

## Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 07, 2020

Nummer 7, 2020

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

### INHOUDSOPGAVE

#### Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:590](#) 03-04-2020

Voldoen aan bepaaldheidsvereiste bij verpanding van andere goederen dan vorderingen

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:485](#) 20-03-2020

Eis in reconventie alleen mogelijk tegen eisende vof of ook tegen individuele vennoten?

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:472](#) 20-03-2020

Nieuwe regels bij rechterswisseling na mondelinge behandeling

#### Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:2491](#) 24-03-2020

Ten onrechte is geen voorziening getroffen en is het volledige resultaat uitgekeerd aan de enig aandeelhouder

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:2492](#) 24-03-2020

Deloitte niet aansprakelijk voor goedkeuren jaarrekeningen Welsec

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:802](#) 17-03-2020

Geschil dekking D&O-excessverzekering (Imtech)

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:873](#) 10-03-2020

Opdrachtgevers/Bouwbedrijf, Beheer en Bestuurder

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:2132](#) 10-03-2020

Tempelaar/Bestuurders HIM

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:907](#) 03-03-2020

Enquêteverzoek tegen curatoren Vidrea Retail en VDH afgewezen

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:717](#) 27-02-2020

Minderheidsaandeelhouder/Fuelplants BV

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:1609](#) 25-02-2020

DHD c.s./ING

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:514](#) 18-02-2020

Vordering tot decertificering aandelen Sypesteyn toegewezen

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:480](#) 11-02-2020

Caceis Bank/Stichting Administratiekantoor Aandelen Kas Bank c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:477](#) 11-02-2020

Star Bidco/BinckBank

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:300](#) 14-01-2020

Verzet inzake uitkoopprocedure Fortuna Entertainment Group N.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:293](#) 06-01-2020

Oude Liefde/Nieuwe Liefde (Gein BV)

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4019](#) 20-08-2019

Uitkoopprocedure minderheidsaandeelhouders Globalworth

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:1848](#) 04-06-2019

Gierkink Beheer

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:4613](#) 28-05-2019

Appellant/BE Precision Technology

## **Rechtbank**

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:2756](#) 27-03-2020

Faillissement JK Flowers opgeheven bij gebrek aan baten

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:2755](#) 26-03-2020

Mexx Europroductions

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:2615](#) 26-03-2020

Aansprakelijkheid feitelijk beleidsbepaler voor onbetaald gebleven facturen

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:1257](#) 18-03-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid ontvangende vennootschap jegens debiteur wegens inning van openbaar verpande vordering

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:1882](#) 18-03-2020

Bestuursverbod aan (middellijk) bestuurder van (groot) aantal gefailleerde vennootschappen

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:1236](#) 11-03-2020

Peeters/Gatzen-vordering afgewezen

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:1345](#) 28-02-2020

Lizard Apps/Haerst

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:998](#) 12-02-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onvoldoende verhaal

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:5758](#) 04-12-2019

Bevoegdheidsoverschrijding door vennoot van vof

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2019:7061](#) 02-12-2019

Conflict binnen familiebedrijf over gebruik van meerderheidsmacht en tegenstrijdig belang

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:10679](#) 08-03-2017

Strijd om aandelenbelang in Moldavische bank

## **Antillen**

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGECAC:2020:39](#) 17-02-2020

Partijbedoelingen oprichtersrechten stichtingen particulier fonds

RECHTSPRAAK

## **Voldoen aan bepaaldheidsvereiste bij verpanding van andere goederen dan vorderingen**

***Ook voor de verpanding van andere goederen dan vorderingen geldt dat voldaan is aan het bepaaldheidsvereiste wanneer achteraf aan de hand van de pandakte en objectieve informatie kan worden vastgesteld wat het object is van verpanding.***

CompLions B.V. dreef een onderneming waarin computerprogramma's werden ontwikkeld en in licentie gegeven. ING Bank N.V. heeft aan CompLions een werkkapitaalkrediet verstrekt en daarbij onder meer een pandrecht op de bedrijfsactiva van CompLions bedongen. Onder de bedrijfsactiva vallen volgens de omschrijving 'alle tot het bedrijf van de Pandgever behorende goederen waaronder begrepen, maar niet beperkt tot de Bedrijfsuitrusting, Tegoeden, Vorderingen en Voorraden met inbegrip van: (I) cliëntenbestanden en de gegevensdragers waarop deze zich bevinden. (II) goodwill, zijnde de meerwaarde van het bedrijf boven de som van vaste activa'.

Nadat ING voormeld pandrecht verkreeg, heeft CompLions aan BDO Advisory B.V. een pandrecht verstrekt op 'de haar in eigendom toebehorende (intellectuele-eigendomsrechten met betrekking tot de) GRC-control (ISMScontrol) software' (hierna: de software). Op 16 mei 2017 is CompLions gefailleerd, waarna de curator de software met instemming van ING en BDO heeft verkocht.

De curator en BDO hebben een verklaring voor recht gevorderd dat geen geldig pandrecht ten behoeve van ING is gevestigd op de auteursrechten met betrekking tot de software en dat de verkoopopbrengst ervan niet toekomt aan ING. De curator en BDO stellen dat er geen sprake is van een rechtsgeldig pandrecht omdat het te verpanden goed in de pandakte niet voldoende is bepaald, althans niet voldoende bepaalbaar is.

ING vordert in reconventie een verklaring voor recht dat zij wél een rechtsgeldig pandrecht verkreeg op de software en veroordeling van de curator tot het afdragen van de verkoopopbrengst van de software. De rechtbank heeft de vordering van de curator en BDO

toegewezen met afwijzing van de vordering van ING. De rechtbank heeft geoordeeld dat de door ING gehanteerde omschrijving van de te verpanden goederen te algemeen is om te leiden tot verpanding van de software (Rb. Amsterdam 27 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6951). De omschrijving van de te verpande goederen is zo breed, dat (kennelijk) ook niet-verpandbare goederen (zoals onroerende goederen) worden bedoeld. De rechtbank verwijst daarbij naar HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842 (*Mulder q.q./Rabobank*). De regel uit (o.a.) voornoemd arrest dat een generieke omschrijving van de te verpanden goederen voldoende is wanneer achteraf kan worden opgemaakt welke goederen werden bedoeld, gaat volgens de rechtbank in deze zaak niet op. In de casus die leidde tot het arrest was duidelijk dat sprake was van een specifieke categorie goederen (vorderingen) die met een generieke omschrijving werden verpand die bovendien uit de administratie kan worden afgeleid. In onderhavige casus is daarvan geen sprake. Niet alle goederen worden immers op de balans opgenomen, aldus de rechtbank.

De Hoge Raad komt in deze sprongcassatie tot de conclusie dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat aan het bepaaldheidsvereiste niet is voldaan, omdat het bestaan en de omvang van de software niet uit de administratie van CompLions volgt of uit de balans is af te leiden. Het bestaan en de omvang kan ook op basis van andere objectieve gegevens worden vastgesteld. De Hoge Raad vernietigt het bestreden vonnis en verwijst het geding terug naar de rechtbank.

*W.T.N. Vlasveld, april 2020*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 03-04-2020

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2020:590

**Zaaknummer:** 18/05525

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

**Advocaten:** D.M. de Knijff, A. Stortelder en B.T.M. van der Wiel

**Wetsartikelen:** 3:84 lid 2 BW en 3:98 BW

RECHTSPRAAK

## **Faillissement JK Flowers opgeheven bij gebrek aan baten**

***Het faillissement van JK Flowers is opgeheven bij gebrek aan baten. Het verzoek van de voormalig curator tot heropening van de vereffening wordt toegewezen, omdat sprake is van een nagekomen bate. De voormalig curator wordt benoemd tot vereffenaar.***

JK Flowers B.V. is in 2013 failliet verklaard. In 2016 is het faillissement van JK Flowers opgeheven bij gebrek aan baten. Eind februari 2020 heeft de voormalig curator een bedrag van meer dan € 13.000 ontvangen op zijn derdengeldenrekening van de Finse curator van een debiteur van JK Flowers. De voormalig curator verzoekt op grond van artikel 2:23c lid 1 BW tot heropening van de vereffening. De rechtbank overweegt dat de voormalig curator belanghebbende is en dat sprake is van een nagekomen bate. De rechtbank wijst het verzoek toe en benoemt de voormalig curator tot vereffenaar. Naar het oordeel van de rechtbank ligt dit om praktische en principiële redenen voor de hand, omdat de heropende vereffening in het licht van het faillissement moet worden gezien.

*H.J. de Kloe, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 27-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2020:2756

**Zaaknummer:** FT RK 20/315

**Rechters:** W.J. Don

**Advocaten:** R.O. Tefij

**Wetsartikelen:** 2:23c BW

RECHTSPRAAK

## **Mexx Europroductions**

***De curator van Mexx Europroductions wordt op zijn verzoek benoemd tot vereffenaar, omdat het ernaar uitziet dat alle schulden voldaan kunnen worden. De rechtbank overweegt ten overvloede dat het liquidatieoverschot ook in faillissement wordt vereffend.***

Mexx Holding Netherlands B.V. is enig aandeelhouder van Mexx Europroductions B.V. Beide vennootschappen zijn in staat van faillissement verklaard. De curator van beide vennootschappen verzoekt hemzelf als vereffenaar van Mexx Europroductions aan te stellen, omdat het ernaar uitziet dat alle schuldeisers kunnen worden voldaan. Het bestuur en de rechter-commissaris stemmen in met het verzoek. De rechtbank wijst het verzoek toe, omdat de curator de meest gereede persoon is om op te treden als vereffenaar.

De rechtbank overweegt ten overvloede dat het de vraag is of de benoeming van de curator tot vereffenaar noodzakelijk is. De slotuitdelingslijst is nog niet gedeponereerd en alle schuldeisers zijn nog niet voldaan. Daarnaast zou de curator naar het oordeel van de rechtbank het liquidatieoverschot ook in faillissement kunnen vereffenen.

*H.J. de Kloe, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 26-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2020:2755

**Zaaknummer:** FT RK 20/280

**Rechters:** W.J. Don

**Advocaten:** F. Kemp

**Wetsartikelen:** 2:23 BW

RECHTSPRAAK

## **Aansprakelijkheid feitelijk beleidsbepaler voor onbetaald gebleven facturen**

***Juridisch adviseur houdt vader en zoon aansprakelijk voor onbetaald gebleven facturen. De zoon gaat vrijuit, omdat hij uitsluitend op papier bestuurder en eigenaar was. De vader wordt bij verstek veroordeeld, omdat hij als feitelijk leidinggevende optrad en het in werkelijkheid zijn onderneming betrof.***

Jari Rechtspraktijk BV ('Jari') heeft in de tweede helft van 2018 voor Bedrijf juridische ondersteuning en controllerwerkzaamheden verricht. De gemachtigde van Jari in deze procedure ('Baert') werkte in dat kader voor Bedrijf. Jari factureerde haar werkzaamheden wekelijks. Begin 2019 is een betalingsregeling getroffen en is er nog discussie geweest over de facturen, maar uiteindelijk is over een periode van enkele maanden ongeveer twee derde van de vordering van Jari voldaan. Bedrijf is in juni 2019 gefailleerd.

Uit een uittreksel uit het handelsregister van 6 januari 2019 blijkt dat zoon enig aandeelhouder en bestuurder van Bedrijf was, dat vader general manager was met een volledig volmacht en dat Baert eveneens een volledige volmacht had. Uit een uittreksel van 31 mei 2019 blijkt dat vader sinds 4 januari 2019 enig bestuur was en sinds 29 mei 2019 ook enig aandeelhouder. Zoon en Baert worden in dit uittreksel niet (meer) genoemd. Uit overgelegde grootboekrekeningen blijkt dat in 2018 en 2019 aanzienlijke bedragen aan Bedrijf zijn onttrokken en zijn verantwoord als 'rekening courant directeur'.

Jari spreekt vader en zoon persoonlijk aan tot betaling van het restant van de onbetaald gebleven facturen. Zij stelt dat vader en zoon als bestuurders van Bedrijf aansprakelijk zijn voor de door haar geleden schade wegens wanbestuur en kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW en 2:248 BW). Vader en zoon hebben zich onverantwoordelijk gedragen door voor extreem hoge bedragen contanten aan de onderneming te onttrekken, waardoor crediteuren niet konden worden betaald.

Zoon concludeert tot afwijzing van de vordering, omdat Bedrijf door vader zou zijn opgericht.



Hoewel Bedrijf op zijn naam stond geregistreerd, heeft hij zich nooit met Bedrijf bezig gehouden noch daaruit gelden ontvangen. Bedrijf werd door vader geleid en vader had ook de bankpas.

De kantonrechter merkt terecht op dat Jari met een beroep op artikel 2:9 en 2:248 BW de verkeerde grondslag voor haar vorderingen heeft gekozen. Zij kan beide vorderingen niet instellen, nu dit uitsluitend door de vennootschap respectievelijk de curator kan. Vervolgens schiet de kantonrechter Jari te hulp door de stellingen van Jari te lezen als een beroep op bestuurdersaansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad.

Ten aanzien van de zoon oordeelt de kantonrechter dat aan de strenge maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid niet is voldaan, omdat de zoon aannemelijk heeft gemaakt dat hij uitsluitend op papier bestuurder was en vader als feitelijk leidinggever optrad. De kantonrechter voegt daaraan toe dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, omdat Jari in de relevante periode voor Bedrijf werkte en uit dien hoofde bekend was met de feitelijke situatie bij Bedrijf.

Indien de vorderingen zouden zijn gegrond op de collectieve aansprakelijkheidsregeling van artikel 2:248 BW, zou deze vlieger niet opgaan. Vaste rechtspraak is immers dat zowel de formeel als de feitelijk bestuurder hetzelfde lot delen. In geval van bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad is sprake van een individueel toetsingskader. Ieder van de aangesproken bestuurders moet een ernstig verwijt treffen. Volgens de kantonrechter is daarvan in deze zaak ten aanzien van de zoon geen sprake. De uittreksels uit het handelsregister in combinatie met het feit dat de zoon bezig was met respectievelijk zijn schoolopleiding, zijn werk bij Albert Heijn en zijn opleiding bij de politie maken dit voor de kantonrechter onaannemelijk. Het lijkt erop dat de kantonrechter naar de economische werkelijkheid heeft gekeken en daaruit de conclusie heeft getrokken dat zoon überhaupt niet heeft gehandeld, zodat hem daarom geen ernstig verwijt valt te maken.

Volgens vaste rechtspraak kunnen ook beleidsbepalers als bestuurder worden aangesproken op grond van artikel 6:162 BW (in de literatuur wordt dit overigens ter discussie gesteld). De kantonrechter acht vader aansprakelijk, omdat aannemelijk is dat hij vanwege een eerder faillissement de zoon als formeel aandeelhouder en bestuurder heeft gebruikt, vader feitelijk leidinggever was van en de zeggenschap had over Bedrijf. Bovendien is aannemelijk dat vader de middelen aan Bedrijf heeft onttrokken, terwijl hij met Jari voor Bedrijf een betalingsregeling had getroffen en vervolgens de vordering van Jari onbetaald liet. Hoewel Jari van het een en ander op de hoogte was of had kunnen zijn, levert het handelen van vader naar het oordeel van de kantonrechter onbehoorlijk bestuur op dat (ook) onrechtmatig is. Daarbij overweegt de kantonrechter dat de norm dat een bestuurder zich niet aan onbehoorlijke

bestuur mag schuldig maken, ook strekt tot bescherming van een crediteur als Jari. Daarom is naar de mening van de kantonrechter aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Omdat niet is gebleken dat de vordering van Jari zal worden voldaan, stelt de kantonrechter de schade vast op de hoogte van de gevorderde hoofdsom.

*J.E. van Nuland, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 26-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2020:2615

**Zaaknummer:** 8226367 CV EXPL 19-8035

**Rechters:** G.A.F.M. Wouters

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Deloitte niet aansprakelijk voor goedkeuren jaarrekeningen Welsec**

***Deloitte heeft niet onrechtmatig gehandeld door de jaarrekeningen van Welsec over 2008 en 2009 goed te keuren, omdat zij onvolledig is geïnformeerd door het bestuur en de advocaat van Welsec. Deloitte hoefde het bestuur er ook niet op te wijzen dat dividenduitkeringen ongeoorloofd waren.***

In deze procedure staat de vraag centraal of Deloitte als accountant onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van Welsec Schilders- en Classificeerbedrijf B.V. ('Welsec'). De rechtbank heeft geoordeeld dat Deloitte onrechtmatig heeft gehandeld. Toch zijn de vorderingen van de curator afgewezen, omdat naar het oordeel van de rechtbank geen causaal verband bestond tussen het onrechtmatig handelen en de gestelde schade. Het hof oordeelt dat Deloitte niet onrechtmatig heeft gehandeld.

Welsec hield zich bezig met onder meer onderhoud en reparatie van schepen. In 1992 heeft de Staat onder meer Welsec aansprakelijk gesteld voor kosten tot sanering van de haven waarin Welsec haar onderneming dreef. Nadat de Staat de verjaring diverse keren heeft gestuit, heeft de Staat Welsec in 2003 gedagvaard en gevorderd Welsec te veroordelen tot betaling van ongeveer € 1,6 miljoen. Nadien is in 2003 de vrije reserve van meer dan € 1,5 miljoen uitgekeerd aan de enig aandeelhouder van Welsec, Harlingen Holding Industries B.V. ('HHI'). In de jaren 2003 tot en met 2009 is ook het resultaat jaarlijks uitgekeerd als dividend. In november 2005 is Welsec door de Rechtbank Leeuwarden veroordeeld tot betaling van bijna € 1,3 miljoen aan de Staat. In mei 2011 heeft het Hof Leeuwarden Welsec aansprakelijk gehouden voor € 1,2 miljoen. In januari 2012 is Welsec op eigen aangifte failliet verklaard.

Vanaf 2002 is de claim van de Staat opgenomen in de jaarrekening van Welsec onder de paragraaf 'niet uit de balans blijkende verplichtingen'. Deloitte, de accountant van Welsec, heeft het bestuur niet geadviseerd een voorziening op te nemen op de balans, mede omdat de advocaat Welsec herhaaldelijk aan Deloitte heeft geschreven dat de kans aanwezig was dat het hof de vordering van de Staat (aanzienlijk) terug zou brengen. De advocaat van Welsec heeft

dit ook aan Deloitte geschreven nadat in een deskundigenrapport, dat in 2009 is uitgebracht naar aanleiding van een door het hof bevolen deskundigenonderzoek, Welsec verantwoordelijk is gehouden voor de verontreiniging van de haven.

De curator heeft een Peeters/Gatzen-vordering ingesteld tegen Deloitte, omdat Deloitte het bestuur in ieder geval vanaf 2005 had moeten adviseren een voorziening op te nemen op de balans en de jaarrekeningen ten onrechte heeft goedgekeurd. Daarnaast meent de curator dat Deloitte het bestuur had moeten waarschuwen dat de dividenduitkeringen niet geoorloofd waren, omdat deze een ernstig gevaar voor insolventie opleverden. Deloitte stelt dat er geen voorziening mocht worden gevormd, omdat de (omvang van de) vordering van de Staat allerm minst zeker was. Deloitte ging daarbij af op de informatie die zij jaarlijks ontving van het bestuur en de advocaat van Welsec. Daar kwam bij dat de Staat het (uitvoerbaar bij voorraad verklaarde) vonnis van de rechtbank hangende de procedure bij het hof niet heeft geëxecuteerd. Dat Deloitte niet volledig is geïnformeerd, nu het deskundigenrapport uit 2009 niet aan haar is verstrekt, valt haar niet te verwijten. Ten aanzien van de dividenduitkeringen stelt Deloitte dat zij daarbij niet was betrokken en dat het voor het bestuur duidelijk was dat Welsec de verplichtingen aan de Staat niet zou kunnen voldoen na uitkering van het gehele resultaat.

Het hof oordeelt dat Deloitte bij de vaststelling van de jaarrekeningen over 2005, 2006 en 2007 de beslissing van het bestuur om geen voorziening op te nemen juist mocht achten. Deloitte kon de jaarrekeningen goedkeuren, omdat het vereiste inzicht werd gegeven door de vordering van de Staat te vermelden in de toelichting op de balans. Voordat de jaarrekening over 2008 werd vastgesteld, werd het deskundigenrapport uitgebracht waarin Welsec verantwoordelijk werd gehouden voor de verontreiniging van de haven. Nu hiermee ernstig rekening moest worden gehouden met een veroordeling in hoger beroep, had het bestuur vanaf 2008 een voorziening moeten opnemen in de jaarrekening. Deloitte heeft echter niet onrechtmatig gehandeld door de jaarrekening over 2008 en 2009 goed te keuren, omdat zij niet op de hoogte is gesteld van het deskundigenrapport. Om dezelfde reden kan Deloitte niet worden verweten dat zij het bestuur van Welsec niet heeft geadviseerd een voorziening op te nemen.

