

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 13, 2021

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:2021:817](#) 04-06-2021

Enquête DeSeizoenen - Toetsing van bestuurshandelen door de OK ingeval van tegenstrijdig belang

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:640](#) 23-04-2021

Beslaglegging onder vof

Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:1837](#) 23-06-2021

Afwijzing verzoek ontheffing OK bestuurder

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:5024](#) 25-05-2021

Maatschap exploitatie windmolen, beëindiging en verdeelsleutel

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:4720](#) 18-05-2021

Aantasting schorsing- en ontslagbesluiten Stichting Huurdersadviesraad Houten

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:865](#) 04-05-2021

Woodfever VOF/Harbour Group Europe B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:1706](#) 03-05-2021

Flynth Holding/Stichting Beheer Flynth c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:1114](#) 21-04-2021

Enquête GloMar Holding

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:842](#) 23-03-2021

OSI Convenience Holding/Grinding Holdings

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:529](#) 24-02-2021

IC Holding c.s./Cavari Clinics c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:304](#) 01-

02-2021

Enquête SNS Reaal - machtiging tot doen van mededelingen over inhoud conceptonderzoeksverslag

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:6315](#) 25-06-2021

Tyr/Schotte c.s.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:6037](#) 23-06-2021

Ayda/Advocaat

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:4951](#) 17-06-2021

DBB Beheer/OTX Logistics

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:2477](#) 16-06-2021

Blankestijn q.q./Bestuurders ProTech

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:4954](#) 16-06-2021

Afwijzing vordering curator ex artikel 843a Rv tot inzage in advocatendossiers

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:2513](#) 11-06-2021

Heropening vereffening Pre-Active

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:5869](#) 09-06-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid; geen ernstig verwijt en geen schending van persoonlijke zorgvuldigheidsnorm

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:5171](#) 09-06-2021

Besluiten Vereniging Unie van Marokkanen te Gorinchem

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:2387](#) 08-06-2021

Aandeelhouders Recentes Holding

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:2558](#) 02-06-2021

FOB Holding c.s./X – Geslaagd beroep op klachtplicht Boek 7 BW bij garantieschending na overname

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:4585](#) 28-05-2021

Uitleg beëindigingsovereenkomst vof

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:4332](#) 27-05-2021

Aandeelhoudersgeskil Atlas Hotel

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:2065](#) 04-05-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid ontbonden stichting

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:1595](#) 21-04-2021

Kwalificatie samenwerking als vof

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:4067](#) 21-04-2021

Bestuurder verbeurt dwangsom aan medebestuurder (en ex-echtgenote) wegens niet-tijdige informatieverstrekking

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:1484](#) 19-04-2021

Informele vereniging Caloh Wagoh verboden verklaard en ontbonden

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:2230](#) 14-04-2021

3BHoreca/X

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:3161](#) 14-04-2021

Contango/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Rijn- en Binnenvaart – Bestuurder niet aansprakelijk voor herziene pensioenpremies

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:3162](#) 14-04-2021

Mome/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Rijn- en Binnenvaart – Bestuurder niet aansprakelijk voor herziene pensioenpremies

RECHTSPRAAK

Mome/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Rijn- en Binnenvaart – Bestuurder niet aansprakelijk voor herziene pensioenpremies

Een pensioenfonds legt dwangbevelen ten uitvoer jegens bestuurders vanwege achterstallige (herziene) pensioenpremies. De bestuurders komen daartegen in verzet. De kantonrechter wijst de vorderingen uit hoofde van onbehoorlijk bestuur af.

Na het onbetaald blijven van pensioenpremies, legt de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Rijn- en Binnenvaart ('BPRB') dwangbevelen ten uitvoer jegens de twee voormalig (indirect) bestuurders van Argos Logistics B.V. ('Argos Logistics'). In deze procedure komt een van de twee (indirect) bestuurders in verzet tegen deze tenuitvoerlegging. De procedure die is ingesteld door de andere (indirect) bestuurder is vindbaar onder ECLI:NL:RBNHO:2021:3161 (OR 2021-0249). Het volgende had zich voltrokken.

Op 22 september 2015 besloot de algemene vergadering van Argos Logistics tot een dividenduitkering. Enkele maanden later waren de meeste activiteiten van Argos Logistics feitelijk beëindigd. Bij brief van 21 oktober 2016 liet BPRB Argos Logistics weten dat zij bij een looncontrole 'een aantal verschillen' constateerde tussen de pensioengevende salarissen in de administratie van BPRB en de administratie van Argos Logistics. In december 2016 werd Argos Logistics ontbonden en vond een turboliquidatie plaats. Bij brieven van 24 december 2016 en 17 februari 2017 ontving Argos Logistics herziene pensioenpremiënnota's. Betaling hiervan bleef uit. Vervolgens stelt BPRB de bestuurders van Argos Logistics hoofdelijk aansprakelijk en legt zij dwangbevelen jegens hen ten uitvoer.

BPRB stelt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bestuurders zouden allereerst niet hebben voldaan aan de meldingsplicht betalingsonmacht als bedoeld in artikel 23 lid 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. De kantonrechter gaat hier niet in mee en overweegt dat de betalingsverplichting pas concreet was vanaf de brief van 24 december 2016. Argos Logistics was toen al ontbonden en dus waren de bestuurders reeds gewezen bestuurders. Een gewezen bestuurder kan geen melding betalingsonmacht doen,

aldus de kantonrechter.

BPRB stelt voorts dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur omdat de bestuurders instemden met een dividenduitkering, waardoor Argos Logistics haar verplichtingen jegens BPRB niet langer kon nakomen. Ook deze stelling volgt de kantonrechter niet. Naar zijn oordeel kon het bestuur op het moment van de dividenduitkering niet weten, en evenmin behoorde het te weten, dat Argos Logistics nog premies verschuldigd was aan BPRB.

Tot slot meent BPRB dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur omdat de bestuurders zijn overgegaan tot turboliquidatie terwijl zij op dat moment wisten dat nog premies verschuldigd waren. De kantonrechter is evenwel van oordeel dat uit de opmerking in de brief van 21 oktober 2016 dat in de looncontrole *'een aantal verschillen'* is geconstateerd, weliswaar kan worden opgemaakt dat een naheffing zou gaan plaatsvinden, maar niet dat de huidige aanzienlijke herziene premienota's zouden worden opgelegd.

De kantonrechter verklaart voor recht dat de (indirect) bestuurder niet aansprakelijk is voor de achterstallige pensioenpremies, verklaart het verzet tegen de tenuitvoerlegging van de dwangbevelen gegrond, stelt de dwangbevelen buiten effect, en ontheft de (indirect) bestuurder van de vorderingen als opgenomen in de dwangbevelen.

J. Tromp, juli 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 14-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:3162

Zaaknummer: 7971208 CV EXPL 19-11844

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: R.C.M. Andriessen, A.C. van der Bent, F.A.M. ten Broeke en E.P. Sieben

Wetsartikelen: 23 lid 2 Wet Bpf 2000, 2 Besluit meldingsplicht Wet Bpf 2000, 3.1.2.

Uitvoeringsreglement BPRB 2015, 2:19 lid 5 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Woodfever VOF/Harbour Group Europe B.V.

Hoger beroep in een geschil omtrent de vordering tot betaling van facturen die betrekking hebben op verbouwingswerkzaamheden van twee horecaondernemingen. Het hof wijst de vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid af: er is niet voldaan aan de Beklamelnorm. Zonder nadere toelichting zijn jaarcijfers onvoldoende om te concluderen dat de vennootschap ten tijde van de transacties wist dat zij de verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Het hof wijst wel de vordering toe tot bepaling van de moedermaatschappij als contractspartij: het risico dat geïntimeerden lang onduidelijkheid hebben laten bestaan over de exacte identiteit van de contractspartij dient voor rekening van geïntimeerden te blijven.

Apellante, eveneens eiser in eerste aanleg, is Woodfever VOF (in liquidatie) ('Woodfever'). Woodfever exploiteert een onderneming die actief is in de interieurbouw voor de horeca. Geïntimeerden, eveneens gedaagden in eerste aanleg, zijn HGE B.V. ('HGE') en [X] ('X'). X is indirect enig aandeelhouder en bestuurder van HGE, een uitbater van verschillende horecagelegenheden in Amsterdam, Rotterdam en Ibiza. De (activiteiten van) de verschillende horecagelegenheden zijn alle ondergebracht in aparte rechtspersonen waarvan HGE aandeelhouder is. Woodfever heeft jarenlang voor HGE en de verschillende werkmaatschappijen werkzaamheden verricht, onder meer voor horecaondernemingen The Oyster Club B.V. ('The Oyster Club') te Amsterdam en Harbour Club Ibiza S.L. ('Harbour Club Ibiza') te Ibiza.

Tussen november 2015 en mei 2016 verricht Woodfever werkzaamheden in het kader van de verbouwing van de door The Oyster Club geëxploiteerde horecaonderneming 'The Harbour Club Café'. Voor deze werkzaamheden factureert Woodfever The Oyster Club een bedrag van € 145.403,29 ('Oyster Club Factuur'), welke factuur onbetaald wordt gelaten. Op 4 mei 2016 wordt The Harbour Club Café door brand verwoest. Begin 2016 verricht Woodfever

werkzaamheden in het kader van de verbouwing van de door Harbour Club Ibiza geëxploiteerde horecaonderneming. Hiervoor heeft Woodfever aan Harbour Spanje B.V. ('Harbour Spanje') een factuur van € 115.798,21 gestuurd ('Ibiza Factuur'). Na sommatie door Woodfever tot betaling van deze factuur betwist Harbour Spanje opdrachtgeefster te zijn en wordt de factuur gewijzigd en gericht aan HGE. Deze factuur is eveneens onbetaald gebleven

In eerste aanleg vordert Woodfever veroordeling van HGE tot betaling van de Ibiza Factuur op grond van de tussen Woodfever en HGE gesloten overeenkomst van aanneming van werk en daarnaast veroordeling van X tot betaling van de Oyster Club Factuur en de Ibiza Factuur op grond van bestuursaansprakelijkheid. Bij vonnis van 22 mei 2019 wijst de rechtbank alle vorderingen van Woodfever af. In hoger beroep vordert Woodfever (nogmaals) toewijzing van de vorderingen.

Met betrekking tot de grief gericht op de bestuursaansprakelijkheid van X, inhoudende dat X onrechtmatig heeft gehandeld als bestuurder van HGE met betrekking tot het onbetaald laten van de Oyster Club Factuur, overweegt het hof allereerst dat dit beroep op bestuursaansprakelijkheid is gebaseerd op schending van de Beklamefnorm. In dit kader oordeelt het hof dat de jaarcijfers van 2015 van The Oyster Club zonder nadere toelichting door Woodfever onvoldoende inzicht geven in de financiële toestand van The Oyster Club, om te kunnen concluderen dat X wist of behoorde te weten dat The Oyster Club ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Het enkele feit dat de vennootschap bij het aangaan van de overeenkomst een flink negatief eigen vermogen had, is als zodanig onvoldoende voor die conclusie. Ook de jaarcijfers van 2016 kunnen hiervoor niet als onderbouwing gelden en Woodfever heeft ook niet toegelicht welk inzicht deze jaarcijfers geven. Geïntimeerden hebben aangetoond dat kort voor het aangaan van de overeenkomst een dochtervennootschap van HGE financiering aan The Oyster Club beschikbaar heeft gesteld en, onder verwijzing naar de omzetten van The Oyster Club over de eerste vier maanden van 2016, hebben geïntimeerden aangevoerd dat zij verwachtten dat de Oyster Club Factuur zou kunnen worden voldaan uit de toekomstige kasstromen van The Oyster Club. Niet in geschil is dat het uiteindelijk onbetaald laten van de Oyster Club Factuur het gevolg is van de brand op 4 mei 2016 en de weigering van de verzekeraar tot een uitkering, die tot het staken van de horecaonderneming hebben geleid. Niet gesteld of gebleken is dat deze gebeurtenissen voor X voorzienbaar waren, dan wel dat hem daarvan een persoonlijk verwijt valt te maken. Het hof wijst de grief met betrekking tot de bestuursaansprakelijkheid af.

Het hof komt wel tot een toewijzing van de vordering van Woodfever dat HGE als opdrachtgeefster is aan te merken van de verbouwing van de door Harbour Club Ibiza geëxploiteerde horecaonderneming. Het hof constateert allereerst dat niet in geschil is dat

vanuit de HGE groep de opdracht is verleend tot de werkzaamheden met betrekking tot Harbour Club Ibiza en dat deze werkzaamheden door Woodfever zijn uitgevoerd. Woodfever heeft gesteld dat de opdracht mondeling is gegeven door de vennoot van X ('de Vennoot'), waarop HGE zich verweert met de stelling dat de Vennoot niet bevoegd is HGE te vertegenwoordigen. Binnen HGE is X verantwoordelijk voor de financiën en is de Vennoot de creatieve man. Vanuit die verdeling was de Vennoot het primaire contactpersoon van Woodfever en werden daarmee alle afspraken gemaakt. Op basis van getuigenverklaringen is echter duidelijk dat alles in overleg ging met X. Het hof oordeelt dat X daarom op de hoogte moet zijn geacht van de werkzaamheden van Woodfever voor de Harbour Club Ibiza.

Vervolgens beoordeelt het hof of de Vennoot namens HGE of een andere rechtspersoon is opgetreden, in welk kader van belang is wat de betrokken partijen hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Hieruit blijkt dat de Vennoot nooit duidelijkheid heeft gecreëerd over de exacte identiteit van de wederpartij van Woodfever en dat deze duidelijkheid er pas kwam nadat Woodfever de Ibiza Factuur naar Harbour Spanje had verzonden, waarna duidelijk werd dat de wederpartij de buitenlandse rechtspersoon Harbour Club Ibiza is. Het hof acht de stelling van Woodfever aannemelijk dat zij niet met deze buitenlandse rechtspersoon had gecontracteerd, als zij de identiteit bij het aangaan van de opdracht had geweten, vanwege verhaalsmogelijkheden. Het hof oordeelt dat de onduidelijkheid van de kant van geïntimeerde over de exacte contractspartij voor rekening van geïntimeerde moet blijven en concludeert dat op basis van alle omstandigheden HGE als opdrachtgeefster moet worden aangemerkt. Als gevolg hiervan dient HGE veroordeeld te worden tot betaling van de Ibiza Factuur.

Het hof veroordeelt HGE tot betaling van de Ibiza factuur en wijst het meer en overig gevorderde af.

J.J. Trommel, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 04-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:865

Zaaknummer: 200.268.874/01

Rechters: G.C. de Heer, M.C.M. van Dijk en R.F. Groos

Advocaten: M.J. Goedhart en A.V. Paardekooper

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Besluiten Vereniging Unie van Marokkanen te Gorinchem

De rechtbank is van oordeel dat op de eisers die vernietiging van besluiten van de vereniging vorderen, de stelplicht en de bewijslast van de onrechtmatigheid van deze besluiten rust. Aangezien eisers niet hebben voldaan aan de verplichting voldoende feiten te stellen voor toewijzing van hun vordering tot vernietiging van de besluiten, wijst de rechtbank deze vordering af.

