniging heeft toegezegd de (nog niet eerder toegestuurde) stukken aan eiser te zullen verstrekken, ziet de rechtbank geen aanleiding de door eiser gevorderde dwangsom toe te kennen.

M.C.J. Peeters, maart 2020

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 19-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:1528

Zaaknummer: C-09-571996-HA ZA 19-381

Rechters: J. Smeets

Advocaten: T. van Kooten en P.T. Pel

Wetsartikelen: 2:14 lid 1 BW, 2:41 lid 2 en 3 BW en 843a Rv

RECHTSPRAAK

Samenloop bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen pensioenfonds en curator

De rechtbank beoordeelt of sprake is van samenloop van de vorderingen van het pensioenfonds en de curator jegens de bestuurders. Daar waar sprake is van samenloop, wordt de zaak aangehouden zodat eerst op de vorderingen van de curator kan worden beslist.

Gedaagden ('de Bestuurders') zijn (middellijk en onmiddellijk) als statutair bestuurder betrokken bij drie gefailleerde vennootschappen. In deze procedure vordert het pensioenfonds de hoofdelijke veroordeling van de Bestuurders tot betaling van de onbetaalde pensioenpremies van twee van de vennootschappen ('BV 1' en 'BV 2') en van de geleden schade wegens het niet aanmelden van werknemers door de derde vennootschap ('BV 3'). Nadat het pensioenfonds de Bestuurders heeft gedagvaard, is ook de curator van BV 2 en BV 3 op grond van artikel 2:248 BW, 2:9 BW en 6:162 BW een procedure tegen hen gestart.

De vordering van het pensioenfonds in verband met BV 1 en BV 2 is gebaseerd op artikel 23 Wet Bpf. Dit artikel geeft eenzelfde regeling als artikel 36 Iw 1990. Op grond hiervan moet een bestuurder tijdig melding doen van betalingsonmacht. De bestuurder die hieraan voldoet, kan slechts tot betaling worden aangesproken indien het pensioenfonds aannemelijk maakt dat de niet-betaling te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Laat de bestuurder echter na een melding te doen, dan wordt ingevolge lid 4 vermoed dat de niet-betaling aan hem is te wijten. Hij wordt slechts toegelaten tot weerlegging van dat vermoeden als hij aannemelijk maakt dat het niet voldoen aan de meldingsplicht hem niet kan worden verweten.

De Bestuurders hebben als meest verstrekkende verweer gevoerd dat sprake is van samenloop met de vorderingen van de curator en dat een goede proceseconomie vereist dat de zaak wordt aangehouden. Onder verwijzing naar vaste rechtspraak over de vordering uit onrechtmatige daad van de curator namens de gezamenlijke schuldeisers, de Peeters q.q./Gatzen-vordering, overweegt de rechtbank dat het pensioenfonds de onderhavige vorderingen heeft kunnen instellen. Volgens het arrest Lunderstädt/De Kok I (ECLI:NL:HR:2001:AD2684) kan een

behoorlijke afwikkeling van het faillissement echter meebrengen dat eerst op de vordering van de curator wordt beslist en daarna pas op die van de individuele schuldeiser. De rechtbank beoordeelt vervolgens per vordering of die noodzaak er is.

De curator van BV 1 heeft geen vordering jegens de Bestuurders ingesteld. Hier is dus duidelijk geen sprake van samenloop. De rechtbank wijst deze vordering toe op grond van lid 4.

De vordering in verband met BV 2 heeft deels betrekking op premies waarvoor de meldingsplicht gold. Omdat de Bestuurders die melding niet hadden gedaan én niet aannemelijk hebben gemaakt dat dit niet aan hen te wijten was, treedt ook hier het gevolg van lid 4 in dat verwijtbaarheid onweerlegbaar wordt vermoed. Nu er voor de vorderingen van de curator andere voorwaarden voor aansprakelijkheid worden gesteld, is er naar het oordeel van de rechtbank dus geen sprake van samenloop. De rechtbank wijst ook deze vordering toe.

De vordering ter zake van BV 2 betrof echter ook premienota's waarvoor de meldingsplicht volgens de rechtbank niet meer van toepassing was, omdat die nota's pas ná het faillissement waren verstuurd. Ten aanzien hiervan dient het pensioenfonds daarom aannemelijk te maken dat de niet-betaling te wijten is aan onbehoorlijk bestuur. Nu dat criterium dicht aanligt tegen de grondslagen van de vorderingen van de curator, brengt een behoorlijke afwikkeling van het faillissement mee dat eerst op de vordering van de curator moet worden beslist. De beslissing wordt aangehouden.

De vordering ter zake van BV 3 was tot slot, net als een van de vorderingen van de curator, gebaseerd op artikel 6:162 BW. De rechtbank ziet daarin aanleiding om ook de beslissing op deze vordering aan te houden totdat op de vorderingen van de curator is beslist.

J.H.M. van de Wiel, maart 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 29-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:995

Zaaknummer: C/19/122795 / HA ZA 18-90

Rechters: S.B. van Baalen

Advocaten: E. Bakhuis en H. Veldman

Wetsartikelen: 23 Wet Bpf en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Stichting IMpact/Iceberg c.s.

De rechtbank oordeelt dat er ten tijde van de turboliquidatie nog baten beschikbaar waren om de vordering van eiser te voldoen. Gedaagden voldoen niet aan de opdracht van de rechtbank om jaarrekeningen in het geding te brengen. De rechtbank maakt een inschatting van de destijds beschikbare baten en oordeelt dat de (indirecte) bestuurders voor dat bedrag hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Stichting IMpact heeft een vordering op Iceberg B.V. die door turboliquidatie is opgehouden te bestaan. Stichting IMpact vordert dat de indirecte en directe bestuurders van Iceberg B.V. ('Iceberg c.s.') hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de niet-nakoming van de betaling van de vordering. Aan deze vordering legt Stichting IMpact (onder meer) ten grondslag dat bij de liquidatie destijds meerdere baten niet zijn vereffend, maar door selectieve betaling of om niet bij derden zijn terechtgekomen.

De rechtbank heeft Iceberg c.s. – nogmaals – in de gelegenheid gesteld alle stukken inzake diverse jaarrekeningen in het geding te brengen; Iceberg c.s. hadden dit toegezegd aan Stichting IMpact. De rechtbank heeft Iceberg c.s. uitdrukkelijk gewaarschuwd dat – indien Iceberg B.V. daaromtrent nogmaals in gebreke zou blijven – dit gevolgen zou kunnen hebben voor het oordeel van de rechtbank over de aansprakelijkheid van Iceberg c.s.

Iceberg c.s. hebben nagelaten deze stukken in te brengen en stellen dat er geen uitgebreidere jaarrekeningen zijn. Zij hebben een verklaring daaromtrent van hun (toenmalige) accountant overgelegd. Door hem is verklaard dat geen volledige jaarrekeningen zijn opgesteld, omdat de vennootschap de kosten daarvan niet kon dragen. Er zouden nog slechts balansposities en verkorte jaarrekeningen zijn opgesteld.

Gelet op de ter zitting gedane toezegging door Iceberg c.s. dat zij openheid van zaken zouden geven en op het feit dat Iceberg c.s. geen enkel stuk ter onderbouwing van de financiële positie van Iceberg B.V. hebben overgelegd – ook niet de door de accountant genoemde balansposities en verkorte jaarrekening, noch administratieve bewijsstukken waarop die

zouden moeten zijn gebaseerd – stelt de rechtbank vast dat Iceberg c.s. op dit punt in hoge mate nalatig zijn. De rechtbank oordeelt dat Iceberg c.s., mede in het licht van de eerder gegeven waarschuwing, hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Tot slot komt de vraag op voor welk bedrag zij aansprakelijk kunnen worden gehouden. De rechtbank dient te bepalen welke baten mogelijk bij liquidatie beschikbaar zouden zijn geweest. Vanwege het ontbreken van voldoende gegevens kan de rechtbank dit bedrag niet nauwkeurig vaststellen. Het bedrag wordt door de rechtbank geschat aan de hand van de door Stichting IMPact opgegeven vermogensbestanddelen. De rechtbank veroordeelt de (indirecte) bestuurders hoofdelijk tot betaling van een bedrag ter grootte van deze (geschatte) destijds beschikbare baten.

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

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 14-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:139

Zaaknummer: NL19.1102

Rechters: J.A.M. Strens-Meulemeester

Advocaten: J.W. Both en H. den Besten

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

RECHTSPRAAK

Marrobel c.s./Stichting Derdengelden

Rechtbank wijst vordering tot heropening van vereffening stichting op grond van artikel 2:23c BW af ondanks terughoudende toets, omdat een deugdelijke onderbouwing van het bestaan van een bate ontbreekt en de gestelde bate ook buiten de stichting om te gelde was te maken. Rechtbank wijst ook de tegenvordering op grond van onrechtmatige daad af, aangezien dit een vordering betreft die bij dagvaarding moet worden ingesteld.

Marrobel BV is opgericht om in het beheer van de landgoederen van haar oprichter ('de Oprichter') te voorzien. De Oprichter was enig aandeelhouder en bestuurder van Marrobel. De Oprichter heeft iemand aangesteld als beheerder van de landgoederen ('de Beheerder'). De Beheerder heeft een Stichting Derdengelden opgericht. Daarbij zijn als bestuurders benoemd de Beheerder en een medebestuurder ('de Medebestuurder'). Het doel van Stichting Derdengelden was het ontvangen van (derden)gelden in het kader van het beheer en de exploitatie van bezittingen van een verder niet bij deze procedure betrokken persoon. De zoon van de Beheerder is secretaris/penningmeester van Stichting Derdengelden. In 2003 is de Oprichter overleden. Na zijn overlijden zijn de aan hem toebehorende landgoederen ondergebracht in de Stichting Erven. Stichting Erven werd als erfgenaam van de Oprichter tevens enig aandeelhouder van Marrobel. De medebestuurder van Stichting Derdengelden is overleden in 2014. Marrobel en Stichting Erven worden hierna gezamenlijk aangeduid als 'Marrobel c.s.'.