Ten aanzien van de dividenduitkeringen overweegt het hof dat het bestuur eenvoudig kon vaststellen dat het uitkeren van het volledige resultaat ertoe zou leiden dat aan de verplichtingen jegens de Staat niet kon worden voldaan. Deloitte heeft niet onrechtmatig gehandeld door het bestuur hier niet op te wijzen. Het hof oordeelt dat Deloitte niet onrechtmatig heeft gehandeld en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

In eerste aanleg heeft Deloitte HHI, haar bestuurder en haar commissaris ('HHI c.s.') in

vrijwaring opgeroepen en gevorderd HHI c.s. te veroordelen tot al hetgeen waarin Deloitte mocht worden veroordeeld. Omdat de rechtbank de vorderingen tegen Deloitte heeft afgewezen, zijn ook de vorderingen van Deloitte in vrijwaring afgewezen. Deloitte is voorwaardelijk in beroep gekomen tegen het vonnis in vrijwaring. Nu de vorderingen tegen Deloitte ook in beroep zijn afgewezen, wordt het beroep tegen het vonnis in vrijwaring bij afzonderlijk arrest ook afgewezen (Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2500).

*H.J. de Kloe, maart 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 24-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2020:2492

**Zaaknummer:** 200.227.807/01

**Rechters:** I. Tubben, M.W. Zandbergen en M.A.L.M. Willems

**Advocaten:** D.C. Poiesz en M.H.S. Verhoeven

**Wetsartikelen:** 6:162 BW, 2:374 BW en 2:384 BW

RECHTSPRAAK

## **Ten onrechte is geen voorziening getroffen en is het volledige resultaat uitgekeerd aan de enig aandeelhouder**

***De curator van Welsec stelt de bestuurder, commissaris en aandeelhouder van Welsec met succes aansprakelijk. Nadat voor betrokkenen duidelijk had moeten zijn dat een in eerste aanleg toegewezen vordering van de Staat in hoger beroep stand zou houden, is ten onrechte geen voorziening getroffen en het volledige resultaat uitgekeerd.***

De curator van Welsec Schilders- en Classificeerbedrijf B.V. ('Welsec') heeft de bestuurder van Welsec aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. Ook de commissaris van Welsec is aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW, omdat hij feitelijk beleidsbepaler zou zijn en omdat hij zijn taak als commissaris onbehoorlijk heeft vervuld. Daarnaast heeft de curator de moedervennootschap van Welsec, Harlingen Holding Industries B.V. ('HHI'), aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator toegewezen. Het hof laat het vonnis van de rechtbank grotendeels in stand.

Welsec hield zich bezig met onder meer onderhoud en reparatie van schepen. In 1992 heeft de Staat onder meer Welsec aansprakelijk gesteld voor kosten tot sanering van de haven waarin Welsec haar onderneming dreef. Nadat de Staat de verjaring diverse keren heeft gestuit, heeft de Staat Welsec in 2003 gedagvaard en gevorderd Welsec te veroordelen tot betaling van ongeveer € 1,6 miljoen. Nadien is in 2003 de vrije reserve van meer dan € 1,5 miljoen uitgekeerd aan de enig aandeelhouder van Welsec, Harlingen Holding Industries B.V. ('HHI'). In de jaren 2003 tot en met 2009 is ook het resultaat jaarlijks uitgekeerd als dividend. In november 2005 is Welsec door de Rechtbank Leeuwarden veroordeeld tot betaling van bijna € 1,3 miljoen aan de Staat. In mei 2011 heeft het Hof Leeuwarden Welsec aansprakelijk gehouden voor € 1,2 miljoen. In januari 2012 is Welsec op eigen aangifte failliet verklaard.

Vanaf 2002 is de claim van de Staat opgenomen in de jaarrekening van Welsec onder de paragraaf 'niet uit de balans blijkende verplichtingen'. Het bestuur heeft geen voorziening

opgenomen op de balans, ook niet nadat in een deskundigenrapport, dat in 2009 is uitgebracht naar aanleiding van een door het hof bevolen deskundigenonderzoek, Welsec verantwoordelijk is gehouden voor de verontreiniging van de haven.

Het hof overweegt dat de commissaris is aan te merken als feitelijk beleidsbepaler. Hoewel hij in 2001 is teruggetreden als bestuurder, heeft hij tegenover de rechtbank verklaard dat hij feitelijk bestuurder was van Welsec. Daarnaast werden tot 2001 alle beleidsbeslissingen door hem genomen en heeft hij ter zitting in hoger beroep verklaard dat hij vanaf 2001 dezelfde taken bleef verrichten. De commissaris voerde ook – buiten aanwezigheid van de bestuurder – alle besprekingen met de accountant en de curator.

Het hof oordeelt dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De commissaris heeft daarnaast zijn toezichthoudende taak onbehoorlijk vervuld. Nadat Welsec in 2009 in een deskundigenrapport was aangewezen als veroorzaker van de vervuiling, had het bestuur ernstig rekening moeten houden met een veroordeling in hoger beroep en hier maatregelen voor moeten treffen. Desondanks heeft het bestuur ten onrechte geen voorziening opgenomen in de jaarrekening en nadat het definitieve deskundigenrapport is uitgebracht, is bijna € 1,3 miljoen dividend uitgekeerd. Het verweer van het bestuur dat het ervan uitging dat de Staat voor € 250.000 zou willen schikken omdat een andere partij de claim van de Staat voor een veel lager bedrag heeft afgekocht, slaagt niet. Nadat de andere partij de claim had afgekocht, werden de daadwerkelijke kosten van de sanering bekend, was de vordering van de Staat toegewezen en had de Staat aanzienlijke (proces)kosten gemaakt. Tegen die achtergrond had het bestuur er niet van uit mogen gaan dat de Staat voor € 250.000 wilde schikken.

Het beroep op matiging wordt afgewezen. Wel slaagt de grief die gericht is tegen de veroordeling in de wettelijke rente. Bij een veroordeling in het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW past geen veroordeling in de wettelijke rente, omdat dat ertoe zou leiden dat vermogen zou resteren nadat alle schuldeisers zijn voldaan. Het hof wijst de vordering tot betaling van wettelijke rente daarom af.

Het hof oordeelt verder – op grond van artikel 6:162 BW omdat het huidige artikel 2:216 lid 3 BW op het moment van het nemen van de uitkeringsbesluiten nog niet in werking was getreden – dat HHI onrechtmatig heeft gehandeld door ook nadat het definitieve deskundigenrapport was uitgebracht het volledige resultaat uit te keren. HHI nam de uitkeringsbesluiten in de wetenschap dat de vordering van de Staat binnen afzienbare tijd zou worden toegewezen door het hof, terwijl Welsec na de uitkeringen niet over voldoende middelen zou beschikken om deze vordering te voldoen. De stelling van HHI dat het causaal verband ontbreekt, kennelijk omdat de beschikbare middelen zonder uitkeringen zouden zijn

betaald aan de bank, is naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd.

*H.J. de Kloe, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 24-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2020:2491

**Zaaknummer:** 200.226.616/01

**Rechters:** I. Tubben, M.W. Zandbergen en M.A.L.M. Willems

**Advocaten:** W.M. Sturms, D.C. Poiesz en M.H.S. Verhoeven

**Wetsartikelen:** 6:162 BW, 2:248 BW en 2:259 BW



RECHTSPRAAK

## **Nieuwe regels bij rechterswisseling na mondelinge behandeling**

***Het gerecht moet van elke rechterswisseling na de mondelinge behandeling mededeling doen.***

***In deze zaak vordert To Concept een verklaring voor recht dat CZ jegens haar wanprestatie heeft gepleegd, althans onrechtmatig heeft gehandeld, althans zich ongerechtvaardigd ten koste van To Concept heeft verrijkt (vgl. r.o. 2.2). In eerste aanleg heeft de rechtbank deze vorderingen afgewezen.***

Het hof heeft in een tussenarrest van 20 juni 2017 geoordeeld dat CZ is tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens To Concept. Omdat aldus de primaire grondslag van de vordering vast is komen te staan, gaat het hof niet meer in op de 'diverse kennelijk subsidiaire grondslagen van de vordering'. In het eindarrest heeft het hof vervolgens geoordeeld dat de gevorderde verklaring voor recht dat CZ jegens To Concept wanprestatie heeft gepleegd, althans onrechtmatig heeft gehandeld, althans zich ongerechtvaardigd heeft verrijkt, moet worden afgewezen, nu geen schade aannemelijk is geworden en niet meer voldoende is gesteld welk belang To Concept heeft bij die verklaring voor recht. Vervolgens heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en het in hoger beroep gevorderde afgewezen. Kennelijk (vgl. r.o. 3.3.1) zijn alle raadsheren gedurende de procedure gewisseld en is elk arrest in een andere samenstelling geweest zonder dat daarvan mededeling is gedaan aan partijen en zonder opgave van redenen in de arresten. Bovendien heeft kennelijk geen van de raadsheren ten overstaan van wie het pleidooi is gehouden het eindarrest meegewezen en heeft kennelijk ook de raadsheer-commissaris ten overstaan van wie de getuigenverhoren hebben plaatsgevonden het eindarrest niet meegewezen.

In cassatie staan in hoofdzaak twee kwesties centraal: (1) had het hof ook dienen te beslissen op de vorderingen op de grondslagen onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking (vgl. art. 23 Rv), en (2) heeft het hof met de rechterswisseling zonder mededeling daarvan aan partijen en zonder opgave van redenen in de arresten het onmiddelijkheidsbeginsel miskend?

Ten aanzien van de hierboven onder (1) aangeduide kwestie overweegt de Hoge Raad dat het oordeel dat To Concept geen schade heeft geleden als gevolg van een tekortkoming door CZ, niet wegneemt dat To Concept schade kan hebben geleden als gevolg van het door haar gestelde onrechtmatig handelen of dat sprake kan zijn van ongerechtvaardigde verrijking. Aan deze grondslagen heeft To Concept andere feiten en verwijten ten grondslag gelegd dan aan de gestelde wanprestatie. To Concept kan dus belang hebben bij de gevorderde verklaringen voor recht en betaling van een voorschot op de schadevergoeding. Het hof had deze subsidiaire grondslagen afzonderlijk dienen te beoordelen, hetgeen het niet althans onvoldoende gemotiveerd heeft gedaan.

Ten aanzien van de onder (2) aangeduide kwestie zet de Hoge Raad eerst het in eerdere arresten ontwikkelde raamwerk uiteen. Onderdeel van dat raamwerk was dat de verplichting van het gerecht om na een mondelinge behandeling aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling, vervalt na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt, en dat het na een uitspraak aan partijen is om in dit verband initiatieven te ontplooiën (vgl. r.o. 3.4.2, met verwijzing naar HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662). Dit oordeel wordt thans heroverwogen, daar dit systeem voor de procespartijen niet goed werkbaar is nu niet steeds een voor de hand liggend moment valt aan te wijzen voor het opvragen van deze informatie. Anderzijds is een stelsel waarin telkens op zaaksinhoudelijke gronden moet worden beslist of aan partijen mededeling moet worden gedaan van een rechterswisseling, voor de administratie van de gerechten evenmin eenvoudig werkbaar. De Hoge Raad overweegt: 'Aan beide bezwaren kan recht worden gedaan door een stelsel waarin het gerecht gehouden is om van elke rechterswisseling na een mondelinge behandeling mededeling te doen.'

Indien daarmee 'op enig moment na de mondelinge behandeling vervanging noodzakelijk blijkt van een of meer rechters ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, dient het gerecht dit voorafgaand aan de eerstvolgende uitspraak mee te delen aan partijen (waaronder in verzoekschriftprocedures begrepen de belanghebbenden), onder opgave van de reden(en) voor de vervanging en de beoogde uitspraakdatum' (r.o. 3.4.3). Voor de verdere uitwerking van dit stelsel, zie r.o. 3.4.3-3.4.5. De Hoge Raad geeft overgangsrecht: het nieuwe stelsel is slechts van toepassing op procedures waarin na het arrest van de Hoge Raad een mondelinge behandeling plaatsvindt.

*O. Oost, april 2020*

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 20-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2020:472

**Zaaknummer:** 18/03267

**Rechters:** C.A. Streefkerk, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, H.M. Wattendorff en F.J.P. Lock

**Advocaten:** B.I. Kraaiipoel en J. de Bie Leuveling Tjeenk

**Wetsartikelen:** 6:74 BW, 6:162 BW, 6:212 BW en 155 Rv

RECHTSPRAAK

## **Bestuursverbod aan (middellijk) bestuurder van (groot) aantal gefailleerde vennootschappen**

### ***De rechtbank legt op verzoek van het OM een bestuursverbod op aan de (middellijk) bestuurder van een (groot) aantal gefailleerde vennootschappen.***

Het OM heeft de rechtbank verzocht een bestuursverbod als bedoeld in artikel 106a Fw aan verweerder op te leggen voor de duur van vijf jaren en ter verzekering van de naleving van het bestuursverbod hem een dwangsom op te leggen ten bedrage van € 10.000 per overtreding van het bestuursverbod.

Het OM baseert het verzoek op de in artikel 106a lid 1 aanhef en onder d Fw opgenomen grond voor het opleggen van het bestuursverbod. Het OM stelt dat verweerder, tijdens of in de drie jaren voorafgaande aan het uitspreken van het faillissement van een rechtspersoon waarvan hij bestuurder of gewezen bestuurder is, als bestuurder ten minste tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft.

De rechtbank stelt vast dat verweerder na 1 juli 2016 (de datum van inwerkingtreding van, onder meer, art. 106a Fw) als, al dan niet middellijk, bestuurder betrokken is geweest bij de faillissementen van drie rechtspersonen. Daarnaast heeft het OM, hoewel – gelet op het tijdstip gelegen voor de inwerkingtreding van artikel 106a Fw – niet aan zijn verzoek ten grondslag liggend, de betrokkenheid van verweerder genoemd als bestuurder bij zestien vóór 1 juli 2016 gefailleerde rechtspersonen. Verweerder is op 8 oktober 2019 persoonlijk failliet verklaard.

Verweerder was bij de behandeling van de zaak enkel nog (enig) bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon. Op grond van artikel 106c lid 2 Fw worden rechtspersonen waarvan verweerder bestuurder is in de gelegenheid gesteld hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod naar voren te brengen. Artikel 106c lid 1 Fw verwijst echter naar rechtspersonen bedoeld in artikel 2:3 BW. Buitenlandse rechtspersonen vallen hier niet onder,

zodat de rechtbank de buitenlandse rechtspersoon niet in de gelegenheid hoeft te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen.

De rechtbank is van oordeel dat het OM voldoende gemotiveerd heeft onderbouwd dat verweerder als bestuurder van de drie rechtspersonen die na 1 juli 2016 zijn gefailleerd een persoonlijk verwijt treft. De curator van een van de bv's heeft aangifte gedaan van faillissementsfraude en verklaard dat een (deugdelijke) administratie ontbreekt en dat ten aanzien van het jaar 2018 alle (omzet)administratie mist. Bovendien zijn de aandelen van de bv niet volgestort. De curator van een andere bv heeft verklaard dat er geen administratie is aangetroffen en desgevraagd ook niet van verweerder is verkregen. Vanaf het boekjaar 2014 zijn geen jaarrekeningen gedeponneerd. De curator van de laatste bv heeft tot slot geconcludeerd dat er een zeer slechte administratieve vastlegging heeft plaatsgevonden.

Verweerder heeft de constatering van de curatoren niet weersproken. Naar het oordeel van de rechtbank treft hem ook een persoonlijk verwijt van voornoemde drie faillissementen, omdat hij als bestuurder in strijd met de verplichting als bedoeld in artikel 2:10 BW geen deugdelijke administratie heeft gevoerd. De rechtbank acht daarbij nog van belang dat verweerder op 5 februari 2020 strafrechtelijk is veroordeeld wegens faillissementsfraude. Ter zake is hem, naast een gevangenisstraf, ook een strafrechtelijk bestuursverbod opgelegd. Dit bestuursverbod is nog niet onherroepelijk. De rechtbank acht het niet aannemelijk dat verweerder, zonder civielrechtelijk bestuursverbod, eigener beweging zijn bestuursactiviteiten zal staken.

De rechtbank wijst het verzoek van het OM toe en legt een bestuursverbod op voor de duur van vijf jaar. De verzochte dwangsom wordt ook toegewezen, met een maximumbedrag van € 100.000. De griffier zal de beschikking, zodra deze onherroepelijk is geworden, met bekwame spoed aan de Kamer van Koophandel aanbieden zoals bedoeld in artikel 106b lid 3 Fw ter uitschrijving van verweerder als bestuurder uit het Handelsregister en ter registratie van het bestuursverbod in het handelsregister.

*J.D. van den Dolder, maart 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 18-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2020:1882

**Zaaknummer:** C/05/363738 / HA RK 19-337

**Rechters:** F.M.Th. Quaadvliet

**Advocaten:** J.C.G. van der Wulp

**Wetsartikelen:** 106a Fw, 106b Fw en 106c Fw

RECHTSPRAAK

## **Bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid ontvangende vennootschap jegens debiteur wegens inning van openbaar verpande vordering**

***Een debiteur van een openbaar verpande vordering heeft na de (niet-bevrijdende) betaling aan haar schuldeiser nogmaals betaald aan de pandnemer. Zij stelt vervolgens met succes de bestuurders van haar schuldeiser aansprakelijk. Hoewel het pandrecht aan de debiteur was medegedeeld, wordt het eigenschuldverweer van de bestuurders afgewezen.***

Constructie heeft in een arbitrageprocedure betaling gevorderd van eiseres, KWS Infra B.V. ('KWS'). Tijdens de procedure heeft zij de vordering op KWS openbaar verpand aan de Belastingdienst. Het pandrecht is enkele maanden daarna door de Belastingdienst aan KWS medegedeeld. KWS heeft na afloop van de procedure op verzoek van de advocaat van Constructie het toegewezen gedeelte van de vordering aan zijn derdenrekening betaald, ondanks de mededeling van de verpanding. Het bedrag is daarna doorbetaald aan Beheer, een indirect bestuurder van Constructie. Constructie is vervolgens gefailleerd. Na ook door de Belastingdienst te zijn aangesproken heeft KWS de vordering nogmaals betaald.

KWS vordert in deze procedure schadevergoeding ter hoogte van het dubbel betaalde bedrag. Naast Beheer spreekt zij ook de direct bestuurder van Constructie aan, Onroerend Goed, en de uiteindelijk belanghebbende natuurlijk persoon ('de bestuurders'). Het belangrijkste verweer van de bestuurders is dat zij niet wisten dat de Belastingdienst het pandrecht openbaar had gemaakt.

De rechtbank stelt KWS in het gelijk. Zij overweegt ten eerste dat het pandrecht tot stand is gekomen door de mededeling aan KWS, maar dat de pandovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat Constructie al bij het aangaan daarvan (in afwijking van art. 3:246 BW) de inningsbevoegdheid uit handen heeft gegeven. Constructie wist dus, of behoorde te begrijpen, dat KWS niet meer bevrijdend aan haar kon betalen. Die kennis kan volgens de rechtbank

worden toegerekend aan Beheer en de andere gedaagden.

De primaire vordering tegen Beheer heeft geen betrekking op haar rol als bestuurder, maar is een zelfstandige vordering uit hoofde van onrechtmatige daad. Dat betekent volgens de rechtbank dat de gewone regels voor aansprakelijkheid gelden en dat een ernstig verwijt dus niet is vereist (o.m. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628). Omdat Beheer wist dat Constructie niet inningsbevoegd was, was zij volgens de rechtbank ook niet gerechtigd om haar vermogen met het bedrag van de vordering te doen vermeerderen. Door dat wel te doen heeft zij in strijd gehandeld met de jegens KWS in acht te nemen zorgvuldigheid.

Ook de bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen worden toegewezen. Onroerend Goed heeft naar het oordeel van de rechtbank onzorgvuldig gehandeld door, ondanks de hiervoor bedoelde kennis, te bewerkstelligen dat Constructie de vordering (1) inde en (2) doorbetaalde aan Beheer. Ingevolge artikel 2:11 BW rust die aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder ex artikel 6:162 BW ook op alle indirect bestuurders, tenzij zij stellen en bewijzen dat hun geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275). Dat hebben zij volgens de rechtbank echter niet gedaan.

De schade wordt door de rechtbank begroot op het bedrag dat KWS dubbel heeft betaald, omdat volgens de rechtbank niet aannemelijk is dat er uit het faillissement van Constructie een uitkering op de vordering van KWS zal volgen. Ook het eigenschuldverweer van de Bestuurders wordt afgewezen. KWS had weliswaar beter moeten opletten, nu zij wist dat zij niet bevrijdend aan Constructie kon betalen, maar dat leidt volgens de rechtbank niet tot de conclusie dat sprake is van eigen schuld. Temeer, aldus de rechtbank, omdat het onrechtmatig handelen van de bestuurders zwaarder weegt dan die onoplettendheid van KWS.

*J.H.M. van de Wiel, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 18-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2020:1257

**Zaaknummer:** C/18 / 192066 / HA ZA 19-90

**Rechters:** M. Sanna

**Advocaten:** L.C. van den Berg en H.D. Postma

**Wetsartikelen:** 6:162 BW, 2:11 BW en 3:246 BW

RECHTSPRAAK

## **Geschil dekking D&O-excessverzekering (Imtech)**

***De commissarissen van Imtech hebben geen aanspraak op D&O excessverzekeraar voor dekking verweer- en onderzoekskosten, omdat de onderliggende Primary-verzekering niet is uitgeput.***

Deze uitspraak betreft een van de vele procedures die zijn gevoerd in verband met het faillissement van Imtech. In deze procedure vorderen de commissarissen van Imtech als verzekeringnemers bij wijze van voorlopige voorziening de vergoeding van verweer- en onderzoekskosten die zij moeten maken van CNA Insurance Company Europe S.A. (CNA).