De zes eisers in dit geschil zijn in het verleden toegelaten als lid van de Vereniging Unie van Marokkanen in Gorinchem ('VUMG'), een vereniging die onder meer tot doel heeft een moskee in stand te houden. Op 28 mei 2019 heeft in de moskee van VUMG een vechtpartij plaatsgevonden ('de Vechtpartij'). Aangezien VUMG eisers verantwoordelijk houdt voor (het ontstaan van) de Vechtpartij, heeft VUMG bij brieven van 29 mei 2019 het lidmaatschap van eisers opgezegd en aan hen een verbod opgelegd om het terrein van de moskee te betreden. Eisers vorderen in dit geschil op grond van artikel 2:15 BW vernietiging van de besluiten van VUMG die strekken tot opzegging van hun lidmaatschap en tot oplegging van een terreinverbod ('de Besluiten'). Eisers stellen hiertoe dat de rol die zij hebben gespeeld bij de Vechtpartij de Besluiten niet rechtvaardigt. Volgens hen is de Vechtpartij niet ontstaan omdat zij hiermee zijn begonnen, maar omdat anderen hen aanvielen. Daarnaast is volgens eisers sprake van willekeur, omdat andere betrokkenen niet zijn bestraft. VUMG betwist dat sprake zou zijn van willekeur.

Voor de beoordeling of de Besluiten vernietigd moeten worden, verwijst de rechtbank naar de relevante overwegingen uit het tussenvonnis van 9 december 2020. Hierin stelt de rechtbank voorop dat de stelplicht en bewijslast van de onrechtmatigheid van de Besluiten op grond van artikel 150 Rv op eisers rusten, aangezien zij de vernietiging van de Besluiten vorderen. Doordat eisers op het moment dat het tussenvonnis gewezen werd niet concreet gesteld hebben wat ieder van hen tijdens de Vechtpartij in de moskee precies heeft gedaan, of juist niet heeft gedaan, en waarom daaruit volgt dat het lidmaatschap van ieder van hen niet opgezegd had mogen worden, oordeelt de rechtbank dat zij tot dan toe niet voldaan hebben

aan hun stelplicht. De rechtbank vond het op dat moment echter te ver gaan om de vorderingen van eisers af te wijzen wegens het niet voldoen aan de stelplicht, mede omdat VUMG beschikbare beeldopnamen van het incident nog niet in het geding had gebracht. Daarom draagt de rechtbank VUMG op deze beeldopnamen in het geding te brengen en concreet toe te lichten wat volgens VUMG op die beelden te zien is, waarna eisers in de gelegenheid gesteld worden om door middel van het nemen van een akte alsnog aan hun stelplicht te voldoen.

De rechtbank ziet geen grond om terug te komen van het oordeel uit het tussenvonnis dat de stelplicht en bewijslast van de onrechtmatigheid van de Besluiten op eisers rust. Aangezien eisers vernietiging van de Besluiten vorderen, moeten zij immers op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv voldoende feiten stellen (en zo nodig bewijzen) voor toewijzing van hun vordering. Deze hoofdregel geldt ook als leden van een vereniging op grond van artikel 2:15 BW vernietiging vorderen van besluiten van de vereniging. Eisers hebben niet gesteld dat uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast zou voortvloeien.

In hun antwoordakte hebben eisers opnieuw geen toelichting per eiser gegeven waarin concreet en gedetailleerd wordt toegelicht en onderbouwd wat iedere eiser tijdens de Vechtpartij heeft gedaan, of juist niet heeft gedaan, en waarom daaruit volgt dat het lidmaatschap van die eiser niet opgezegd had mogen worden en ook het besluit tot een terreinverbod vernietigbaar is. Door deze toelichting opnieuw niet te geven, hebben eisers volgens de rechtbank ook in hun antwoordakte niet voldaan aan de verplichting voldoende feiten te stellen voor toewijzing van hun vordering tot vernietiging van de Besluiten. Daarom wijst de rechtbank de vordering af.

C.N. Perrick, juli 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:5171

Zaaknummer: C/10/595709 / HA ZA 20-431

Rechters: B. van Velzen

Advocaten: S. Meeuwsen en T.C. Cooman

Wetsartikelen: 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder verbeurt dwangsom aan medebestuurder (en ex-echtgenote) wegens niet-tijdige informatieverstrekking

Eiseres en gedaagde zijn ex-partners en beiden medebestuurder en certificaathouder van een holdingvennootschap. Gedaagde is bij arrest van het Hof 's-Hertogenbosch veroordeeld om op verbeurte van een dwangsom aan eiser gegevens te verstrekken van de holding over omgeleide betalingen en aan de vennootschap onttrokken gelden. De rechtbank Limburg oordeelt dat gedaagde niet tijdig (en volledig) aan de veroordeling van het hof heeft voldaan en dat hij de maximale dwangsom van € 100.000 verschuldigd is. De rechtbank veroordeelt gedaagde opnieuw de ontbrekende gegevens aan eiseres te verstrekken op verbeurte van een nieuwe dwangsom.

Eiseres ('A') en gedaagde ('B') zijn ex-partners, beiden bestuurders van een holdingvennootschap ('de Holding') en slechts gezamenlijk bevoegd om de Holding te vertegenwoordigen. Middels een stichting administratiekantoor is A voor 40% certificaathouder van de Holding en B voor 60%.

In 2014 is de werkmaatschappij van de Holding aan Weidelco Handstede B.V. ('Weidelco') verkocht. B heeft, zonder toestemming van A als medebestuurder, opdracht gegeven aan Weidelco om de aan de Holding toekomende huur en management fee te storten op (een) niet aan de Holding toebehorende rekening(en). Bij arrest van 22 januari 2019 betreffende een alimentatieprocedure, heeft het Hof 's-Hertogenbosch geoordeeld dat B aan A een overzicht moet verstrekken van alle omgeleide betalingen en onttrokken gelden met bijbehorende facturen en bankafschriften. Dit op verbeurte van een dwangsom van maximaal € 100.000.

A heeft zich op het standpunt gesteld dat niet alle stukken tijdig door B zijn overgelegd en is vervolgens een kort geding gestart. De voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg heeft voorlopig geoordeeld dat B aanvullende stukken dient te verstrekken en dat B bij niet-nakoming een dwangsom van maximaal € 100.000 verbeurt, voor zover de maximale

dwangsom als bepaald bij arrest van het Hof 's-Hertogenbosch niet reeds is verbeurd.

Omdat A van mening is dat B ook na het vonnis in kort geding niet alle stukken (tijdig) heeft verstrekt, start zij een bodemprocedure bij de rechtbank Limburg en vordert onder meer een verklaring voor recht dat de stukken niet tijdig zijn verstrekt en een veroordeling dat B een dwangsom van € 100.000 is verbeurd. Tevens vordert A opnieuw afgifte van aanvullende stukken op verbeurte van een nieuw op te leggen dwangsom.

De beantwoording van de vraag of de dwangsommen zijn verbeurd, hangt volgens de rechtbank af van de bewoording in het dictum van het arrest van het hof. De bewoording moet zo letterlijk mogelijk worden gevolgd en het risico van een niet-duidelijke veroordeling ligt bij de partij die de veroordeling heeft gevorderd, aldus de rechtbank.

In casu leidt voornoemde maatstaf ertoe dat de veroordeling in het dictum van het arrest zich niet uitstrekt tot gegevens die nog niet bestonden op de datum waarop het arrest is gewezen. Onder de zinsnede 'een overzicht van alle omgeleide betalingen en onttrokken gelden met bijbehorende facturen en bankafschriften' vallen volgens de rechtbank mede de rekening-courantverhoudingen van de Holding met derden die betrekking hebben op het omleiden of onttrekken van gelden.

Op basis van de producties die door B zijn verstrekt, komt de rechtbank tot de conclusie dat er begin 2019 omleidingen van gelden hebben plaatsvonden via de rekening van de zus van B, welke gelden aan de Holding toekwamen. Op basis van de veroordeling op 22 januari 2019 was B gehouden de gegevens met betrekking tot deze omgeleide betalingen eerder te overleggen dan in september 2019. Alleen al om deze reden is de maximale dwangsom van € 100.000 verbeurd. Anders dan B heeft aangevoerd is er volgens de rechtbank geen reden het maximale bedrag te verlagen.

A betoogt voorts dat B niet alle rekening-courantoverzichten heeft verstrekt waartoe hij is veroordeeld, nu uit de rekeningafschriften blijkt dat er verhoudingen bestonden met de zus van B en overige derden. De rechtbank oordeelt echter dat A nalaat het bestaan van rekening-courantvorderingen tussen de Holding en de zus van B dan wel derden nader te concretiseren.

Verder oordeelt de rechtbank dat het vonnis van de voorzieningenrechter niet kan leiden tot een additionele dwangsom. In het vonnis wordt immers bepaald dat een dwangsom kan worden verbeurd op basis van het vonnis, indien niet reeds de maximale dwangsom van € 100.000 op basis van het arrest van het hof is verbeurd.

Voor het overige oordeelt de rechtbank dat de vordering uit hoofde van onrechtmatige daad die A instelt als medebestuurder/certificaathouder van de Holding jegens B wegens het niet

voortzetten van de managementovereenkomst van de Holding niet voldoende is om een (zeer) ernstig verwijt vast te kunnen stellen.

De rechtbank stelt vast dat B niet tijdig en volledig uitvoering heeft gegeven aan de veroordeling van het hof, verklaart dat B de maximale dwangsom van € 100.000 verschuldigd is en veroordeelt B om de ontbrekende gegevens te overleggen op verbeurte van een dwangsom van € 250.000.

M.C.J. Peeters, juli 2021

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 21-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:4067

Zaaknummer: C/03/271518 / HA ZA 19-598

Rechters: J.R. Sijmonsma

Advocaten: E.Ph. Roelofs en J.H.M. Daniëls

Wetsartikelen: 6:162 BW; 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid ontbonden stichting

Een voormalig bestuurder vordert terugbetaling van een lening door een stichting en haar bestuurders. De voormalig bestuurder stelt dat de bestuurders, waarmee hij in het verleden gezamenlijk het bestuur van de stichting heeft gevormd, onrechtmatig hebben gehandeld door de stichting te ontbinden zonder de lening terug te betalen. De rechtbank wijst de vordering tegen de herleefde stichting toe. De vorderingen jegens de bestuurders worden afgewezen.

Namens een vriendengroep heeft A middels eiser, een bv, (tezamen: 'eiser') samen met gedaagden 2 en 3 (tezamen: 'gedaagden') een stichting opgericht ('de Stichting'). De Stichting heeft onder meer tot doel om 'een bijdrage te leveren aan het tot stand brengen van groepsbewustzijn, ware vriendschap en juiste menselijke verhoudingen tussen groepen en individuen onderling'.

De Stichting exploiteerde onder meer een project in Toscane waarbij een opleidingsinstituut en een Bed & Breakfast ('B&B') werden geëxploiteerd. De B&B werd geëxploiteerd in een pand dat werd gehuurd door een eenmanszaak van een van de leden van de vriendengroep.

Eiser heeft diverse bedragen aan de Stichting beschikbaar gesteld. Uiteindelijk is een gedeelte van dit geld geleend door middel van een overeenkomst tot geldlening ('de lening'). Nadat duidelijk werd dat de Stichting de lening niet tijdig kon aflossen, heeft eiser voorgesteld de voorwaarden van de lening aan te passen. Gedaagden hebben daarmee echter niet ingestemd. Vervolgens heeft eiser de Stichting gesommeerd de lening terug te betalen, waaraan de Stichting geen gehoor heeft gegeven. Nadat A was teruggetreden als bestuurder van de Stichting, hebben gedaagden besloten tot ontbinding van de Stichting en de Stichting ontbonden bij gebrek aan baten. In een eerdere procedure tussen partijen is de vereffening van de Stichting heropend met aanstelling van een vereffenaar ('de vereffenaar'). De vereffenaar heeft vastgesteld dat er een theoretische bate is in de Stichting, namelijk de inboedel die achter zou zijn gebleven in de B&B. Deze is echter niet meer feitelijk aanwezig.

Eiser vordert nakoming van de lening door de Stichting, alsmede de hoofdelijke veroordeling van gedaagden, in hun hoedanigheid van bestuurders van de Stichting, tot betaling van al hetgeen de Stichting uit hoofde van de lening aan eiser verschuldigd is, nu zij onrechtmatig zouden hebben gehandeld door de Stichting te ontbinden, waardoor de Stichting de lening niet heeft kunnen terugbetalen. De Stichting en gedaagden stellen dat geen sprake was van een lening, maar van donaties. Verder stellen gedaagden dat zij als bestuurders niet onrechtmatig hebben gehandeld.

De rechtbank stelt voorop dat de Stichting door de heropening van de vereffening is herleefd (art. 2:23c lid 1 BW). Op grond van de tekst van de lening en op grond van het beleidsplan van de Stichting oordeelt de rechtbank dat sprake is van een overeenkomst tot geldlening en niet van een donatie. Gedaagden hebben de lening ondertekend en tevens blijkt uit de e-mailcorrespondentie tussen partijen dat gedaagden hun ongenoegen blijven uiten over het feit dat A de lening niet wil omzetten in een donatie. Van een andersluidende afspraak tussen partijen is niet gebleken. Ook is niet gebleken dat de lening niet opeisbaar zou zijn. De Stichting wordt dan ook veroordeeld tot betaling van de lening plus de contractuele rente.

Ten aanzien van de vordering tegen de bestuurders overweegt de rechtbank dat bij de beoordeling of een rechtspersoon tekortschiet in de nakoming van een verbintenis, als uitgangspunt geldt dat enkel de rechtspersoon aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Enkel in bijzondere omstandigheden is daarnaast plaats voor aansprakelijkheid van de bestuurders. Aan de hand van de criteria zoals door de Hoge Raad geschetst in de arresten *Beklamel* en *Ontvanger/Roelofsen*, komt de rechtbank tot de conclusie dat gedaagden eiser niet hebben misleid bij het aangaan van de lening. Ten tijde van het aangaan van de lening was A immers zelf ook bestuurder en lid van de vriendengroep. Verder is gebleken dat A bij het aangaan van de lening nog vertrouwen in de Stichting had en er ten tijde van het aangaan van de lening nog geen zicht was op een dusdanige verslechtering van de financiële vooruitzichten van de Stichting dat gedaagden hadden moeten begrijpen dat de Stichting de lening niet zou kunnen terugbetalen. Ten slotte overweegt de rechtbank dat, indien gedaagden bij het aangaan van de lening er wel rekening mee hadden moeten houden dat de Stichting de lening niet zou terugbetalen, dit evenzeer voor A had moeten gelden, nu hij op dat moment ook bestuurder was van de Stichting en dus mede verantwoordelijk was voor het voeren van een juiste administratie.

Naar het oordeel van de rechtbank hebben gedaagden ook niet bewerkstelligd dat de Stichting haar verplichting tot terugbetaling van de lening niet is nagekomen. De rechtbank stelt vast dat niet is gebleken dat er ten tijde van de ontbinding van de Stichting nog zicht was op winstgevendheid of rendabiliteit. De financiële situatie stond dan ook niet aan de ontbinding in de weg. De rechtbank wijst de vordering jegens de gedaagden af.