In 2011 is Stichting Derdengelden ontbonden en bij een gebrek aan baten opgehouden te bestaan. Marrobel c.s. verzoeken, naar aanleiding van een in 2018 ontvangen rapport van de Belastingdienst, heropening van de vereffening van Stichting Derdengelden. Zij zijn van mening dat Stichting Derdengelden nog baten heeft die bestaan uit (a) een vordering op (de erven van) de Medebestuurder in verband met onttrekkingen, (b) een vordering op de Beheerder in verband met betaalde arbeidsvergoedingen, en (c) een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid op al haar bestuurders uit hoofde van artikel 2:9 BW. Volgens

Marrobel c.s. is gehandeld in strijd met de statuten en is sprake van verduistering, diefstal of anderszins onrechtmatige onttrekkingen. Marrobel c.s. stellen dat zij een vordering hebben op Stichting Derdengelden, omdat namens Marrobel c.s. is verzocht de inkomsten uit subsidies, pacht- en jachtinkomsten over te maken op de bankrekening van Stichting Derdengelden. Een aanzienlijk deel daarvan is vervolgens overgemaakt naar de privérekening van de medebestuurder. Naast heropening van de vereffening verzoeken Marrobel c.s. de rechtbank om de directie van Stichting Derdengelden te ontslaan als vereffenaar, een nieuwe vereffenaar te benoemen en te bepalen dat de kosten van de procedure ten laste komen van de vereffening.

Stichting Derdengelden stelt zich op het standpunt dat Marrobel c.s. niet-ontvankelijk zijn en dat hun verzoeken ongegrond zijn. Als tegenverzoek verzoekt Stichting Derdengelden de rechtbank om te bepalen dat Marrobel c.s. een bedrag van € 10.000 schadevergoeding verschuldigd zijn, vanwege smaad en/of laster. Stichting Derdengelden verzet zich bovendien tegen de heropening van de vereffening en betwist dat er nog baten zijn. Met betrekking tot de arbeidsvergoeding wordt verwezen naar een overeenkomst tussen de Oprichter en de Beheerder uit 2001. Ook voert Stichting Derdengelden aan dat er geen sprake kan zijn van heropening van de vereffening, aangezien er sprake is van een turboliquidatie in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW en er dus geen vereffening heeft plaatsgevonden. De rechtbank verwerpt dit standpunt. De zinsnede 'na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan' in artikel 2:23c BW, maakt volgens de rechtbank duidelijk dat de vereffening ook kan worden bevolen als na ontbinding geen vereffeningshandelingen zijn verricht. Toepassing van artikel 2:23c BW kan dan ook aan de orde zijn indien er geen eigenlijke vereffening heeft plaatsgevonden, omdat de rechtspersoon bij gebrek aan baten is ontbonden.

De rechtbank verwerpt de standpunten van Marrobel c.s. onder (b) en (c). De bestuurders kan geen ernstig verwijt worden gemaakt in de zin van artikel 2:9 BW. Aan de arbeidsvergoedingen aan de Beheerder lag een overeenkomst ten grondslag. Volgens de rechtbank zijn de onttrekkingen door de Medebestuurder wel onrechtmatig, zodat Marrobel c.s. zich terecht op het standpunt stellen dat zij als rechthebbenden op de binnengekomen gelden (subsidies, pacht- en jachtinkomsten) nog een vordering hebben op Stichting Derdengelden.

De rechtbank merkt op dat artikel 2:23c BW haar een discretionaire bevoegdheid geeft en oordeelt dat, hoewel naar vaste jurisprudentie (zie HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2727) een verzoek tot heropening van de vereffening niet snel mag worden afgewezen en de rechter terughoudend moet toetsen of de gestelde vordering/bate voldoende aannemelijk is gemaakt, onder de gegeven omstandigheden van Marrobel c.s. verwacht mag worden de gestelde bate deugdelijk te onderbouwen. Bij de beantwoording van de vraag of de vereffening heropend moet worden, neemt de rechtbank in aanmerking dat

Stichting Derdengelden al in 2011 is ontbonden. Daardoor is de termijn op grond van artikel 2:24 BW voor het bewaren van boeken en bescheiden inmiddels verstreken. Bovendien is de Medebestuurder, die de derdenrekening beheerde en was aangewezen als bewaarder van de boeken, inmiddels overleden. Gelet op deze omstandigheden en vanwege het feit dat Marrobel c.s. hun vordering ook rechtstreeks op de (erven van) de Medebestuurder – en dus buiten Stichting Derdengelden om – te gelde hadden kunnen maken, wijst de rechtbank het verzoek tot heropening en de overige verzoeken van Marrobel c.s. af.

De rechtbank verklaart Stichting Derdengelden niet-ontvankelijk in haar tegenverzoek nu deze op onrechtmatige daad gebaseerde vordering bij dagvaarding had moeten worden ingesteld.

D.E. Mandigers, maart 2020

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 23-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2019:6092

Zaaknummer: C/02/359555 / HA RK 19-139

Rechters: Hermans

Advocaten: B.W. Brouwer en J.A.A. van der Weijst

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW, 2:23c BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Roger Beheer/Rocca Holding

Bestuurder stelt zichzelf en zijn medebestuurder c.q. echtgenote borg voor een geldleningsovereenkomst voor de vennootschap. Na faillissement van de vennootschap vordert de schuldeiser terugbetaling van de geldlening door beide bestuurders. De vordering wordt slechts toegewezen ten aanzien van de bestuurder die de geldleningsovereenkomst ondertekend heeft. Beroep op artikel 1:88 BW wordt afgewezen, omdat de lening is aangegaan in de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap, zodat toestemming van de echtgenote niet vereist was.

Rocca Holding B.V. ('Rocca Holding') heeft geld geleend van Roger Beheer B.V. ('Roger Beheer'). De geldleningsovereenkomst is namens Rocca Holding ondertekend door bestuurder 1. In de geldleningsovereenkomst stellen zowel bestuurder 1 als bestuurder 2 (tevens echtgenoten) van Rocca Holding zich borg voor de nakoming van de geldleningsovereenkomst, al is de overeenkomst slechts ondertekend door bestuurder 1.

Rocca Holding is vervolgens in staat van faillissement verklaard. Roger Beheer heeft gedaagden gesommeerd tot betaling van de verschuldigde geldsom uit hoofde van de borgstelling in de geldleningsovereenkomst. Gedaagden betwisten dat een borgstelling in privé is afgegeven.

De rechtbank oordeelt dat Roger Beheer zich niet op bestuurder 2 kan verhalen. Dat bestuurder 2 zich voor die lening borg heeft gesteld, blijkt niet uit hetgeen Roger Beheer heeft aangevoerd. Bestuurder 2 heeft de overeenkomst niet ondertekend en vast staat dat Roger Beheer voor het aangaan van deze geldlening slechts contact heeft gehad met bestuurder 1. Bestuurder 1 heeft wel getekend voor de bepaling omtrent de borgstelling. Indien bestuurder 1 niet als borg wilde optreden, lag het op zijn weg om daar bezwaar tegen te maken. Door de ondertekening van de overeenkomst, zonder het maken van bezwaar tegen de borgstelling, mocht Roger Beheer er redelijkerwijs op vertrouwen dat de borgstelling door bestuurder 1 tot

stand is gekomen (art. 3:33 en 3:35 BW). Bestuurder 1 is dus een rechtsgeldige borgtocht overeengekomen, welke niet ten aanzien van bestuurder 2 kan worden ingeroepen.

Bestuurder 1 beroept zich verder op de vernietiging van de borgstelling op grond van artikel 1:88 lid 1 sub c jo 1:89 lid 1 BW. Volgens bestuurder 1 was voor het aangaan van de borgstelling vereist dat zijn echtgenote (zijnde bestuurder 2) daarvoor toestemming zou geven. Roger Beheer betwist dat en beroept zich op artikel 1:88 lid 5 BW, omdat de lening ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap is aangegaan en daarvoor geen toestemming van de echtgenote was vereist.

De rechtbank oordeelt dat Rocca Holding de geldleningsovereenkomst is aangegaan in de normale uitoefening van haar bedrijf. De statuten van Rocca Holding noemen bij de doelomschrijving expliciet het verstrekken en aangaan van geldleningen en het stellen van zekerheden, ook voor schulden van anderen. Voor de borgstelling door bestuurder 1 was de toestemming van bestuurder 2 dus niet nodig. Het beroep van bestuurder 1 op vernietigbaarheid van de borgstelling faalt.

De vordering van Roger Beheer is dus toewijsbaar voor zover die is gericht tegen bestuurder 1. Bestuurder 1 wordt veroordeeld tot betaling van de verschuldigde geldsom uit hoofde van de geldleningsovereenkomst.

K. Becker, maart 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 18-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:10967

Zaaknummer: C/15/288260/ HA ZA 19-314

Rechters: J.H. Gisolf

Advocaten: W. Mollema en K.A. Cerutti

Wetsartikelen: 3:33 BW, 3:35 BW en 1:88 BW

RECHTSPRAAK

CloudGen/(Oud)bestuurder en aandeelhouder

Kort geding. Bij gebreke van een contractueel overeengekomen concurrentie- en relatieverbod vordert de Vennootschap de concurrerende werkzaamheden van haar oud bestuurder en (indirect) aandeelhouder aan te merken als onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW, dan wel op grond van artikel 2:8 jo. 6:162 BW alsnog een concurrentie- en relatieverbod van toepassing te verklaren. De voorzieningenrechter wijst beide vorderingen af.