Imtech heeft een D&O-aansprakelijkheidsverzekering gesloten die bestaat uit verschillende lagen. De 'eerste laag' betreft de primaire verzekering die is gesloten met AIG Europe Ltd (AIG) met een limiet van € 25 miljoen (de Primary). De 'tweede laag' betreft een excessverzekering die is gesloten met CNA met een limiet van € 15 miljoen.

De commissarissen hebben op 7 oktober 2014 twee schikkingen gesloten. De eerste is gesloten met verschillende aandeelhouders die Imtech, haar voormalig bestuur en de RvC aansprakelijk hadden gesteld voor het koersverlies dat zij hadden geleden. Onderdeel van deze schikking was dat AIG en Imtech een fonds zouden financieren van waaruit de aandeelhouders schadeloos gesteld konden worden, in ruil voor finale kwijting. De tweede schikking is tot stand gekomen tussen AIG enerzijds en Imtech, het voormalig bestuur en de RvC anderzijds. Op grond van deze schikking dienden AIG en Imtech ieder € 12,5 miljoen aan het schikkingsfonds bij te dragen, waarna aan AIG finale kwijting is verleend voor haar resterende verplichtingen onder de D&O van de resterende € 12,5 miljoen.

Imtech is op 13 augustus 2015 failliet verklaard. De curatoren hebben verschillende rapporten gemaakt over de gebeurtenissen die tot het faillissement van Imtech hebben geleid en de rol van de commissarissen daarin, en de commissarissen de kans gegeven hierop te reageren. Ook hebben zij aan de commissarissen laten weten dat zij mogelijk aansprakelijk zullen worden gesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers voor het faillissementstekort. De commissarissen hebben zich meerdere keren tot CNA gewend om dekking te krijgen voor de juridische kosten voor een reactie op de rapporten, maar CNA weigerde telkens dekking



omdat de Primary niet was uitgeput.

In kort geding hebben de commissarissen voorlopige voorzieningen gevorderd die zagen op (1) dekking voor gemaakte en nog te maken verweer- en onderzoekskosten, op straffe van een dwangsom en (2) een bevel tot nakoming van de excessverzekering voor zover die kosten nog niet zijn gemaakt. In eerste aanleg heeft de voorzieningenrechter de vorderingen toegewezen, maar het vonnis deels niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard. CNA is geboden alsnog kosten te vergoeden onder verbeurte van een dwangsom en kostenveroordeling. Beide partijen zijn hiertegen in hoger beroep gekomen.

Het hof overweegt dat in deze procedure vaststaat dat de Primary € 25 miljoen dekt. De excessverzekering van € 15 miljoen is daar bovenop gesloten en biedt dekking als de limiet van de Primary is uitgeput of verminderd als gevolg van daadwerkelijke betalingen die zijn gedaan onder de Primary. Het gaat hier om de vraag of is voldaan aan de dekkingsomschrijving van de excessverzekering, en met name of de Primary is uitgeput.

De commissarissen betogen dat er sterke samenhang bestaat tussen de schikking die is gesloten tussen Imtech en de aandeelhouders enerzijds, en anderzijds de schikking tussen AIG, Imtech, het voormalig bestuur en de RvC. Zo was de schikking met de aandeelhouders noodzakelijk om de mogelijke aansprakelijkheid van Imtech af te wikkelen, en was de AIG-schikking een *policy buy-out*. Dit houdt in dat in ruil voor de betaling door AIG van € 12.5 miljoen uit hoofde van de Primary door Imtech, het bestuur en de RvC aan AIG volledige kwijting is verleend voor al haar verplichtingen onder de Primary. Daarmee viel de volledige dekking weg.

Volgens CNA vorderen de commissarissen geen dekking *in excess* op de limiet onder de Primary, maar dekking *in plaats van* een door de verzekerden tegenover AIG prijsgegeven limiet. Onder die omstandigheden is CNA als excessverzekeraar niet gehouden dekking te verlenen, want in de excessverzekeringsovereenkomst staat de voorwaarde dat onder de Primary de volledige verzekerde som daadwerkelijk is betaald, voordat aanspraak gemaakt kan worden op de excessverzekering. Dit is om ervoor te zorgen dat de excessverzekeraar niet feitelijk betaalt wat onder de onderliggende verzekering is gedekt en daaronder uitgekeerd moet worden. Het 'attachment point' van de excessverzekering is niet bereikt toen AIG de helft van het overeengekomen schikkingsbedrag betaalde en de verzekerden voor het overige hun aanspraken op de limiet prijsgaven.

Het hof overweegt dat de schikking met de aandeelhouders dient te worden onderscheiden van de schikking tussen de verzekerden en AIG. De bepaling in de algemene verzekeringsvoorwaarden die vereist dat de verzekeraar toestemming geeft voor schikkingen,

en dat alleen dergelijke schikkingen voor vergoeding in aanmerking komen onder de verzekering, ziet enkel op een schikking die de verzekerde met een wederpartij sluit met het oog op een tegen hem ingestelde claim. Die bepaling ziet uiteraard niet op een schikking tussen de verzekerde en zijn eigen verzekeraar. Dus alleen de schikking met de aandeelhouders kwalificeert als een die voor vergoeding in aanmerking komt.

Verder oordeelt het hof dat de limiet van de Primary pas is uitgeput als de verzekeraar een bedrag heeft betaald dat de limiet raakt. AIG heeft de helft van de limiet betaald onder de Primary. De betaling van € 12,5 miljoen die Imtech heeft bijgedragen aan de schikking met de aandeelhouders, kwalificeert niet als betaling onder de Primary. Imtech heeft zich *naast* AIG verbonden dit bedrag te betalen, en dat AIG hiermee heeft ingestemd maakt dat ook niet anders. Dat Imtech de helft van het schikkingsbedrag heeft betaald, leidt niet tot uitputting daarvan.

AIG was in dit geval bereid de helft van de limiet van de Primary bij te dragen om haar eigen betalingsverplichtingen onder de verzekering te fixeren en kwijting te verkrijgen voor de resterende € 12,5 miljoen. Voor meer dan € 12,5 miljoen heeft AIG dus geen dekking verleend. Het prijsgeven van de limiet is geen daadwerkelijke betaling onder de Primary. Een kwijting door de verzekerden aan AIG zonder daadwerkelijke betaling door AIG van het bedrag van de onderliggende limiet, heeft dan ook niet tot uitputting van de Primary geleid.

Ook hebben de commissarissen niet aannemelijk gemaakt dat de verweer- en onderzoekskosten buiten de schikking met AIG vielen (*de policy buy-out*), waarin zij afstand hebben gedaan van al hun vorderingen op AIG die verband hielden met de gebeurtenissen tot aan 4 februari 2013. Het hof acht daarom de voorziening voor verweer- en onderzoekskosten niet toewijsbaar.

De commissarissen hebben subsidiair nog een beroep gedaan op artikel 7:957 lid 2 BW, dat de verzekeraar verplicht de kosten te vergoeden die gemoeid zijn met maatregelen ter voorkoming of vermindering van de (verzekerde) schade, en aangevoerd dat het voeren van verweer tegen aanspraken een dergelijke maatregel is. Het hof oordeelt dat dit artikel geen onvoorwaardelijk recht geeft op kosten van verweer, maar dat deze onder meer een *onder de verzekering gedekt belang moeten dienen*. Omdat er in dit geval geen dekking bestaat onder de excessverzekering ten aanzien van de claims waartegen de commissarissen zich verweren, hoeft CNA de kosten die hiermee gemoeid zijn dan ook niet te vergoeden.

Het hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter, wijst de vorderingen van de commissarissen af en veroordeelt hen in de proceskosten.

*S.E. Streng, april 2020*

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 17-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:802

**Zaaknummer:** 200.267.493/01

**Rechters:** J.W. Hoekzema, J.W.M. Tromp, J.F. Aalders en A.Ch.H. Franken

**Advocaten:** V. van Druenen

**Wetsartikelen:** 7:957 BW

RECHTSPRAAK

## **Peeters/Gatzen-vordering afgewezen**

***Peeters/Gatzen-vordering wordt afgewezen. De rechtbank is van oordeel dat de intentie die blijkt uit een memorandum of understanding doorslaggevend is. Uit het memorandum kan worden afgeleid dat het de intentie was van de statutair bestuurder en de CFO van Mediate om de vorderingen van Recov te voldoen, waarbij de afspraak was dat Recov een deel van de ‘verduisterde’ voorraden zou behouden. Met het ondertekenen van het memorandum is het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad dan ook een gepasseerd station geworden.***

Mediate was importeur van medische apparatuur, afkomstig uit China. Zij huurde een bedrijfsruimte in Steenwijk van Recov. Recov heeft begin 2016 een lening van € 50.000 verstrekt aan Mediate. Ook heeft zij op enig moment twee leningen van in totaal € 25.200 verstrekt aan de toenmalige bestuurder van Mediate in privé. Eind november heeft de bestuurder van Recov een grote hoeveelheid voorraden en een hoeveelheid inventaris die aan Mediate toebehoorden en aanwezig waren in de door Mediate van Recov gehuurde bedrijfsruimte, naar een ander magazijn in het betreffende bedrijfspand verplaatst. Hij heeft vervolgens de geldlening bij e-mail van 29 november 2016 opgeëist en Mediate gesommeerd tot betaling van het openstaande bedrag (inclusief achterstallige huur). Op 9 december 2016 zijn de goederen weer teruggebracht naar het magazijn van Mediate, maar wel heeft Recov de sloten van de door Mediate gehuurde ruimte vervangen. Medio december 2016 heeft Mediate bij de politie aangifte gedaan van diefstal c.q. verduistering. In de periode van december 2016 tot en met medio juli 2017 hebben partijen overleg gevoerd om tot een oplossing van hun geschilpunten te komen. Op 10 juli 2017 hebben onder meer Recov en Mediate een ‘Memorandum Of Understanding’ getekend. Later is er verschil van mening ontstaan over de interpretatie van het memorandum. Op 19 oktober 2017 is Mediate in staat van faillissement verklaard. De curator heeft het memorandum bij brief van 3 januari 2018 buitengerechtelijk vernietigd.

De curator vordert in de onderhavige procedure primair een veroordeling van Recov tot betaling van € 96.458,30 te vermeerderen met de schade die Mediate ten gevolge van de handelwijze van Recov daarenboven nog heeft geleden en/of nog mochten lijden, zoals nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Subsidiair vordert de curator voor recht te verklaren dat Recov onrechtmatig jegens de curator q.q. heeft gehandeld en Recov hoofdelijk te veroordelen om aan de curator q.q. het volledige boedeltekort te betalen. De curator legt aan deze vorderingen het navolgende ten grondslag. Recov heeft onrechtmatig gehandeld door de voorraad van Mediate onder zich te nemen, de sloten van de door Mediate gehuurde bedrijfsruimte te vervangen en haar geen toegang meer te verlenen tot de bedrijfsruimte en tot haar eigen voorraad, en deze verder te verhandelen. Recov wist, althans had moeten weten dat aldus de overige schuldeisers van Mediate zouden worden benadeeld. Ook heeft Recov onrechtmatig gehandeld door de aldus verkregen machtspositie te misbruiken door te trachten Mediate tot een schikking te dwingen, waarbij Mediate de voorraad ter waarde van zo'n € 124.642,10 zou afstaan ter verrekening met bedragen die Recov mogelijk van derden tegoed zou hebben, terwijl Recov van Mediate zelf hooguit zo'n € 54.841,61 te vorderen had en niet over zakelijke zekerheidsrechten beschikte.

De vorderingen van de curator kunnen naar het oordeel van de rechtbank worden beschouwd als Peeters/Gatzen-vorderingen. Aan de curator kan worden toegegeven dat het handelen van Recov heeft te gelden als een vorm van eigenhandige beslaglegging, hetgeen in beginsel als onrechtmatig kan worden aangemerkt. De vraag is echter of het betreffende handelen in de gegeven omstandigheden van voldoende gewicht moet worden geacht om de vorderingen van de curator te dragen op de daarvoor door hem aangevoerde grondslagen. De rechtbank is van oordeel dat dat niet het geval is en overweegt daartoe het volgende. Het staat vast dat Recov eind november 2016 een substantiële vordering op Mediate had. Voorts is het memorandum ondertekend door de statutair bestuurder en de CFO van Mediate, die veruit de twee grootste schuldeisers in het faillissement van Mediate zijn. De rechtbank is voorts van oordeel dat de intentie die blijkt uit het memorandum doorslaggevend is. Van belang is namelijk dat uit het memorandum kan worden afgeleid dat het de intentie was van de statutair bestuurder en de CFO van Mediate om de vorderingen van Recov te voldoen, waarbij de afspraak was dat Recov een deel van de 'verduisterde' voorraden zou behouden. Met het ondertekenen van het memorandum is het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad naar het oordeel van de rechtbank dan ook een gepasseerd station geworden. Alleen al om die reden dienen de vorderingen van de curator die op dat onrechtmatige handelen zijn gegrond, te worden afgewezen. Hier komt bij dat het nog maar zeer de vraag is of sprake is van een causaal verband tussen de door de curator gestelde schade en het handelen van Recov ten aanzien van de voorraden van Mediate. De rechtbank ziet in ieder geval geen aanleiding mee te gaan in het betoog van de curator dat Recov met het 'verduisteren' van de voorraden de bedoeling heeft

gehad de schuldeisers van Mediate te benadelen. Dat de bedrijfsvoering van Mediate daadwerkelijk onmogelijk is gemaakt en haar schuldeisers dus daadwerkelijk zijn benadeeld door het handelen van Recov, blijkt bovendien nergens uit. Voorts heeft de curator zijn stellingen dat Recov misbruik heeft gemaakt van haar vermeende machtspositie en na het tekenen van het memorandum geweigerd zou hebben een deel van de voorraden te retourneren niet onderbouwd. De vorderingen van de curator zijn derhalve afgewezen.

*M.M. Eveleens-van der Zwaag, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Overijssel

**Datum uitspraak:** 11-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBOVE:2020:1236

**Zaaknummer:** C/08/233359 / HA ZA 19-258

**Rechters:** M. Aksu

**Advocaten:** H.G. Ruis en M.N. Stoop

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 42 Fw

RECHTSPRAAK

## **Enquêteverzoek tegen curatoren Vidrea Retail en VDH afgewezen**

***Enquêteverzoek tegen de curatoren van Vidrea Retail en VDH wordt afgewezen. De OK overweegt dat een enquêteverzoek zich in beginsel niet kan uitstrekken tot het handelen van een curator. Dit kan anders zijn als de onderneming door een curator wordt voortgezet. In deze kwestie was voortzetting niet aan de orde.***

Aan Vidrea Retail B.V. ('Vidrea'), die een kleding- en lifestyleketen dreef onder de naam Miller & Monroe, is op 15 april 2019 voorlopige surseance van betaling verleend door de Rechtbank Midden-Nederland. Nadat een eerste verzoek tot omzetting van de surseance in een faillissement is ingetrokken en een tweede verzoek is afgewezen omdat tijdens de zitting een schikking is getroffen, heeft de rechtbank het derde omzettingsverzoek toegewezen op 25 juni 2019, onder meer omdat Vidrea zich niet heeft gehouden aan de bepalingen die de rechtbank heeft getroffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en het voorraadbeheer van Vidrea niet op orde was. Mr. Cools en mr. Dulack, die op 19 juni 2019 is benoemd als tweede bewindvoerder, zijn aangesteld tot curator. In juli 2019 heeft de indirect bestuurder van Vidrea twee keer hetzelfde bod gedaan op de onderneming van Vidrea. De curatoren zijn niet op dit bod ingegaan en hebben de winkels van Vidrea per 1 augustus 2019 gesloten. Nadat een eerder verzoek daartoe is afgewezen, heeft de Rechtbank Amsterdam het verzoek van de curatoren tot faillietverklaring van VDH toegewezen.

Vidrea en VDH verzoeken de Ondernemingskamer een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Vidrea en VDH vanaf het moment van de surseance respectievelijk het faillissement. Daarnaast vragen zij om voorlopige voorzieningen, waaronder de schorsing van 'de bestuurders zijnde de curatoren'. Vidrea en VDH menen onder meer dat mr. Cools en later ook mr. Dulack de voortzetting van de onderneming van Vidrea gedurende de surseance hebben tegengewerkt, geen serieuze poging hebben gedaan om tot een doorstart te komen en misbruik hebben gemaakt van hun bevoegdheid met de aanvraag van het faillissement van VDH. De curatoren stellen dat hun handelen als bewindvoerders en curatoren buiten het

bereik van het enquêterecht valt. Ook menen zij dat geen sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twifelen.

De Ondernemingskamer overweegt dat een enquêteverzoek zich ook kan uitstrekken tot de surseance en het handelen van een bewindvoerder. Nu een bewindvoerder in surseance samen met het bestuur het beheer over de onderneming voert, is de bewindvoerder aan te merken als medebeleidsbepaler. Een enquête kan ook betrekking hebben op de periode dat een rechtspersoon failliet is, omdat het bestuur in functie blijft. De betekenis hiervan is beperkt, omdat het bestuur niet meer het beheer en de beschikking heeft over het vermogen van de rechtspersoon (art. 23 Fw). Verder overweegt de Ondernemingskamer dat het handelen van een curator in beginsel geen onderwerp van een enquête kan zijn, omdat het toezicht door de rechter-commissaris in faillissement uitputtend is. Dit kan naar het oordeel van de OK mogelijk anders zijn als een curator de onderneming voortzet op de voet van artikel 98 Fw. De OK concludeert dat de curatoren de onderneming van Vidrea en VDH niet hebben voortgezet, waarmee zij de onderneming niet in stand hebben gehouden. Het verzoek van VDH wordt daarom afgewezen. Hetzelfde geldt voor het verzoek van Vidrea, voor zover dit zich uitstrekt tot het faillissement van Vidrea.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer zijn er geen gegronde redenen om te twifelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij Vidrea gedurende de surseance van betaling. De bewindvoerders hebben geprobeerd tijdens de surseance afspraken te maken over voortzetting van de onderneming. Nadat die afspraken niet werden nagekomen, heeft de rechtbank in een inmiddels onherroepelijke uitspraak de surseance omgezet in een faillissement. Het handelen van de bewindvoerders in het kader van de voortzetting van de onderneming en de gedane omzettingsverzoeken levert daarom geen reden op om een onderzoek te gelasten. Ook het verwijt dat geen pogingen gedaan zouden zijn om een doorstart te bewerkstelligen, wordt gepasseerd. De stelling van de curatoren dat zij vanwege een gebrekkig voorraadbeheer geen zicht hadden op rechten van derden zoals leveranciers onder eigendomsvoorbehoud en daarom niet konden onderhandelen over verkoop van de voorraad, is door Vidrea onvoldoende gemotiveerd weersproken. De Ondernemingskamer wijst het verzoek van Vidrea daarom ook af ten aanzien van de periode dat aan Vidrea surseance van betaling was verleend.

*H.J. de Kloe, maart 2020*



**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 03-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:907

**Zaaknummer:** 200.268.738/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, C.C. Meijer, M.A. Scheltema en A.J.C.C.M. Loonen

**Advocaten:** J.P.P. Latour en C.R. Huiskes

**Wetsartikelen:** 23 Fw, 98 Fw en 2:345 BW

RECHTSPRAAK

## **Lizard Apps/Haerst**

***Opzegging licentieovereenkomst met betrekking tot software. Softwareontwikkelaar vordert schadevergoeding vanwege onrechtmatige opzegging van de samenwerking, het onrechtmatig blijven gebruiken van de software en het buiten haar macht brengen van de software. Ook wil zij de bestuurders aansprakelijk stellen voor de onrechtmatige opzegging op grond van HR Ontvanger/Roelofsen. Bestuurdersaansprakelijkheid wordt afgewezen. Niet-rechtsgeldige opzegging wordt geconverteerd in opzegging, waarbij de opzegtermijn wel in acht is genomen. Schadevergoeding toegewezen over opzegtermijn en periode waarin sprake is van voortgezet gebruik van de software. De rechtbank geeft in het kader van het bepalen van dit voortgezet gebruik een bewijsopdracht en houdt iedere verdere beslissing aan.***

Lizard Apps B.V. ('Lizard apps') is een jong IT-bedrijf, dat zich met name bezighoudt met het ontwikkelen van software. Haerst B.V. ('Haerst') houdt zich bezig met videotecnologie en diagnostiek. Haerst is opgericht door een psychiater en een beveiligingsspecialist. Zij zijn tevens, via hun eigen tussenholdings (Bellator B.V. en X B.V.) de bestuurders en aandeelhouders van Haerst.