T.M. Goudzwaard, juli 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 04-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:2065

Zaaknummer: C/16/490330 / HA ZA 19-118

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: A.A.S. Smulders en N. Broeren

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:23c lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Enquête DeSeizoenen - Toetsing van bestuurshandelen door de OK ingeval van tegenstrijdig belang

De centrale cliëntenraad van DeSeizoenen B.V. gaat in cassatie tegen de beschikking van de OK waarin wanbeleid bij DeSeizoenen is vastgesteld, maar de verzoeken tot het treffen van voorzieningen zijn afgewezen. De centrale cliëntenraad klaagt onder andere over het feit dat de OK het bestuurshandelen te terughoudend heeft getoetst. De conclusie van A-G Hartlief strekt tot verwerping van het cassatieberoep. De A-G stelt voorop dat het een vast uitgangspunt van het enquêterecht is dat de OK het ondernemingsbeleid in beginsel terughoudend toetst, maar dat verdergaande toetsing voor de hand kan liggen als sprake was van een tegenstrijdig belang. De A-G oordeelt in casu dat de OK terecht minder terughoudend, en dus indringender dan enkel marginaal, een vastgoedtransactie heeft getoetst, omdat die transactie het resultaat was van een onzorgvuldig proces. De A-G oordeelt verder dat de OK terecht de vastgoedtransactie niet volledig, en dus nog wel met enige terughoudendheid, heeft getoetst, omdat de governance van DeSeizoenen na de periode van het wanbeleid al aanzienlijk was verbeterd en vaststond dat de afronding van de vastgoedtransactie zorgvuldig was verlopen. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

Inleiding en procesverloop

DeSeizoenen B.V. ('DeSeizoenen') heeft een failliete zorginstelling doorgestart. Onderdeel van deze doorstart is de aankoop van vastgoed van de failliete zorginstelling door een

zustersvennootschap van DeSeizoenen, die op haar beurt het vastgoed aan DeSeizoenen verhuurt. DeSeizoenen draagt, door de gekozen financieringsstructuur, grotendeels het financiële risico dat gepaard gaat met de aankoop en het (onder)houden van het vastgoed ((de financiering van) de aankoop en verhuur van het vastgoed, hierna: ‘de Vastgoedtransactie’). De centrale cliëntenraad (‘de Cliëntenraad’) van DeSeizoenen vreest dat door deze financiële constructie publieke middelen die bestemd zijn voor de zorg, aan de zorg worden onttrokken.

Bij beschikking van 30 april 2018 gelastte de OK op verzoek van de Cliëntenraad een enquête bij DeSeizoenen. Voor een samenvatting van deze beschikking verwijs ik naar OR 2018-0073. Bij beschikking van 24 januari 2020 stelt de OK vast dat zich wanbeleid bij DeSeizoenen heeft voorgedaan in verband met de onzorgvuldige totstandkoming van de Vastgoedtransactie, maar legt de OK geen voorzieningen op. Volgens de OK is de periode waarin het wanbeleid plaatsvond, afgesloten en zou het treffen van voorzieningen slechts leiden tot onrust en onzekerheid. Voor een samenvatting van deze beschikking verwijs ik naar OR 2020-0053.

Het cassatieberoep

De Cliëntenraad gaat in cassatieberoep tegen de laatstgenoemde beschikking.

De Cliëntenraad klaagt over het oordeel van de OK dat:

de verwerving van het vastgoed geen corporate opportunity vormde die de toenmalige functionarissen binnen of onder DeSeizoenen hadden moeten proberen te realiseren; het wanbeleid slechts heeft plaatsgevonden tot het moment dat de financieringsconstructie vaststond; en

de inhoud van de overeenkomsten tussen DeSeizoenen en haar zustersvennootschap ter zake van de Vastgoedtransactie op zichzelf onvoldoende blijkt geeft van wanbeleid.

In zijn conclusie oordeelt A-G Hartlief dat deze klachten falen, omdat het oordeel van de OK volgens de A-G niet onbegrijpelijk is en voldoende is gemotiveerd.

Verder klaagt de Cliëntenraad dat de OK het handelen van de bestuurders van DeSeizoenen te terughoudend heeft getoetst. Volgens de Cliëntenraad moet de OK het handelen van een bestuur minder of zelfs niet terughoudend toetsen als sprake is van een (substantieel) tegenstrijdig belang van de betrokken bestuurders.

De conclusie van de A-G over de terughoudende toetsing van het handelen van bestuurders

De A-G stelt voorop dat het een vast uitgangspunt van het enquêterecht is dat de OK het

ondernemingsbeleid in beginsel terughoudend toetst. De A-G leidt uit de wetsgeschiedenis bij de Wet aanpassing enquêterecht af dat een rechter het handelen verdergaand, en dus niet slechts marginaal, toetst als sprake was van een tegenstrijdig belang. De A-G vat de uitgangspunten voor toetsing van bestuurlijk handelen door de rechter als volgt samen: marginale toetsing van dat handelen kan alleen aan de orde zijn als de functionarissen de regels hebben nageleefd die ervoor moeten zorgen dat binnen de onderneming fatsoenlijke besluitvorming plaatsvindt, waaronder de tegenstrijdig-belangregels; het resultaat van een onzorgvuldig proces wordt minder terughoudend getoetst dan het resultaat van een zorgvuldig proces.

De A-G past dit toetsingskader toe op de casus van DeSeizoenen. De OK stelde wanbeleid vast vanwege de onzorgvuldige totstandkoming van de Vastgoedtransactie. Gelet op dat oordeel, ligt het volgens de A-G voor de hand dat de Vastgoedtransactie minder terughoudend door de OK wordt getoetst. Dat de OK dit heeft gedaan, blijkt volgens de A-G uit de beschikking van de OK. De OK heeft blijkens de beschikking kritisch gekeken naar de door DeSeizoenen te betalen huur en de financiering van het vastgoed. Voor zover de Cliëntenraad betoogt dat de OK de Vastgoedtransactie minder terughoudend had moeten toetsen, faalt de klacht volgens de A-G.

Voor zover de Cliëntenraad betoogt dat de OK de Vastgoedtransactie volledig, in het geheel niet terughoudend, had moeten toetsen, faalt de klacht volgens de A-G ook. Na de periode van het wanbeleid heeft DeSeizoenen stappen gemaakt op het gebied van de governance en zijn diverse geconflicteerde bestuurders en commissarissen binnen DeSeizoenen teruggetreden. Voorafgaand aan de definitieve verwerving van het vastgoed hebben de niet-geconflicteerde bestuurder en de (inmiddels volledig onafhankelijke) raad van commissarissen van DeSeizoenen de transactie aan een zelfstandige toets onderworpen. In cassatie staat vast dat zij hun taak nauwgezet hebben vervuld. Gelet hierop is het niet onjuist dat de OK enige terughoudendheid heeft betracht bij het beoordelen van het resultaat van de transactie.

De A-G oordeelt dat alle klachten falen en concludeert daarom tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

C.W. Kuipers, juli 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-06-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:817

Zaaknummer: 20/01445

Rechters: M.V. Polak, H.M. Wattendorff, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons

Advocaten: J. de Bie Leuveling Tjeenk, F.J.L. Kaptein, R.L.M.M. Tan en F.E. Vermeulen

Wetsartikelen: 81 RO en 2:355 BW

RECHTSPRAAK

Tyr/Schotte c.s.

De (indirect) bestuurders worden door de rechtbank aansprakelijk gehouden voor de schade die is ontstaan door de inhuur van personeel op het moment dat het faillissement te verwachten was. Hen kan een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt vanwege het door een zustermaatschappij laten aangaan van verplichtingen waarvan duidelijk was dat deze niet konden worden nagekomen. De rechtbank oordeelt, anders dan eisers stellen, dat geen sprake is van misbruik van identiteitsverschil.

In deze zaak worden de zustermaatschappij en haar (indirect) bestuurders ('Schotte c.s.') van een gefailleerde vennootschap ('VV Demolition') door Tyr B.V. ('Tyr') aangesproken voor betaling van de door de failliet onbetaald gelaten facturen, omdat sprake zou zijn van vereenzelviging c.q. onrechtmatig handelen.

Schotte c.s. bestaat uit Schotte B.V. en haar indirect bestuurders. Schotte B.V. heette tot december 2019 Schotte Exploitatie Nieuwerkerk B.V. Tot december 2019 werd de naam Schotte B.V. gebruikt door een zustervenootschap van Schotte, welke zustervenootschap vanaf december 2019 'Schotte Sloopwerken B.V.' is gaan heten. Schotte Sloopwerken B.V. is op 3 maart 2020 in staat van faillissement verklaard. Kort voor het faillissement is de naam van Schotte Sloopwerken gewijzigd in 'VV Demolition B.V.'

Tyr legt het volgende aan haar vordering ten grondslag. Schotte heeft de oude naam van VV Demolition, voorheen Schotte B.V., overgenomen. Schotte, die dezelfde bestuurder en aandeelhouder als VV Demolition heeft en die vanaf hetzelfde adres haar bedrijfsactiviteiten verricht, heeft de activiteiten van VV Demolition feitelijk voortgezet. De vennootschappen zijn met elkaar verweven. Schotte heeft daarom misbruik gemaakt van identiteitsverschil om onder meer Tyr te benadelen. Schotte kan daarom vereenzelvigd worden met VV Demolition. Subsidiair stelt Tyr dat Schotte aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. Ook de (indirect) bestuurders zijn volgens Tyr aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW (jo).

art. 2:11 BW). Schotte c.s. voeren verweer.

De kantonrechter overweegt dat uit het *Rainbow*-arrest (HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480) volgt dat misbruik kan worden gemaakt van het verschil van identiteit tussen rechtspersonen. Dergelijk misbruik dient volgens de Hoge Raad in de regel te worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door dat misbruik aan derden is toegebracht. Onder uitzonderlijke omstandigheden is vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen de meest aangewezen vorm van redres.

Voor wat betreft de vordering jegens Schotte heeft Tyr gesteld dat het door de naamswijzigingen van Schotte en VV Demolition niet duidelijk was dat de vennootschap waarmee zij contracteerde, afstevende op een faillissement. De kantonrechter oordeelt dat dit onvoldoende is om vereenzelviging of onrechtmatig handelen aan te nemen.

Met betrekking tot de vraag of de (indirect) bestuurders aansprakelijk zijn voor de door Tyr gestelde geleden schade, overweegt de kantonrechter het volgende. Dat ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst(en) van opdracht tot ultimo 2019 bekend was dat VV Demolition haar verplichtingen niet zou (kunnen) nakomen, is door de (indirect) bestuurders gemotiveerd betwist en vervolgens door Tyr niet nader onderbouwd. Dat toen reeds sprake was van een bestaande bankgarantie aan een andere wederpartij van VV Demolition doet daar niet aan af. Niet (voldoende concreet) gebleken is dat er toen reden was te veronderstellen dat die bankgarantie zou worden uitgewonnen, terwijl evenmin, anders dan Tyr voorstaat, VV Demolition gehouden was om Tyr van het bestaan van deze bankgarantie op de hoogte te stellen. Dit brengt mee dat de vordering voor zover gebaseerd op de overeenkomsten met betrekking tot de werkzaamheden verricht tot eind 2019, reeds om die reden niet voor toewijzing in aanmerking komt.

Dit ligt anders met betrekking tot de opdracht voor de werkzaamheden in week 8, 9 en 10 van 2020. De (indirect) bestuurders zijn aansprakelijk voor de schade die voortvloeit uit het onbetaald laten van deze facturen, namelijk een bedrag van € 5.432,90. Hun kan een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt van het feit dat VV Demolition op 10/11 februari 2020 nog een verplichting is aangegaan met Tyr, terwijl toen reeds bekend was dat de daaruit voortvloeiende verplichtingen niet door VV Demolition zouden kunnen worden nagekomen en dat VV Demolition ook geen verhaal zou bieden voor de schade.

J. van den Dolder, juli 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:6315

Zaaknummer: 8814895 CV EXPL 20-36032

Rechters: A.M. van Kalmthout

Advocaten: J.J.F.M. Konings en J.J. Dekker

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ayda/Advocaat

De in rechte betrokken advocaat is niet aansprakelijk voor de mislukte incassoprocedure en de mislukte poging om bestuurders aansprakelijk te stellen. Er is namelijk geen sprake van een beroepsfout, noch van een causaal verband tussen de gestelde fout en de gestelde schade.

Ayda B.V. heeft haar advocaat ('de Advocaat') verzocht om rechtsbijstand te verlenen in verband met een geschil met een aannemingsbedrijf. In overleg met Ayda heeft de Advocaat een brief gestuurd en het faillissement van het aannemingsbedrijf aangevraagd. Vanwege een tekort aan middelen in de boedel kon de vordering niet worden voldaan, waarna Ayda een procedure is gestart om de bestuurders van het aannemingsbedrijf aansprakelijk te stellen. De rechtbank Alkmaar oordeelde dat de vordering van Ayda niet kon worden toegewezen, omdat de overeenkomst tussen Ayda en het aannemingsbedrijf niet zou zijn ontbonden. De brief die de Advocaat namens Ayda had gestuurd, bevatte volgens de rechtbank namelijk geen ontbindingsverklaring. Ayda stelt de Advocaat in onderhavige procedure aansprakelijk voor de schade die Ayda heeft geleden doordat de overeenkomst met het aannemingsbedrijf niet is ontbonden. Volgens Ayda is er sprake van een beroepsfout die ertoe heeft geleid dat Ayda geen verhaal heeft kunnen halen op het aannemingsbedrijf.

De rechtbank wijst de vordering af op twee gronden. Ten eerste oordeelt de rechtbank dat er geen sprake is van voldoende causaal verband tussen de door Ayda gestelde fout en de door Ayda gestelde schade. De schade is namelijk, zo overweegt de rechtbank, in eerste instantie ontstaan door een tekortkoming van het aannemingsbedrijf. Dat Ayda haar vordering niet kon verhalen, had te maken met het gebrek aan baten in de boedel en de mislukte poging om de bestuurders aansprakelijk te stellen. Ayda heeft volgens de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat dit anders zou zijn indien de fout niet was gemaakt. Hierdoor bestaat er onvoldoende causaal verband tussen de fout en de schade.

Ten tweede wordt de vordering door de rechtbank afgewezen omdat de Advocaat volgens de rechtbank niet foutief heeft gehandeld. De rechtbank oordeelt dat de brief die de Advocaat namens Ayda heeft verzonden wel degelijk een ontbindingsverklaring bevatte. Dat de

rechtbank Alkmaar daar eerder anders over heeft geoordeeld, kan volgens de rechtbank niet ten nadele van de Advocaat worden ingeroepen. De Advocaat was immers geen partij in die procedure en is dan ook niet gebonden aan het vonnis van de rechtbank Alkmaar.

A.L.M. van Rooij, 13 juli 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:6037

Zaaknummer: C/10/602063 / HA ZA 20-769

Rechters: J.E. Molenaar

Advocaten: G.C. Haulussy en M.J.G. Boender-Lamers

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing vordering curator ex artikel 843a Rv tot inzage in advocatendossiers

De curator van een failliete vof slaagt er niet in voldoende aannemelijk te maken dat sprake is van wanprestatie en/of onrechtmatig handelen, zodat een rechtmatig belang bij de gevorderde inzage in advocatendossiers van gefailleerden ontbreekt. Aan het beroep op de geheimhoudingsplicht wordt niet toegekomen. De curator kon de advocaten zowel in hun hoedanigheid van uitvoerend advocaat als van maat in rechte betrekken.