Gedaagde 2 is oprichter, aandeelhouder en bestuurder van Gedaagde 1. Gedaagde 1 heeft een vennootschap opgericht, waarvan de statutaire naam enkele maanden later is gewijzigd in CloudGen B.V. ('CloudGen'). B is bestuurder en enig aandeelhouder van Lumora Beheer B.V. ('Lumora'). A is bestuurder en enig aandeelhouder van DCie B.V. ('DCie'). Gedaagde 2, A en B zijn op enig moment met elkaar in gesprek geraakt over een mogelijke samenwerking. A en B hebben naar aanleiding van dit gesprek besloten via Lumora en DCie te investeren in CloudGen, onder andere door het verstrekken van geldleningen. DCie, Lumora en Gedaagde 1 zijn vanaf dat moment ieder aandeelhouder en bestuurder van CloudGen. Binnen CloudGen was Gedaagde 2 met name verantwoordelijk voor de exploitatie en de feitelijke uitvoering van werkzaamheden, waarvoor hij via Gedaagde 1 een managementvergoeding van € 7.500 per maand ontving. In mei/juni 2019 is discussie ontstaan over de gang van zaken bij CloudGen tussen A, B en Gedaagde 2. Gedaagde 1 laat zich vervolgens op 12 juni 2019 uitschrijven als bestuurder van CloudGen en biedt (via Gedaagde 2) op diezelfde dag aan A en B haar aandelen in CloudGen aan voor € 0.

CloudGen heeft Gedaagde 1 en 2 ('de Gedaagden') bij dagvaarding in kort geding betrokken en vordert hen (i) te veroordelen zich volledig te onthouden van het uitvoeren van met de exploitatie van CloudGen concurrerende werkzaamheden voor de duur van twee jaar en (ii) te verbieden te werken voor klanten en relaties van CloudGen. CloudGen stelt zich op het standpunt dat de Gedaagden werkzaamheden verrichten voor klant Y, een klant van CloudGen. Doordat de Gedaagden contacten en relaties die zijn verworven tijdens het bestuur

en aandeelhouderschap van CloudGen, niet bedienen vanuit CloudGen, maar vanuit henzelf, concurreren de Gedaagden met CloudGen op een zodanige wijze dat dit handelen als onrechtmatig te kwalificeren is, aldus CloudGen. Volgens CloudGen hebben de Gedaagden tot mei/juni 2019 geteerd op de financiële middelen die door Dcie en Lumora ter beschikking zijn gesteld en toen de omzet van klant Y in zicht kwam, hebben zij 'de stekker eruit getrokken' en zijn zij voor zichzelf begonnen.

De Gedaagden stellen dat zij geen concurrentiebeding zijn overeengekomen met CloudGen en dat volgens vaste rechtspraak in zo'n geval een werknemer zich slechts schuldig maakt aan onrechtmatige concurrentie in geval van bijzondere bijkomende omstandigheden. Daaraan doet volgens de Gedaagden niet af dat Gedaagde 2 geen arbeidsovereenkomst, maar een managementovereenkomst had. Daarbij beschikt Gedaagde 2 al meer dan tien jaar over de verworven kennis en ervaring en werkt Gedaagde 2 al meer dan tien jaar voor Y en Ricoh, een andere klant.

De voorzieningenrechter oordeelt dat in casu sprake is van een spoedeisend belang dat voortvloeit uit de aard van het gevorderde en de daaraan ten grondslag gelegde stellingen. Daarnaast constateert de voorzieningenrechter dat tussen partijen niet in geschil is dat de Gedaagden niet gebonden zijn aan een contractueel concurrentiebeding en dat zij werkzaamheden verrichten voor Y, Ricoh en twee andere klanten van CloudGen. Daarnaast is de voorzieningenrechter, anders dan CloudGen heeft betoogd, van oordeel dat het verrichten van concurrerende werkzaamheden door de Gedaagden niet is aan te merken als een onbehoorlijke taakvervulling en dat er geen sprake is van onrechtmatig handelen jegens CloudGen. Daarbij speelt een rol dat Gedaagde 1 geen bestuurder meer is van CloudGen en Gedaagde 2 geen direct bestuurder is geweest van CloudGen.

De voorzieningenrechter stelt vervolgens voorop dat in het algemeen niet geldt dat een aandeelhouder geen activiteiten mag ontplooiën die wellicht concurreren met die van de vennootschap waarin hij aandelen houdt. Dat kan onder omstandigheden anders zijn. Van belang bij de beoordeling van het feitelijke handelen van de aandeelhouder, al dan niet buiten de vergadering van aandeelhouders, is de norm van artikel 2:8 BW naast de generieke norm van artikel 6:162 BW. Feitelijk handelen van een aandeelhouder dat niet in die hoedanigheid plaatsvindt, valt gelet op de formulering van artikel 2:8 BW niet onder de reikwijdte ervan. Handelen in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid brengt daarnaast niet zonder meer mee dat ook sprake is van een normschending in de zin van artikel 6:162 BW. Hiervoor zijn bijkomende omstandigheden vereist die meebrengen dat wordt voldaan aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW. De voorzieningenrechter oordeelt dat CloudGen onvoldoende heeft gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat de Gedaagden als (indirecte) aandeelhouders in strijd handelen met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. De

voorzieningenrechter merkt daarbij nog op dat hij het voorstelbaar acht dat DCie en Lumora zich bekocht voelen, maar dat is geen gegronde reden om het gevorderde toe te wijzen. Aldus wijst de voorzieningenrechter het gevorderde af.

M.M.H.A. Leurs, maart 2020

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 11-11-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:4741

Zaaknummer: C/o8/237972/KG ZA 19-258

Rechters: K.J. Haarhuis

Advocaten: A.C.F. Berkhof en F. Kolkman

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Verzuim levering aandelen leidt tot vernietigbaar ontslagbesluit

Geschil in kort geding tussen twee (voormalig) zakenpartners over aandelenoverdracht, ontslagbesluit en informatieverstrekking. De voorzieningenrechter oordeelt dat gedaagde in verzuim is bij het terug leveren van de aandelen aan eiser. Zonder dit verzuim had het besluit tot ontslag van eiser niet genomen kunnen worden, waarmee gedaagde misbruik maakt van haar wanprestatie. Het ontslagbesluit is mitsdien vernietigbaar, maar wordt – in afwachting van de bodemprocedure – niet geschorst in het belang van de continuïteit van de onderneming, vanwege de ernstig verstoorde relatie tussen partijen.

Eiser en gedaagde hadden een affectieve relatie en ontwikkelden samen plannen om geld van gedaagde in Nederlandse horeca te investeren. Toen de persoonlijke relatie eindigde, werd de zakelijke relatie voortgezet. In dat kader richtten zij een houdstervennootschap op, waarin zij via hun eigen houdstervennootschappen ieder 50% van de aandelen gingen houden. Er worden drie restaurants geopend, die elk hun eigen exploitatievennootschap hebben.

Eiser wil de zakenrelatie met gedaagde op een gegeven moment stoppen. Hij laat aan gedaagde weten de formule van hun restaurants online te koop te zetten voor het geïnvesteerde bedrag. De opbrengst boven dat bedrag zou hij 50/50 verdelen. Tot een verkoop komt het uiteindelijk niet.

Gedaagde en eiser sluiten een overeenkomst tot inkoop door gedaagde van de aandelen die eiser hield. In de aandelenovereenkomst wordt bepaald dat op eerste afroep van eiser, de aandelen weer zullen worden uitgegeven onder dezelfde voorwaarden en condities van inname.

De relatie verslechtert. Advocaat van gedaagde bemiddelt tussen partijen over het ontslag van eiser en legt principe-afspraken vast. Onderdeel van deze afspraken is dat eiser (alle)

gegevens met betrekking tot de restaurants moet overdragen. Over de nakoming van deze afspraak ontstaat onenigheid. Gedaagde stelt dat wachtwoorden niet werken, terwijl eiser beweert alles te hebben gegeven waarover hij beschikte.

Gedaagde schrijft aan eiser dat de financiële situatie verslechtert. Gezien de crisissituatie is het volgens haar noodzakelijk dat eiser aftreedt als bestuurder en manager en dat zij zelf de leiding van het bedrijf zal overnemen en nieuwe financiering zal aanvragen. Gedaagde annuleert daarbij de principe-afspraken, omdat eiser naar haar mening zijn beloftes niet nakomt. Zij stelt hem aansprakelijk voor de schade en sommeert hem de toegang te verlenen tot onder andere de bankrekeningen en inlogcodes.

Er wordt een buitengewone aandeelhoudersvergadering gehouden, waarop gedaagde en een medewerker als bestuurder aanwezig zijn. Hierin wordt onder andere besloten om eiser te schorsen als bestuurder. Als gronden hiervoor worden genoemd: het disfunctioneren van eiser in de leiding over de restaurants en het niet (volledig) nakomen van de afspraken over het overdragen van gegevens. Eiser maakt bezwaar tegen de schorsing en betwist de verwijten. Desondanks ontvangt eiser een ondertekende versie van het aandeelhoudersbesluit en wordt zijn houdstervennootschap uitgeschreven als bestuurder.