Lizard Apps sluit met Haerst een samenwerkingsovereenkomst met het oog op de ontwikkeling van een diagnostische camera voor toepassing in de psychiatrie. In opdracht van Haerst heeft Lizard Apps de software voor de camera ontwikkeld. Lizard Apps heeft Fase 0 en 1 uitgevoerd en opgeleverd. Vervolgens wordt er een licentieovereenkomst overeengekomen tussen Lizard Apps en Haerst, een zogenoemde Service Level Agreement ('SLA'), die ziet op het gebruik van de door Lizard Apps ontwikkelde software, waarvoor Haerst aan Lizard Apps een vast maandbedrag verschuldigd is.

Fase 2 betrof het werkend maken van de oude software op de nieuwe hardware. Vanaf de start van Fase 2 is tussen Haerst en Lizard Apps uitvoerig gecorrespondeerd over de voortgang van die fase, vanwege diverse vertragende problemen die zich hebben voorgedaan. Haerst beëindigt de samenwerking per e-mail op 3 april 2017. In een kort geding, waarvan het hoger beroep nog steeds loopt ten tijde van de uitspraak in de onderhavige zaak, heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat Haerst de software van Lizard Apps nog 'gedurende enige tijd' mag gebruiken, zodat zij vervangende software kan laten ontwikkelen in de tussentijd.

In de onderhavige procedure betoogt Lizard Apps dat de opzegging van de samenwerking onrechtmatig is en dat Haerst ook na de opzegging onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door de software te blijven gebruiken en/of deze buiten haar macht te brengen en/of door derden te laten kopiëren. Lizard Apps stelt dat zij als gevolg daarvan schade heeft geleden en houdt Haerst daarvoor aansprakelijk.

De rechtbank oordeelt dat voor de opzegging van de samenwerking een opzegtermijn gold van twee maanden. Het niet in acht nemen van deze opzegtermijn leidt in principe tot een niet rechtsgeldige opzegging, welke echter wordt geconverteerd in een opzegging waarbij de opzegtermijn wel in acht is genomen (art. 3:42 BW). Over deze opzegtermijn moet een schadevergoeding worden betaald. Naar het oordeel van de rechtbank is Haerst tevens voor het, door de voorzieningenrechter toegestaan, voortgezette gebruik wel de overeengekomen licentievergoeding aan Lizard Apps verschuldigd. Ook heeft Haerst volgens de rechtbank onrechtmatig gehandeld door de software buiten de macht van Lizard Apps te brengen. Ook hier bedraagt de schade niet meer dan de niet betaalde licentievergoeding over het voortgezette gebruik. In dat kader is de vraag tot wanneer Haerst de software is blijven gebruiken.

Haerst betoogt dat zij per 1 april 2018 de software van Lizard Apps niet langer heeft gebruikt, omdat zij toen is overgestapt op vervangende software die zij door een derde partij heeft laten ontwikkelen. Lizard Apps betwist die datum. Zij stelt zich op het standpunt dat zij niet kan controleren of Haerst inderdaad op 1 april 2018 is gestopt met gebruikmaken van de software. Overeenkomstig de hoofdregel van artikel 150 Rv rust de bewijslast van deze stelling op Lizard Apps. De rechtbank zal haar dit bewijs opdragen. Slaagt Lizard Apps in het bewijs, dan zal Haerst ook over de periode na 1 april 2018 waarin zij de software heeft gebruikt, de licentievergoeding aan haar moeten betalen.

Lizard Apps betoogt voorts naar analogie met het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest (HR 8 december 2006 ECLI:NL:HR:2006:AZo758) dat de bestuurders de samenwerkingsovereenkomst hebben opgezegd, terwijl zij wisten dat Haerst de schadevergoeding die uit deze opzegging

voortvloeiende, niet zou kunnen nakomen. De rechtbank oordeelt dat deze uitleg van het arrest te ruim is. Het arrest ziet op het aangaan van een overeenkomst, terwijl het in deze zaak om een opzegging gaat. De vergelijking gaat dan ook niet op. Bovendien is niet aangetoond dat Haerst de ontstane schade door de opzegging niet zou kunnen nakomen.

In afwachting van het bewijs omtrent het voortgezette gebruik houdt de rechtbank iedere verdere beslissing aan.

*K. Becker, maart 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 28-02-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2020:1345

**Zaaknummer:** NL19/3538

**Rechters:** G.J. Meijer, J.A.M. Strens-Meulemeester en K.H.A. Heenk

**Advocaten:** H.G.R. Meulmeester en J.H.C. van der Roest

**Wetsartikelen:** 3:42 BW en 150 Rv

RECHTSPRAAK

## **Vordering tot decertificering aandelen Sypesteyn toegewezen**

***De vorderingen van de curatoren tot decertificering van de aandelen in Sypesteyn zijn naar het oordeel van het hof terecht toegewezen. Het belang van de curatoren bij een hogere opbrengst weegt zwaarder dan de belangen die zijn gediend met het in stand laten van de situatie.***

Van Sluisveld, de echtgenote van Lips, hield alle aandelen in Sypesteyn Holding B.V. Van Sluisveld en Vincitore, een in Dubai opgerichte vennootschap waarvan Lips enig bestuurder was, zijn bestuurders van Sypesteyn. Sypesteyn houdt 50% van de aandelen in Rohaas B.V., een vennootschap waarin een goedlopend restaurant wordt gedreven. Een derde houdt (indirect) de andere helft van de aandelen in Rohaas en is enig bestuurder van Rohaas.

Omstreeks 2011 heeft Van Sluisveld de aandelen in Sypesteyn gecertificeerd. Sindsdien werden alle aandelen in Sypesteyn gehouden door een stichting (STAK), waarvan het bestuur wordt gevormd door Lips en Vincitore. Alle certificaten (op één na) worden gehouden door Van Sluisveld. In 2014 heeft Sypesteyn twee aandelen uitgegeven: één aan Van Sluisveld en één aan haar zoon ('de zoon').

Van Sluisveld verkeert in staat van faillissement. Haar curatoren hebben de besturen van de STAK en Sypesteyn gesommeerd mee te werken aan decertificering van de aandelen in Sypesteyn. Omdat aan de sommatie geen gehoor is gegeven, zijn de curator een kort geding gestart. De voorzieningenrechter heeft de STAK veroordeeld alle aandelen die zij houdt in Sypesteyn over te dragen aan de curatoren. Daarnaast heeft de voorzieningenrechter bepaald dat het vonnis in de plaats treedt van de wilsverklaringen van de STAK, Lips en Vincitore tot levering van de aandelen en intrekking van de certificaten. Tot slot heeft de voorzieningenrechter de blokkeringsregeling van Sypesteyn, op grond waarvan de aandelen aangeboden moesten worden aan de zoon, buiten toepassing gesteld.

De STAK, Lips, Vincitore en de zoon komen in beroep tegen het vonnis van de voorzieningenrechter. Zij stellen dat de curatoren geen (spoedeisend) belang hebben bij hun

vordering, dat de belangen van de curatoren bij decertificering minder zwaar wegen dan de belangen die gediend zijn bij behoud van de bestaande situatie en dat de voorzieningenrechter de blokkeringsregeling niet buiten toepassing kon verklaren.

Het hof wijst het beroep af. De curatoren hebben belang bij hun vorderingen, omdat aannemelijk is dat de aandelen bij verkoop meer opleveren dan de certificaten. Het belang van de curatoren is ook voldoende spoedeisend, omdat een faillissement voortvarend moet worden afgewikkeld. Het belang van de curatoren bij decertificering is gelegen in het te gelde maken van het enige actief van Van Sluisveld, namelijk het indirecte belang in Rohaas. Dit belang weegt zwaarder dan de belangen van de betrokkenen bij het behoud van de bestaande situatie. Het belang van Sypesteyn zelf is niet gediend bij het behoud van de bestaande situatie, omdat sprake is van een impasse op aandeelhoudersniveau in Rohaas. Aan het belang van continuïteit van het bestuur van Sypesteyn komt geen groot gewicht toe en het gestelde emotionele belang van de zoon is onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Tot slot overweegt het hof dat artikel 2:195 lid 7 BW, waarin is opgenomen dat de rechter in geval van faillissement een blokkeringsregeling buiten toepassing kan verklaren, niet alleen van toepassing is als de curatoren de aandelen willen overdragen aan een derde, maar ook als de aandelen in het kader van een decertificering overgedragen worden aan de boedel. Nu aan de voorwaarden van artikel 2:195 lid 7 BW is voldaan, heeft de voorzieningenrechter de blokkeringsregeling terecht buiten toepassing verklaard.

*H.J. de Kloe, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 18-02-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:514

**Zaaknummer:** 200.272.286/01

**Rechters:** W.A.H. Melissen, G.C.C. Lewin en H. Struik

**Advocaten:** R.P. de Bruin en B. Rikkert

**Wetsartikelen:** 2:195 BW

RECHTSPRAAK

## **Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onvoldoende verhaal**

***Rechtbank wijst vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid toe, omdat bestuurder een in rechte toegewezen annuleringsvergoeding aan de door hem bestuurde vennootschap die na vernietiging in hoger beroep weer moest worden terugbetaald, heeft uitgegeven in plaats van aangehouden als reserve, waarna de vennootschap geen verhaal meer bood.***

Aanleiding voor onderhavig geschil is een stukgelopen onderhandeling tussen eiseres enerzijds en de vennootschap waarvan gedaagde bestuurder was ('de Vennootschap') anderzijds, over het verzorgen van de catering bij een paardenevenement.

In de hoofdzaak heeft de rechtbank in eerste instantie geoordeeld dat sprake was van een overeenkomst tussen partijen en dat eiseres aan de Vennootschap een annuleringsvergoeding verschuldigd was. Het hof oordeelde echter dat geen sprake was van een overeenkomst en dat eiseres slechts gehouden is tot vergoeding van redelijke kosten door een ongerechtvaardigde afbreking van de onderhandelingen. De Vennootschap diende het door eiseres teveel betaalde bedrag te restitueren. De Vennootschap blijkt vervolgens niet over voldoende financiële middelen te beschikken om het bedrag te restitueren. Eiseres vordert daarom schadevergoeding van gedaagde in zijn hoedanigheid van bestuurder van de Vennootschap. Als grondslag voert eiseres aan dat gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiseres door de Vennootschap in een zodanige positie te brengen, dat zij niet meer in staat is de betalingsverplichting aan eiseres te voldoen.

De rechtbank overweegt dat een bestuurder naast de vennootschap aansprakelijk kan zijn, indien hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, mits hem daarvoor een persoonlijk ernstig verwijt treft. Daarvan zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

De rechtbank is van oordeel dat gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiseres, door het verhaal van haar vordering op het vermogen van de Vennootschap te frustreren, en dat gedaagde ter zake een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken.

Vast is komen te staan dat de Vennootschap in februari 2019 nog over voldoende financiële middelen beschikte om aan het arrest van het hof van 2 oktober 2018 te voldoen. Gedaagde heeft desondanks bewerkstelligd, althans toegelaten, dat de geïncasseerde gelden zijn aangewend voor het doen van betalingen aan anderen dan aan eiseres, zonder dat een voorziening op de balans is opgenomen voor de claim van eiseres en zonder dat daarvoor anderszins geld is gereserveerd. Gegeven de slechte vermogenspositie en financiële vooruitzichten van de Vennootschap, lag het volgens de rechtbank voor de hand een reserve aan te houden ter hoogte van de latente terugbetalingsverplichting. Het verweer van gedaagde dat hij geen rekening had hoeven houden met een vernietiging van de uitspraak in eerste instantie doet hieraan niet af: het enkele feit dat nog hoger beroep ingesteld kan worden, brengt met zich dat een bestuurder hiermee rekening dient te houden. Gedaagde heeft weliswaar gesteld dat de financiële middelen op een zorgvuldige wijze zijn aangewend met inachtneming van het vennootschappelijk belang door schuldeisers te voldoen, maar deze stelling heeft hij in het geheel niet onderbouwd.

De rechtbank concludeert dat de gedaagde dusdanig onzorgvuldig heeft gehandeld, dat hem een persoonlijk ernstig verwijt treft en hij persoonlijk aansprakelijk is voor de door eiseres geleden schade.

*P. van der Heide, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Oost-Brabant

**Datum uitspraak:** 12-02-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBOBR:2020:998

**Zaaknummer:** C-01-340913 - HA ZA 18-797

**Rechters:** K.A. Maarschalkerweerd

**Advocaten:** L.M. Schelstraete en D.J.J. Folgering

**Wetsartikelen:** 6:162 BW



RECHTSPRAAK

## **Bevoegdheidsoverschrijding door vennoot van vof**

***Vof vordert terugbetaling van bepaalde betalingen, omdat sprake zou zijn bevoegdheidsoverschrijding door een vennoot die bepaalde transacties is aangegaan. Kantonrechter stelt vast dat sprake is van bevoegdheidsoverschrijding en wijst vordering grotendeels toe, omdat de bevoegdheidsbeperking voor derden kenbaar was uit het handelsregister. De vordering tot terugbetaling omdat de verrichte werkzaamheden deels voor rekening van een andere partij zouden zijn verricht, wordt afgewezen omdat deze vordering onvoldoende is onderbouwd.***

Op 7 november 2010 is bij notariële akte door mevrouw A en de heer B – moeder en zoon – een vennootschap onder firma opgericht ('de VOF'), die een veehoudersbedrijf voert. De VOF is eiseres in deze procedure. De heer B is ook vennoot van een andere vennootschap onder firma, die een pluimveebedrijf voert in een andere vestigingsplaats dan de VOF ('het Pluimveebedrijf').

In de oprichtingsakte van de VOF is onder meer opgenomen dat de medewerking van beide vennoten wordt gevorderd voor, kort gezegd, transacties van meer dan € 5.000. Transacties die binnen twee maanden met dezelfde persoon of vennootschap zijn aangegaan, worden in dat kader als één handeling beschouwd. De VOF is ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel, waarbij is vermeld dat de vennoten 'beperkt bevoegd' zijn.

Op 15 september 2011 heeft de VOF met de gedaagde in deze procedure een overeenkomst gesloten, op grond waarvan een werknemer van gedaagde aan de VOF ter beschikking werd gesteld. De heer B heeft deze overeenkomst namens de VOF ondertekend. Vanaf eind 2011 heeft (een werknemer van) gedaagde werkzaamheden verricht die bij de VOF in rekening zijn gebracht. Dit is gebeurd op basis van bij gedaagde ingediende urenbriefjes. De facturen van gedaagde zijn door de VOF steeds betaald. Op 1 september 2014 is de overeenkomst door de heer B namens de VOF opgezegd.

In 2017 komt door een tuchtprocedure tegen de accountants van de VOF aan het licht dat de heer B zonder instemming van mevrouw A transacties met de gedaagde is aangegaan die over een periode van twee maanden het bedrag van € 5.000 te boven gaan, wat in strijd is met de oprichtingsakte van de VOF. Concreet betreft het vijf facturen uit 2012 en 2013, die in totaal € 7.928,28 bedragen. De VOF stelt dat dit bedrag onverschuldigd aan gedaagde is betaald en vordert in deze procedure terugbetaling daarvan.

De kantonrechter oordeelt dat sprake is van een bevoegdheidsoverschrijding en dat de VOF als gevolg daarvan niet is gebonden aan een aantal van de door de heer B namens de VOF aangegane transacties. Een aantal facturen zijn daarom zonder rechtsgrond en dus onverschuldigd betaald aan gedaagde. De kantonrechter overweegt daarover onder meer dat sinds de oprichting van de VOF sprake is van een beperkte bevoegdheid van de vennoten en dat dit ook voor derden kenbaar was door de inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Aan de verweren van de gedaagde – dat de VOF de schijn heeft gewekt dat de heer B bevoegd was de VOF te vertegenwoordigen, dat de in de oprichtingsakte vermelde bevoegdheidsbeperking niet op het niveau van de afzonderlijke opdrachten/werkzaamheden geldt, maar slechts op het niveau van de overeenkomst en dat sprake is van rechtsverwerking – gaat de kantonrechter voorbij.

De vordering wordt deels afgewezen, omdat naar het oordeel van de kantonrechter over specifieke maandenparen moet worden beoordeeld of sprake is van een overschrijding van het bedrag van € 5.000.

Ook is in 2017 gebleken dat in 2012 en 2014 werkzaamheden door de gedaagde zijn gefactureerd die hebben plaatsgevonden op een andere locatie dan waar de VOF is gevestigd, namelijk ter locatie van het Pluimveebedrijf. De VOF stelt dat zij ten onrechte voor deze werkzaamheden heeft betaald en vordert in dat kader terugbetaling van een bedrag van € 5.349,92. Deze vordering wordt afgewezen, omdat aan de hand van de urenbriefjes en facturen uit 2012 en 2014 niet blijkt op welke locatie werkzaamheden zijn verricht. De kantonrechter overweegt dat mogelijk is dat door gedaagde werkzaamheden zijn uitgevoerd die eigenlijk voor rekening van het Pluimveebedrijf zouden moeten komen, maar op grond van de in het geding gebrachte informatie kan niet worden vastgesteld om wat voor bedrag dat gaat. Ook is onduidelijk gebleven of het voor gedaagde duidelijk moet zijn geweest dat het hier ging om werkzaamheden die niet ten goede kwamen aan de VOF.

De VOF vordert daarnaast nog (i) een verklaring voor recht dat de gedaagde alle facturen en urenbriefjes over de periode november 2011 tot en met september 2014 aan de VOF moet doen toekomen en (ii) dat de gedaagde met de VOF in overleg moet treden om vast te stellen welke werkzaamheden destijds zijn verricht voor de VOF en welke werkzaamheden zijn verricht

voor het Pluimveebedrijf. Deze vorderingen worden door de kantonrechter afgewezen.

*J.L. van den Heuvel, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 04-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2019:5758

**Zaaknummer:** 7794508 UC EXPL 19-5627 BJ/33913

**Rechters:** J.W. Wagenaar

**Advocaten:** G.A.M. van Atteveld en J.M. van den Hil

**Wetsartikelen:** 6:203 BW

RECHTSPRAAK

## **Conflict binnen familiebedrijf over gebruik van meerderheidsmacht en tegenstrijdig belang**

***Vorderingen in kort geding tot benoeming van een onafhankelijke tijdelijke bestuurder en verbod op uitvoering van besluiten, omdat bij besluitvorming sprake zou zijn van een tegenstrijdig belang en misbruik van meerderheidsmacht. Voorzieningenrechter wijst vorderingen af.***

Een Belgisch familiebedrijf vormt de achtergrond voor een conflict tussen twee broers ('broer 1' en 'broer 2') dat ontstaat na het overlijden van de pater familias, tevens oprichter van de onderneming. Zijn weduwe ('de moeder') en de twee broers zijn houders van de certificaten van aandelen in de houdstermaatschappij ('de holding'), uitgegeven door een Nederlandse stichting ('de StAK'). Zij zijn tevens de bestuurders van die StAK. De holding houdt op haar beurt (direct en indirect) aandelen in enkele werkmaatschappijen. Het bestuur van de holding wordt gevormd door een zestal (rechts)personen, waaronder de heren J en K.

Een bemiddeling in het familieconflict resulteert op 29 augustus 2018 in de familiale overeenkomst waarin partijen afspreken dat broer 2 en de moeder hun belangen in het familiebedrijf zullen overdragen aan broer 1, in ruil voor een nog te bepalen financiële tegenprestatie.

Enige tijd nadien stellen broer 2 en de moeder dat de familiale overeenkomst niet (langer) geldig is. Sinds 15 januari 2019 is met betrekking tot de uitvoering en geldigheid van deze overeenkomst een arbitrageprocedure aanhangig.

Op 22 januari 2019 besluit het bestuur van twee werkmaatschappijen, onder leiding en voorzitterschap van broer 1, om de dagelijkse leiding van die vennootschappen weg te halen bij de managementvennootschap van broer 2 en over te laten aan de managementvennootschap van broer 1.

Op 17 mei 2019 roepen de moeder en broer 2 een bestuursvergadering binnen de StAK bijeen.

Op 24 mei 2019 wordt besloten om J en K als bestuurders van de holding te vervangen door de moeder en drie van haar kleinkinderen. Bij vonnis van 6 augustus 2019 wordt op vordering van broer 1 geoordeeld dat deze besluiten nietig zijn en is de StAK verboden om daaraan uitvoering te geven.

Tijdens een bestuursvergadering van de StAK op 9 oktober 2019 wordt vervolgens besloten dat de StAK een verzoek zal doen tot oproeping van de algemene vergadering van de holding, met als agendapunten het ontslag van J en K en de benoeming van de moeder en een kleindochter als bestuurder. Voorts wordt besloten dat de StAK op die algemene vergadering vóór deze voorstellen zal stemmen (beide besluiten tezamen: 'de bestreden besluiten').

Daarop vordert broer 1 in het onderhavige kort geding onder meer dat de voorzieningenrechter (i) een tijdelijke bestuurder met doorslaggevende stem benoemt in het bestuur van de StAK en (ii) de StAK verbiedt om uitvoering te geven aan de bestreden besluiten.