Eiser in deze zaak is de curator van een vennootschap onder firma en de twee voormalige vennoten. Hij vordert inzage in 'schriftstukken en gegevensdragers', die twee advocaten onder zich zouden hebben ingevolge hun overeenkomsten van opdracht met de vof en de beide vennoten in privé. Gedurende een periode van ruim vier jaar hebben de advocaten in totaal achttien dossiers voor gefailleerden behandeld. In het laatste jaar hebben zij ten minste € 78.000 gedeclareerd.

In een uitvoerig vonnis motiveert de rechtbank waarom volgens haar niet aan de voorwaarde van artikel 843a Rv is voldaan, dat sprake moet zijn van een rechtmatig belang bij de gevorderde inzage. Het door de curator gestelde rechtmatig belang betrof het aantonen van een vermoede tekortkoming of onrechtmatige daad. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 10 juli 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1251) overweegt de rechtbank dat de curator in dat geval zodanige feiten en omstandigheden dient te stellen en met eventueel reeds voorhanden bewijsmateriaal moet onderbouwen, dat voldoende aannemelijk is dat die tekortkoming of onrechtmatige daad zich heeft voorgedaan of dreigt voor te doen. Wanneer dit voldoende aannemelijk is, is afhankelijk van de stellingen en verweren en de overtuigingskracht van reeds overgelegd bewijsmateriaal.

De curator had verschillende verwijten gesteld, zoals schending van de verplichting om te informeren over de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand, onterechte verrekening

van declaraties met derdengelden en het hanteren van een onredelijk honorarium. In enkele gevallen werden die verwijten ondersteund door verklaringen van de gefailleerden. Die verklaringen waren op enkele punten echter duidelijk onjuist of werden tegengesproken door schriftelijke bevestigingen van de advocaten aan de gefailleerden. De slotsom van de rechtbank is dat de curator onvoldoende heeft gesteld om de hiervoor genoemde ‘aannemelijkheidsdrempel’ te halen en dat hij dus geen rechtmatig belang heeft bij de inzage. Deze (en alle andere) vorderingen van de curator worden dan ook afgewezen. Aan het beroep van de advocaten op hun geheimhoudingsplicht (art. 843a lid 4 Rv) komt de rechtbank niet meer toe.

Volgens de rechtbank werd overigens wel aan de twee overige voorwaarden van artikel 843a Rv voldaan. Zo overweegt zij dat de curator, gelet op zijn wettelijke taak, partij is bij de rechtsbetrekking – de overeenkomsten van opdrachten – met de advocaten. Daarnaast had de curator de gevorderde gegevens naar het oordeel van de rechtbank voldoende afgebakend, nu hij inzage had gevraagd in alle aangelegde dossiers, met uitzondering van de zich in die dossiers bevindende werkaantekeningen.

Een interessante voorvraag die de rechtbank in deze zaak moest beantwoorden, was of de curator wel de juiste partijen had gedagvaard. Hij had de twee advocaten gedagvaard die feitelijk de opdracht verrichtten, en niet de advocatenmaatschap met wie de overeenkomsten van opdracht waren aangegaan. De curator, die ook schadevergoeding had gevorderd, zou zich daardoor bij een toewijzend vonnis sowieso niet kunnen verhalen op het afgescheiden vermogen van de maatschap. Volgens de rechtbank kon de curator de natuurlijke personen echter wel in rechte betrekken. Ten eerste in hun hoedanigheid van maat, waarin zij ex artikel 7A:1679-1681 BW aansprakelijk zijn voor een eventuele wanprestatie van de maatschap. In de overeenkomst van opdracht was namelijk alleen de aansprakelijkheid van de maten als feitelijk opdrachtgever (art. 7:404 BW) en de hoofdelijke aansprakelijkheid voor het geheel (art. 7:404 lid 2 BW) uitgesloten. Ten tweede ook in hun hoedanigheid van advocaat, waarin zij weliswaar niet op grond van artikel 6:74 BW konden worden aangesproken (de maatschap was immers contractspartij en art. 7:404 BW was rechtsgeldig uitgesloten) maar (mogelijk) wel ingevolge artikel 6:162 BW.

J.H.M. van de Wiel, juli 2021

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 16-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:4954

Zaaknummer: C/03/277058 / HA ZA 20-223

Rechters: N.H.J. Lafghani

Advocaten: F. van Kersbergen

Wetsartikelen: 843a Rv, 92 Fw en 5:2 BW

RECHTSPRAAK

Enquête SNS Reaal - machtiging tot doen van mededelingen over inhoud conceptonderzoeksverslag

OK; enquête. In deze uitspraak staat de reikwijdte van artikel 2:351 lid 4 BW centraal. De voorzitter machtigt de verzoekende partij om mededelingen omtrent de inhoud van het conceptverslag te doen aan haar voormalig bestuurders en commissarissen, voor zover dat haar de gelegenheid geeft om op het conceptverslag te reageren. De machtiging strekt er niet toe om de verzoekende partij de gelegenheid te geven haar reactie op dat conceptverslag af te stemmen met de partijen waarmee zij het conceptverslag deelt.

In deze enquêteprocedure treedt de Vereniging van Effectenbezitters ('VEB') op als eiser, treden SRH N.V. en De Volksbank N.V. (SRH en De Volksbank gezamenlijk: 'SNS Reaal c.s.') op als verweerders, en de Staat der Nederlanden ('de Staat'), de stichting Beheer SNS Reaal ('Beheer'), de stichting Administratiekantoor Beheer Financiële Instellingen ('NLFI') en stichting Restitutie onteigende obligatiehouders SNS Stichting (gezamenlijk met een aantal natuurlijke personen: 'ROOS c.s.') als belanghebbenden.

Bij eerdere beschikkingen (zie daarover ook OR 2020-0138 en OR 2020-0139) heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. en een aantal onderzoekers ('de Onderzoekers') benoemd.

SNS Reaal c.s. verzoekt de voorzitter van de OK om – voor zover vereist – haar en de overige ontvangers van (delen van) het conceptverslag, althans SNS Reaal c.s. en hun voormalig bestuurders en commissarissen, te machtigen om 'in gesprekken met en in schriftelijke stukken gericht aan elkaar informatie te vergaren met verwijzing naar, en overleg te voeren over, de inhoud van (delen van) het conceptverslag'. De Staat en NLFI ondersteunen het verzoek, terwijl VEB en ROOS c.s. verzoeken het verzoek af te wijzen.

SNS Reaal c.s. stellen primair dat informatie-uitwisseling en overleg tussen ontvangers van

een conceptverslag niet worden belemmerd door het mededelingenverbod van artikel 2:351 lid 4 BW. Mocht dat wel het geval zijn, dan hebben zij belang bij de vordering, nu niet alle ontvangers meer werkzaam zijn bij SNS Reaal c.s. en dit SNS Reaal c.s. belemmert in de gelegenheid tot het effectief gebruikmaken van wederhoor.

VEB voert aan dat artikel 2:351 lid 4 BW zich wel degelijk tegen dit verzoek verzet en dat het voeren van onderling overleg bovendien onwenselijk is, omdat verklaringen dan immers op elkaar afgestemd zouden kunnen worden. Ook ROOS c.s. voeren aan dat toewijzing afbreuk zou doen aan het verkrijgen van openheid van zaken.

De voorzitter overweegt onder meer dat het verbod van artikel 2:351 lid 4 BW om mededelingen te doen uit de inhoud van het conceptverslag niet alleen strekt ter bescherming van de rechtspersoon, maar ook van de personen ten aanzien van wie in het conceptverslag wezenlijke bevindingen zijn opgenomen en van de Onderzoeker die de zorgvuldigheid van het onderzoek dient te bewaken.

Anders dan SNS Reaal c.s. stellen, staat het verbod uit artikel 2:351 lid 4 BW eraan in de weg dat een ontvanger van (een deel van) het conceptverslag daaruit mededelingen doet aan een ander die (een deel van) het conceptverslag heeft ontvangen in het kader van de in die bepaling bedoelde gelegenheid tot wederhoor. Uitgangspunt van het wettelijk verbod is weliswaar de voorkoming van openbaarmaking, maar de algemeenheid van het verbod creëert geen uitzondering voor personen die allen beschikken over hetzelfde deel van het conceptverslag. Hetgeen er niet aan in de weg staat dat overleg wordt gepleegd met de eigen advocaat.

Gezien het doel van het enquêterecht kan de voorzitter partijen hiertoe echter wel machtigen. In het huidige geval is daarbij van belang dat (i) zowel VEB c.s. als SNS Reaal c.s. het conceptverslag zullen ontvangen en zij zich daarover kunnen uitlaten; (ii) SNS Reaal voor het doen van uitlatingen afhankelijk is van voormalige bestuurders en commissarissen; (iii) de onderzoekers geen bezwaar hebben tegen het verlenen van de machtiging en niet verwachten dat dit afbreuk zal doen aan het verkrijgen van openheid van zaken.

Volgens de voorzitter wegen de bezwaren van VEB c.s. en ROOS c.s. minder zwaar, maar geven deze wel aanleiding om de machtiging aan SNS Reaal c.s. te beperken in de zin dat deze haar enkel in de gelegenheid stelt om op het conceptverslag te reageren en dus niet om de andere partijen gelegenheid te geven hun reactie af te stemmen met SNS Reaal c.s. of anderen.

T.M. Goudzwaard, juli 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:304

Zaaknummer: 200.159.002/05 OK

Rechters: G.C. Makkink

Advocaten: P.W.J. Coenen, G.T.J. Hoff, J.M.K.P. Cornegoor, H.J. de Kluiver, P.N. Ploeger, J.L. van der Schrieck, R.G.J. de Haan, S. Perrick, I. Spinath, A.R.J. Croiset van Uchelen, A.J.F. de Bruijn, K. Rutten en J.R. Hurenkamp

Wetsartikelen: 2:351 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Aandeelhouders Recentes Holding

In kort geding vordert een aandeelhouder de veroordeling van haar medeaandeelhouders tot overname van haar aandelen ter nakoming van een beweerdelijke koopovereenkomst, dan wel door te onderhandelen tot overeenstemming is bereikt. De voorzieningenrechter oordeelt dat geen overeenstemming is bereikt over de koopprijs en dus geen koopovereenkomst tot stand is gekomen. Ook geldt geen plicht tot dooronderhandeling.

De bv's A, B en C (gedaagden) zijn samen met de bv X (eiseres) indirect aandeelhouders van Recentes Holding BV ('Recentes'). Gedaagden hebben de samenwerking met X ter discussie gesteld, waarop X aan gedaagden heeft gevraagd om een voorstel voor de overname van de aandelen van X in Recentes. Nadat gedaagden een stappenplan hadden opgesteld, heeft X een voorstel gedaan dat door gedaagden is afgewezen. Vervolgens is X in een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van Recentes ontslagen als bestuurder onder gelijktijdige opzegging van de managementovereenkomst.

Gedaagden hebben de aandelen in Recentes laten waarderen, waarbij die waarde op € 398.000 is gesteld voor alle aandelen. Vervolgens is op verzoek van beide partijen door een derde bindend vastgesteld dat de waarde voor 100% van de aandelen € 1.043.000 bedroeg. Gedaagden hebben aan X laten weten dat zij de aandelen van X niet zouden overnemen, waarbij zij hebben aangeboden hun aandelen voor 75% van de vastgestelde waarde over te dragen aan X.

X is van mening dat een koopovereenkomst tussen haar en gedaagden tot stand is gekomen op grond waarvan gedaagden tegen betaling van € 260.750 de aandelen van X dienen af te nemen.

X vordert in kort geding dat gedaagden worden veroordeeld tot nakoming van de koopovereenkomst door tegen betaling van € 260.750 de aandelen van X in Recentes af te nemen op straffe van een dwangsom. Voorts vordert X dat op grond van artikel 3:300 BW het

vonnis dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm op te maken notariële leveringsakte tot overdracht van de aandelen, indien gedaagden niet binnen vier weken na dagtekening van het vonnis hebben voldaan aan de veroordeling om tegen betaling van € 260.750 de aandelen af te nemen. Subsidiair wordt gevorderd dat gedaagden worden veroordeeld om door te onderhandelen tot overeenstemming is bereikt of beide partijen instemmen met beëindiging van de onderhandelingen.

Gedaagden stellen zich op het standpunt dat X geen spoedeisende vordering heeft, een declaratoire uitspraak vordert hetgeen in kort geding niet mogelijk is en dat geen koopovereenkomst tot stand is gekomen.

Volgens de voorzieningenrechter is sprake van een spoedeisend belang, omdat partijen niet in staat zijn gebleken om in der minne een regeling te treffen en door X onweersproken is gesteld dat onduidelijkheid bestaat over de werking van het relatie- en concurrentiebeding waaraan X op grond van de tussen partijen gesloten aandeelhoudersovereenkomst is gebonden.

Het vaststellen van een rechtstoestand verdraagt zich niet met het voorlopige karakter van een kort geding, maar dat is anders als sprake is van erkenning of uit de stukken evident volgt dat sprake is van een volmaakte overeenkomst. Dat laatste wordt door gedaagden betwist, maar de voorzieningenrechter wil partijen toch enige duidelijkheid bieden of tussen hen een rechtsverhouding bestaat met betrekking tot de koop en levering van de aandelen in Recentes.

Volgens de voorzieningenrechter heeft X onvoldoende aannemelijk gemaakt dat partijen het met elkaar eens zijn geworden over de hoogte van de koopprijs voor de aandelen, hetgeen een essentieel onderdeel van een koopovereenkomst is. De vaststelling van de waarde door de bindend adviseur heeft slechts te gelden als aanbod door X, maar gedaagden zijn niet gehouden dat aanbod te aanvaarden. Onvoldoende aannemelijk is ook dat gedaagden zich op voorhand gecommitteerd hebben de vast te stellen waarde te betalen. De voorzieningenrechter oordeelt dan ook voorhands dat geen koopovereenkomst tot stand is gekomen.

Gedaagden waren voorts vrij om de onderhandelingen af te breken. De maatstaf ter beoordeling van de vraag of onderhandelingen mogen worden afgebroken, is streng en noopt tot terughoudendheid. X heeft niet duidelijk gemaakt op basis van welke reeds tussen partijen gemaakte afspraken zou moeten worden dooronderhandeld. Bovendien hebben gedaagden niet dusdanig een gerechtvaardigd vertrouwen gewekt en is geen sprake van feiten en omstandigheden die maken dat gedaagden tot dooronderhandelen gehouden zijn. Het is X geweest die het initiatief voor de overdracht heeft genomen, waarbij partijen hebben

afgesproken de aanbiedingsregeling te volgen, zodat de aandelen gewaardeerd zouden worden, maar waarbij gedaagden zich steeds het recht hebben voorbehouden af te zien van de overname van de aandelen.

De voorzieningenrechter wijst daarom de vorderingen van X af en veroordeelt X in de kosten.

J.W.P. Tulfer, juli 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 08-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:2387

Zaaknummer: c/o8/263868/kg/ za 21-74

Rechters: S.J.S. Groeneveld-Koekkoek

Advocaten: H.P. van der Veen en R.C.H. Bruinier

Wetsartikelen: 3:300 BW 6:217 BW, 6:227 BW, 6:248 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Flynth Holding/Stichting Beheer Flynth c.s.