De advocaat van eiser schrijft aan gedaagde dat onder andere dit aandeelhoudersbesluit vernietigbaar is en eiser recht heeft op wedertewerkstelling als bestuurder en werknemer. Daarnaast wordt gedaagde gesommeerd medewerking te verlenen aan het verzoek om conform de aandelenovereenkomst de 50% aandelen die door gedaagde zijn ingekocht, tegen dezelfde voorwaarden terug te verkopen en te leveren aan eiser. Tussen de advocaten van beide partijen ontstaat over deze onderwerpen discussie.

Uiteindelijk komt het tot een kort geding. Eiser vordert onder andere gedaagde te gebieden medewerking te verlenen aan het overdragen van de aandelen en schorsing van de besluiten van de algemene vergadering. In reconventie eisen gedaagden volledige overdracht van de gegevens.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemaakte afspraak in de aandelenovereenkomst duidelijk is: de aandelen hadden terug geleverd moeten worden toen eiser daar om vroeg. Dit is niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Aangezien gedaagde ten onrechte niet aan haar contractuele verplichting heeft voldaan, is zij in verzuim.

Het besluit om eiser te ontslaan als bestuurder is genomen op een moment dat gedaagde in verzuim was. Eiser had op dat moment in bezit van 50% van de aandelen moeten zijn, in welk geval het ontslagbesluit ongetwijfeld niet was genomen. Zodoende maakte gedaagde misbruik van haar eigen wanprestatie. Bovendien zijn de statuten niet in acht genomen. Het

ontslagbesluit is vernietigbaar.

Het is de vraag of het gewenst is om het besluit waarmee eiser geschorst werd als bestuurder te schorsen. Vanwege de evident verstoorde verhoudingen tussen eiser en gedaagde, is uiterst aannemelijk dat een terugkeer van eiser in de restaurants niet zal gaan werken. Het ligt voor de hand eiser niet op de werkvloer en in het bestuur te laten terugkeren, hoezeer hij juridisch ook in zijn gelijk staat. Dat zal zich in een bodemprocedure in schadevergoeding kunnen vertalen. Om deze redenen zal het besluit tot schorsing van eiser, hoewel het mogelijk vernietigbaar is, niet worden geschorst. Daarnaast dient de overdracht van gegevens te worden voltooid.

De voorzieningenrechter gebiedt gedaagde om volledige medewerking te verlenen aan levering van de aandelen. Eiser wordt bevolen de ontbrekende informatie te verstrekken.

J.M. Schepel, maart 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:1397

Zaaknummer: C/13/679444 / KG ZA 20-117 HH/MAH

Rechters: H.C. Hoogeveen

Advocaten: L.M. Noordzij en B.W. Brouwer

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:15 BW, 2:224 BW, 3:13 BW en 3:300 BW

RECHTSPRAAK

Vivendi/Mediaset

Franse minderheidsaandeelhouder Vivendi wil grensoverschrijdende fusie van mediabedrijven tegenhouden. Het betreft een fusie tussen een Italiaanse en een Spaanse vennootschap, welke vervolgens opgaan in een Nederlandse vennootschap. De bezwaren van Vivendi leiden niet tot een verbod of schorsing van de fusie. Ook worden bezwaren tegen een loyaliteitsregeling in de statuten niet gehonoreerd. Een loyaliteitsregeling is geoorloofd onder Nederlands recht, om langetermijn aandeelhouderschap veilig te stellen. Dat een dergelijke regeling mogelijk nadelig kan uitpakken voor bepaalde aandeelhouders, maakt een regeling als zodanig op voorhand niet onaanvaardbaar, omdat betrokkenen bij de uitvoering van die regeling de redelijkheid en billijkheid in acht moeten nemen.

Mediaset S.p.A. ('Mediaset') is een Italiaanse vennootschap die een televisiebedrijf exploiteert. Mediaset heeft een belang van ongeveer 52% in de Spaanse vennootschap Mediaset España Comunicación S.A. ('Mediaset Spanje'). Finanziaria d'investimento Fininvest S.p.A. ('Fininvest') is een Italiaanse vennootschap die circa 44% van de aandelen in Mediaset in handen heeft. Fininvest is in handen van de familie Berlusconi.

Mediaset houdt 100% van de aandelen in Mediaset Investment N.V. ('MFE'). MFE, gevestigd te Amsterdam, is een thans nog lege vennootschap. Mediaset heeft plannen om met Mediaset Spanje te fuseren, waarbij deze twee vennootschappen zouden opgaan in MFE. Een grensoverschrijdende fusie kan, indien eenmaal geïmplementeerd, niet worden teruggedraaid.

Vivendi is een Frans mediabedrijf, actief in de muziek-, televisie- en filmindustrie. Op 8 april 2016 hebben Vivendi en Mediaset een zogenoemde *Share Exchange Agreement* gesloten. Dit is gebeurd in het kader van een beoogde strategische samenwerking tussen Vivendi en Mediaset, welke samenwerking niet van de grond is gekomen.

Vivendi heeft in december 2016 een belang van ongeveer 29% in Mediaset verworven. Vervolgens heeft zij dit aandelenbelang op grond van een besluit van AGCOM, de Italiaanse toezichthouder voor de communicatiesector, moeten afbouwen naar onder de 10%. Dit besluit is gebaseerd op een drempelbepaling in de zogenoemde *Gasparri*-wet uit 2004. Vivendi is tegen dit AGCOM-besluit in hoger beroep gegaan, waarna door de bestuursrechter in Rome een prejudiciële vraag is gesteld aan het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU), namelijk of de drempelbepaling in de *Gasparri*-wet in strijd is met de fundamentele vrijheden van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Ten tijde van onderhavige uitspraak van de voorzieningenrechter was de conclusie van de A-G van het HvJ EU reeds verschenen (op 18 december 2019), maar had het HvJ EU nog geen uitspraak gedaan. Vivendi heeft gehoor gegeven aan het AGCOM-besluit, door ongeveer 19% van haar aandelenkapitaal door middel van een *fiduciary agreement* over te dragen aan Simon Fiduciara S.p.A. ('Simon Fiduciaria'). Simon Fudiciara is in beginsel gerechtigd om het stemrecht op deze aandelen uit te oefenen.

Vivendi vordert in deze procedure – kort gezegd – dat (i) het MFE wordt verboden de fusie tussen Mediaset en Mediaset Spanje te implementeren en (ii) het MFE wordt verboden om een loyaliteitsregeling in haar statuten op te nemen.

Het materiële bezwaar van Vivendi tegen de fusie van MFE, Mediaset en Mediaset Spanje is gelegen in de loyaliteitsregeling die is opgenomen in artikel 13 van de statuten van de verkrijgende vennootschap (MFE). Volgens Vivendi wordt zij als gevolg van deze regeling als minderheidsaandeelhouder ten onrechte 'buiten spel gezet', ten voordele van Fininvest, dat met een economisch belang van (slechts) 35% toch de dienst binnen MFE zal kunnen uitmaken. De voorzieningenrechter overweegt dat niet aanstonds duidelijk is geworden dat de loyaliteitsregeling strijdig is met het Nederlandse vennootschapsrecht en dat om die reden dit bezwaar van Vivendi niet tot toewijzing van (één of meer van) haar vorderingen kan leiden.

Vivendi heeft ook betoogd dat de besluitvorming op de buitengewone algemene vergaderingen van Mediaset gebrekkig is verlopen, met het argument dat Simon Fiduciaria ten onrechte is uitgesloten van stemming. Het besluit van het bestuur van Mediaset om Simon Fiduciaria niet toe te laten tot de stemming, is – indirect – gebaseerd op het AGCOM-besluit, op grond waarvan Vivendi haar aandelenbelang in Mediaset moest afbouwen. Volgens Mediaset was het niet voldoende dat Vivendi vervolgens haar aandelenbelang (deels) onderbracht bij Simon Fiduciaria. Om die reden heeft zij Simon Fiduciaria niet toegelaten tot de buitengewone algemene vergaderingen. Volgens Vivendi is het AGCOM-besluit gebaseerd op Italiaanse wetgeving, die in strijd is met fundamentele vrijheden zoals opgenomen in het VWEU. De voorzieningenrechter overweegt dat alleen indien aanstonds duidelijk is dat het AGCOM-besluit als gevolg van de uitspraak van het HvJ EU vernietigd zal worden, dit

bezwaar van Vivendi kan leiden tot toewijzing van (één of meer van) haar vorderingen. Vivendi heeft betoogd dat nog vóórdat het HvJ EU uitspraak heeft gedaan, reeds moet worden uitgegaan van de nietigheid van het AGCOM-besluit en van de ongeldigheid van de besluitvorming over de fusie. Daar gaat de voorzieningenrechter niet in mee.

De voorzieningenrechter volgt Vivendi ook niet in haar betoog dat het onderhavige kort geding zou moeten worden aangehouden om de uitspraak van het HvJ EU af te wachten, om vervolgens met inachtneming van de uitspraak van het HvJ EU de fusie alsnog definitief te verbieden. Het is aan de Italiaanse bestuursrechter om te oordelen welke betekenis de uitspraak van het HvJ EU heeft voor het AGCOM-besluit en voor de stemrechten van Vivendi en Simon Fiduciaria in de vergadering van aandeelhouders van Mediaset, niet aan de Nederlandse (voorzieningen)rechter. Ook is het bij uitstek aan de Italiaanse rechter om te beoordelen of zich bij de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering van een Italiaanse vennootschap onregelmatigheden hebben voorgedaan. De Italiaanse kortgedingrechter had dat ten tijde van deze uitspraak van de voorzieningenrechter overigens ook al gedaan: bij vonnis van 3 februari 2020 heeft de Italiaanse rechter de vorderingen van Vivendi afgewezen.