Ter ondersteuning van vordering (ii) voert broer 1 aan dat de moeder en broer 2 zich bij de bestreden besluiten enkel hebben laten leiden door hun persoonlijke belangen, met als doel om hun macht binnen de onderneming te vergroten, zodat sprake is van een tegenstrijdig belang en zij zich van besluitvorming hadden moeten onthouden. De voorzieningenrechter overweegt dat noch de statuten van de StAK, noch Titel 6 van Boek 2 BW (dat ziet op de stichting) een regeling over tegenstrijdig belang kent. Daarom moet aansluiting worden gezocht bij de open normen van artikel 2:8 en 2:9 BW, welke artikelen aanknopingspunten bieden om evidente gevallen van tegenstrijdig belang en belangenverstrengeling een halt toe te roepen. In dit verband overweegt de voorzieningenrechter dat bij de beoordeling hiervan aansluiting kan worden gezocht bij de overwegingen in het arrest *Bruil/Kombex* van 29 juni 2007. De voorzieningenrechter overweegt vervolgens dat het enkele feit dat een bestuurder van een rechtspersoon tevens een economisch belang heeft in de onderneming waarvan deze rechtspersoon aan het hoofd staat, nog niet met zich brengt dat zo'n bestuurder zich van besluitvorming binnen de rechtspersoon dient te onthouden, ook niet indien die besluitvorming gevolgen heeft voor de (verdeling van) de zeggenschap binnen de onderneming, zoals in dit geval binnen de holding.

Voorts voert broer 1 aan dat de moeder en broer 2 misbruik maakten van hun meerderheidsmacht. Hun stemgedrag zou immers in strijd zijn met de familiale overeenkomst en het belang van de vennootschap. De voorzieningenrechter overweegt in dit verband dat de familiale overeenkomst het onderwerp is van een arbitrale procedure, waardoor de status van die overeenkomst ongewis is. Daarom is er (vooralsnog) geen machtsmisbruik vanwege strijdigheid met de familiale overeenkomst en het belang van de onderneming.

Ten aanzien van de vordering tot het aanstellen van een tijdelijk bestuurder in het bestuur van de StAK, voeren de moeder en broer 2 het verweer dat broer 1 niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, omdat het verzoek tot benoeming van een tijdelijk bestuurder bij verzoekschrift dient te worden ingeleid. De voorzieningenrechter is evenwel van oordeel dat broer 1 ontvangen kan worden, gelet op de grondslag van zijn vordering en de aard van de gevraagde voorziening.

Niettemin wijst de voorzieningenrechter deze vordering eveneens af, aangezien, zoals hierboven weergegeven, de bestreden besluiten niet bloot staan aan vernietiging vanwege tegenstrijdig belang of misbruik van meerderheidsmacht. Broer 1 stelt nog dat de status quo binnen de groep gehandhaafd dient te worden, totdat er een oordeel is in de arbitrageprocedure. Hierover overweegt de voorzieningenrechter onder meer dat uit de gedragingen van broer 1 blijkt dat hij voornamelijk gericht is op het versterken van zijn eigen positie binnen de onderneming, gelet op onder meer de besluiten van 22 januari 2019. Dit acht de voorzieningenrechter inconsistent met de huidige vordering. Bovendien zou toewijzing van de vordering leiden tot het niet-billijke en ongewenste resultaat dat de moeder en broer 2 hun meerderheidsbelang niet geldend kunnen maken.

*J. Tromp, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Oost-Brabant

**Datum uitspraak:** 02-12-2019

**ECLI:** ECLI:NL:RBOBR:2019:7061

**Zaaknummer:** C/01/351955 / KG ZA 19-657

**Rechters:** W. Schoorlemmer

**Advocaten:** M.H.C. Sinninghe Damsté, A. Attaibi, P. Hezer, S.C.M. van Thiel, M.W. Steenpoorte, L.M. Linskens, G. de Buyzer en Ph. Denys

**Wetsartikelen:** 2:8 BW, 2:9 BW, 2:15 BW, 2:129 lid 6 BW, 2:298 BW en 2:299 BW

RECHTSPRAAK

## **Strijd om aandelenbelang in Moldavische bank**

***Twee Moldavische vennootschappen houden aandelen in een Moldavische bank, maar raken dit belang kwijt door uitspraken van een Moldavische rechter. De vorderingen zijn daar ingesteld door Nederlandse vennootschappen ('OPH c.s.'). De aandeelhouder van de Moldavische vennootschappen meent dat jegens hem onrechtmatig is gehandeld, onder meer door beïnvloeding van de rechtsgang in Moldavië. De rechtbank oordeelt dat OPH c.s. niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens de aandeelhouder, omdat deze onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat OPH c.s. een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens hem als aandeelhouder hebben geschonden. Het ligt op de weg van de Moldavische vennootschappen om een dergelijke vordering in te stellen.***

X ('Aandeelhouder') was hetzij als aandeelhouder, hetzij contractueel gerechtigd tot een aandelenbelang in (twee) Moldavische vennootschappen. Deze vennootschappen hielden op hun beurt een aandelenbelang in Victoriabank, een Moldavische financiële instelling.

V.G. Plahotniuc is 'ultimate beneficial owner' van de groep waarvan Otiv Prime Holding B.V. ('OPH') deel uitmaakt, de Otiv Groep. Generashon Financial B.V. ('Generashon') was een dochtermaatschappij van OPH. Sovereign Trust (Netherlands) B.V. ('Sovereign') is een Nederlands trustkantoor en statutair bestuurder van OPH. OPH en Sovereign worden hierna gezamenlijk 'OPH c.s.' genoemd. Generashon heeft in die periode ook een aandelenbelang verkregen in onder meer de Moldavische financiële instelling.

Als gevolg van rechtelijke (Moldavische) uitspraken is de Aandeelhouder zijn indirecte aandelenbelang in, dan wel de gerechtigdheid tot Victoriabank (deels) kwijtgeraakt.

OPH heeft de aandelen in Generashon aan een derde (verkoper) verkocht en geleverd.

De Aandeelhouder vordert (onder meer) (i) te verklaren voor recht dat OPH c.s. onrechtmatig hebben gehandeld jegens hem, en (ii) te verklaren voor recht dat OPH c.s. aansprakelijk zijn voor de daaruit voortvloeiende schade van de Aandeelhouder.

De Aandeelhouder voert daartoe aan dat OPH door middel van een samenstel van handelingen, waaronder het beïnvloeden van de rechtsgang in Moldavië en het bewerkstelligen van de Nederlandse aandelentransactie, de hand hebben gehad in de onrechtmatige onteigening van het (indirecte) aandelenbezit van de Aandeelhouder in Victoriabank ten faveure van (uiteindelijk) V.G. Plahotniuc; door deze handelwijze hebben OPH c.s. onrechtmatig gehandeld jegens de Aandeelhouder.

OPH c.s. hebben onder meer aangevoerd dat – voor zover er al sprake is van onrechtmatig handelen – de eventueel daardoor ontstane schade niet door de Aandeelhouder maar door de Moldavische vennootschappen is geleden, zodat de Aandeelhouder geen belang heeft bij zijn vordering in de zin van artikel 3:303 BW.

De rechtbank oordeelt als volgt. Volgens vaste rechtspraak geldt als uitgangspunt dat aandeelhouders in geval van een door een derde jegens de vennootschap gepleegde onrechtmatige daad, in beginsel geen eigen vordering tot schadevergoeding tegen die derde geldend kunnen maken indien die schade bestaat uit waardevermindering of waardeloos worden van die aandelen. Die rechtsregel vindt zijn oorsprong in het feit dat vennootschappen, met een van hun aandeelhouders afgescheiden vermogen, zelfstandig deelnemen aan het rechtsverkeer als rechtspersoon met eigen rechten en plichten.

Slechts indien wordt gesteld dat een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens de aandeelhouder in privé door de derde is geschonden, staat in dit soort gevallen een eigen schadevergoedingsactie van de aandeelhouder tegen de derde open. De eisende partij kan in zo'n geval niet volstaan met het enkel (in algemene bewoordingen) stellen van onzorgvuldig handelen van die derde. Daartoe dienen bijkomende omstandigheden te worden gesteld, zoals de opzet om de aandeelhouder aldus te benadelen (zie HR 2 december 1994, NJ 1995/288 *Poot/ABP* en HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419 *Tuinbeheer/Houthoff Buruma*).

Indien de rechtbank ervan uitgaat, hetgeen een aanname is aldus de rechtbank, dat er sprake is van onrechtmatig handelen van OPH c.s. jegens de Moldavische vennootschappen, kan de Aandeelhouder – gelet op de voorafgaande formuleringen – het door de Moldavische vennootschappen geleden nadeel niet als eigen schade vorderen. De stellingen van de Aandeelhouder kunnen er hoogstens toe leiden dat hij, gelet op de positie waarin hij zich bevindt ten opzichte van de Moldavische vennootschappen, afgeleide schade heeft. De Aandeelhouder heeft daarvoor onvoldoende bijzondere feiten en omstandigheden gesteld



waaruit volgt dat in het aan OPH c.s. verweten handelen tevens een gedraging is gelegen die specifiek onzorgvuldig was jegens hem als aandeelhouder. De algemene stelling van de Aandeelhouder dat door de handelwijze van OPH c.s. en (onder meer) Plahotniuc de Aandeelhouder zijn aandelenbelang (deels) is kwijtgeraakt, is daartoe onvoldoende.

De rechtbank oordeelt dat de Aandeelhouder geen eigen schadevergoedingsactie tegen OPH c.s. kan instellen, omdat de Aandeelhouder geen belang heeft in de zin van artikel 3:303 BW bij zijn vorderingen. De vorderingen van de Aandeelhouder worden dan ook afgewezen.

*Q.M.J.A. Crul, april 2020*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 08-03-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:10679

**Zaaknummer:** C/13/584194 / HA ZA 15-331

**Rechters:** C.H. Rombouts, O.J. van Leeuwen en W.M. de Vries

**Advocaten:** P.D. Olden, F. van Buchem, J.W. Leedekerken, P.J. de Jong Schouwenburg, R.P.J.L. Tjittes en J.C. van Nass

**Wetsartikelen:** 3:303 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Eis in reconventie alleen mogelijk tegen eisende vof of ook tegen individuele vennoten?**

***Een koper van een machine wordt in rechte aangesproken voor betaling van facturen die zijn verstuurd wegens aan de machine verrichte werkzaamheden. De koper stelt een reconventionele vordering in tot vernietiging van de gehele koopovereenkomst. De vof die de herstelwerkzaamheden verrichtte is niet de verkoper van de machine. De verkoper is echter wel vennoot van de vof die de werkzaamheden verrichtte. De verkoper is niet als zodanig in de procedure betrokken, maar beroept zich pas in hoger beroep op het feit dat de verkeerde procespartij is opgeroepen. Koper stelt dat een gedaagde jegens wie een vof een vordering heeft ingesteld, in reconventie een vordering kan instellen jegens de vennoten van de vof. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet het geval is, een reconventionele vordering kan alleen tegen een procespartij worden ingediend. Voor het instellen van een reconventionele vordering jegens een vennoot van de wederpartij is het nodig om die vennoot op de voet van artikel 118 Rv in de procedure te betrekken. Het pas in hoger beroep beroepen op het feit dat de verkeerde procespartij is opgeroepen, kan in strijd zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Het hof heeft de verwerping van het betoog van koper op dit punt onvoldoende gemotiveerd.***

Eiser heeft van een vof een machine gekocht die geschikt is voor bosbouwwerkzaamheden ('de Machine'). De verkopende vof heeft ruim drie jaar na de koop haar naam veranderd naar A V.O.F. ('A'). Op hetzelfde moment als de naamswijziging is een andere vof opgericht, verweerster V.O.F. ('Verweerster'). A is een van de vennoten van Verweerster. Verweerster

verricht vervolgens een aantal werkzaamheden en leveranties ten behoeve van de Machine, waarvoor zij in december 2011 facturen stuurt aan Eiser. Deze facturen zijn onbetaald gebleven. Verweerster heeft voor het onbetaald gebleven bedrag aanmaningen gestuurd aan Eiser. Eiser heeft vervolgens een advocaat ingeschakeld. Deze advocaat heeft A (en dus niet Verweerster) een brief gestuurd waarin is opgemerkt dat Eiser de Machine van A heeft gekocht, en dat de Machine gebreken vertoonde. In de brief is A aangemaand tot herstel, en in gebreke gesteld voor het geval herstel van de Machine niet zou plaatsvinden.

Toen betaling van de door haar verstuurde facturen uitbleef, is Verweerster een procedure begonnen tegen Eiser. In die procedure heeft Verweerster in conventie betaling van de openstaande facturen gevorderd. Eiser heeft in reconventie vernietiging, dan wel ontbinding van de koopovereenkomst gevorderd wegens non-conformiteit. De rechtbank heeft het beroep op non-conformiteit gegrond bevonden. Als gevolg daarvan is de vordering in conventie (betaling van de facturen) alleen toegewezen voor zover de door Verweerster uitgevoerde werkzaamheden geen betrekking hebben op reparatie of vervanging van onderdelen van de Machine. In reconventie is de koopovereenkomst vernietigd en is Verweerster veroordeeld tot betaling aan Eiser van een (flinke) schadevergoeding (ruim 10x het bedrag van de door Eiser aan Verweerder te betalen facturen).

In hoger beroep heeft Verweerster zich voor het eerst op het standpunt gesteld dat de reconventionele vordering niet jegens haar maar jegens haar vennoot A had moeten worden ingesteld. Het is immers A waar Eiser een koopovereenkomst mee heeft gesloten. Het hof heeft het beroep van Verweerster gehonoreerd en de reconventionele vordering van Eiser alsnog afgewezen. Het hof heeft daartoe overwogen dat geen sprake is van een uitdrukkelijke en onvoorwaardelijke erkenning door Verweerster dat zij in de plaats getreden was van A als contractspartij, noch van een gerechtelijke of buitengerechtelijke erkentenis. Het beroep van Verweerster is ook niet tardief of in strijd met een goede procesorde, nu de herkansingsfunctie van het hoger beroep meebrengt dat een partij in hoger beroep voor het eerst een verweer mag voeren of een bepaalde stelling mag innemen, ook als zij in eerste aanleg daarmee strijdige verweren of stellingen heeft (aan)gevoerd.

Eiser heeft vervolgens cassatie ingesteld. Zij heeft (in feite) twee cassatiemiddelen. Allereerst meent Eiser dat wanneer een vof in rechte als eisende partij optreedt ten behoeve van haar gezamenlijke vennoten, dit de gedaagde partij in staat stelt een vordering in reconventie in te stellen tegen een vennoot of een deel van de vennoten. De Hoge Raad verwierpt dit standpunt (en het onderdeel faalt). Een reconventionele vordering kan slechts worden ingesteld tegen een processuele wederpartij. In conventie is dit uitsluitend Verweerster, en niet tevens één of meer van haar afzonderlijke vennoten, dus niet A. Een vordering in reconventie kan dus niet tevens tegen A worden ingesteld.

De Hoge Raad merkt op dat een gedaagde, jegens wie een vof op eigen naam een vordering heeft ingesteld, die een eis in reconventie wenst in te stellen jegens een van haar vennoten, de rechter kan verzoeken haar in de gelegenheid te stellen die vennoot op grond van artikel 118 Rv in het geding te betrekken. De rechter kan ook ambtshalve overgaan tot het bieden van die gelegenheid.

Het tweede cassatiemiddel van Eiser was dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) onaanvaardbaar is dat Verweerster er zich in hoger beroep voor het eerst op beroept dat Eiser de reconventionele vordering tot A moet richten. De Hoge Raad stelt vast dat deze stelling op de volgende feiten is gebaseerd: i) in de processtukken in eerste aanleg heeft Verweerster steeds gesproken over 'verweerster', waaronder zij zowel zichzelf als A verstond, ii) Verweerster heeft A naast zichzelf als procespartij vermeld op een deel van haar processtukken, iii) Verweerster heeft zich in de voorafgaande onderhandelingen niet op het standpunt gesteld dat de vordering van Eisers tegen een verkeerde vennootschap gericht is, iv) de vordering van Eiser jegens A is (als gevolg hiervan) mogelijk verjaard, en v) er is in eerste aanleg een uitvoerige deskundigenrapportage uitgevoerd over de non-conformiteit van de Machine, die na dit standpunt zinloos blijkt. In het licht van al deze feiten is de verwerping door het hof van het betoog van Eiser dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Verweerster zich in hoger beroep voor het eerst beroept op het feit dat de verkeerde partij is opgeroepen, ontoereikend gemotiveerd. Het vonnis van het hof wordt vernietigd, en de Hoge Raad verwijst het geding naar het Hof 's-Hertogenbosch.

*J. Wareman, april 2020*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 20-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2020:485

**Zaaknummer:** 18/05370

**Rechters:** E.J. Numann, T.H. den Tanja-van Broek, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

**Advocaten:** M. den Besten, D.M. de Knijff en M.E. Bruning

**Wetsartikelen:** 118 Rv en 6:2 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

## **Tempelaar/Bestuurders HIM**

***Verkoper spreekt statutair bestuurder en feitelijk beleidsbepaler aan wegens niet nakomen koopovereenkomst aandelen door de vennootschap. Het hof past het tweede criterium uit het Ontvanger/Roelofsen-arrest toe en concludeert dat sprake is van verhaalsfrustratie met voorzienbare schade tot gevolg. Bestuurders voeren onvoldoende gemotiveerd verweer en leggen tegenstrijdige financiële stukken over. De veroordeling in eerste aanleg tot bestuurdersaansprakelijkheid wordt in hoger beroep bekrachtigd.***

Eigendraads B.V. ('Eigendraads') exploiteert een zorgboerderij waar zorg wordt aangeboden aan mensen met een beperking. Op 18 april 2013 wordt Eigendraads door haar enig aandeelhouder (tevens enig bestuurder), Tempelaar Holding B.V. ('Tempelaar'), verkocht aan Hollandsche Investeringsmaatschappij (H.I.M.) B.V. ('HIM'). HIM wordt ook (enig) bestuurder van Eigendraads. Statutair bestuurder van HIM is appellant jr. ('de zoon'). Appellant sr. ('de vader') heeft aan de zijde van HIM met name de onderhandelingen over de overname gevoerd. De koopsom voor de aandelen van Eigendraads wordt grotendeels omgezet in een rentedragende geldlening van Tempelaar aan HIM. Voor de nakoming van de koopovereenkomst (en daarmee verband houdende lening) worden zekerheden gesteld, waaronder een pandrecht op de aandelen van Eigendraads en garanties.

HIM laat de eerste betalingstermijn van de geldlening zonder betaling verstrijken en verricht ook daarna geen betalingen. Tempelaar gaat over tot uitwinning van de zekerheden. Tussen Tempelaar enerzijds en Eigendraads en HIM anderzijds worden procedures gevoerd over de koopovereenkomst en verstrekte zekerheden. Eigendraads wordt failliet verklaard en HIM blijkt geen verhaal te bieden. Ook de zekerheden leveren geen verhaal op. Tempelaar stelt de vader (als feitelijk beleidsbepaler) en de zoon (als statutair bestuurder) hoofdelijk aansprakelijk voor de door HIM onbetaald gelaten bedragen.

De Rechtbank Gelderland wijst de vorderingen toe, omdat de vader en de zoon ten tijde van

het sluiten van de koopovereenkomst wisten, dan wel behoorden te weten dat HIM niet over de financiële middelen beschikte om haar betalingsverplichtingen na te komen en ook geen verhaal zou bieden voor de door Tempelaar ontstane schade. Tegen dit oordeel gaan de vader en de zoon in hoger beroep.

Het hof gaat eerst in op de meest verstrekkende verweren van de vader en de zoon, die betrekking hebben op de betalingsverplichting van HIM jegens Tempelaar. De vader en de zoon stellen zich op het standpunt dat HIM niet gehouden was enige betaling aan Tempelaar te verrichten, omdat HIM een 'kat in de zak' heeft gekocht. Het hof passeert dit verweer. In de tussen HIM en Tempelaar gevoerde procedures zijn soortgelijke verweren opgevoerd en afgewezen. Tegen deze oordelen is geen hoger beroep ingesteld. Tempelaar heeft daarnaast onderbouwd dat Eigendraads voorheen een groeiende en winstgevende onderneming was. De vader en de zoon hebben gedurende het onderhandelingstraject over de overname ook een *due diligence* onderzoek uitgevoerd en zijn daarin bijgestaan door deskundigen. Daaruit is niets negatiefs naar voren gekomen.

Het hof neemt vervolgens bij beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de vader en de zoon, evenals eerder de rechtbank, het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest als uitgangspunt. In tegenstelling tot de rechtbank, gaat het hof in op het tweede criterium (verhaalsfrustratie). Het hof stelt vast dat de vader en de zoon actief het verhaal van Tempelaar hebben gefrustreerd door (i) kort voor uitwinning van het pandrecht op de aandelen een prioriteitsaandeel uit te geven waaraan een toestemmingsrecht voor ontslag en benoeming van bestuurders van Eigendraads is verbonden, (ii) garanties te verstrekken die niets om het lijf hadden, en (iii) (ingekomen) gelden van HIM aan zichzelf, (vennootschappen van) familieleden en andere gelieerde crediteuren te betalen.