De aandeelhouders van Flynth besluiten buiten een algemene vergadering het vertrouwen in de RvC op te zeggen. Vervolgens verzoekt het bestuur de OK tijdelijke commissarissen aan te stellen. De leden van de RvC stellen dat de opzegging van het vertrouwen niet rechtmatig is en dat zij enkele dagen na de dag waarop het besluit is genomen per direct ontslag hebben genomen, waardoor de benoeming dient te geschieden door de algemene vergadering. De OK overweegt dat de juistheid hiervan in het midden kan blijven, omdat beide aandeelhouders het verzoek van het bestuur steunen en zij met het bestuur stellen dat het besluit het onmiddellijke ontslag van de leden van de RvC tot gevolg had.

Flynth Holding N.V. ('Flynth') is een adviseurs- en accountantskantoor dat haar diensten met name verleent aan het midden- en kleinbedrijf en de agrarische sector. Flynth heeft drie bestuurders, een RvC en een ondernemingsraad. De aandeelhouders van Flynth zijn Stichting Beheer Flynth ('SBF') en Stichting Waarborg Accountantsbelangen ('SWA'). SBF houdt alle gewone aandelen in Flynth. SWA houdt het geplaatste prioriteitsaandeel in Flynth.

SBF en SWA hebben buiten een algemene vergadering besloten het vertrouwen in de RvC op te zeggen uit hoofde van artikel 2:161a lid 1 BW, welk besluit tevoren is gesteund door de ondernemingsraad en het bestuur en is gezonden aan de RvC met toelichting. Het besluit heeft het onmiddellijke ontslag van alle leden van de RvC tot gevolg, waarna het bestuur de OK dient te verzoeken tijdelijk één of meer commissarissen aan te stellen op grond van artikel 2:161a lid 3 BW.

Uit het verzoekschrift blijkt dat de voormalige leden van de RvC stellen dat het opzeggen van het vertrouwen niet rechtmatig is en dat zij enkele dagen na de dag waarop het besluit is genomen het bestuur en SBF hebben laten weten dat zij per direct ontslag hebben genomen, waardoor de benoeming dient te geschieden door de algemene vergadering op grond van

artikel 2:159 lid 1 BW.

De OK overweegt dat de juistheid van het standpunt van de voormalige commissarissen dat de opzegging van het vertrouwen niet rechtmatig is in het middel kan blijven, omdat beide aandeelhouders het verzoek steunen en zij met de bestuurders stellen dat de opzegging van het vertrouwen het onmiddellijke ontslag van de voormalige commissarissen tot gevolg had. Uit dien hoofde is de OK bevoegd één of meer tijdelijke commissarissen aan te stellen op grond van artikel 2:161a lid 3 BW.

De OK stelt met onmiddellijke ingang twee tijdelijke commissarissen aan voor zes maanden op grond van artikel 2:161a lid 3, waarbij de OK de suggesties van SBF, SWA en de ondernemingsraad volgt. Het salaris en de kosten van de tijdelijke commissarissen komen voor rekening van Flynth, maar het maken van afspraken over de exacte bezoldiging wordt overgelaten aan de tijdelijke commissarissen en Flynth.

S.R.M.C. Vogelsang, juli 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:1706

Zaaknummer: 200.292.418/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, J.S.T. Tiemstra RA en M.J.R. Broekema

Advocaten: J.H. Lemstra, F.B. Corpeleijn, B. Kemp en R. van der Stege

Wetsartikelen: 2:159 lid 1 BW, 2:161a lid 1 BW en 2:161a lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Beslaglegging onder vof

Twee vennoten, A en B, dreven in het verleden een vof. Nabestaanden van een schuldeiser van vennoot B hebben conservatoir derdenbeslag doen leggen onder vennoot A en de vof. Anders dan vennoot A betoogt, oordeelde het hof dat (vennoot A namens) de vof diende te verklaren dat het afroepen van voorschotbetalingen door vennoot B aan hemzelf bij de vof vorderingen heeft doen ontstaan die geacht moeten worden rechtstreeks voort te vloeien uit de vof-overeenkomst die ten tijde van de beslaglegging al bestond. A-G Wisseling-van Gent concludeert dat het oordeel van het hof in stand kan blijven. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G.

Vervolg op ECLI:NL:GHARL:2019:6731 (OR 2019-0119). Twee broers, A en B, hebben in het verleden een vennootschap onder firma ('de Vof') gedreven. De Vof is in 2008 ontbonden en door A als eenmanszaak voortgezet. B heeft persoon X om het leven gebracht en is veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding aan de nabestaanden van X.

Ter verzekering van hun vordering hebben de nabestaanden – onder meer – conservatoir derdenbeslag doen leggen onder A en de Vof. A heeft verklaard dat hij in een rechtsverhouding stond tot B, maar dat B uit die rechtsverhouding niets van A te vorderen had of nog te vorderen zou krijgen. Ook heeft (A namens) de Vof verklaard niets aan B verschuldigd te zijn of, uit een bestaande rechtsverhouding, verschuldigd te worden.

Het hof oordeelde dat het door B afroepen van voorschotbetalingen op de uit te keren winst aan hemzelf bij de Vof, vorderingen heeft doen ontstaan die geacht moeten worden rechtstreeks voort te vloeien uit de vof-overeenkomst die ten tijde van de beslaglegging al bestond. A diende namens de Vof dienovereenkomstig te verklaren in het kader van het onder de Vof ten laste van B gelegde beslag, dat betalingen door de Vof aan B gedurende het beslag in weerwil van het beslag hebben plaatsgehad. A gaat tegen dit oordeel in cassatie.

A-G Wesseling-van Gent concludeert ten aanzien van het oordeel van het hof dat hierin het voldoende begrijpelijk uitgelegde oordeel ligt besloten dat de vof-overeenkomst zo moet worden uitgelegd dat B voorschotbetalingen aan hemzelf kan afroepen en dat hierin de terechte verwerping ligt besloten van het betoog dat op grond van de vof-overeenkomst slechts een rechtsverhouding bestond tussen B en A, en niet tussen B en de Vof. Vanwege de aard van de Vof brengt het sluiten van een overeenkomst tot het uitoefenen van een vof ook mee dat een rechtsverhouding bestaat tussen iedere vennoot en de Vof als collectief in de vorm van een afgescheiden vermogen, waardoor het oordeel van het hof – dat het feit dat de Vof niet zelf partij is bij de vof-overeenkomst hieraan niet afdoet – geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en voldoende begrijpelijk is gemotiveerd. De A-G concludeert dan ook dat het oordeel van het hof in stand kan blijven.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het beroep en veroordeelt A in de kosten van het geding in cassatie.

S.R.M.C. Vogelsang, juli 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 23-04-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:640

Zaaknummer: 19/05234

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

Advocaten: R.T. Wiegerink, B.I. Kraaijpoel en N. van Triet

Wetsartikelen: 475 Rv

RECHTSPRAAK

Contango/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Rijn- en Binnenvaart – Bestuurder niet aansprakelijk voor herziene pensioenpremies

Een pensioenfonds legt dwangbevelen ten uitvoer jegens bestuurders vanwege achterstallige (herziene) pensioenpremies. De bestuurders komen daartegen in verzet. De kantonrechter wijst de vorderingen uit hoofde van onbehoorlijk bestuur af.

Na het onbetaald blijven van pensioenpremies, legt de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Rijn- en Binnenvaart ('BPRB') dwangbevelen ten uitvoer jegens de twee voormalig (indirect) bestuurders van Argos Logistics B.V. ('Argos Logistics'). In deze procedure komt een van de twee (indirect) bestuurders in verzet tegen deze tenuitvoerlegging. De procedure die is ingesteld door de andere (indirect) bestuurder is vindbaar onder ECLI:NL:RBNHO:2021:3162 (OR 2021-0250). Het volgende had zich voltrokken.

Op 22 september 2015 besloot de algemene vergadering van Argos Logistics tot een dividenduitkering. Enkele maanden later waren de meeste activiteiten van Argos Logistics feitelijk beëindigd. Bij brief van 21 oktober 2016 liet BPRB Argos Logistics weten dat zij bij een looncontrole 'een aantal verschillen' constateerde tussen de pensioengevende salarissen in de administratie van BPRB en de administratie van Argos Logistics. In december 2016 werd Argos Logistics ontbonden en vond een turboliquidatie plaats. Bij brieven van 24 december 2016 en 17 februari 2017 ontving Argos Logistics herziene pensioenpremiënnota's. Betaling hiervan bleef uit. Vervolgens stelt BPRB de bestuurders van Argos Logistics hoofdelijk aansprakelijk en legt zij dwangbevelen jegens hen ten uitvoer.

BPRB stelt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bestuurders zouden allereerst niet hebben voldaan aan de meldingsplicht betalingsonmacht als bedoeld in artikel 23 lid 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. De kantonrechter gaat hier niet in mee en overweegt dat de betalingsverplichting pas concreet was vanaf de brief van 24 december 2016. Argos Logistics was toen al ontbonden en dus waren de bestuurders reeds gewezen bestuurders. Een gewezen bestuurder kan geen melding betalingsonmacht doen,

aldus de kantonrechter.

BPRB stelt voorts dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur omdat de bestuurders instemden met een dividenduitkering, waardoor Argos Logistics haar verplichtingen jegens BPRB niet langer kon nakomen. Ook deze stelling volgt de kantonrechter niet. Naar zijn oordeel kon het bestuur op het moment van de dividenduitkering niet weten, en evenmin behoorden zij te weten, dat Argos Logistics nog premies verschuldigd was aan BPRB.

Tot slot meent BPRB dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur omdat de bestuurders zijn overgegaan tot turboliquidatie terwijl zij op dat moment wisten dat nog premies verschuldigd waren. De kantonrechter is evenwel van oordeel dat uit de opmerking in de brief van 21 oktober 2016 dat in de looncontrole *'een aantal verschillen'* is geconstateerd, weliswaar kan worden opgemaakt dat een naheffing zou gaan plaatsvinden, maar niet dat de huidige aanzienlijke herziene premienota's zouden worden opgelegd.

De kantonrechter verklaart voor recht dat de (indirect) bestuurder niet aansprakelijk is voor de achterstallige pensioenpremies, verklaart het verzet tegen de tenuitvoerlegging van de dwangbevelen gegrond, stelt de dwangbevelen buiten effect, en ontheft de (indirect) bestuurder van de vorderingen als opgenomen in de dwangbevelen.

J. Tromp, juli 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 14-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:3161

Zaaknummer: 7840165 \ CV EXPL 19-8348

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: R.C.M. Andriessen, A.C. van der Bent, F.A.M. ten Broeke en E.P. Sieben

Wetsartikelen: 23 lid 2 Wet Bpf 2000, 2 Besluit meldingsplicht Wet Bpf 2000, 3.1.2.

Uitvoeringsreglement BPRB 2015, 2:19 lid 5 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek ontheffing OK bestuurder

OK; enquête. In de Esperaza-zaak probeert een minderheidsaandeelhouder tevergeefs de tijdelijk bestuurder te ontheffen van zijn taak nadat de tijdelijk bestuurder het aandelenbelang van de minderheidsaandeelhouder heeft ontkend. De OK oordeelt dat de tijdelijk bestuurder zorgvuldig en binnen de aan hem opgedragen taak heeft gehandeld.

Bij beschikking van 17 september 2020 heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van houdstermaatschappij Esperaza Holding B.V. ('Esperaza') (zie OR 2020-0357). De achtergrond is – in het kort – het volgende. Sonangol E.P. ('Sonangol'), een Angolees staatsbedrijf, was voorheen 100%-aandeelhouder van Esperaza. In 2006 heeft Sonangol 40% van de aandelen overgedragen aan Exem Energy B.V. ('Exem') ('de Transactie'). De Transactie houdt mogelijk verband met corruptie onder het voormalige regime in Angola. In Angola, Portugal (waar Esperaza's enige indirecte dochteronderneming haar activiteiten ontplooiden) en Nederland lopen strafrechtelijke onderzoeken. Het aandeelhouderschap van Exem is voorts onderwerp van arbitrageprocedures tussen Exem en Sonangol.

In afwachting van het onderzoek heeft de OK bij wege van voorlopige/onmiddellijke voorzieningen (i) de door Exem benoemde bestuurder ontslagen, (ii) C.B. Schutte ('Schutte') benoemd als tijdelijk bestuurder met doorslaggevende stem en (iii) de aandelen van Exem ten titel van beheer overgedragen aan een onafhankelijke derde.

Schutte concludeert in een (concept)rapport dat de Transactie en daarmee samenhangende rechtshandelingen nietig zijn (art. 3:40 BW), omdat de Transactie onderdeel uitmaakte van een corruptie-/witwasaffaire. Esperaza ontkent daarop Exem's aandelenbelang. Exem kan zich hiermee niet verenigen en wendt zich tot de OK met het verzoek Schutte met onmiddellijke ingang te ontheffen uit zijn functie als tijdelijk bestuurder van Esperaza.

In tegenstelling tot Exem is de OK van oordeel dat Schutte zorgvuldig heeft gehandeld binnen

de reikwijdte van de aan hem opgedragen taak (die niet was begrensd). Een door de OK benoemde tijdelijk bestuurder kan naar eigen inzicht invulling geven aan zijn of haar taak de belangen van de vennootschap en daaraan verbonden onderneming te behartigen. De tijdelijk bestuurder is daarbij tevens gebonden aan de norm van artikel 2:8 BW, met dien verstande dat zorgvuldigheid betracht dient te worden ten opzichte van al degenen die bij de vennootschap en daaraan verbonden onderneming zijn betrokken.

Naar het oordeel van de OK vergde het belang van Esperaza dat Schutte een zelfstandig oordeel velde over de Transactie en dat Schutte – indien noodzakelijk – maatregelen zou treffen. Dit belang vloeide onder meer voort uit de noodzaak van het opheffen van een onrechtmatige toestand die de Transactie heeft teweeggebracht, de plicht een behoorlijke administratie te voeren en het voorkomen van mogelijke schendingen door Esperaza van (strafrechtelijke) wet- en regelgeving. Uit Schutte's (concept)rapport volgen zeer serieuze aanwijzingen dat Exem, ten laste van de Angolese staat, een zeer omvangrijk en ongerechtvaardigd voordeel is verstrekt, aldus de OK. Schutte hoefde de arbitrageprocedures niet af te wachten. Door het rapport eerst in concept aan Exem voor te leggen met het verzoek om een reactie, heeft Schutte overeenkomstig de norm van artikel 2:8 BW gehandeld.

De OK wijst Exem's verzoek af en veroordeelt Exem in de kosten van het geding.

B.J. Hermans, juli 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:1837

Zaaknummer: 200.275.461/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, W. Wind en M.J.R. Broekema

Advocaten: J.W. Leedekerken, A.P. Koburg, C.B. Schutte, L. Heide-Jørgensen, J.G. Geertsma, M.J. Drop, C. Boersma, R.H. Broekhuijsen, T.S. Jansen, A.S. van der Heide en C.N. van Dooren

Wetsartikelen: 2:8 BW

RECHTSPRAAK

DBB Beheer/OTX Logistics

In kort geding vordert een aandeelhouder jegens haar medeaandeelhouder het aanbieden van haar aandelen op grond van de statutaire aanbiedingsregeling, omdat sprake is van ‘change of control’ als bedoeld in de aandeelhoudersovereenkomst. De voorzieningenrechter legt de ‘change of control’-bepaling uit aan de hand van de Haviltex-norm en wijst de vordering toe.