Voor zover nog wordt toegekomen aan een belangenafweging, sluit de voorzieningenrechter zich aan bij de overwegingen van de Italiaanse kortgedingrechter, die heeft beslist dat de belangenafweging in het voordeel van Mediaset moet uitvallen. Kort gezegd weegt de zogenoemde *business rationale* zwaarder dan het belang van Vivendi om de fusie tegen te houden.

Over de vraag of de wijze waarop de fusie wordt vormgegeven in overeenstemming is met de regels van het Nederlands fusierecht, kan in dit kort geding geen oordeel worden gegeven, zo oordeelt de voorzieningenrechter. Het is niet aanstonds duidelijk dat in strijd met deze regels wordt gehandeld. De voorzieningenrechter overweegt daarover nog dat de implementatie van de fusie alleen kan plaatsvinden door het passeren van de desbetreffende akte door de notaris en dat als de notaris van mening is dat aan alle vormvereisten is voldaan en tot het passeren van die akte wil overgaan, Vivendi deze kwestie eventueel opnieuw aan de voorzieningenrechter kan voorleggen.

De vorderingen van Vivendi worden afgewezen.

J.L. van den Heuvel, maart 2020

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:1200

Zaaknummer: C/13/678130 / KG ZA 20-17

Rechters: Dudok van Heel, R.A. R.A. Dudok van Heel

Advocaten: E.D. van Geuns, R.G.J. de Haan, D.H. Tilanus, S.H.M.A. Dumoulin en G. van Solinge

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Mosadex

Een leverancier vordert schadevergoeding op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder het misplaatst vertrouwen heeft gewekt dat een deel van de schulden volledig zou worden afbetaald, en daarom aansprakelijk is voor een gedeelte van de onbetaald gebleven facturen. De leverancier gaat in hoger beroep om zijn volledige schade te verhalen. Het hof oordeelt echter dat in het geheel geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid en vernietigt het vonnis van de rechtbank.

Mosadex C.V. en Apotheek B.V. (gezamenlijk 'de Leverancier') leveren medicijnen aan twee apotheken ('de Apotheken'). Geïntimeerde is middellijk, via Beheer B.V. ('Beheer'), de enige aandeelhouder en bestuurder van de Apotheken ('de Bestuurder').

De Leverancier levert dagelijks medicijnen aan de Apotheken. Al geruime tijd worden facturen niet tijdig betaald. De Leverancier overlegt met de Bestuurder over de betalingsachterstanden en sluit met de Bestuurder en Beheer een garantieovereenkomst ('de Garantieovereenkomst'). De Garantieovereenkomst behelst de verplichting van Beheer om de betalingsverplichtingen van de Apotheken aan de Leverancier te voldoen. Voorts hebben de Bestuurder en Beheer inspanningsverplichtingen op zich genomen, waaronder de toezegging om een extra kredietfaciliteit voor Beheer aan te trekken. Korte tijd na ondertekening van de Garantieovereenkomst wordt de bestaande kredietovereenkomst van Beheer beëindigd en verplicht de bank Beheer tot verkoop van de Apotheken. Met de opbrengst van de verkoop van de Apotheken zullen schuldeisers (gedeeltelijk) worden betaald, als onderdeel van een crediteurenakkoord. De Leverancier gaat niet akkoord met het aanbod uit het crediteurenakkoord.

De Leverancier vordert schadevergoeding van de Bestuurder op grond van onrechtmatige daad. De onrechtmatige daad bestaat volgens de Leverancier uit het niet nakomen van

betalingsverplichtingen, het doen van onjuiste uitlatingen bij het verstrekken van de garantie, het onvoldoende informeren van de Leverancier over de financiële situatie van de Apotheken en het niet bieden van verhaal door Beheer en de Apotheken. De Bestuurder stelt dat aan hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat hij geen onjuiste informatie heeft verstrekt en de Leverancier voldoende was geïnformeerd over de financiële situatie van Beheer en de Apotheken.

De rechtbank stelt de Leverancier gedeeltelijk in het gelijk. De rechtbank verklaart voor recht dat de Bestuurder aansprakelijk is en veroordeelt de Bestuurder tot betaling van een deel van de vordering van de Leverancier. De Leverancier is ontevreden met deze uitspraak, omdat hij niet zijn volledige vordering betaald krijgt, en gaat in hoger beroep.

Het hof begint met een beschrijving van het juridische kader van bestuurdersaansprakelijkheid in geval van niet-nakoming van verplichtingen onder verwijzing naar vaste jurisprudentie (HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *Willems/NOM*, HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *Ontvanger/Roelofsen* en HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, *Beklamel*).

Het hof beslist, anders dan de rechtbank, dat de vaststaande feiten niet het oordeel van een ernstig verwijt aan de zijde van de Bestuurder, en dus van bestuurdersaansprakelijkheid, kunnen dragen. Het arrest van het hof gaat uitvoerig in op de aan de Bestuurder gemaakte verwijten. Voor de praktijk zijn onder andere de volgende oordelen relevant:

Het enkele feit dat al financiële problemen en betalingsachterstanden bestaan op het moment van het aangaan van een verplichting, leidt op zichzelf niet tot bestuurdersaansprakelijkheid. Dat is anders als bij het aangaan van de verplichtingen al duidelijk is dat die niet kunnen worden nagekomen en dat ook geen verhaal geboden wordt. Dat was in deze zaak niet het geval, want toen de Apotheken de bestellingen bij de Leverancier plaatsten, was de Bestuurder doende een reddingsplan met de bank overeen te komen en was het plan om een van de Apotheken voort te zetten en dus inkomsten te genereren.

Bij het aangaan van de Garantieovereenkomst is aan de Leverancier een jaarrekening van Beheer verstrekt. Uit die jaarrekening blijkt de slechte financiële positie van Beheer. De Leverancier wordt bovendien geïnformeerd over de door de bank opgelegde verkoop van de Apotheek die de Bestuurder in eerste instantie zelf zou blijven exploiteren. De Leverancier heeft volgens het hof op basis van deze informatie zelf moeten (kunnen) concluderen dat de afspraken uit de Garantieovereenkomst op losse schroeven stonden.

In de Garantieovereenkomst staat vermeld dat Beheer een hypotheekrecht heeft op het huis van de Bestuurder. Dat blijkt niet het geval. De Leverancier stelt dat de Bestuurder daarover

bewust onjuiste informatie heeft verstrekt. Het hof oordeelt dat sprake is van een vergissing van de Bestuurder, en dat – als sprake was geweest van zo'n hypotheekrecht – dit niet betekent dat Beheer de vorderingen van de Leverancier zonder meer kan betalen. Ook op dit punt kan volgens het hof aan de Bestuurder geen ernstig verwijt worden gemaakt. Eén of enkele toezeggingen tot nakoming leiden – bij gebrek aan nakoming – niet tot bestuurdersaansprakelijkheid. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig. In deze zaak staat vast dat de Bestuurder kosten nog moeite heeft gespaard om de redding van de Apotheken te bewerkstelligen. Eén of enkele toezeggingen tot nakoming kunnen in dergelijke omstandigheden niet het oordeel van bestuurdersaansprakelijkheid dragen.

Het hof oordeelt dat alle verwijten die de Leverancier aan de Bestuurder maakt niet zelfstandig en evenmin in onderlinge samenhang kunnen leiden tot het oordeel dat aan de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof wijst daarom alle vorderingen van de Leverancier af en vernietigt het vonnis van de rechtbank.

C.W. Kuipers, maart 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 18-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:609

Zaaknummer: 200.211.982/01

Rechters: P.M. Arnoldus-Smit, E.H. Schulten en J. van der Steenhoven

Advocaten: C.J. Jager en E. van Meulen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

West Inn Groep

OK, enquête. Gezamenlijk enquêteverzoek. Er is sprake van een impasse op zowel bestuurs- als aandeelhoudersniveau die de continuïteit van de onderneming bedreigt. Reeds hieruit volgt dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. De OK wijst het gezamenlijke enquêteverzoek toe en gelast een onderzoek. Als onmiddellijke voorziening benoemt de OK een derde bestuurder met beslissende stem.

West Inn Groep B.V. ('West Inn Groep') en haar drie dochtervennootschappen ('West Inn Groep c.s.') exploiteren een drietal hotels in Amsterdam. Raspberry Group B.V. ('Raspberry') en P. Vink Holding B.V. ('Vink Holding') houden elk de helft van de aandelen in West Inn Groep en vormen tezamen het bestuur. De heer Hellingman is bestuurder en enig aandeelhouder van Raspberry (tezamen: 'Raspberry c.s.'). De heer Vink is bestuurder en enig aandeelhouder van Vink Holding (tezamen: 'Vink c.s.').

Tumbler B.V. ('Tumbler'), een van de dochtervennootschappen van West Inn Groep, exploiteert het Best Western Hotel Amsterdam in een pand dat zij huurt van Raspberry Holding B.V. ('Raspberry Holding'), een dochtervennootschap van Raspberry. Tumbler heeft een licentieovereenkomst gesloten met B-W International Licensing, Inc. ('Best Western') voor het voeren van het Best Western-merk.

Raspberry c.s. en Vink c.s. hebben in hun gezamenlijke enquêteverzoek naar voren gebracht dat sprake is van een impasse op zowel het bestuurs- als aandeelhoudersniveau van West Inn Groep c.s., die een bedreiging voor de continuïteit van de onderneming kan vormen.