Het hof overweegt vervolgens of de vader en de zoon wisten, dan wel behoorden te weten dat HIM geen verhaal zou bieden voor de door Tempelaar te lijden schade. In dit kader is relevant dat Tempelaar een verhaalsrapport van (ongeveer) vier maanden na de overname heeft overgelegd. Hieruit volgt dat geen verhaalsmogelijkheden zijn aangetroffen. De vader en de zoon brengen daartegenin dat HIM wel degelijk over voldoende middelen beschikte. Zij leggen een grote hoeveelheid financiële stukken over en een ondersteunend accountantsrapport. In de financiële rapportages zijn echter grove tegenstrijdigheden te vinden, onverklaarbare mutaties en diverse onjuistheden. Ook worden de financiële stukken in veel gevallen onvoldoende toegelicht door de vader en de zoon in de begeleidende processtukken.

Het hof komt – alle feiten en omstandigheden in samenhang beziend – tot de conclusie dat de vader en de zoon niet aan hun motiveringsplicht hebben voldaan. Hierdoor is er geen plaats

voor nadere bewijslevering. De vader en de zoon hebben onvoldoende weersproken dat zij wisten, dan wel behoorden te weten dat hun (of de door hen toegelaten) handelswijze ertoe zou leiden dat HIM niet aan haar verplichtingen jegens Tempelaar zou voldoen, terwijl HIM ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Van deze benadeling kan de vader en de zoon een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, aldus het hof. Hierdoor zijn zij aansprakelijk voor de dientengevolge geleden schade. Het hof bekrachtigt het vonnis in eerste aanleg.

*B.J. Hermans, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 10-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2020:2132

**Zaaknummer:** 200.222.261 en 200.231.798

**Rechters:** H.L. Wattel, S.M. Evers en D.M.I. de Waele

**Advocaten:** J.W.A. Wijsman, J. Bisschop en J.J. Douwes

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Opdrachtgevers/Bouwbedrijf, Beheer en Bestuurder**

***Misbruik van rechtspersoonlijkheid. Vordering van opdrachtgevers tegen een aannemersbedrijf en zijn (indirecte) bestuurders tot vergoeding van de door opdrachtgevers geleden schade uit hoofde van onrechtmatige daad, wegens misbruik van rechtspersoonlijkheid met als doel om de opdrachtgevers van het aannemersbedrijf in hun verhaalsmogelijkheden te benadelen. Het aannemersbedrijf had zijn onderneming onder dezelfde handelsnaam voortgezet in een nieuwe vennootschap. Deze vordering is bij eiswijziging in hoger beroep ingesteld. Het hof wijst de vordering toe.***

Appellant 1 en appellante 2 ('de Opdrachtgevers') hebben aannemingsovereenkomsten gesloten met een aannemersbedrijf ('Bouwbedrijf Oud') voor de verbouwing van een (woon)boerderij en de bouw van een bijgebouw. De enig bestuurder en enig aandeelhouder van Bouwbedrijf Oud is Beheer B.V. ('Beheer'). De enig bestuurder en enig aandeelhouder van Beheer is X ('de Bestuurder').

Tussen de Opdrachtgevers en Bouwbedrijf Oud is een geschil ontstaan over de uitvoering van de aannemingsovereenkomsten. Dit heeft geleid tot meerdere gerechtelijke en arbitrale procedures. Op enig moment tijdens het geschil, heeft de Bestuurder de activiteiten van Bouwbedrijf Oud overgeheveld naar een nieuwe vennootschap ('Bouwbedrijf Nieuw'), waarvan eveneens Beheer de enig bestuurder en enig aandeelhouder is.

In deze procedure vorderen de Opdrachtgevers, bij eiswijziging in hoger beroep, veroordeling van Bouwbedrijf Nieuw, Beheer en de Bestuurder ('Bouwgroep') tot betaling van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, omdat door de overheveling van de onderneming van Bouwbedrijf Oud naar Bouwbedrijf Nieuw de verhaalsmogelijkheden van de Opdrachtgevers op Bouwbedrijf Oud zijn gefrustreerd. De Bouwgroep betwist dit en stelt dat de Opdrachtgevers een lastercampagne voerden tegen Bouwbedrijf Oud, en dat dat de reden is geweest om de onderneming van Bouwbedrijf Oud voort te zetten in Bouwbedrijf



Nieuw.

Het hof oordeelt dat de Bouwgroep onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Opdrachtgevers. Het hof overweegt daartoe dat de Bouwgroep heeft besloten de onderneming van Bouwbedrijf Oud te beëindigen en voort te zetten in Bouwbedrijf Nieuw uit vrees dat de Opdrachtgevers door het leggen van beslagen het voortbestaan van Bouwbedrijf Oud in gevaar zouden brengen. De onderneming die eerder werd gedreven door Bouwbedrijf Oud, werd na de oprichting van Bouwbedrijf Nieuw door Bouwbedrijf Nieuw gedreven. Daarbij is niet van belang of sprake is geweest van een overdracht in juridische zin van overeenkomsten, vorderingen of andere activa van Bouwbedrijf Oud. Van belang is dat de inkomsten die eerder door Bouwbedrijf Oud werden genoten, nu door Bouwbedrijf Nieuw worden genoten. Door de activiteiten van Bouwbedrijf Oud te beëindigen en de beschikbare liquide middelen in Bouwbedrijf Oud te gebruiken voor het voldoen van alle crediteuren van Bouwbedrijf Oud behalve de Opdrachtgevers, was verhaal van de vordering van de Opdrachtgevers op Bouwbedrijf Oud in beginsel niet meer mogelijk.

Naar het oordeel van het hof hadden Beheer en de Bestuurder met het beëindigen van de ondernemingsactiviteiten van Bouwbedrijf Oud en het voortzetten van diezelfde activiteiten door Bouwbedrijf Nieuw, geen ander oogmerk dan om de Opdrachtgevers als crediteur te benadelen, hetgeen onrechtmatig is. Beheer heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Bouwbedrijf Oud haar verplichtingen richting Opdrachtgevers niet nakomt, en Beheer wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat deze handelwijze tot gevolg zou hebben dat Bouwbedrijf Oud haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Beheer valt dan ook een ernstig persoonlijk verwijt te maken van de benadeling en op grond van artikel 6:162 BW is zij aansprakelijk voor de daardoor geleden schade. Het hof verwijst daarbij naar Hoge Raad 8 december 2006 (*Ontvanger/Roelofsen*). De Bestuurder is tevens op grond van artikel 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden schade. Deze schadevergoedingsplicht van Beheer en de Bestuurder rust eveneens hoofdelijk op Bouwbedrijf Nieuw, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die haar beheerst (in casu: Beheer en de Bestuurder) rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk, ook van haarzelf (in casu: Bouwbedrijf Nieuw). Het hof verwijst daarbij naar Hoge Raad 13 oktober 2000 (*Rainbow/Ontvanger*).

*C.W. Kuipers, april 2020*

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 10-03-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2020:873

**Zaaknummer:** 200.194.926\_02 en 200.232.622\_01

**Rechters:** W.J.J. Beurskens, S.C.H. Molin en M.W.M. Souren

**Advocaten:** D.W. Stuijt en N.H.A. Kampschreur

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

## **DHD c.s./ING**

***In deze zaak staat de uitwinning van het pandrecht op aandelen door de pandhouder centraal. Door het hof wordt vastgesteld dat de executie en overdracht van de aandelen rechtsgeldig is geschied. Evenzo overweegt het hof dat de belangen van de pandgever en andere schuldeisers – waaronder appellanten – om een zo maximaal mogelijke opbrengst te generen voor de verpande aandelen, in voldoende mate gewaarborgd waren. Niet is het hof gebleken van misbruik van executiebevoegdheid of van een onrechtmatige executie door de pandhouder. Tot slot overweegt het hof dat terecht is vastgesteld dat de hoofdelijke aansprakelijkstelling door twee volle dochtermaatschappijen jegens hun moedermaatschappijen niet was toegestaan op basis van de kredietdocumentatie, zodat ter voorkoming van enige wanprestatie van de geldgevers hen op straffe van de verbeurte van een dwangsom wordt verboden om zich op deze hoofdelijke aansprakelijkstelling te beroepen bij de inning van de geldlening. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.***

In 2015 heeft Ijsbrand Advies en Participaties B.V. ('Ijsbrand') via een door ING Bank N.V. ('ING') geïnitieerde executieveiling de aandelen in Wiefferink B.V. ('Wiefferink') verkregen tegen betaling van € 1. Deze aandelen behoorden oorspronkelijk indirect – via Wiefferink Participaties B.V. ('Participaties') – toe aan De Hoge Dennen Capital PE B.V. ('DHD') en Ulpia B.V. ('Ulpia'). Ten behoeve van ING had Participaties een pandrecht op de Wiefferink-aandelen ('Aandelen') gevestigd tot zekerheid van de betaling van hetgeen Participaties uit hoofde van de kredietovereenkomst aan ING verschuldigd was en/of zou worden. Tevens is er een conflict gerezen over het feit dat twee volle dochtermaatschappijen van Wiefferink (GmbH en Polska) zich hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor de terugbetaling van een door DHD en Ulpia aan Wiefferink tijdelijk verschaft lening, zonder ING daarvan in kennis

te stellen en – volgens ING – in strijd met de afspraken die zij als kredietverstrekker van Participaties en Wiefferink met hen is overeengekomen.

In eerste aanleg hebben DHD, Ulpia en Participaties ('DHD c.s.') in conventie onder meer gevorderd dat het besluit van de algemene vergadering van Wiefferink, waarbij aan ING goedkeuring is verleend tot de executieverkoop en de levering van de Aandelen aan IJsbrand, te vernietigen en de levering ongedaan te maken. Deze vordering is door de rechtbank afgewezen. ING heeft op haar beurt in reconventie gevorderd om de rechtshandeling waarbij GmbH en Polska zich hoofdelijk hebben verbonden voor terugbetaling van de lening aan DHD en Ulpia te vernietigen, dan wel om DHD en Ulpia te verbieden zich op die rechtshandeling te beroepen op verbeurte van een dwangsom. De rechtbank heeft deze laatste vordering toegewezen. DHD c.s. zijn opgekomen tegen het bestreden vonnis.

DHD c.s. klagen er in hoger beroep over dat de rechtbank een onjuiste maatstaf heeft aangelegd door bij de beoordeling van de geldigheid en rechtmatigheid van de executieveiling niet (uitsluitend) de belangen bij een zo hoog mogelijke executieopbrengst van pandgever Participaties, pandhouder ING en de schuldeisers van Participaties voorop te stellen, maar ten onrechte ook het door ING gestelde belang van de onderneming van Wiefferink en de belangen van crediteuren en werknemers van Wiefferink bij de beoordeling van de executieveiling te betrekken. Het hof overweegt dat de belangen van de pandgever en andere schuldeisers – waaronder DHD c.s. – om een zo maximaal mogelijke opbrengst te generen voor de verpande Aandelen, in voldoende mate gewaarborgd waren. Het hof wijst er tevens op dat de overname van de Aandelen voor een bedrag van € 1 gezien moet worden in het licht van de slechte financiële positie van Wiefferink, die ertoe noopte dat, om het bedrijf voort te kunnen zetten, aanvullende financiering noodzakelijk was. Het is het hof evenmin gebleken dat sprake is van verboden toe-eigening als gevolg van samenspanning tussen ING als pandhouder en IJsbrand als koper op de enkele grond dat de executieopbrengst € 1 heeft opgeleverd.

DHD c.s. betogen verder dat sprake is geweest van onrechtmatige executie, althans misbruik van bevoegdheid van ING als pandhouder, omdat zij de Aandelen heeft verkocht voor € 1, in de wetenschap dat DHD c.s. als aandeelhouders van Participaties daardoor een fiscaal voordeel zijn misgelopen en zij derhalve ca. 4 miljoen euro schade hebben geleden. Het hof overweegt dat het pandrecht de exclusieve bevoegdheid verleent om met uitsluiting van eenieder een aandelentransactie te realiseren. Bovendien, zo overweegt het hof, blijft de vordering van ING op Wiefferink thans in volle omvang bestaan, zodat zij (enig) zicht houdt op terugbetaling van (een deel van) het door haar verstrekte krediet. Dat als gevolg van de overdracht van de Aandelen de mogelijkheid voor de aandeelhouders om een beroep te doen op de fiscale compensatieverrekening komt te vervallen, laat derhalve onverlet de

bevoegdheid van de pandhouder om gebruik te maken van zijn recht van parate executie, aldus het hof. Het hof concludeert dat ING in redelijkheid tot de uitoefening van haar executiebevoegdheid kon overgaan. Hierop stuit het beroep van DHD c.s. op misbruik van executiebevoegdheid en het beroep op onrechtmatige executie af.

DHD c.s. voeren verder aan dat de executie en de overdracht van de Aandelen niet rechtsgeldig is geschied, omdat aan de verpanding, de executie en de levering formele gebreken kleven. Deze grieven falen. Het hof overweegt dat de door de deurwaarder aangehouden termijn, die duidelijk blijkt uit de vooraf door publicatie bekend gemaakte veiling en veilingvoorwaarden, naar het publiek toe niet onredelijk kan worden geacht. Er zijn ook geen gebreken in de besluitvorming. Zo overweegt het hof dat ING op de buitengewone aandeelhoudersvergadering van Wiefferink rechtsgeldig gebruik heeft gemaakt van haar stemrecht en conform de blokkeringsregeling in de statuten goedkeuring heeft verleend aan de overdracht van de Aandelen aan IJsbrand. Het hof is niet gebleken van bevoegdheidsoverschrijding door ING bij de uitoefening van het haar op grond van het pandrecht toekomende stemrecht.

Ook is door DHD c.s. gegriefd tegen het oordeel van de rechtbank dat GmbH en Polska in strijd met de kredietovereenkomst zich bij geldleningsovereenkomst hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor de terugbetaling van de door DHD en Ulpia aan Wiefferink verstrekte lening. Het hof deelt de conclusie van de rechtbank dat de hoofdelijke aansprakelijkstelling door Polska en GmbH, nu deze zonder toestemming van ING is verstrekt, niet was toegestaan. Nu vaststaat dat Participaties, Wiefferink, Polska en GmbH in strijd met de kredietovereenkomst met ING zich jegens DHD en Ulpia tot meer hebben verplicht dan was toegestaan, heeft naar het oordeel van het hof de rechtbank op goede gronden geoordeeld dat dat voor DHD en Ulpia de verplichting met zich bracht om na te laten aanspraak te maken op de in de geldleningsovereenkomst tussen DHD en Ulpia enerzijds en Participaties, Wiefferink, Polska en GmbH anderzijds overeengekomen hoofdelijke aansprakelijkheid van Polska en GmbH, en heeft de rechtbank terecht ter voorkoming van wanprestatie aan de zijde van Participaties, Wiefferink, Polska en GmbH, het door ING gevorderde verbod toegewezen.

Het voorgaande voert tot de slotsom dat de grieven falen. Het hof bekrachtigt het vonnis.

*M.J. van de Graaf, april 2020*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 25-02-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2020:1609

**Zaaknummer:** 200.219.219

**Rechters:** I. Brand, M.H.F. van Vugt en J. Beuving

**Advocaten:** B. Verkerk, E.C. Netten en I. Spinath

**Wetsartikelen:** 3:248 BW, 3:250 BW, 3:296 BW, 13d Wet Vpb (1969) en 22 Wet Vpb (1969)

RECHTSPRAAK

## **Partijbedoelingen oprichtersrechten stichtingen particulier fonds**

***Vervolg op eerdere tussenvonnissen. Primaire vordering tot verklaring voor recht van eiser tegen zijn broer, inhoudende dat eiser en niet zijn broer de achterligger/beneficiary/UBO/founder/oprichter is van twee stichtingen particulier fonds (SPF EHJ en SPF Italian) en subsidiaire vordering tot bevel aan gedaagde om medewerking te verlenen aan overdracht van de oprichtersrechten van de beide SPF's aan eiser. Primaire vordering ingetrokken na bewijslevering door gedaagde en secundaire vordering afgewezen, omdat eiser afwijkende partijbedoelingen niet kan bewijzen.***

Deze uitspraak is een vervolg op eerdere tussenvonnissen. Eiser ('Broer 1') vordert primair een verklaring voor recht tegen zijn broer ('Broer 2'), inhoudende dat Broer 1 en niet Broer 2 de achterligger/beneficiary/UBO/founder/oprichter is van twee stichtingen particulier fonds (SPF EHJ en SPF Italian). Broer 1 vordert subsidiair een bevel aan Broer 2 om medewerking te verlenen aan overdracht van de oprichtersrechten van de beide SPF's aan Broer 1.

Het gerecht stelt vast dat op grond van een eerder tussenvonnissen Broer 2 *deeds of transfer* van 3 en 4 mei 2010 heeft overgelegd, waaruit blijkt dat de oprichtersrechten met betrekking tot de beide SPF's zijn overgegaan op Broer 2 en dat Broer 1 niet langer zijn primaire vordering handhaaft.

Het gerecht gaat vervolgens in op de subsidiaire vordering. Volgens Broer 1 is Broer 2 gehouden medewerking te verlenen aan de overdracht van de oprichtersrechten, omdat partijen steeds de bedoeling hebben gehad dat Broer 2 zich slechts tijdelijk als achterligger zou opstellen. De reden daarvoor was volgens Broer 1 om het vermogen van Broer 1 buiten het zicht van de Belastingdienst te brengen.

Het gerecht oordeelt dat ook al zou worden uitgegaan van de bedoeling van partijen zoals door

Broer 1 gesteld, dit nog niet tot de conclusie leidt dat de vordering van Broer 1 kan worden toegewezen. Volgens het gerecht is namelijk onvoldoende duidelijk geworden dat op Broer 2 een opeisbare verplichting rust tot medewerking, aangezien niets is gesteld over hoelang Broer 2 tijdelijk achterligger zou zijn.

Het gerecht merkt verder op dat de stelplicht en bewijslast dat Broer 2 slechts tijdelijk achterligger zou zijn, op Broer 1 rust en voor toewijzing van de vordering onvoldoende is dat partijen dat hebben bedoeld. Volgens het gerecht gaat het erom wat partijen hebben afgesproken.

Uit de *deeds of transfer* en een akte van levering van het onroerend goed in Santa Rosa, daterend van diezelfde maand, blijkt niets omtrent de door Broer 1 gestelde bedoeling van partijen. Er zijn ook geen andere stukken waaruit deze bedoeling blijkt. De getuige die is betrokken bij de oprichting van de SPF's, die de *deeds of transfer* heeft opgesteld en indirect bestuurder was van de SPF's, heeft verklaard dat hem niets bekend is over een afspraak dat Broer 2 slechts tijdelijk achterligger zou zijn.

Door Broer 1 is een aantal omstandigheden gesteld die als aanwijzing zouden moeten gelden voor het door hem gestelde tijdelijke karakter. Het gerecht is van oordeel dat deze omstandigheden te weinig gewicht in de schaal leggen en Broer 1 ook niets heeft gesteld over de wijze van totstandkoming en de inhoud van enige afspraak tussen hem en Broer 2 over tijdelijkheid (wanneer, waar, hoe, in wiens aanwezigheid en wat precies).

Volgens het gerecht heeft Broer 1 geen voor bewijs vatbare stellingen aangedragen die – indien bewezen – tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. Indien en voor zover de werkelijke bedoeling van partijen onvoldoende tot uitdrukking komt in de correspondentie of overeenkomsten, komt dat voor risico van degene die zich in een gerechtelijke procedure beroept op de gevolgen van dergelijke niet gedocumenteerde bedoelingen.

Het gerecht wijst de vordering af en compenseert de kosten op grond van artikel 6o Rv.

*J.W.P. Tulfer, april 2020*

---

**Instantie:** Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

**Datum uitspraak:** 17-02-2020

**ECLI:** ECLI:NL:OGEAC:2020:39

**Zaaknummer:** CUR201601387

**Rechters:** P.E. de Kort

**Advocaten:** M.F. Murray en K. Frielink



**Wetsartikelen:** 6o Rv

RECHTSPRAAK

## **Appellant/BE Precision Technology**

***Het hof beantwoordt de vraag of een overeenkomst tussen een verkoper en een stichting tot stand is gekomen op grond van het Kribbebijter-criterium. De medewerker van de stichting handelde niet voor zichzelf, maar namens de rechtspersoon. Daarnaast bestond ook twijfel over de vraag met welke rechtspersoon gecontracteerd was, aangezien de koper een stichting was, maar de factuur aan een (niet langer bestaande) bv met een gelijkende (handels)naam was gericht. De stichting was op het moment van totstandkoming van de overeenkomst de enige rechtspersoon die de betreffende handelsnaam voerde, en de medewerker was tevens in dienst bij deze stichting. Hierdoor kan worden aangenomen dat een overeenkomst tussen de stichting en de verkoper tot stand is gekomen.***

Een verkoper heeft apparatuur geleverd en gefactureerd aan een stichting voor een bedrag van € 5.094 (exclusief BTW). De stichting heeft dit bedrag nooit (volledig) voldaan. De verkoper heeft in eerste aanleg gevorderd dat de stichting wordt veroordeeld tot betaling van het bedrag inclusief BTW, op grond van de overeenkomst gesloten tussen beiden. Indien wordt geoordeeld dat geen overeenkomst tot stand is gekomen met de stichting, stelt zij dat een medewerker van de stichting onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen de stichting en een andere rechtspersoon, genaamd BE PT en/of BE Systems BV ('BE Systems'). De stichting betwist dat een overeenkomst tot stand is gekomen tussen haar en de verkoper en heeft aangevoerd dat niet zij maar BE PT, althans BE Systems, de contractspartij van appellant is. De rechtbank heeft de vorderingen van de verkoper afgewezen.