In dit kort geding staan de aandeelhouders van OTX Solutions B.V. (‘OTX Solutions’) – DBB Beheer B.V. (‘DBB Beheer’) en OTX Logistics B.V. (‘OTX Logistics’) – tegenover elkaar. DBB Beheer vordert, in het kort, OTX Logistics te veroordelen haar aandelen in OTX Solutions aan te bieden op grond van de in de statuten opgenomen aanbiedingsregeling, nu sprake is van een ‘*change of control*’ zoals bedoeld in de tussen de partijen gesloten aandeelhoudersovereenkomst. In die overeenkomst is bepaald dat (ook) in dat geval de statutaire aanbiedingsplicht geldt.

Volgens DBB Beheer is van een ‘*change of control*’ zoals bedoeld in de aandeelhoudersovereenkomst sprake, nu zowel [X] als [Y] als bestuurders van OTX Solutions zijn afgetreden. OTX Logistics meent daarentegen dat enkel van een dergelijke ‘*change of control*’ sprake is bij een wijziging van de zeggenschap op aandeelhoudersniveau.

De voorzieningenrechter overweegt dat uit de tekst van de betreffende bepalingen niet eenvoudig kan worden afgeleid wat onder ‘*change of control*’ moet worden verstaan. In het licht van door DBB Beheer in het geding gebrachte verklaringen over de betekenis en totstandkoming van de bepalingen – en met toepassing van de Haviltex-regel – acht de voorzieningenrechter echter voldoende aannemelijk dat is overeengekomen dat door het aftreden van [X] en [Y] sprake is van een ‘*change of control*’, zodat de aandelen aan DBB Beheer moeten worden overgedragen.

T.A. Janse, juli 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 17-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:4951

Zaaknummer: C/15/315884 / KG ZA 21-220

Rechters: A.H. Schotman

Advocaten: E.F. Seunke en H.R. Pleiter

Wetsartikelen: 2:195 BW

RECHTSPRAAK

3BHoreca/X

Deze zaak betreft een post-closing geschil omtrent de vermeende schending van een garantie. Deze vermeende schending bleek te berusten op een fout van de betrokken accountant.

Gedaagde was enig aandeelhouder van een besloten vennootschap ('de BV'). Op 19 november 2018 heeft gedaagde door middel van een koopovereenkomst ('de Koopovereenkomst') alle aandelen in de BV verkocht aan 3BHoreca B.V. ('3BHoreca'). Voornoemde aandelen zijn op 4 januari aan 3BHoreca geleverd.

Als onderdeel van de Koopovereenkomst heeft Gedaagde aan 3BHoreca gegarandeerd dat het eigen vermogen van de BV op de leveringsdatum minimaal € 272.000 ('het Minimum Eigen Vermogen') zou bedragen en een werkkapitaal van minimaal € 114.000 ('het Minimum Werkkapitaal') aanwezig zou zijn. In de Koopovereenkomst is voorts opgenomen dat 3BHoreca binnen een periode van 45 dagen na de Leveringsdatum onderzoek dient te doen naar de vraag of voldaan is aan de eisen van het Minimum Eigen Vermogen en het Minimum Werkkapitaal, waarna de Koopovereenkomst voorziet in een procedure voor het geval (volgens 3BHoreca) niet aan deze eisen is voldaan. Gedaagde heeft zich voorts gecommitteerd hooguit dividenduitkeringen uit de BV te verrichten die niet tot gevolg zouden hebben dat niet langer aan de eis van het Minimum Eigen Vermogen wordt voldaan (een 'Toegestane Dividenduitkering'). Tevens mochten geen andersoortige betalingen vanuit de BV aan de Gedaagde plaatsvinden tussen datum Koopovereenkomst en de leveringsdatum ('Ongeoorloofde Betalingen').

Op 21 december 2018 heeft Gedaagde bewerkstelligd dat een bedrag ter hoogte van € 50.000 door de BV aan Gedaagde is betaald. Deze betaling is in de financiële administratie van de BV in een rekening-courant tussen Gedaagde en de BV verwerkt.

Gedaagde heeft door een account een overnamebalans per 4 januari 2019 laten opstellen ('de Originele Overnamebalans'), waarin melding wordt gemaakt van een dividenduitkering van € 392.464 door de BV aan Gedaagde. Deze uitkering zou gedaan zijn op 21 december 2018 en verwerkt zijn in de rekening-courantverhouding. Voorts blijkt uit de Originele

Overnamebalans een eigen vermogen van € 70.496 en een werkkapitaal van € -1.521.

Nadat Gedaagde door 3BHoreca hierop is aangesproken, is Gedaagde in contact getreden met de betrokken accountant. Deze heeft te kennen gegeven dat de verwerking van voornoemde dividenduitkering een vergissing is geweest en heeft vervolgens een gecorrigeerde overnamebalans ('de Gecorrigeerde Overnamebalans') opgesteld. Uit deze Gecorrigeerde Overnamebalans volgt dat het eigen vermogen van de BV op de leveringsdatum € 273.357 bedroeg en het werkkapitaal € 201.340.

3BHoreca spreekt vervolgens Gedaagde aan uit hoofde van de contractuele vrijwarings- en garantiebepalingen uit hoofde van de op 21 december 2018 gedane betaling van € 50.000 en (vermeende) uitkering van € 392.464.

Voor wat betreft de vraag of de vermeende uitkering van € 392.464 onder de Koopovereenkomst is toegestaan, dient de grondslag voor deze uitkering allereerst vastgesteld te worden. 3BHoreca stelt dat hier sprake is van een dividenduitkering en wijst hierbij op een door de accountant opgestelde uitkeringstoets in de zin van artikel 2:216 BW. Gedaagde betwist dit door te stellen dat dit document nooit is ondertekend. Als er al een wilsverklaring was geuit voor het uitkeren van dividend, dan was dat alleen voor zover dit als een Toegestane Dividenduitkering kwalificeert. Nu uit de Gecorrigeerde Overnamebalans blijkt dat de werkelijk gedane dividenduitkering niet tot gevolg heeft dat de eisen van het Minimum Eigen Vermogen en het Minimum Werkkapitaal niet gehaald zijn, dient deze uitkering volgens de rechtbank gekwalificeerd te worden als een Toegestane Dividenduitkering.

Voor wat betreft de betaling van € 50.000 ligt dit anders. Gedaagde stelt dat deze betaling niet kwalificeert als een Ongeoorloofde Betaling omdat nog steeds voldaan wordt aan de eisen van het Minimum Eigen Vermogen en het Minimum Werkkapitaal. De rechtbank merkt op dat de definitie van Ongeoorloofde Betaling niet gekwalificeerd wordt door voornoemde eisen. Dit heeft op een bepaald moment wel in een concept van de Koopovereenkomst gestaan, maar is na onderhandelingen geschrapt. De rechtbank concludeert dat deze betaling kwalificeert als een Ongeoorloofde Betaling en dat 3BHoreca als gevolg van deze betaling schade heeft geleden ter hoogte van dit bedrag. Deze schadevergoeding wordt uiteindelijk verrekend met een nog openstaande vordering van Gedaagde op 3BHoreca.

P. van der Heide, juli 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:2230

Zaaknummer: C/13/673656 / HA ZA 19-1076

Rechters: P.J. van Eekeren

Advocaten: H.C. Bijleveld en J.G.D. Fleers

Wetsartikelen: 3:296 BW

RECHTSPRAAK

Aandeelhoudersgeschil Atlas Hotel

Verzoek tot schorsing van een medeaandeelhouder-bestuurder leent zich niet voor kort geding. De zaak is te feitelijk en dient te worden voorgelegd aan de OK.

Eiser en gedaagde houden ieder 50% van de aandelen in Atlas Hotel B.V. ('het Hotel') en zijn beiden bestuurders van het Hotel. De vader van gedaagde verhuurt een pand aan het Hotel. Tussen de vader van gedaagde en het Hotel ontstaat een conflict. De vader van gedaagde dreigt de huurovereenkomst te vernietigen op grond van dwaling. Eiser wenst namens het Hotel verweer te voeren, gedaagde dringt aan op een minnelijke regeling. Eiser start een kort geding en kort daarna een enquêteprocedure bij de OK.

De vordering van eiser om gedaagde te schorsen wordt afgewezen door de voorzieningenrechter. Volgens de voorzieningenrechter is het enkele meningsverschil tussen eiser en gedaagde onvoldoende voor schorsing. De voorzieningenrechter vindt verder dat de zaak – gelet op de betwiste feiten over en weer – zich niet leent voor een kort geding (artikel 256 Rv; HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986; en HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919). In plaats daarvan is de OK de instantie bij uitstek, die bevoegd is feitelijk onderzoek te doen, aldus de voorzieningenrechter.

B.J. Hermans, juli 2021

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 27-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:4332

Zaaknummer: C/03/291500 / KG ZA 21-163

Rechters: W.E. Elzinga

Advocaten: P.J.M. Brouwers en R.R.J.W. Delsing

Wetsartikelen: 256 Rv

RECHTSPRAAK

Enquête GloMar Holding

In een tegenvallende samenwerking wordt de onmiddellijke voorziening van de benoeming van een commissaris getroffen, in de hoop dat dat de onwerkbaar verhoudingen voldoende doet verbeteren. De OK beveelt voorts een onderzoek, maar houdt de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aan.

GloMar Holding B.V. ('GloMar') is een rederij die vanuit haar werkmaatschappijen met 17 schepen ondersteunende diensten (vooral in termen van veiligheid) verleent aan olieboorplatforms, windmolenparken en zalmkwekerijen op zee. GloMar heeft twee aandeelhouders, A en Seaspans Holding B.V. ('Seaspan'). Seaspan is tevens enig bestuurder van GloMar. A en Seaspan zijn zelfstandig ook actief binnen de scheepvaart en exploiteren daarin eigen ondernemingen.

In de statuten van GloMar ('de Statuten') is opgenomen dat besluiten waarmee een waarde is gemoeid van meer dan € 50.000 en betreffende de aanstelling en het ontslag van werknemers de goedkeuring van de algemene vergadering vergen. In de aandeelhoudersovereenkomst zijn daarnaast nog ander type besluiten opgenomen die aan goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen. Tevens zijn in de aandeelhoudersovereenkomst afspraken vastgelegd over aan de aandeelhouders te verstrekken informatie.

A heeft in januari 2016 zijn 50%-aandelenbelang in GloMar verkregen van Seaspan middels een koopovereenkomst ('de Koopovereenkomst'). De door A aan Seaspan te betalen koopprijs is middels meerdere verrekeningen tussen Seaspan, GloMar en A voldaan. De verrekeningen betroffen onder meer de door GloMar te betalen koopprijs voor vier door A aan GloMar geleverde schepen.

De relatie tussen A en Seaspan begint te verslechteren als kort na het sluiten van de Koopovereenkomst blijkt dat een van de verkochte schepen in zeer slechte staat verkeert en moet worden afgevoerd naar de sloop. Twee jaar later moet ook een tweede schip worden afgevoerd naar de sloop.

In februari 2019 heeft A aan Seaspan bekendgemaakt dat zij haar belang in GloMar wil verkopen. Op 4 juli 2019 is hiertoe een conceptwaarderingsrapport aan A toegestuurd. Op 9 juli 2019 heeft A laten weten dat zij voor de in dat rapport genoemde waarde niet bereid is haar belang te verkopen.

Daarna gaat het bergafwaarts met de samenwerking. A wordt (in zijn hoedanigheid van aandeelhouder) geen goedkeuring gevraagd voor bepaalde uitgaven boven de € 50.000. Vanaf dat moment verzuurt de communicatie, en communiceren partijen via advocaten. A verwijt Seaspan daarbij dat zij de wettelijke, statutaire en verbintenisrechtelijke verplichtingen schendt en besluiten neemt zonder vereiste voorafgaande goedkeuring. Bovendien meent A dat GloMar zaken doet met aan Seaspan gelieerde ondernemingen, en dat Seaspan daarbij een tegenstrijdig belang heeft, waarvan Seaspan zich geen rekenschap geeft.

Het verweer van Seaspan komt in de kern erop neer dat zij meent dat zaken in het verleden beter vastgelegd hadden kunnen worden, en dat partijen zich beter aan de afspraken hadden kunnen houden, maar dat de samenwerking nu eenmaal anders is gelopen, zoals dat vaker gaat in de praktijk. Seaspan is teleurgesteld in A als zakenpartner. A heeft wat haar betreft gebrekkige schepen ingebracht, gedraagt zich als een zeer activistische aandeelhouder en stelt onredelijk veel vragen met het oneigenlijke doel om Seaspan te dwingen het door A gehouden belang in GloMar tegen een zo hoog mogelijke prijs terug te kopen.

De OK overweegt als volgt. De OK constateert dat partijen elkaar wantrouwen. Seaspan wantrouwt A omdat deze in haar ogen gebrekkige schepen heeft geleverd, en nu alleen een activistische aandeelhoudersrol aanneemt om een gunstige exit te bewerkstelligen. A wantrouwt Seaspan omdat (en dat constateert de OK ook) met enige regelmaat de verplichtingen om bepaalde besluiten ter goedkeuring aan de algemene vergadering voor te leggen, worden geschonden. Ook sluit Seaspan namens GloMar overeenkomsten met aan haar gelieerde partijen, waar mogelijk een tegenstrijdig belang speelt. Niet is gebleken dat GloMar daadwerkelijk is benadeeld, maar het wantrouwen is overduidelijk. De OK constateert dat de samenwerking niet heeft gebracht waar partijen op gehoopt hadden. Dit is grotendeels te wijten aan slechte marktomstandigheden. Beide partijen willen de samenwerking ontvlechten, maar zijn daar vanwege het tussen hen regerende wantrouwen niet toe in staat. Tegelijkertijd heeft de discussie wel zijn weerslag op het beleid en de gang van zaken in de onderneming. Overleg en besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering is niet constructief en er wordt veel tijd, geld en energie besteed aan de uitgebreide discussie die via advocaten wordt gevoerd. De discussie is daarmee een bedreiging voor de door GloMar gedreven onderneming. De OK beveelt een onderzoek, maar houdt de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aan. De OK treft als onmiddellijke voorziening dat een commissaris wordt benoemd die moet toezien op de naleving van de goedkeuringsverplichtingen, en de informatieverplichting naar

aandeelhouders. Deze commissaris mag het ook tot zijn taak rekenen te pogen het vertrouwen tussen partijen te herstellen en een minnelijke regeling te beproeven. Seaspan wordt niet geschorst en blijft bestuurder, en er wordt ook geen (andere) tijdelijke bestuurder benoemd.

J. Wareman, juli 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:1114

Zaaknummer: 200.286.374/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.W.H. Vink, A.J.C.C.M. Loonen en C. Smits-Nusteling

Advocaten: R.Q. Potter, C.R.B. Jonker, W.H.A.M. van den Muijsenbergh, J.R. Everhardus en R.J.W.