In het bijzonder de volgende onderwerpen hebben geleid tot de impasse. Het Best Western Hotel is op enig moment voor enkele miljoenen euro's verbouwd en uitgebreid. In oktober 2018 werd een bedrag van € 775.000 aan verbouwingskosten in rekening gebracht bij Tumbler. Vink c.s. weigerden dat bedrag te voldoen en wensten eerst meer inzage in de financiën van de verbouwing. Teneinde stillegging van de bouw te voorkomen betaalde

Raspberry Holding de aannemers. Het geschil over de financiële afwikkeling van deze verbouwing is uitgemond in een tweetal gerechtelijke procedures.

Daarnaast speelt er een geschil over genoemde licentieovereenkomst. Raspberry c.s. wensen deze overeenkomst te verlengen en stellen dat beëindiging van de overeenkomst een ontbindingsgrond zou kunnen vormen voor de huurovereenkomst van Tumbler met Raspberry Holding, terwijl Vink c.s. stellen dat de licentieovereenkomst verlieslatend is voor Tumbler. Daarbij komt dat Raspberry c.s. en Vink c.s. er niet in slagen om te komen tot een gezamenlijke strategie, ook al heeft Best Western, mede omdat de resultaten tegenvallen, daar met verwijzing naar de licentieovereenkomst meerdere malen op aangedrongen.

De OK overweegt dat zowel in het bestuur als in de algemene vergadering van West Inn Groep sprake is van conflicten die een impasse in de besluitvorming tot gevolg hebben. Partijen zijn het eens dat deze impasse een gevaar vormt voor de continuïteit van de onderneming. Reeds hieruit volgt, zo overweegt de OK, dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij West Inn Groep c.s. die een onderzoek rechtvaardigen. Daarbij verwijst de OK in het bijzonder naar de hierboven genoemde geschillen.

Het onderzoek zal zich alleen richten op Tumbler en niet op (een van) de andere dochtervennootschappen, aangezien partijen verklaarden dat zich op dat niveau geen problemen voordoen.

De OK is voorts van oordeel dat de toestand van West Inn Groep c.s. noopt tot het bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemen van een derde als bestuurder met beslissende stem. Deze bestuurder zal, zo nodig in afwijking van de statuten, als enige bevoegd zijn om West Inn Groep te vertegenwoordigen. De OK-bestuurder zal voorts in het bijzonder een beslissing moeten nemen over de door Tumbler in te nemen positie met betrekking tot de verbouwingkosten en dient een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven.

Tot slot houdt de OK op gezamenlijk verzoek van Raspberry c.s. en Vink c.s. de aanwijzing van een onderzoeker vooralsnog aan, zodat eerst bezien kan worden of de door de OK aangestelde bestuurder kan komen tot een duurzame oplossing van het geschil.

J. Tromp, maart 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:542

Zaaknummer: 200.271.512/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, P.R. Baart en V.G. Molenaar

Advocaten: C.J. Scholten, C.I. Corsten, R.G. Meester en B. Loijmans

Wetsartikelen: 2:345 lid 1 BW, 2:350 lid 1 BW en 2:358 lid 1 jo. 2:356 aanhef en sub c en d BW

RECHTSPRAAK

Bosal Nederland

Een voormalig bestuurder is middels het uitoefenen van zijn aandelenoptie minderheidsaandeelhouder geworden en verzoekt onmiddellijke voorzieningen jegens de vennootschap. De OK komt tot het oordeel dat de vennootschap haar zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder heeft geschonden wegens de mogelijke verwatering van zijn aandelen, door de omzetting van aandeelhoudersleningen van de meerderheidsaandeelhouder in cumulatief preferente aandelen, die deels omgezet kunnen worden in gewone aandelen. De vennootschap heeft haar informatieverplichting ex artikel 2:8 BW jegens de minderheidsaandeelhouder geschonden. De verzochte onmiddellijke voorzieningen worden toegewezen. In een vervolguitspraak worden – vanwege een minnelijke regeling – de onmiddellijke voorzieningen beëindigd en het verzoek tot bevelen van onderzoek ingetrokken.

Bosal Nederland B.V. ('Bosal') is een wereldwijd opererend concern dat onder meer uitlaten, katalysatoren en fietsen- en dakdragers produceert en levert. De omzet bedraagt ruim € 500 miljoen per jaar. Jenda Corporate Holdings LTD ('Jenda') is houder van alle gewone aandelen in Bosal. Bosal heeft een one-tier board. De leden van de familie F zijn via Feniks S.à.r.l. ('Feniks') de *ultimate beneficiaries* van Jenda. De leden van familie F zijn tevens, via Manchester Trustees (NZ) Ltd., de *ultimate beneficiaries* van B.V. Handelmaatschappij De Mient ('De Mient') en Scambia Holdings Cyprus Limited ('Scambia'). De Mient heeft leningen verstrekt aan Bosal en Scambia houdt IP-rechten en heeft tegen een jaarlijkse vergoeding licenties verleend aan Bosal.

Verzoeker ('A') was van 1 april 2010 tot 25 oktober 2016 bestuurder van Bosal. Tussen Bosal en A is in verband met het bestuurderschap een Services Agreement gesloten op basis waarvan A na beëindiging van de Services Agreement aanspraak kan maken op een

beëindigingsvergoeding van € 3 miljoen. Tevens is in de Services Agreement aan A een aandelenoptie toegekend op 155 gewone aandelen in Bosal, tegen een nader omschreven koopprijs. De optie komt te vervallen indien Bosal op grond van een dringende reden de Services Agreement beëindigt.

Jenda heeft A op 25 oktober 2016 geschorst als bestuurder van Bosal. Vervolgens heeft A op 28 oktober 2016 zijn aandelenoptie uitgeoefend. Dit werd echter door Jenda geweigerd, met het oog op het aanstaande ontslag van A op 4 november 2016 als bestuurder op grond van een dringende reden. Op 4 november 2016 hebben Bosal en Jenda tevens de Services Agreement met A beëindigd.

Over de aanspraak van A op de beëindigingsvergoeding van € 3 miljoen en de in de Services Agreement opgenomen optie op 155 gewone aandelen is tussen partijen geprocedeerd. In hoger beroep heeft de High Court te Dublin bij vonnis van 24 mei 2019 geoordeeld dat Jenda 155 aandelen in Bosal aan A moest leveren. Jenda heeft aan deze verplichting voldaan en de aandelen geleverd.

Na het ontslag van A heeft Bosal in 2018, in het kader van een herstructurering, een deel van haar activiteiten verkocht. Als onderdeel van deze verkoop is Bosal een aantal transacties aangegaan met (onder andere) Scambia en De Mient. Daarnaast heeft Bosal op 19 juni 2019 aan Feniks cumulatief preferente aandelen ('cumprefs') uitgegeven tegen inbreng van vorderingen uit hoofde van eerder door entiteiten van de familie F aan Bosal verstrekte leningen. De statuten van Bosal zijn vervolgens gewijzigd, waardoor de cumprefs recht geven op 5% dividend per jaar en bovendien een deel van de cumprefs geconverteerd kan worden in gewone aandelen.

A heeft op 3 oktober 2019 de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Bosal en haar dochtermaatschappijen. Tevens heeft A een aantal onmiddellijke voorzieningen verzocht. A verzoekt de OK om Feniks te verbieden haar cumulatief preferente aandelen te converteren in gewone aandelen. A verzoekt de OK bovendien Bosal te verbieden een uitkering te doen op de gewone en cumulatief preferente aandelen. Daarnaast verzoekt A de OK een tijdelijke bestuurder of commissaris te benoemen bij Bosal, wiens goedkeuring vereist is voor transacties tussen Bosal en haar dochtermaatschappijen of vennootschappen gelieerd aan de familie F, het aangaan of wijzigen van financieringen en het vervreemden of bezwaren van deelnemingen of activa, die gebruikt worden voor de bedrijfsvoering van Bosal. De te benoemen bestuurder, althans commissaris, zou wat A betreft tevens bij uitsluiting bevoegd moeten zijn terzake rechtsvorderingen, transacties, besluitvorming en het beleid binnen Bosal dat in het verzoekschrift aan de orde is gesteld.

De OK staat allereerst stil bij de vraag of er naar haar voorlopig oordeel gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij Bosal te twijfelen. A voert daartoe aan dat hij als (aankomend) aandeelhouder wordt benadeeld, omdat het aandelenbelang van A onevenredig kan verwateren indien de cumprefs worden omgezet in gewone aandelen. Verder stelt A dat de transacties tussen Bosal, Scambia en De Mient hebben plaatsgevonden op onzakelijke voorwaarden. Tot slot zou Bosal zijn tekortgeschoten in haar informatieverplichting door gebrekkige beantwoording van de door A gestelde vragen over het beleid binnen Bosal.

De OK overweegt dat Bosal er vanaf het moment van uitoefening van de optie rekening mee diende te houden dat A aandelen in Bosal zou verwerven. Ten tijde van het omzetten van de aandeelhoudersleningen van de familie F waren er al twee rechterlijke uitspraken beschikbaar op grond waarvan een dringende reden (door de rechtbank te Brussel) en de verweren van Jenda tegen uitoefening van de optie door A (door de rechtbank te Dublin) waren afgewezen. Bovendien heeft A tot aan levering van de aandelen zelf beperkte mogelijkheden om op te komen voor zijn belangen. Onder die omstandigheden diende Bosal zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van A als (aankomend) minderheidsaandeelhouder.