Het hof komt tot de conclusie dat er een overeenkomst tussen de verkoper en de stichting tot stand is gekomen en wijst de vordering van de verkoper toe. Het hof neemt daarbij de volgende omstandigheden in overweging. De medewerker waarmee appellant contact had

over de overeenkomst handelde niet voor zichzelf, maar namens een rechtspersoon. De stichting voerde ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst de handelsnaam 'BE Precision Technology' en die stond vermeld op het visitekaartje dat de betreffende medewerker aan appellant heeft gegeven bij de bespreking voorafgaand aan de offerte. De stichting was op dat moment de enige rechtspersoon die die handelsnaam voerde.

De medewerker heeft de offerte, die is gericht aan BE Precision Technology, zonder toelichting of commentaar geaccepteerd. Ook is van belang dat de levering van de goederen heeft plaatsgevonden op het adres waar de stichting haar bezoekadres had. De factuur is verzonden naar het adres waar de stichting, zo blijkt uit haar handelsregisterhistorie, ten tijde van de levering haar vestigingsadres had. Ook heeft de stichting € 1.000 betaald aan de verkoper, onder vermelding van het factuurnummer van de factuur.

Daar komt bij dat ten tijde van die betaling BE PT niet meer bestond en dat de medewerker van de stichting, terwijl BE PT en BE Systems op dat moment niet meer bestonden, een betalingsregeling wilde treffen voor het restant van de openstaande factuur. De verkoper mocht er dus van uitgaan dat zij contracteerde met een rechtspersoon met de (handels)naam 'BE Precision Technology'.

Dat de bespreking tussen de verkoper en de medewerker zou hebben plaatsgevonden op het kantoor van BE Systems, acht het hof onvoldoende zwaarwegend om te concluderen dat de verkoper om die reden er niet van uit mocht gaan dat zij met BE Precision Technology zaken deed, zeker nu (ook) de stichting op dat adres was gevestigd ten tijde van de bespreking.

*M.F. van Schendel*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 28-05-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2019:4613

**Zaaknummer:** 200.216.740

**Rechters:** R.A. Dozy, F.J.P. Lock en J.H. Steverink

**Advocaten:** M. Blok en A. Gras

**Wetsartikelen:**

RECHTSPRAAK

## **Minderheidsaandeelhouder/Fuelplants BV**

***Enquêteverzoek door minderheidsaandeelhouder. Bij tegenstrijdige belangen geldt omtrent informatieverzoeken van de minderheidsaandeelhouder niet de regel uit ASMI, maar die uit Zwagerman: de vennootschap dient uit eigen beweging en op vragen van de minderheidsaandeelhouder ook buiten een aandeelhoudersvergadering de nodige transparantie dient te betrachten. De OK willigt het verzoek in en benoemt als onmiddellijke voorziening een derde tot commissaris die toezicht houdt op het bestuur.***

In 2008 zijn E, D en A een samenwerking aangegaan, gericht op de veredeling van aardbeien- en frambozenrassen. In 2010 hebben zij een samenwerkingsovereenkomst gesloten en in 2011 is de onderneming voortgezet door Fuelplants B.V. ('Fuelplants'). De aandelen in Fuelplants worden gehouden door A (20%) en de tussenholdings van E en D (beide 40%). De twee tussenholdings vormen tevens het bestuur van Fuelplants. Fuelplants maakt gebruik van de handelsnaam Advanced Berry Breeding.

D en E besluiten op enig moment tot oprichting van een nieuwe vennootschap: Allberry B.V. ('Allberry'), waarvan het bestuur wederom wordt gevormd door hun tussenholdings. Allberry richt zich op de veredeling van frambozenrassen. In 2016 en 2017 vinden aandeelhoudersvergaderingen van Fuelplants plaats, waarin A verzoekt om informatie en het naleven van de samenwerkingsafspraken in de samenwerkingsovereenkomst. Deze verzoeken worden niet of onvoldoende gehonoreerd. In 2018 is Advanced Berry Breeding B.V. ('Advance Berry Breeding') opgericht. De aandelen zijn gecertificeerd, de twee tussenholdings van D en E houden de certificaten. Het bestuur bestaat uit H, en twee aan de grootaandeelhouders gelieerde bestuurders. Advance Berry Breeding houdt zich bezig met de royaltyadministratie en licentie-inkomsten.

De samenwerking tussen A, D en E loopt niet lekker meer, hetgeen onder meer tot uiting komt

in de informatieverstrekking door het bestuur van Fuelplants aan A in de aandeelhoudersvergadering van Fuelplants. De samenwerkingsovereenkomst wordt opgezegd door D en E, en er ontstaat onenigheid over de kwekersrechten. A verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Fuelplants, met name op het gebied van de belangenverstrengeling van D en E vanwege hun betrokkenheid bij Fuelplants enerzijds en Allberry en Advance Berry Breeding anderzijds, alsmede de schending van de bijzondere zorgplicht van het bestuur van Fuelplants jegens A als minderheidsaandeelhouders. Daarbij verzoekt A verschillende onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding, waaronder (i) een commissaris te benoemen die toezicht houdt op het bestuur en een goedkeuringsrecht heeft met betrekking tot bestuursbesluiten en (ii) Fuelplants te verbieden uitkeringen ten laste van haar vermogen te doen en betalingen te doen aan vennootschappen direct of indirect bestuurd door D en/of E.

De OK stelt voorop dat de vraag aan wie de kwekersrechten toekomen, een vermogensrechtelijke kwestie is die behoort tot de bevoegdheid van de gewone burgerlijke rechter. De OK constateert dat de rechten en verplichtingen van Fuelplants met betrekking tot de kwekersrechten niet op een eenvoudige wijze met voldoende zekerheid kunnen worden vastgesteld. Dit is strijdig met de verplichting van het bestuur om een administratie te voeren op zodanige wijze dat de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon te allen tijde kunnen worden gekend. Aangezien de exploitatie van kwekersrechten mede de kern vormt van de onderneming van Fuelplants, acht de OK deze situatie op zichzelf een gegronde reden om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen.

De grootaandeelhouders zijn indirect bestuurders van Fuelplants, Allberry en Advanced Berry Breeding, hetgeen betekent dat zij de belangen van de vennootschappen zorgvuldig gescheiden dienen te houden en dat zij jegens A, als minderheidsaandeelhouders van Fuelplants, die geen deel uitmaken van het bestuur, daarover een grote mate van transparantie dienen te betrachten. De OK oordeelt dat het aannemelijk is dat de grootaandeelhouders als indirect bestuurder van Fuelplants niet overeenkomstig die norm hebben gehandeld. Het oordeel van de OK berust met name op het feit dat er onduidelijkheid bestaat over de gerechtigheid van Fuelplants en Allberry tot dezelfde kwekersrechten. Deze onduidelijkheid rechtvaardigt het vermoeden dat de indirecte bestuurders van Fuelplants zich laten leiden door hun persoonlijke belangen als indirect bestuurder en aandeelhouder van Allberry. Daarbij is niet gebleken dat de grootaandeelhouders op enige wijze een zorgvuldige scheiding tussen de belangen van de vennootschappen hebben aangebracht of enige maatregel is getroffen met het oog op die tegenstrijdige belangen.

De OK merkt voorts op dat vanwege de tegenstrijdige belangen niet als uitgangspunt heeft te gelden dat aandeelhouders buiten de algemene vergadering van aandeelhouders geen recht

hebben op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie (zie ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (*ASMI*)), maar dat in plaats daarvan heeft te gelden dat de vennootschap in de gegeven omstandigheden, uit hoofde van haar zorgplicht ex artikel 2:8 BW jegens de minderheidsaandeelhouder, in beginsel uit eigen beweging en op vragen van de minderheidsaandeelhouder ook buiten een aandeelhoudersvergadering de nodige transparantie dient te betrachten (zie ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*)). Met de wijze waarop en de mate waarin Fuelplants A heeft geïnformeerd, heeft zij daar niet aan voldaan. Dit levert een gegronde reden op om aan een juist beleid te twijfelen.

De OK wijst na afweging van bovenstaande omstandigheden het verzoek tot het bevelen van een enquête toe vanaf 1 juli 2011 en acht het gezien de tegenstijdige belangen van D en E en de informatievoorziening aan A noodzakelijk om bij wijze van voorlopige voorziening een derde als commissaris te benoemen.

*M.M.H.A. Leurs, april 2020*

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 27-02-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:717

**Zaaknummer:** 200.263.174/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, A.J. Wolfs en A.W.H. Vink

**Advocaten:** B.D. Bos, J.W. de Groot, M.V.A. Heuten, L. Koning, M.J. Folkeringa en H. Şimşek

**Wetsartikelen:** 2:349a BW en 2:350 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

## **Caceis Bank/Stichting Administratiekantoor Aandelen Kas Bank c.s.**

***OK; uitkoop minderheidsaandeelhouders Kas Bank; tussenarrest. Eiser wordt toegelaten om bij nadere akte aan te tonen dat is voldaan aan de 95%-drempel van artikel 2:359c lid 1 BW. Biedprijs in het kader van openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft wordt vermoed een billijke prijs te zijn in de zin van artikel 2:359c lid 6 BW, ondanks buiten beschouwing laten aandelen werknemers bij berekening acceptatiegraad.***

Caceis Bank S.A. ('Caceis') is een Franse bewaarbank en onderdeel van de Franse Crédit Agricole groep. Kas Bank N.V. ('Kas Bank') richt zich met name op effectendienstverlening aan professionele beleggers in de pensioen- en effectenwereld. Het geplaatste kapitaal van Kas Bank bestaat uit 15.699.017 gewone aandelen ('Gewone Aandelen') en 25 cumulatief preferente aandelen ('Preferente Aandelen'). Stichting Administratiekantoor Aandelen Kas Bank ('STAK') houdt een gedeelte van de Gewone Aandelen in administratie en de daarvan door STAK uitgegeven certificaten waren tot 5 november 2019 beursgenoteerd.

Via een openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft heeft Caceis 14.278.354 (certificaten van) Gewone Aandelen verworven voor een prijs van € 12,75 per (certificaat van een) Gewoon Aandeel. Via onderhandse akte heeft Caceis na afloop van de na-aanmeldtermijn nog eens 34.233 (certificaten van) Gewone Aandelen verworven.

Kas Bank heeft vervolgens besloten al haar 916.363 eigen aandelen op de voet van artikel 2:100 lid 3 BW in te trekken. De Preferente Aandelen die werden gehouden door STAK heeft Kas Bank later om niet ingekocht.

Caceis vordert in deze procedure op grond van artikel 2:359c BW om STAK, Kas Bank, persoon A en de Vereniging van Effectenbezitters te veroordelen om de Gewone Aandelen waarvan zij houder zijn aan Caceis over te dragen.

De OK overweegt dat nu niet alle gedaagden zijn verschenen, zij op grond van artikel 2:359c lid 5 BW ambtshalve moet onderzoeken (i) of Caceis een openbaar bod heeft uitgebracht; (ii) of Caceis als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van de geplaatste Gewone Aandelen in het kapitaal van Kas Bank verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van Kas Bank vertegenwoordigt; en (iii) of de vordering is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders.

De OK stelt vast dat Caceis een openbaar bod heeft uitgebracht, maar dat de OK op basis van de door Caceis in het geding gebrachte stukken niet kan vaststellen dat Caceis op de dag van dagvaarding voldeed aan het 95%-vereiste. Caceis wordt daarom in de gelegenheid gesteld zich hierover in een nadere akte uit te laten.

Bij de verdere beoordeling van de vordering gaat de OK ervan uit dat Caceis in dit bewijs zal slagen en spitst zij de zaak toe op de vaststelling van de (billijke) prijs. Op grond van artikel 2:359c lid 6 BW wordt, indien een vrijwillig openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft is uitgebracht, de waarde van de bij het bod geboden tegenprestatie geacht een billijke prijs te zijn, mits ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had.

De OK verwijst naar het door haar eerder gewezen arrest van 4 april 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:1203 (*Royal Reesink*)) waarin de OK heeft geoordeeld dat in de berekening van de acceptatiegraad van het bod niet meetellen, de (certificaten van) aandelen die worden gehouden door (rechts)personen die in een wezenlijk andere positie verkeren dan houders van (certificaten van) aandelen die door acceptatie van het bod slechts hun belang in de doelvennootschap verkopen tegen de onder het bod geboden tegenprestatie.

Op basis van het beloningsbeleid van Kas Bank hebben bestuurders en bepaalde werknemers recht op een variabele beloning die gedeeltelijk werd uitgekeerd in Gewone Aandelen. Caceis heeft de in totaal 13.914 aandelen van deze werknemers verkregen via een onderhandse transactie.

Volgens de OK bevinden de bestuurders van Kas Bank zich in een wezenlijk andere positie dan niet aan Kas Bank verbonden houders van Gewone Aandelen. De door hen in totaal gehouden 7.152 Gewone Aandelen dienen daarom buiten de berekening van de acceptatiegraad te worden gehouden. Of de overige werknemers zich in een wezenlijk andere positie bevinden, komt niet aan de orde, aangezien het al dan niet meetellen van deze (certificaten van) aandelen geen significant effect heeft op de acceptatiegraad. De OK laat deze (certificaten van) Gewone Aandelen daarom eveneens buiten beschouwing.

De OK stelt vast dat, ondanks het buiten beschouwing laten van de aandelen van de werknemers, de acceptatiegraad van het bod 97,16% bedraagt en Caceis dus ten minste 90%



van de Gewone Aandelen heeft verworven waarop het bod betrekking had, zoals bedoeld in artikel 2:359c lid 6 BW. De biedprijs van € 12,75 per Gewoon Aandeel wordt dan ook vermoed een billijke prijs te zijn.

De OK verwijst de zaak naar de rol voor het nemen van een akte door Caceis en houdt iedere verdere beslissing aan.

*D.E. Mandigers, april 2020*

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 11-02-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:480

**Zaaknummer:** 200.269.245/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, C.C. Meijer, A.J. Wolfs, F. van der Wel en E. Eeftink

**Advocaten:** D.J.F.F.M. Duynstee, C.C.M. de Smet en A.F.J.A. Leijten

**Wetsartikelen:** 2:359c BW en 5:74 Wft

RECHTSPRAAK

## **Star Bidco/BinckBank**

***OK; vordering tot uitkoop van de minderheidsaandeelhouders van BinckBank NV. Biedprijs wordt beoordeeld als billijke prijs. Peildatum gesteld op latere datum. Vordering tot uitkoop toegewezen.***

De procedure betreft een vordering tot uitkoop die door Star Bidco B.V. ('Star Bidco') is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders van BinckBank N.V. ('BinckBank'). Ter terechtzitting van de OK van 25 september 2019 heeft Star Bidco haar uitkoopvordering primair gegrond op artikel 2:359c BW en subsidiair op artikel 2:92a BW. Ingevolge het bepaalde in lid 5 van artikel 2:359c BW onderzoekt de OK ambtshalve of (i) Star Bidco een openbaar bod heeft uitgebracht, (ii) Star Bidco ten minste 95% van het geplaatste kapitaal verschaft, respectievelijk dit percentage aan stemrechten vertegenwoordigt, en (iii) of de vordering tot uitkoop is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders.

De OK overweegt ten eerste dat uit verschillende stukken blijkt dat Star Bidco een openbaar bod in de zin van artikel 5:74 Wft heeft uitgebracht. Voorts overweegt de OK dat Star Bidco op de dag van dagvaarding ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van BinckBank verschaft en ten minste 95% van de stemrechten in BinckBank vertegenwoordigde. Star Bidco hield voor eigen rekening in ieder geval 65.478.041 van de 67.500.050 aandelen in het geplaatste kapitaal van BinckBank. De 690.992 door BinckBank gehouden eigen aandelen worden niet meegenomen in deze berekening op grond van artikel 2:24d lid 1 BW jo. artikel 2:118 lid 7 BW.

De OK overweegt verder dat de gezamenlijke andere aandeelhouders op juiste wijze zijn gedagvaard. De aandeelhouders die bij naam bekend zijn, oftewel BinckBank en de BinckBank-bestuurders, zijn op juiste wijze gedagvaard. De aandeelhouders die niet bij naam bekend zijn en houders zijn van niet-girale aandelen aan toonder zijn conform artikel 54 lid 2 Rv gedagvaard.

Ook overweegt de OK dat Star Bidco de vordering heeft ingesteld binnen de in artikel 2:359c lid 3 BW genoemde termijn van drie maanden na afloop van de termijn voor aanvaarding van het bod.

Verder buigt de OK zich over de vraag of de waarde van de bij het bod geboden tegenprestatie als een billijke prijs kan worden geacht op grond van artikel 2:359c lid 6 BW. Hiervoor dient ten minste 90% van de aandelen waarop dat bod betrekking had, te zijn verworven door Star Bidco. Onder verwijzing naar de uitspraak van de OK inzake *Royal Reesink* (ECLI:NL:GHAMS:2017:1203), laat de OK een aantal aandelen buiten beschouwing bij de berekening van de acceptatiegraad van het bod, waardoor de acceptatiegraad van het bod uiteindelijk 98,47% bedraagt. De OK overweegt dan ook dat de waarde van de tegenprestatie onder het bod een billijke prijs is voor de aandelen van BinckBank.

Vervolgens stelt de OK de peildatum vast op 20 augustus 2019. De datum van de betaalbaarstelling onder het bod was 7 augustus 2019, maar pas op 20 augustus werd ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van BinckBank gehouden door Star Bidco.

De OK wijst de vordering tot uitkoop toe en stelt de prijs van de over te dragen aandelen vast op de billijke biedprijs van € 6,35 per aandeel.

*S.R.M.C. Vogelsang, april 2020*

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 11-02-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:477

**Zaaknummer:** 200.266.218/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, C.C. Meijer en A.J. Wolfs

**Advocaten:** R.G.J. de Haan, D.H. Tilanus en G.P. Oosterhoff

**Wetsartikelen:** 2:359c BW en 5:74 Wft

RECHTSPRAAK

## **Verzet inzake uitkoopprocedure Fortuna Entertainment Group N.V.**

***OK; uitkoop. Minderheidsaandeelhouders van Fortuna vorderen in verzet wijziging van de bij verstek vastgestelde aandelenprijs en peildatum. Verzet tijdig ingesteld aangezien Fortbet aan de minderheidsaandeelhouders geen redelijke termijn heeft gegeven om vrijwillig aan de bij verstek uitgesproken veroordeling tot aandelenoverdracht te voldoen. Vordering tot wijziging peildatum afgewezen. De OK houdt benoeming van een deskundige voor nader onderzoek naar de aandelenprijs aan, totdat de uitkoper ook de overige uit te kopen aandeelhouders, buiten de reeds in verzet gekomen minderheidsaandeelhouders, heeft opgeroepen.***

Voor een samenvatting van de feiten in deze casus verwijzen wij naar het arrest van de OK van 2 oktober 2018 onder OR 2018-0156. In dat arrest wees de OK de vordering van Fortbet Holdings Limited ('Fortbet') tot uitkoop van de overige aandeelhouders van Fortuna Entertainment Group N.V. ('Fortuna') ex artikel 2:92a BW bij verstek toe. Ten aanzien van de aandelenprijs, heeft de OK op 30 oktober 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:4037; 'het verstekarrest') – eveneens bij verstek – Fortbet gevolgd in haar subsidiaire vordering en de prijs per aandeel vastgesteld op € 7,83. Deze laatste uitspraak is verbeterd bij arrest van 1 november 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:4199).

In het onderhavige arrest stellen opposanten ('[A c.s.]') verzet in tegen het verstekarrest. Allereerst komt aan de orde of het verzet tijdig is ingesteld. Dit is volgens de OK het geval. Zij overweegt dat uit artikel 143 lid 3 Rv volgt dat de termijn waarbinnen verzet had moeten worden gedaan in deze zaak, aanvangt op de dag waarop de uitspraak bij verstek ten uitvoer is gelegd. Met verwijzing naar haar uitspraak van 7 december 2010 ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6899 (*Corporate Express*), stelt de OK vast dat de consignatie door Fortbet op 19 november 2018 moet worden aangemerkt als tenuitvoerlegging van de veroordeling tot overdracht van de

aandelen. Toch is de OK van oordeel dat de verzettermijn niet op die datum is gaan lopen, omdat Fortbet de betrokken aandeelhouders, gelet op de omstandigheden van het geval, geen redelijke termijn heeft gegeven om vrijwillig aan de veroordeling tot overdracht van de aandelen te voldoen (de OK verwijst wederom naar haar arrest inzake *Corporate Express*). [A c.s.] zijn daarom ontvankelijk in hun verzet tegen het verstekarrest.