Analbers

Wetsartikelen: 2:345 BW , 2:349a BW en 2:350 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Uitleg beëindigingsovereenkomst vof

De rechtbank concludeert dat de tussen vennoten gesloten overeenkomst de strekking heeft dat een van de vennoten tegen betaling van het door haar in de vof ingebrachte bedrag afstand doet van haar aandeel in en zeggenschap over de vof. Daarom is de andere vennoot niet gehouden het dossier, noch andere zaken die betrekking hebben op de vof, aan haar over te dragen. De uitgetreden vennoot wordt door de rechtbank verboden nog te handelen onder de naam van de vof en/of contact op te nemen met relaties en leveranciers van de vof.

De partijen in dit geschil, A en B, zijn in 2019 samen een vof aangegaan. In september 2020 hebben partijen twee handgeschreven briefjes ondertekend, waarin bevestigd wordt dat B in twee gelijke delen het totale bedrag dat A in de vof heeft ingebracht aan haar heeft terugbetaald en dat A hierdoor afstand doet van haar aandeel in en zeggenschap over de vof. Dit blijkt ook uit een e-mail die A aan B in september 2020 heeft gestuurd ter bevestiging dat A per 1 november 2020 afstand zal doen van haar aandeel van 50% in de vof, in ruil voor terugbetaling door B van het bedrag dat A in de vof heeft ingebracht. In deze e-mail stelt zij ook dat partijen zijn overeengekomen om in navolging hiervan nog een constructie te zullen bepalen om te kijken hoe zij elkaar in de toekomst nog tegemoet kunnen komen. De twee handgeschreven briefjes en de e-mail vormen samen 'de Overeenkomst'. In februari 2021 heeft B zich bij de KvK uitgeschreven als vennoot van de vof.

Partijen blijken een andere opvatting te hebben over de gevolgen die uit de Overeenkomst voortvloeien. In dit kort geding vordert A dat B het dossier van de vof, evenals alle zaken die betrekking hebben op de vof, aan haar overdraagt, omdat zij als enige vennoot van de vof ingeschreven staat bij de KvK. B vordert in reconventie van A dat zij haar verplichtingen uit de Overeenkomst nakomt, door niet meer te handelen onder de naam van de vof en door geen contact meer op te nemen met klanten en leveranciers van de vof.

De rechtbank overweegt dat het feit dat A als enige vennoot van de vof staat ingeschreven bij de KvK slechts werking heeft ten opzichte van derden, maar niet doorwerkt in de rechtsverhouding tussen A en B. De rechtsverhouding tussen A en B moet bepaald worden aan de hand van de Overeenkomst. Volgens B houdt de Overeenkomst kort gezegd in dat A tegen betaling van het door haar in de vof ingebrachte bedrag afstand doet van haar rechten over de vof. A geeft daarentegen een andere uitleg aan de Overeenkomst. Volgens haar was het duidelijk dat zij zich niet liet afkopen, en was het slechts de bedoeling van de Overeenkomst dat zij een stapje terug zou doen in de vof, mits daarbij de juiste afspraken zouden worden gemaakt wat betreft haar rol.

De rechtbank volgt de door A aan de Overeenkomst gegeven uitleg niet. Alle stukken hebben dezelfde inhoud: B betaalt aan A het door haar in de vof ingebrachte bedrag en A doet afstand van haar aandeel in en zeggenschap over de vof. Hierin is volgens de rechtbank geen 'mits' te lezen. Als dat wel zo zou zijn geweest, zou dat betekenen dat B een bedrag aan A heeft betaald om in exact dezelfde rechtsverhouding tot A te blijven verkeren. Het is niet aannemelijk dat dit de bedoeling van B is geweest en A mocht dit redelijkerwijs dan ook niet verwachten. Aangezien de verplichting tot het verstrekken van informatie niet als voorwaarde in de Overeenkomst is gesteld, nergens (anders) uit blijkt en in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen over de rechtsverhouding tussen A en B niet logisch is, wijst de rechtbank de vordering van A af.

De rechtbank overweegt voorts dat A niet aan haar verplichtingen uit de Overeenkomst heeft voldaan door nog onder de naam van de vof te handelen, terwijl zij daartoe niet langer gerechtigd is. Aangezien B als eigenaar van de vof er voortdurend belang bij heeft dat niemand inbreuk maakt op haar eigendomsrecht, verbiedt de rechtbank A in rechte om nog te handelen onder de naam van de vof en/of contact op te nemen met relaties en leveranciers van de vof. Daarmee wordt de vordering van B dus toegewezen.

C.N. Perrick, juli 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:4585

Zaaknummer: 9142743

Rechters: R.J. van Boven

Advocaten: E. Tahitu, P. Trapman en S.W.E. Schneiders

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

IC Holding c.s./Cavari Clinics c.s.

OK; enquête. De OK oordeelt in de tweede fase van de enquêteprocedure inzake Cavari Clinics dat uit het onderzoeksverslag weliswaar blijkt dat sprake is van tekortkomingen aan de zijde van belanghebbenden, maar dat deze in de gegeven omstandigheden onvoldoende zwaarwegend zijn om de kwalificatie wanbeleid te rechtvaardigen. De OK besluit tot afwijzing van het verzoek om te verklaren dat de belanghebbenden zich in de onderzoeksperiode schuldig hebben gemaakt aan wanbeleid.

De OK heeft bij eerdere beschikking (zie OR 2019-0080) een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Cavari Clinics Nederland B.V. ('Cavari Clinics'), een zelfstandig behandelcentrum op het gebied van psychiatrie en somatiek, en 95% dochtervennootschap Cavari Clinics Groningen B.V. (tezamen 'Cavari Clinics c.s.'). Het samenwerkingsverband binnen Cavari Clinics werd gevormd door een cardioloog en een psychiater. Aandeelhouder van Cavari Clinics, IC Holding B.V. ('IC'), met de psychiater als enig aandeelhouder en bestuurder (tezamen 'IC c.s.'), verklaren dat de andere aandeelhouder van Cavari Clinics, Digitalis B.V. ('Digitalis'), en diens aandeelhouders en bestuurders (de cardioloog en de financieel administrateur van Cavari Clinics c.s., tezamen 'Digitalis c.s.') zich tijdens de onderzoeksperiode schuldig hebben gemaakt aan wanbeleid.

Het onderzoek richtte zich onder andere op (i) de voorwaarden van de ICT-dienstverlening van Curit B.V. ('Curit') en de betalingen aan de financieel administrateur voor (over)werk uit het verleden en (ii) de weigering van de psychiater om de jaarrekening over 2016 goed te keuren en daarmee samenhangende escalatie van de verstoorde verhoudingen tussen de psychiater enerzijds en de cardioloog en de financieel administrateur anderzijds. In de slotconclusies van het onderzoeksverslag constateert de onderzoeker onder meer (i) dat de contractuele en financiële verhoudingen met Curit, Digitalis en de financieel administrateur gebrekkig zijn vastgelegd en dat dit de cardioloog en financieel administrateur kan worden verweten en (ii) dat zowel de cardioloog en financieel administrateur als de psychiater zich

onvoldoende doelmatig hebben ingezet om te kunnen komen tot ondertekening van de jaarrekening 2016 door alle bestuurders.

In lijn met de conclusies van de onderzoeker overweegt de OK dat er verschillende tekortkomingen waren aan de zijde van de cardioloog en de financieel administrateur die voortduurden in de onderzoeksperiode. Volgens de OK hebben de cardioloog en financieel administrateur in de periode voor en tijdens het onderzoek onvoldoende werk gemaakt van een deugdelijke schriftelijke vastlegging van de lopende relatie tussen Cavari Clinics c.s. – waarin zij na de toetreding van IC c.s. via Digitalis een meerderheidsbelang hadden – en Curit – waarin zij via Digitalis volledige zeggenschap hadden. Daarnaast hebben zij de psychiater bij verschillende bestuurlijke aangelegenheden gepasseerd. Voorbeelden daarvan betreffen kwesties die Curit betroffen, zoals in het geval van uitgestelde facturering, maar ook extra werkzaamheden voor de financieel administrateur, waarover de cardioloog en financieel administrateur zelfstandig besluiten namen zonder de psychiater daar van tevoren van in kennis te stellen of haar daarvan een objectieve onderbouwing te geven. Dit passeren van de psychiater getuigt op zichzelf van tekortkomingen in bestuurlijk handelen.

De OK is echter van oordeel dat deze tekortkomingen in de gegeven omstandigheden onvoldoende zwaarwegend zijn om de kwalificatie wanbeleid te rechtvaardigen. Er zijn geen aanwijzingen van benadeling van Cavari Clinics c.s. door de gebrekkige schriftelijke vastlegging van de reeds lopende relatie met Curit. Verder zijn de door de financieel administrateur in rekening gebrachte werkzaamheden, die noodzakelijk van aard waren, daadwerkelijk vervuld en financieel van relatief beperkt belang. Daarnaast neemt de OK in overweging dat niet alleen de cardioloog en financieel administrateur, maar ook de cardioloog een rol heeft gehad in de escalatie die plaatsvond in de periode waarop het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid ziet.

De OK wijst het verzoek van IC c.s. af om te verklaren dat de cardioloog, financieel administrateur en Digitalis zich in de onderzoeksperiode schuldig hebben gemaakt aan wanbeleid.

O.R.J.C. Freens, juni 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:529

Zaaknummer: 200.280.600/01 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, C.C. Meijer, G.C.C. Lewin, C. Smits-Nusteling en W. Wind

Advocaten: R.S. van der Spek, R.G. Luinstra en J. Biesheuvel-Hoitinga

Wetsartikelen: 2:355 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid; geen ernstig verwijt en geen schending van persoonlijke zorgvuldigheidsnorm

Een vordering jegens bestuurders van een bouwbedrijf tot schadevergoeding in verband met niet-nakoming van een overeenkomst wordt door de rechtbank afgewezen. Er is geen sprake van een uitzichtloze situatie ten tijde van het aangaan van de overeenkomst en geen schending van een zorgvuldigheidsnorm.

Eiser heeft eind december 2019 een overeenkomst met een bouwbedrijf gesloten om zijn woning te verbouwen. De middellijk bestuurders van het bouwbedrijf zijn de gedaagden 1 en 2 ('gedaagden'). Een investeerder was voornemens te investeren in het bouwbedrijf. Daarom is op 15 januari 2020 een Term Sheet ondertekend, die de voorwaarden voor de investering bevatte. Eiser heeft op voorhand voor de werkzaamheden reeds diverse facturen betaald. De verbouwing van de woning is aangevangen op 25 februari 2020; de werkzaamheden zijn vervolgens op 3 maart 2020 gestaakt. De investeerder heeft zich op 13 maart 2020 teruggetrokken. Op 15 maart 2020 heeft eiser aangegeven de overeenkomst te willen beëindigen en het betaalde bedrag teruggevorderd. Op 7 april 2020 is het bouwbedrijf failliet verklaard.

Eiser vordert in deze procedure van de bestuurders schadevergoeding. Hieraan ligt ten grondslag dat het bouwbedrijf is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst. Gedaagden zouden als gevolg daarvan persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden, nu zij als bestuurders ernstig verwijtbaar zouden hebben gehandeld, althans in strijd hebben gehandeld met een op hen rustende persoonlijke zorgvuldigheidsnorm.

De rechtbank stelt voorop dat in beginsel alleen de vennootschap aansprakelijk kan worden gehouden voor een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis of voor een onrechtmatige daad. Of de bestuurder daarnaast persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, wordt beoordeeld aan de hand van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Volgens de rechtbank is onvoldoende onderbouwd dat gedaagden bij het aangaan van de overeenkomst wisten of moesten begrijpen dat het

bouwbedrijf niet aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Weliswaar hebben de bestuurders niet tegengesproken dat men destijds vanwege geldzorgen in gesprek was met een investeerder, maar dat betekent niet zonder meer dat het aangaan van een nieuwe overeenkomst onrechtmatig was. Van onrechtmatigheid is pas sprake wanneer er een uitzichtloze situatie en onvoldoende continuïteitsperspectief bestaat. Gedaagden hadden echter zicht op een beoogde investering. Het terugtrekken van de investeerder en het wegvallen van opdrachten als gevolg van de coronapandemie, hebben te gelden als het omkeerpunt.

Subsidiair heeft eiser zich op het standpunt gesteld dat gedaagden een persoonlijke zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden als bedoeld in het arrest *Spaanse Villa's* (HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881). De rechtbank oordeelt dat ook deze grondslag niet slaagt. Er is niet concreet gesteld en onderbouwd dat en waarom gedaagden hebben gehandeld in strijd met een op hen rustende zorgvuldigheidsnorm in een andere hoedanigheid dan die van bestuurder van het bouwbedrijf. Er is dan ook geen reden om af te wijken van het vereiste dat voor aansprakelijkheid van gedaagden sprake moet zijn van ernstig verwijtbaar handelen.

De rechtbank wijst de vorderingen van eiser af.

A.J.M. Wilmer, juni 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 09-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:5869

Zaaknummer: C/09/592178 / HA ZA 20-445

Rechters: M.L. Harmsen

Advocaten: B.J. Davidse en J.A.Th. van den Berg

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Blankestijn q.q./Bestuurders ProTech

Bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurder en van medebeleidsbepaler wegens schending boekhoudplicht en omleiden inkomsten. Geen grond voor disculpatie noch – gezien de ernst van de feiten – voor matiging.

De rechtbank Overijssel oordeelt in deze zaak dat de bestuurder en medebeleidsbepaler van de gefailleerde vennootschap ProTech Kunststoftechniek B.V. ('ProTech') ingevolge artikel 2:248 BW aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort. De verwijten van de curator concentreren zich op schending van de boekhoudplicht en het omleiden van inkomsten van ProTech aan een kort voor het faillissement opgerichte vennootschap. Bijna alle onderdelen van artikel 2:248 Bw komen in deze uitspraak aan de orde.

De rechtbank buigt zich eerst over de positie van de gedaagden. ProTech is opgericht door (de vennootschappen van) twee natuurlijke personen, die hierna als de 'Bestuurder' en de 'Medebeleidsbepaler' worden aangeduid en tezamen als het 'Bestuur'. Ten tijde van het faillissement was – naast de Bestuurder – ook de vader van de Medebeleidsbepaler statutair bestuurder van ProTech. De Medebeleidsbepaler zelf kon dat vanwege een concurrentiebeding niet zijn.

De rechtbank overweegt dat voor aansprakelijkheid als medebeleidsbepaler niet nodig, maar ook niet voldoende is, dat de feitelijk leidinggevende de Bestuurder terzijde heeft geschoven. Het gaat erom of men zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen door bestuurshandelingen te verrichten. Dat is hier het geval, zo oordeelt de rechtbank op basis van verklaringen van de Medebeleidsbepaler bij zijn faillissementsverhoor en verklaringen van de Bestuurder en een oud-werknemer. De rechtbank wijst er nog op dat deze kwalificatie niet geldt voor artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW, waarop de curator zich eveneens had beroepen. De rechtbank wijst er bovendien op dat zij niet over de andere bestuurder – de vader – oordeelt, omdat hij niet in de procedure is betrokken.

Aan de boekhoudplicht is volgens de rechtbank niet voldaan, zodat onbehoorlijke taakvervulling vaststaat. Er waren nauwelijks fysieke stukken en ook in het digitale

boekhoudsysteem stond vrijwel niets. Maar ook afgezien van het wettelijke vermoeden, zou volgens de rechtbank geen redelijk denkend bestuurder in dezelfde omstandigheden zo hebben gehandeld, dat wil zeggen de boekhoudplicht hebben geschonden en inkomsten hebben omgeleid. De stelling van het Bestuur dat beslag dreigde en de omleiding van gelden dat beoogde te voorkomen, doet hier niet aan af.