Over de aandelenconversie overweegt de OK dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat de conversie van de aandeelhoudersleningen naar cumprefs een zwaarwegend en spoedeisend belang van Bosal heeft gediend. Daarbij diende Bosal ervoor te waken dat de aandelen van A onevenredig zouden verwateren. Nu de conversie op voor Feniks en de familie F gunstige voorwaarden geschiedt, die bij een eerste beoordeling niet geheel marktconform lijken, trekt de OK de voorlopige conclusie dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan de wijze waarop en de mate waarin Bosal de in acht te nemen zorgvuldigheid heeft betracht jegens A als minderheidsaandeelhouder.

Met betrekking tot de vraag of Bosal A toereikend heeft geïnformeerd, oordeelt de OK dat er hier feitelijk twee aandeelhouders zijn, de familie F als meerderheidsaandeelhouder en A als minderheidsaandeelhouder. De familie F is vertegenwoordigd in het bestuur (zowel uitvoerend als niet uitvoerend). Er worden bovendien transacties verricht door Bosal tussen (entiteiten) van de familie F en Bosal. Onder deze omstandigheden geldt niet als uitgangspunt dat aandeelhouders buiten de algemene vergadering geen recht hebben op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie (HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (ASMI)). In de gegeven omstandigheden geldt dat de vennootschap uit hoofde van haar zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder ex artikel 2:8 BW eigener beweging en bij vragen van de minderheidsaandeelhouder ook buiten het verband van een aandeelhoudersvergadering transparantie dient te betrachten (HR 1 maart

2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*)). Slechts bij voldoende zwaarwegende redenen zouden vragen van A over de gang van zaken binnen Bosal onbeantwoord kunnen blijven. Bosal heeft dan ook ten onrechte tot uitgangspunt genomen dat zij buiten het verband van een aandeelhoudersvergadering niet gehouden is tot beantwoording van vragen van A. De OK concludeert dat de informatievoorziening van Bosal aan A vooralsnog een gegronde reden is om aan een juist beleid te twijfelen.

Bij wijze van onmiddellijke voorziening verbiedt de OK Bosal aan de conversie van cumprefs mee te werken en uitkeringen te doen op de cumprefs en de gewone aandelen. Tevens wordt een niet uitvoerende bestuurder van Bosal benoemd die binnen het bestuur van Bosal een beslissende stem heeft ten aanzien van de informatievoorziening aan A. Daarnaast strekt de benoeming van een niet uitvoerend bestuurder ertoe het toezicht van de niet-uitvoerende bestuurders op transacties tussen Bosal en (entiteiten van) de familie F te versterken. De beslissing op het enquêteverzoek en op de overige verzochte onmiddellijke voorzieningen worden aangehouden.

Bij beschikking van de OK van 17 februari 2020 (ECLI:NL:GHAMS:2020:607) zijn – wegens een minnelijke regeling tussen partijen – de getroffen onmiddellijke voorzieningen beëindigd en is het verzoek tot het bevelen van een onderzoek ingetrokken.

J. Wareman, maart 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 31-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3921

Zaaknummer: 200.266.879/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, J.M. de Jongh, P.R. Baart en W. Wind

Advocaten: A.R.J. Croiset van Uchelen, J.W. de Groot, M.V.A. Heuten, R.C. de Mol en M.H.J. van Rest

Wetsartikelen: 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Impasse in ledenvergadering zorgcoöperatie

OK, enquête. Gegronde redenen om aan juist beleid of juiste gang van zaken binnen een zorgcoöperatie te twijfelen. Toewijzing onmiddellijke voorziening tot benoeming zelfstandig bevoegd bestuurder, nu de leden daartoe niet in staat blijken te zijn.

Coöperatie Regionaal Kennis- en Expertisecentrum Roermond ('de Coöperatie') is opgericht door de Mutsaertsstichting ('Mutsaerts'), Onderwijsstichting De Wijnberg ('De Wijnberg'), en Aloysius Stichting Onderwijs Jeugdzorg ('Aloysius'). De Coöperatie voorziet in ondersteuning op het gebied van jeugdzorg en speciaal onderwijs. Een beoogd vierde lid van de Coöperatie, SWV, is niet toegetreden tot de Coöperatie. De financiering van de Coöperatie is echter gebaseerd op vier deelnemers en niet aangepast aan de daadwerkelijke situatie. Ook is voor besluiten van de ledenvergadering een drie vierde meerderheid nodig, terwijl er drie leden zijn.

Vanaf 2016 bestaat tussen Mutsaerts, De Wijnberg en Aloysius geen overeenstemming over de begroting van de Coöperatie. Partijen hebben in 2018 een interim-bestuurder van de Coöperatie benoemd, die de gestagneerde besluitvorming weer moest vlottrekken. In het verslag van de interim-bestuurder valt te lezen dat er een impasse op het gebied van de stemverhoudingen in de ledenvergadering is, de directeur van de Coöperatie niet functioneert als gevolg van een geschil tussen de leden en dat Aloysius zich niet aan gemaakte afspraken houdt en daardoor de continuïteit van de Coöperatie in gevaar brengt. Aloysius stemt daarna als enige tegen de herbenoeming van de interim-bestuurder. Vervolgens ontstaat de vraag of de verlenging van de aanstelling van de interim-bestuurder in juni 2019 geldig tot stand is gekomen en of het contractuele stemrecht in de ledenvergadering dat aan de interim-bestuurder is toegekend, nog geldig is. Door de onzekerheid hierover zijn geen afspraken gemaakt over de verdeling van de financiering, zijn conceptbegrotingen niet goedgekeurd, zijn jaarrekeningen niet vastgesteld en kan er geen contributie worden geheven.

Mutsaerts en De Wijnberg hebben de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de Coöperatie over de periode vanaf december 2015, en als

voorlopige voorziening de interim-bestuurder of een andere bestuurder te benoemen als bestuurder van de Coöperatie. De Coöperatie heeft verzocht de statutair vereiste unanimiteit of drie vierde meerderheid voor besluitvorming in de ledenvergadering voor de duur van het geding te vervangen door een gewone meerderheid en de benoeming van een onafhankelijk functionaris met doorslaggevende stem in die vergadering, mochten de stemmen staken. Aloysius verzoekt de bovengenoemde verzoeken af te wijzen, een ander dan de interim-bestuurder te benoemen tot tijdelijk bestuurder en Mutsaerts en De Wijnberg te veroordelen in de kosten van het geding.

De OK overweegt dat, nu partijen niet in staat zijn gebleken te voorzien in een bestuurder voor de Coöperatie, er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de Coöperatie te twijfelen. De OK benoemt de interim-bestuurder, voor zover zij geen bestuurder meer was, bij wijze van onmiddellijke voorziening tot zelfstandig bevoegd bestuurder, totdat op de overige verzoeken is beslist. De beslissing omtrent het verzoek tot het gelasten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de Coöperatie wordt aangehouden, om te bezien of mediation tussen partijen succesvol kan zijn.

De vervolgbeschikking in dit geschil is eerder gepubliceerd in OR-updates, zie OR 2019-0178.

T.M. Goudzwaard – maart 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3392

Zaaknummer: 200.263.490/01 OK

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

Advocaten: D.C.M.H. Vielvoye, M. van der Schoor, M. Mussche, W.B. Fonville en F. Eikelboom

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

RECHTSPRAAK

N&I Professional Services

OK, enquête. Eenzijdige intrekking van het verzoek leidt tot niet-ontvankelijkheid.

A dient een verzoek in bij de OK om een onderzoek te bevelen naar de gang van zaken binnen N&I Professional Services ('N&I'), waarbij zij tevens verzoekt dat Gemakri Beheer BV ('Gemakri') als bestuurder wordt geschorst en dat zij haar aandelen in N&I moet overdragen aan een door de OK te benoemen beheerder.

Na de comparitie vragen partijen de OK het nemen van een beslissing aan te houden, om te proberen een schikking te bewerkstelligen. Die schikking mislukt, maar toch trekt A het verzoek in onder gelijktijdige aanbieding van een vergoeding van de proceskosten conform liquidatietarief.

N&I en Gemakri menen dat het A niet vrijstaat om eenzijdig het verzoek in te trekken. Opvallend genoeg willen zij nu dat de OK het verzoek tot het gelasten van een onderzoek toewijst. De advocaat van beide partijen trekt het eerder gevoerde verweer tegen het verzoek van A daarom in. Voorts eisen zij van A vergoeding van de volledige proceskosten (en niet conform liquidatietarief), omdat A misbruik van het procesrecht heeft gemaakt. Uit het intrekken van het verzoek zou immers volgen dat het verzoek nooit serieus is geweest, maar alleen als drukmiddel heeft gediend.

De OK oordeelt dat het A op grond van artikel 283 Rv vrij staat om een verzoek in te trekken. Zij heeft daarvoor geen toestemming nodig van N&I en Gemakri. Op grond hiervan is A niet-ontvankelijk en kan de OK het verzoek niet toewijzen. Voorts hebben N&I en Gemakri onvoldoende gesteld om te concluderen dat het verzoek van A heeft te gelden als misbruik van recht. Het verzoek tot vergoeding van werkelijke kosten wordt dus afgewezen.

S.L. Haanschoten, maart 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:2238

Zaaknummer: 200.255.230/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.J. Wolfs en H.J. Vetter

Advocaten: F.L. van den Boomgaard, J.M.J. Arts en P.A.J. Peeters

Wetsartikelen: 283 Rv en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Raboni

OK, enquête. OK beveelt enquête bij Raboni vanwege ernstig verstoorde verhoudingen in het bestuur, waardoor het bestuur als orgaan niet naar behoren functioneert. Dit komt onder andere tot uiting in het niet opeisen van een geldlening van de vennootschap aan een van de bestuurders. Bij wijze van voorlopige voorziening wordt een bestuurder met beslissende stem benoemd, zonder welke Raboni niet vertegenwoordigd kan worden.