Ten overvloede overweegt de OK dat ook als de verzettermijn wel op 19 november 2018 zou zijn aangevangen, [A c.s.] ontvankelijk zouden zijn in hun vordering. Een redelijke wetstoepassing van artikel 143 lid 2 en 3 Rv brengt volgens de OK namelijk mee dat de verzettermijn acht weken bedraagt, indien, zoals in dit geval, gedaagden in de verstekzaak door de eiser als onbekende aandeelhouders en dus niet bij naam waren gedagvaard, de gedaagden buiten Nederland wonen en de tenuitvoerlegging in Nederland heeft plaatsgevonden.

De OK voegt daar nog aan toe dat, zelfs al zou de verzettermijn wel reeds zijn verstreken, toepassing van de verzettermijn in het onderhavige achterwege dient te blijven op grond van artikel 6 EVRM en artikel 19 lid 4 EBETVo II, nu [A c.s.] pas na tenuitvoerlegging met het veroordelend arrest bekend zijn geraakt.

De OK beoordeelt vervolgens de inhoudelijke gronden van het verzet door [A c.s.]. Allereerst volgt de OK [A c.s.] niet in hun betoog dat als peildatum voor het bepalen van de aandelenprijs de datum van de dagvaarding van Fortbet zou moeten worden gehanteerd. De OK overweegt dat als uitgangspunt geldt bij uitkoopprocedures die volgen op een openbaar bod, dat de peildatum gelijk is aan de datum van de betaalbaarstelling onder het bod, mits de bieder dan ten minste 95% van het geplaatste kapitaal (en ten minste 95% van de stemrechten) van de doelvennootschap houdt. In haar arrest van 2 oktober 2018 heeft de OK vastgesteld dat Fortbet op 9 maart 2018 voor het eerst ten minste 95% van het geplaatste kapitaal hield en heeft die datum dus als peildatum genomen. De OK ziet onvoldoende grond om van die vaststelling af te wijken.

Vervolgens is aan de orde of – zoals [A c.s.] vorderen – de prijs per aandeel hoger zou moeten uitvallen dan het in het verstekarrest bepaalde bedrag van € 7,83. De OK stelt bij haar beoordeling voorop dat in het geval de prijsbepaling bij verstek wordt bepaald, zij er – mede gelet op artikel 21 Rv – op moet kunnen vertrouwen dat de eiser de relevante informatie juist, volledig en naar waarheid heeft verstrekt. Echter, als gevolg van voor de bepaling van de prijs van belang zijnde nieuwe informatie die tijdens de onderhavige zaak naar voren is gebracht, en waarvan onduidelijk is waarom Fortbet deze informatie eerder onvermeld heeft gelaten, overweegt de OK dat twijfel is gerezen over de bij het verstekarrest vastgestelde uitkoopprijs. Omdat onvoldoende gegevens beschikbaar zijn op basis waarvan de OK zelfstandig de prijs

kan bepalen, acht zij het nodig een deskundige te benoemen.

Tot slot oordeelt de OK dat, nu niet alle overige minderheidsaandeelhouders van Fortuna partij zijn bij deze verzetprocedure, Fortbet de gezamenlijke andere aandeelhouders, buiten de opposanten, op de voet van artikel 118 Rv als partijen in het geding dient op te roepen. De OK houdt de benoeming van de deskundige aan totdat de overige aandeelhouders zijn opgeroepen.

*T.A. Janse, april 2020*

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 14-01-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:300

**Zaaknummer:** 200.242.018/02 OK

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

**Advocaten:** G.T. Poot, D.J.F.F.M. Duynstee en T. Drenth

**Wetsartikelen:** 2:92a BW en 143 Rv

RECHTSPRAAK

## Oude Liefde/Nieuwe Liefde (Gein BV)

***OK; enquête. Onmiddellijke voorziening. OK beveelt onderzoek naar beleid en gang van zaken bij de holdingvennootschap, maar niet bij de dochtervennootschap, vanwege verstoorde verhoudingen in het bestuur en de aandeelhoudersvergadering van de holding. Als onmiddellijke voorziening wordt een tijdelijk bestuurder met doorslaggevende zeggenschap benoemd. Voor deze bestuurder gelden de beperkingen van een goedkeuringsvereiste door de AVA voor bepaalde bestuursbesluiten niet.***

Oude Liefde BV ('Oude Liefde') en Nieuwe Liefde BV ('Nieuwe Liefde') zijn beide 50%-aandeelhouder en tevens alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder van Gein BV ('Gein'). Gein heeft twee dochtervennootschappen De Witte Dame BV ('De Witte Dame') en Stationsplein 3 BV ('Stationsplein'). In Stationsplein is een horecapand ondergebracht. De Witte Dame heeft als doel het exploiteren van een horecaonderneming (een hotel). De verhoudingen tussen Oude Liefde en Nieuwe Liefde zijn vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst, waarin onder andere is bepaald dat bepaalde bestuursbesluiten slechts door beide bestuurders gezamenlijk kunnen worden genomen. Meer ingrijpende bestuursbesluiten behoeven de goedkeuring van de AVA van Gein met gekwalificeerde meerderheid van stemmen.

Tot 2016 was Gein enig aandeelhouder en bestuurder van De Witte Dame. In 2016 is Gein voor de exploitatie van de horecaonderneming een samenwerking aangegaan met Xiom Food BV (belanghebbende in de procedure). Vanaf dat moment houdt Gein 66,7% van de aandelen in het kapitaal van De Witte Dame. De overige 33,3% van de aandelen wordt gehouden door Xiom Food BV. Gein en Xiom Food BV zijn beide als bestuurder bevoegd om De Witte Dame alleen/zelfstandig te vertegenwoordigen, maar behoeven volgens de aandeelhoudersovereenkomst voor belangrijke bestuursbesluiten en rechtshandelingen unanieme instemming van de AVA.

Oude Liefde en Nieuwe Liefde verschillen van inzicht over diverse onderwerpen van meer dan

ondergeschikt belang en op enig moment zijn de verhoudingen ernstig verstoord. Oude Liefde verzoekt de OK een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Gein én De Witte Dame en onmiddellijke voorzieningen te treffen bij Gein.

De OK oordeelt dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken binnen Gein te twijfelen. Oude Liefde en Nieuwe Liefde onderkennen dat de verhouding tussen Oude Liefde en Nieuwe Liefde ernstig verstoord is, maar verschillen van mening over de vraag aan wie een en ander is te verwijten. Het wantrouwen tussen Oude Liefde en Nieuwe Liefde staat een normale communicatie tussen hen in de weg. Er vindt tussen Oude Liefde en Nieuwe Liefde geen constructief overleg meer plaats. Hierdoor, alsmede gelet op de bepalingen van de aandeelhoudersovereenkomst met betrekking tot Gein, bestaat een vrijwel totale impasse in het bestuur en in de aandeelhoudersvergadering van Gein. Die impasse werkt door op het niveau van De Witte Dame en Stationsplein. Pogingen om uit de impasse te geraken zijn op niets uitgelopen. De OK acht het aannemelijk dat de impasse op het niveau van Gein – indien niet spoedig doorbroken – negatieve gevolgen heeft en zal hebben voor De Witte Dame en Stationsplein en degenen die bij deze ondernemingen betrokken zijn, waaronder Xiom Food BV en het personeel. Een en ander levert gegronde redenen op om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Gein te twijfelen. De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Gein vanaf 1 mei 2016.

De OK constateert dat de impasse tussen Oude Liefde en Nieuwe Liefde weliswaar doorwerkt op het niveau van De Witte Dame, maar dat zij zich met name manifesteert bij Gein. Het gaat in essentie om de wijze waarop binnen Gein invulling wordt gegeven aan haar taak als bestuurder en aandeelhouder van De Witte Dame. Waar zich bij De Witte Dame problemen voordoen, zijn deze terug te voeren op de impasse binnen Gein. Enkele verwijten van Oude Liefde aan Nieuwe Liefde die betrekking hebben op De Witte Dame, beschouwt de OK veeleer als een symptoom van de verstoorde verhoudingen binnen het bestuur van Gein. Op het niveau van De Witte Dame ziet de OK daarom geen zelfstandige reden voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

Naar het oordeel van de OK is het, gelet op de verstoorde onderlinge verhoudingen en gelet op de belangen van Gein, noodzakelijk om bij wijze van onmiddellijke voorziening in te grijpen in de samenstelling van het bestuur van Gein. De OK benoemt naast Oude Liefde en Nieuwe Liefde een tijdelijke bestuurder en bepaalt dat Gein zonder deze bestuurder niet vertegenwoordigd kan worden. Ten aanzien van de besluiten van deze bestuurder komt aan het bepaalde in de aandeelhoudersovereenkomst en de statuten van Gein geen werking toe. De OK bepaalt dat de te benoemen bestuurder voor de duur van het geding zelfstandig bevoegd zal zijn om Gein te vertegenwoordigen.



Voor het treffen van andere onmiddellijke voorzieningen ziet de OK vooralsnog geen aanleiding. Omdat de verstandhouding tussen (de DGA's van) Oude Liefde en Nieuwe Liefde ernstig is verstoord en herstel daarvan niet te verwachten is, merkt de OK op dat het de tijdelijk bestuurder vrij staat om te bezien of tussen partijen een regeling kan worden getroffen die strekt tot ontvlechting van hun belangen.

De OK heeft de aanwijzing van een onderzoeker vooralsnog aangehouden, opdat kan worden bezien of reeds door de te treffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt.

*M.C.J. Peeters, april 2020*

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 06-01-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:293

**Zaaknummer:** 200.265.044/01 OK

**Rechters:** A.W.H. Vink, G.C. Makkink en M.M.M. Tillema

**Advocaten:** L.P. Kruidenier, A.G.S. Nass en N. Pesman

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

RECHTSPRAAK

## **Uitkoopprocedure minderheidsaandeelhouders Globalworth**

***Vordering tot uitkoop minderheidsaandeelhouders van het beursgenoteerde Globalworth Poland Real Estate NV ('GPRE'). OK wijst vordering toe. De aandelen in GPRE vallen niet in het vermogen van Santander Bank, welke volgens het aandeelhoudersregister enig aandeelhouder van GPRE is. De aandelen vallen in het vermogen van de houders van de girale aandelen in het Poolse giraal effectensysteem, voor wie Santander Bank de aandelen houdt.***

Eiseres is Globalworth Holding B.V., gevestigd te Amsterdam ('Globalworth'). Gedaagden zijn de gezamenlijke, niet bij naam bekende, houders van aandelen in het geplaatste kapitaal van Globalworth Poland Real Estate ('GPRE'), gevestigd te Amsterdam ('de gedaagden'). Tegen de gedaagden is verstek verleend.

Globalworth vordert de gedaagden te veroordelen tot overdracht van de door hen gehouden aandelen in GPRE, tegen betaling van een prijs per aandeel van € 1,60, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het arrest tot de datum van overdracht van de aandelen, dan wel consignatie van de prijs.

GPRE investeert in vastgoed in Polen, in met name de kantorensector. De aandelen in GPRE zijn sinds 13 april 2017 genoteerd aan de Warsaw Stock Exchange ('WSE'). Op 4 oktober 2017 heeft Globalworth Asset Managers S.R.L. middels een openbaar bod van € 1,28 per aandeel 67,90% van de aandelen in GPRE verkregen. Vervolgens draagt Globalworth Asset Managers S.R.L. deze aandelen aan Globalworth over. In de periode juni 2018 – april 2019 vergroot Globalworth haar aandelenbelang in GPRE via uitgiften van aandelen en onderhandse transacties met (minderheids)aandeelhouders, tegen ten hoogste € 1,60 per aandeel. Op 26 april 2019 doet Globalworth een openbaar bod op de resterende aandelen in GPRE tegen een prijs van € 1,60 per aandeel.

Globalworth grondt haar vordering op artikel 2:92a BW. Omdat tegen de gedaagden verstek is

verleend, onderzoekt de OK of (i) Globalworth ten minste 95% voor eigen rekening van het kapitaal van GPRE verschaft en (ii) de vordering is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders in GPRE.

Ter ondersteuning van (i) hierboven (een belang van ten minste 95%) overlegt Globalworth (a) de statuten van GPRE, (b) uittreksels uit het handelsregister betreffende GPRE, (c) het aandeelhoudersregister van GPRE en (d) een verklaring van een notaris waarin onder meer wordt verklaard dat Globalworth ten tijde van de dagvaarding en de terechtzitting houder is van ongeveer 99,6% van de aandelen in GPRE. Deze verklaring baseert de notaris op onder meer een memorandum van het advocatenkantoor Weil, Gotshal & Manges – Pwael Rymarz sp.k ('Weil'). Uit dit memorandum volgt dat op basis van Poolse wet- en regelgeving en toepasselijke regelingen van de WSE en het Nationale Effectendepot in Polen (Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A.) ('KDPW') (a) alle aandelen in GPRE zijn gedematerialiseerd in de vorm van girale aandelen en zijn geregistreerd in het giraal effectendepot van KDPW en (b) dat slechts de houders van de girale aandelen in het giraal effectensysteem van KDPW economisch houder zijn van de girale aandelen en (c) dat slechts houders van girale aandelen worden beschouwd als aandeelhouders van GPRE. Op grond van de door Globalworth overlegde stukken staat volgens de OK genoegzaam vast dat Globalworth op de datum van de dagvaarding (afgerond) 99,6% van de aandelen in GPRE hield en aldus voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van GPRE verschaft. In zoverre acht de OK de vordering deugdelijk.

Met betrekking tot (ii) overweegt de OK dat de aandelen in GPRE niet in het vermogen van Santander Bank vallen, welke volgens het aandeelhoudersregister enig aandeelhouder van GPRE is. De aandelen vallen in het vermogen van de houders van de girale aandelen in het giraal effectensysteem van KDPW, voor wie Santander Bank de aandelen houdt. De OK oordeelt op basis daarvan dat Globalworth haar vordering terecht niet heeft ingesteld tegen Santander Bank of KDPW, maar tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders van GDRE, zonder bekende woon- of verblijfplaats in of buiten Nederland. Nu deze aandeelhouders op de juiste wijze zijn gedagvaard, acht de OK de vordering ook in zoverre deugdelijk.

De OK acht het gerechtvaardigd de prijs vast te stellen op € 1,60 per aandeel, omdat (i) de onderhandse transacties voor ten hoogste de gevorderde prijs hebben plaatsgevonden, (ii) een waarderingsrapport van Deloitte concludeert dat er geen indicaties zijn dat een prijs van € 1,60 geen redelijke prijs zou zijn en (iii) een verweer tegen de gevorderde prijs ontbreekt. Anders dan gevorderd wordt de uitkoopprijs niet vermeerderd met de wettelijke rente over de periode vanaf de datum van arrest. Nu de uitkoopprocedure parallel loopt aan het openbaar bod, is er volgens de OK aanleiding om aan te sluiten bij de datum van betaalbaarstelling onder het bod, zijnde 28 juni 2019. De OK oordeelt dat de uitkoopprijs wordt verhoogd met de

wettelijke rente vanaf de peildatum (28 juni 2019) tot de datum van de overdracht of consignatie van de prijs met rente, overeenkomstig artikel 2:92a lid 5 BW.

De OK wijst de vorderingen toe.

*J.J. Trommel, april 2020*

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 20-08-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2019:4019

**Zaaknummer:** 200.260.073/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, M.M.M. Tillema en C.C. Meijer

**Advocaten:** J.W. de Groot en K. van der Graaf

**Wetsartikelen:** 2:92a BW

RECHTSPRAAK

## **Gierkink Beheer**

***OK; enquête familiebedrijf Gierkink Beheer. Aandeelhouder blokkeert verkooptraject met beroep op statutair voorkeursrecht. Afwijzing verzoek van OK-functionarissen tot tijdelijk buiten werking stellen van de statutaire blokkeringsregeling en verplichting aandeelhouders tot overdracht aandelen. Afwijzing verzoek tot verkrijging machtiging tot verkoop onroerend goed, omdat deze machtiging niet nodig is. De bevoegdheid tot verkoop behoort reeds tot het instrumentarium van de OK-bestuurder en OK-beheerder.***

Het familiebedrijf Gierkink Beheer B.V. ('Gierkink') houdt zich bezig met de verhuur van een complex met loodsen en fabrieksgebouwen ('het Onroerend Goed'). De (erfgenamen van) vier gebroeders houden elk 25% van de aandelen in Gierkink. Tussen de aandeelhouders en familieleden bestaat een ernstig en diepgeworteld conflict dat mede heeft bijgedragen aan een financieel nijpende situatie bij Gierkink. Eerder beval de OK hierdoor bij beschikking een enquête naar het beleid en de gang van zaken bij Gierkink en benoemde bij wege van onmiddellijke voorziening een zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder met beslissende stem ('de Bestuurder') en een beheerder van aandelen, aan wie alle aandelen in Gierkink, met uitzondering van steeds één aandeel van iedere aandeelhouder, ten titel van beheer zijn overgedragen ('de Beheerder').

De Bestuurder en de Beheerder zien de enige oplossing van het geschil in een verkoop van de aandelen in Gierkink of verkoop van het Onroerend Goed. De aandeelhouders stemmen in met een daartoe door de Bestuurder en de Beheerder voorgesteld verkooptraject. Nadat van drie partijen biedingen voor de aandelen zijn ontvangen, is daarover tijdens een BAVA door de aandeelhouders gestemd. Een van de twee aandeelhouders die tegen het bod van de winnende bieder ('de Koper') stemde, heeft zich vervolgens beroepen op het statutaire voorkeursrecht.

De Bestuurder en de Beheerder wenden zich tot de OK. Zij verzoeken primair de statutaire blokkeringsregel buiten werking te stellen en de aandeelhouders te verplichten mee te werken

aan een overdracht van hun aandelen in Gierkink aan de partij met het winnende bod. Subsidiair verzoeken zij dat alle nog gehouden aandelen in Gierkink door de aandeelhouders aan de Beheerder ook ten titel van beheer worden overgedragen en de Beheerder te machtigen deze te verkopen aan de hoogste bidder. Meer subsidiair verzoeken zij hen te machtigen tot het verkopen van het Onroerend Goed. Aan hun verzoeken leggen de Bestuurder en de Beheerder ten grondslag dat de aandeelhouders ten opzichte van elkaar afstand hebben gedaan van hun voorkeursrecht, doordat zij hebben ingestemd met het door de Bestuurder en de Beheerder voorgestelde verkooptraject. Doordat tijdens de BAVA is besloten tot aanvaarding van het winnende bod, moeten de aandelen geacht worden te zijn aangeboden en is een koopovereenkomst tot stand gekomen. Op deze gronden zijn de aandeelhouders gebonden tot levering van hun aandelen. Door een beroep te doen op het statutair voorkeursrecht, schiet deze aandeelhouder tekort in de nakoming van de verplichtingen tegenover de koper en overige aandeelhouders, en wordt in strijd met de redelijkheid en billijkheid gehandeld.

De OK overweegt, na beoordeling van de correspondentie en mededelingen tussen partijen over het verkooptraject, dat niet met voldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat een overeenkomst met de koper tot stand is gekomen en de aandeelhouders afstand van hun voorkeursrecht hebben gedaan. Bij gebreke aan eenduidige schriftelijke afspraken wijst de OK de op deze stelling gegronde primaire en subsidiare verzoeken af. Voorts ziet de OK geen aanleiding het subsidiaire verzoek tot verkrijging van een machtiging tot verkoop van de aandelen toe te wijzen. De Beheerder, als tijdelijk benoemde beheerder van aandelen in een enquêteprocedure, is immers niet bevoegd te beschikken over de aandelen. Die bevoegdheid blijft bij de aandeelhouders. Daarbij komt dat het aan de Bestuurder, de Beheerder en de aandeelhouders vrij staat te besluiten om het door Gierkink gehouden Onroerend Goed te verkopen. Omdat de Bestuurder en de Beheerder daar zelf vorm aan kunnen geven, is in zoverre geen machtiging nodig om het nagestreefde doel te kunnen bereiken. Ook om deze reden wordt het meer subsidiaire verzoek tot machtiging van de Bestuurder en de Beheerder tot verkoop van het Onroerend goed afgewezen. De OK noemt op dit punt nog dat het, ingeval van benoeming van een tijdelijk bestuurder, niet aan de OK maar aan deze bestuurder is om binnen de grenzen van zijn taken en bevoegdheden te beoordelen of bepaalde maatregelen binnen of door de rechtspersoon moeten worden getroffen en, zo ja, die te treffen. De OK merkt hierover op dat verkoop van het Onroerend Goed onder de gegeven omstandigheden een passende maatregel zou kunnen zijn, en dat de Bestuurder en de Beheerder dit bijvoorbeeld kunnen doen door te kiezen voor een veiling of verkoop per opbod, door de kring van gegadigden te bepalen en/of door bepaalde voorwaarden te stellen aan de inhoud van de biedingen.

De OK concludeert tot afwijzing van het verzoek.

*O.R.J.C. Freens, april 2020*

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 04-06-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2019:1848

**Zaaknummer:** 200.237.414/02 OK

**Rechters:** A.J. Wolfs, G.C. Makkink en A.W.H. Vink

**Advocaten:** M.P.M. Fruytier, K. Rutten, J.L. van Maanen, L.M. Graal en J.P.J.M. Naus

**Wetsartikelen:** 2:349a lid 2 BW en 2:8 BW