Lamb Shepherd Holding B.V. ('Lamb') is de persoonlijke vennootschap van A en Byblos B.V. ('Byblos') is de persoonlijke vennootschap van B. Lamb en Byblos vormen het bestuur op het niveau van Casa della Gioia B.V. ('Casa') en Raboni O.G. B.V. ('Raboni'). Lamb en Byblos houden ieder 37,5% van de aandelen certificaten in Casa en ieder 50% van de Raboni-aandelen. Raboni is eigenaar van een appartementsrecht met betrekking tot een pand in Amsterdam ('het Pand') en verhuurt het Pand aan Casa, die daarin een restaurant drijft met de naam 'Dolce Vita'.

In 2013 hebben Raboni als geldgever en A als leningnemer een geldleningsovereenkomst gesloten met het oog op de overname van een horecagelegenheid. In 2016 heeft B aangifte van bedreiging door A gedaan bij de politie. Begin 2017 bericht de raadsman van Lamb aan de raadsman van B en Byblos dat Lamb, in zijn hoedanigheid van indirect bestuurder van Raboni, niet zal meewerken aan het opeisen van het restant van de geldlening. Een paar maanden later heeft B/Byblos tevergeefs aan A/Lamb verzocht om informatie te verstrekken over Raboni's financiële gang van zaken, ondanks eerdere toezeggingen van A/Lamb om die informatie aan B/Byblos te verschaffen. In 2018 heeft B aan A verzocht de lening die door Raboni aan A is verstrekt terug te betalen.

Byblos en Raboni hebben de OK verzocht om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Raboni en enkele onmiddellijke voorzieningen te treffen.

De OK overweegt dat tussen partijen niet in geschil is dat er gegronde redenen zijn om aan

een juist beleid en een juiste gang van zaken binnen Raboni te twijfelen. De betrokkenen (A en B) hebben tijdens de zitting bevestigd dat zij onderkennen dat sprake is van een ernstig verstoorde verhouding tussen hen, die niet herstelbaar lijkt. De ernstig verstoorde verhouding leidt ertoe dat het bestuur als orgaan van Raboni niet naar behoren functioneert, aldus de OK. De OK acht dan ook voorshands aannemelijk dat de verstoorde verhouding in het bestuur er onder andere toe leidt dat de incasso door het bestuur van de opeisbare schuld van A aan Raboni uit hoofde van de geldlening achterwege blijft. Dit leidt ertoe dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Raboni te twijfelen.

De OK overweegt verder dat voor de beantwoording van de vraag of de gegronde redenen ook zijn gelegen in het feit dat A/Lamb weigert mee te werken aan het vastleggen van een marktconforme huurprijs van het Pand, afhankelijk is van het antwoord op de vraag of partijen afspraken hebben gemaakt over verhuur van het Pand door Raboni aan Casa en de daarbij overeengekomen huurprijs, en of tussen partijen aan de orde is geweest of gedurende een bepaalde periode de huurprijs niet zou worden verhoogd ter compensatie van betaling door Casa van de kosten van funderingsherstel. Dit antwoord zal moeten blijken uit het onderzoek, aldus de OK. Tot slot oordeelt de OK dat de onderzoeker het tot zijn onderzoeksterrein mag rekenen om na te gaan of de informatievoorziening door Lamb aan Byblos over de (financiële) gang van zaken binnen Raboni gebrekkig is geweest.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Raboni. Bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemt de OK – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een bestuurder van Raboni met beslissende stem naast Lamb en Byblos en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is Raboni te vertegenwoordigen en dat zonder deze bestuurder Raboni niet vertegenwoordigd kan worden.

M.J. van de Graaf, maart 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:305

Zaaknummer: 200.249.755/01 OK

Rechters: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, M.A. Scheltema en E. Eeftink

Advocaten: B. Coskun en S.L. Schram

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

RECHTSPRAAK

Atlas Holding/Beleggingsmaatschappij Manderen

Het hof bekrachtigt de bestreden vonnissen van de rechtbank dat de voormalige bestuurder van een vennootschap een ernstig verwijt treft vanwege het met een tegenstrijdig belang en zonder zakelijk belang namens deze vennootschap aangaan van een overeenkomst van geldlening met een vennootschap waarvan hij enig aandeelhouder en enig bestuurder is, terwijl hij wist dat deze lening niet zou kunnen worden terugbetaald.

Appellant was bestuurder van Beleggingsmaatschappij Manderen B.V. ('Manderen') en enig aandeelhouder en enig bestuurder van Atlas Holding B.V. ('Atlas Holding'). Atlas Holding was op haar beurt enig aandeelhouder van Atlas Reizen B.V. ('Atlas Reizen').

Manderen is onderdeel van een grotere organisatie, die onder andere het doel had de bouw van de Westermoskee te realiseren. Manderen verleende – via Atlas Holding – een geldlening aan Atlas Reizen. Bij deze transactie trad appellant op als bestuurder van zowel Manderen als Atlas Reizen. Onder andere was niet duidelijk welk zakelijk belang Manderen bij deze financiering had en ook is mogelijk renteverlies geleden door Manderen. De rechtbank oordeelde daarom dat bij deze transactie sprake was van een tegenstrijdig belang in de zin van de voormalige vertegenwoordigingsregeling, waardoor Manderen ter zake van de geldlening onbevoegd vertegenwoordigd is en de geldlening in beginsel ongeldig (nietig) is.

Op de afwikkeling van de geldlening hebben drie overeenkomsten ('de Overeenkomsten') betrekking: (i) een overeenkomst tot afwikkeling schuldvordering tussen Manderen, Aya Sofia en Stichting Rahman, (ii) een overeenkomst tot gedeeltelijke afwikkeling schuldvordering tussen Atlas Holding en Manderen en (iii) een overeenkomst tot gedeeltelijke afwikkeling schuldvordering tussen Atlas Reizen en Atlas Holding. Het samenstel van deze overeenkomsten komt er uiteindelijk op neer dat daarin is vastgelegd dat Aya Sofia en Stichting Rahman erkennen dat zij vorderingen (uit hoofde van de geldlening) hebben, althans hadden, op Manderen en dat zij van Atlas Holding een bedrag hebben ontvangen. Daarmee zou de schuld die Manderen aan hen had, zijn voldaan.

Appellant erkent in eerste aanleg dat het bedrag van Atlas Holding nooit is ontvangen door Aya Sofia en Stichting Rahman, maar stelt dat dit uiteindelijk in de vorm van een belegging in onroerend goed aan hen ten goede is gekomen. Appellant is toegelaten bewijs hiervan te leveren, maar slaagt hierin niet. De rechtbank oordeelde dat geen bewijs is geleverd dat de schuld aan Manderen is afgelost. Appellant is naast Atlas Reizen en Atlas Holding hoofdelijk aansprakelijk gehouden het bedrag aan Manderen terug te betalen, omdat appellant op grond van onbehoorlijk bestuur jegens Manderen als bestuurder aansprakelijk is voor de schade die Manderen door de transactie leed. In het hoger beroep komen appellant en Atlas Holding (tezamen: 'appellanten') op tegen dit oordeel van de rechtbank.

Het hof acht de uitleg die appellanten hebben gegeven met betrekking tot de Overeenkomsten moeizaam. Bij gebreke van voldoende duidelijkheid hieromtrent moet het gevolg zijn dat – tegenover de betwisting door Manderen – niet kan worden uitgegaan van het bestaan van een vordering van Aya Sofia op Manderen. Het hof betreft bij dit oordeel dat blijkt dat appellant de spil was van diverse transacties en vermogensverschuivingen. Aangenomen moet worden dat appellant bij uitstek de partij is die in staat moet worden geacht duidelijkheid te verschaffen over het bestaan en de grondslag van de bedoelde vordering van Aya Sofia op Manderen.

Aan de Overeenkomsten komt volgens het hof geen betekenis toe voor het verweer van appellanten dat het geleende bedrag aan Manderen is terugbetaald. Tegenover de vordering van Manderen op Atlas Holding staat immers geen schuld van Manderen aan Stichting Rahman of Aya Sofia, aldus het hof.

Met betrekking tot de (hoofdelijke) aansprakelijkheid van appellant zelf, neemt het hof tot uitgangspunt dat de overeenkomst van geldlening tussen Manderen en Atlas Reizen/Atlas Holding uitsluitend in het belang van Atlas Reizen was en geen enkel belang van Manderen diende. Appellant heeft niet kunnen bewijzen dat de aandeelhouders (bijvoorbeeld via een volmacht) uitdrukkelijk en ondubbelzinnig met de geldlening hebben ingestemd. Niet gesteld of gebleken is dat Atlas Reizen/Atlas Holding de lening uit eigen middelen zou kunnen terugbetalen en appellant moet dat hebben geweten. Het hof heeft niet kunnen achterhalen dat appellant ten behoeve van Manderen zekerheden, laat staan rente, heeft bedongen. Zodoende trekt het hof de conclusie dat appellant persoonlijk een ernstig verwijt treft ter zake van het namens Manderen aangaan van de overeenkomst van geldlening met Atlas Reizen/Atlas Holding.

Geen van de grieven kunnen tot vernietiging leiden, het hof bekrachtigt de bestreden vonnissen van de rechtbank.

J.M. Schepel, maart 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-12-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:4789

Zaaknummer: 200.217.995/01

Rechters: A.W.H. Vink, R.J.F. Thiessen en M.P. van Achterberg

Advocaten: H.W.E. Vermeer en P.M. Verwijs

Wetsartikelen: 2:9 lid 2 BW en 2:239 lid 6 BW