Ingevolge artikel 2:248 lid 2 BW wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het Bestuur slaagt er niet in dat vermoeden te ontzenuwen. Niet alleen wordt de door haar aangevoerde oorzaak – omzetsdaling door problemen met de levering van kunststof – onvoldoende onderbouwd, maar bovendien is volgens de rechtbank gesteld noch gebleken dat het Bestuur passende maatregelen heeft genomen.

Zowel de Bestuurder als de Medebeleidsbepaler probeerden zich – zonder succes – te disculperen. Over de Medebeleidsbepaler oordeelt de rechtbank dat hij niet alleen als (feitelijk) bestuurslid collectief verantwoordelijk was voor de administratie, maar bovendien individueel belast was met de boekhouding krachtens de interne taakverdeling. Het lijkt erop dat de rechtbank ten aanzien van de Bestuurder wel accepteert dat hem op grond van de interne taakverdeling mogelijk geen verwijt treft. Disculpatie is echter niet aan de orde, omdat de Bestuurder wist dat de administratie niet op orde was en hij heeft nagelaten om in te grijpen. Dat hij zijn echtgenote een paar keer heeft laten aanbieden om de Medebeleidsbepaler te helpen, acht de rechtbank onvoldoende.

De rechtbank wijst tot slot ook de matigingsverweren af, die grotendeels niet zijn terug te voeren op de limitatieve matigingsgronden van artikel 2:248 lid 4 BW. Het Bestuur wees er met name op dat de Bestuurder privéstortingen had gedaan. De rechtbank oordeelt uiteindelijk dat gezien de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling – een van de gronden om te matigen – matiging juist niet aan de orde is. De vermeende privéstortingen waren niet onderbouwd en het was niet duidelijk of de bedragen ten gunste van ProTech waren gekomen. De rechtbank besluit dan ook met de conclusie dat beiden aansprakelijk zijn voor het gehele tekort.

Aan de vordering ex artikel 2:9 BW komt de rechtbank niet toe, omdat de curator niet heeft gesteld en ook niet is gebleken dat de schade hoger zou zijn dan het tekort. De curator had tot slot een vordering ex artikel 6:162 BW ingesteld tegen het Bestuur en de nieuwe vennootschap wegens verhaalsfrustratie, de tweede categorie uit *Ontvangen/Roelofsen*. Ook die vordering wordt toegewezen.

J.H.M. van de Wiel, juni 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 16-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:2477

Zaaknummer: C/o8/242970 / HA ZA 20-37

Rechters: D.L. Westendorp

Advocaten: A.C. Blankestijn, T. Demirdag en M.P. Harten

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW, 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening Pre-Active

Een bv dreef een zorgonderneming en is in december 2016 failliet verklaard. In februari 2019 is het faillissement opgeheven bij gebrek aan baten. Hoewel de curator meende dat sprake was van onbehoorlijk bestuur, is hij geen aansprakelijkheidsprocedure gestart, omdat de boedel leeg was en onzekerheid bestond over de verhaalbaarheid van de vordering op de bestuurder. Inmiddels is deze bestuurder enig aandeelhouder van een nieuwe vennootschap die een zorgonderneming drijft. Met deze onderneming wordt behoorlijk wat winst gemaakt. De voormalig curator verzoekt daarom op grond van artikel 2:23c lid 1 BW de vereffening van de eerdere bv te heropenen zodat de bestuurder alsnog aansprakelijk gesteld kan worden. De rechtbank oordeelt dat is gebleken van een potentiële bate en wijst het verzoek toe. De voormalig curator wordt benoemd tot vereffenaar.

Op 21 december 2016 werd Pre-Active B.V. ('de bv'), een zorgonderneming, failliet verklaard met aanstelling van mr. Eringa als curator. Op 27 februari 2019 is het faillissement van de bv opgeheven wegens gebrek aan baten. Tijdens het faillissement kwam mr. Eringa erachter dat de bestuurder van de bv grote hoeveelheden geld aan de bv had onttrokken. Bovendien ontbrak een gedegen administratie en waren er over de afgelopen boekjaren geen jaarrekeningen gepubliceerd. Met andere woorden: een grond voor bestuurdersaansprakelijkheid. Mr. Eringa werd echter geconfronteerd met de lege boedelproblematiek: de boedel van de bv was niet toereikend om de proceskosten voor een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure te starten. Bovendien mislukte een beroep op de Garantstellingsregeling wegens onzekerheid over de verhaalbaarheid van de vordering op de bestuurder. Tijdens faillissement is het dan ook niet gekomen van een bestuurdersaansprakelijkheidsactie. Nadat het faillissement van de bv was opgeheven wegens gebrek aan baten, kwam mr. Eringa erachter dat de bestuurder een nieuwe zorgonderneming was gestart: Vita Cura BV, waarvan zij wederom bestuurder en enig aandeelhouder is. Omdat

met deze nieuwe onderneming behoorlijke winst wordt gemaakt, is de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering op de bestuurder ook verhaalbaar. Mr. Eringa heeft de rechtbank daarom op grond van artikel 2:23c lid 1 BW verzocht om de vereffening van Pre-Active BV te heropenen, met benoeming van hemzelf tot vereffenaar.

De bestuurder heeft verweer gevoerd, zowel op inhoudelijke gronden als op de niet-ontvankelijkheidsgrond. Volgens de bestuurder is de rechtbank Overijssel, locatie Almelo niet bevoegd in casu, omdat zij in Duitsland woont en in Nederland geen activiteiten verricht op grond waarvan de heropening van het verzoek kan worden gebaseerd. De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van niet-ontvankelijkheid, nu ingevolge artikel 995 lid 1 Rv de rechtbank van de woonplaats van de ontbonden rechtspersoon bevoegd is. Nu Pre-Active BV statutair was gevestigd in Enschede, is de rechtbank Overijssel, locatie Almelo, wel bevoegd.

Ook de inhoudelijke verweren mochten niet baten. Volgens de bestuurder zou de aansprakelijkheid aan haar zijde door mr. Eringa niet onderbouwd zijn. Bovendien is aansprakelijkheid nooit vastgesteld, en bestonden er volgens de bestuurder meerdere oorzaken voor het faillissement. Ook haalt de bestuurder aan dat de verzoeker mogelijke vorderingen op de commissarissen van de bv wegens aansprakelijkheid niet heeft ingesteld.

De rechtbank stelt mr. Eringa in het gelijk en wijst het verzoek tot heropening van de vereffening van de bv toe. In het geval van artikel 2:23c lid 1 BW dient terughoudend te worden getoetst of sprake is van een (potentiële) bate, en daar is volgens de rechtbank sprake van: een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid, waarvan aannemelijk is gemaakt dat deze verhaalbaar is. De verweren aangehaald door de bestuurder zijn volgens de rechtbank in onderhavige procedure niet van belang. De vraag of daadwerkelijk sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid is immers in deze procedure niet aan de orde. De omstandigheden dat er andere oorzaken voor het faillissement van de bv zijn aan te wijzen, alsmede de door mr. Eringa onbenut gelaten mogelijkheden de commissarissen aan te spreken, zijn in onderhavige procedure evenmin van belang. De rechtbank gaat ook mee in het standpunt van mr. Eringa dat het onwenselijk zou zijn als de bestuurder vereffenaar van het vermogen van de bv wordt, nu de bate bestaat uit een vordering op haar als voormalig bestuurder. Mr. Eringa wordt daarom als vereffenaar benoemd, waarbij wat het salaris betreft, wordt aangesloten bij de Recofa-richtlijnen.

S. Renssen, juni 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 11-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:2513

Zaaknummer: C/o8/263264 / HA RK 21-34

Rechters: K.J. Haarhuis

Advocaten: J.F. Schulte

Wetsartikelen: 2:23c lid 1 BW en 2:23c lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Maatschap exploitatie windmolen, beëindiging en verdeelsleutel

Het hof komt in navolging van de rechtbank tot de conclusie dat de maatschap van rechtswege beëindigd is en dat een verdeelsleutel van 80/20% in de gegeven omstandigheden redelijk is.

In dit geschil speelt dat A – en vanaf later ook B – (hierna samen: ‘de Appellanten’), C en D (hierna samen: ‘de Geïntimeerden’) in 1996 een maatschap zijn aangegaan ten behoeve van de gezamenlijke exploitatie van een gezamenlijk aangeschafte windmolen. Deze windmolen is in 2017 afgebroken en verkocht. Vervolgens hebben partijen een overeenkomst gesloten met EWT Direct Wind NL2 B.V. (‘EWT’) met betrekking tot de exploitatie van een nieuwe windmolen die eigendom is van EWT. Eind 2017 hebben de Appellanten aangegeven de maatschap te willen beëindigen, waarover partijen ook daadwerkelijk hebben gesproken. Partijen hebben echter geen overeenstemming weten te bereiken over de beëindiging van de maatschap.

In geschil is of de maatschap van partijen ter exploitatie van een windmolen geëindigd is, en zo ja, wat de gevolgen daarvan zijn. Daarnaast is tussen partijen in geschil hoe de opbrengsten van de overeenkomst met (de rechtsopvolger van) EWT tussen hen moeten worden verdeeld.

In eerste aanleg oordeelde de rechtbank dat de maatschap per 1 januari 2018 van rechtswege is ontbonden (zie art. 7A:1683 BW). Wat betreft de verdeelsleutel van de opbrengsten voortvloeiende uit de overeenkomst met EWT overwoog de rechtbank dat een maandelijks bedrag van € 850 toekomt aan de Appellanten en een bedrag van € 650 per maand aan de Geïntimeerden.

Het hof stelt in navolging van de rechtbank vast dat met de afbraak en verkoop van de windmolen in 2017, daarvan geen gezamenlijke exploitatie meer plaatsvindt. Hiermee is het object van exploitatie tenietgegaan, waardoor de maatschap van rechtswege ontbonden is (per 1 januari 2018), ook wanneer in de maatschapsakte is opgenomen dat de maatschap voor onbepaalde tijd is aangegaan. Het hof overweegt verder dat de overeenkomst met EWT er niet

toe strekt(e) partijen in actieve samenwerking in het economisch verkeer door middel van hun inbreng voordeel te doen behalen, zodat niet aan de wettelijke omschrijving van een maatschap ex artikel 7A:1655 BW wordt voldaan. Wanneer aan deze omschrijving niet wordt voldaan, is de intentie van partijen niet van belang, aldus het hof (zie ook ECLI:NL:HR:2019:2034).

Over de te hanteren verdeelsleutel overweegt het hof dat de eerder tussen partijen gemaakte afspraak is komen te vervallen. Daarmee is sprake van een leemte in de overeenkomst die moet worden ingevuld/aangevuld aan de hand van de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Het hof oordeelt dat een verdeling van € 1200 voor de Appellanten en € 300 voor de Geïntimeerden in deze omstandigheden redelijk is.

Het hof overweegt verder dat de vastgestelde verdeling over de gehele looptijd van de overeenkomst met EWT (of haar rechtsopvolger) toegepast dient te worden, zodat wat de Appellanten op basis van deze verdeling in het verleden teveel aan de Geïntimeerden hebben betaald, door de Geïntimeerden moet worden terugbetaald.

M.J. van de Graaf, juli 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:5024

Zaaknummer: 200.270.715/01

Rechters: M. Willemse, W.F. Boele en M. Weissink

Advocaten: P. Sipma en P. Bollema

Wetsartikelen: 7A:1655 BW, 7A:1683 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

FOB Holding c.s./X – Geslaagd beroep op klachtplicht Boek 7 BW bij garantieschending na overname

De koper eist schadevergoeding vanwege schending van garanties in SPA, maar klaagt pas anderhalf jaar na ontdekking. Omdat de verkoper hierdoor in bewijsnood komt, slaagt diens beroep op schending van de klachtplicht.

De Verkoper (gedaagde) draagt alle aandelen in het kapitaal van de vennootschap (eiseres sub 2) over aan de Koper FOB Holding B.V (eiseres sub 1). De koopovereenkomst bevat onder meer een garantie over de omvang en waarde van de voorraad. Kennelijk hebben partijen Titel 1 van Boek 7 BW niet uitgesloten. De Koper start enkele maanden na de overdracht van de aandelen met de automatisering van haar voorraadbeheer. In dat kader laat zij iemand de voorraad van de vennootschap handmatig tellen. Eerst een jaar later deelt de Koper deze tellijsten met de Verkoper en stelt zij dat de voorraadgarantie is geschonden. De Verkoper betwist dat, waarna de Koper de onderhavige procedure start en daarin schadevergoeding vordert.

De rechtbank oordeelt allereerst dat de vennootschap geen vordering heeft. Zij kan geen beroep doen op de garantie en wordt niet-ontvankelijk verklaard. Wat betreft de Koper oordeelt de rechtbank dat zij niet tijdig heeft geklaagd. De regeling in de koopovereenkomst bepaalt geen termijn waarbinnen moet worden geklaagd, zodat de rechtbank terugvalt op artikel 7:23 BW. Er zit bijna anderhalf jaar tussen de datum van de overname en de klacht. De Verkoper is ook daadwerkelijk in haar bewijspositie geschaad: door het verloop van de voorraad in die periode kan zij niet meer goed nagaan in hoeverre de voorraad toentertijd zou afwijken van de gegarandeerde voorraad en de voorraad die uit de tellijsten zou blijken. De Koper voert nog aan dat eerst bij het opstellen van de jaarrekening over het voorgaande boekjaar, waarin de overname plaatsvond, voldoende duidelijk werd over de garantie-inbreuk. De rechtbank passeert die stelling. Gelet op de informatie over de voorraad die bij de Koper door middel van de tellijsten bekend werd, had zij op dat moment aan de bel kunnen en moeten trekken.

E.A. Buziau, juli 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 02-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:2558

Zaaknummer: C/01/354504 / HA ZA 20-44

Rechters: C. Schollen-den Besten

Advocaten: A.S. Frommelt en M.L.A.J. van den Broek

Wetsartikelen: 7:23 BW

RECHTSPRAAK

OSI Convenience Holding/Grinding Holdings

Deze zaak gaat over de uitoefening van een call optie voor verkrijging van de resterende 20% van de aandelen na een eerdere overname van de 80%. Door tegenvallende resultaten stelt de kopende aandeelhouder de voorlopige koopprijs vast op een negatieve waarde van meer dan € 15 miljoen. De verkopende aandeelhouder weigert medewerking. Het hof vernietigt de uitspraak in kort geding en stelt de voorlopige koopprijs vast op € 1. Partijen hebben bij de totstandkoming van de overeenkomst een snelle overdracht van de aandelen beoogd dat niet moet worden gehinderd door dit geding en door tijdsverloop is spoedige vaststelling van definitieve koopprijs te verwachten.

OSI Convenience Holding GmbH ('OSI'), appellante en eiseres in kort geding, en Grinding Holdings N.V. ('Grinding'), geïntimeerde en gedaagde in kort geding, zijn beide aandeelhouder van Baho Wijchen B.V. ('Baho'), een vlees- en snackwarenproducent in Nederland en Duitsland.

Op 6 augustus 2016 heeft Grinding 80% van haar aandelen in Baho verkocht aan OSI; de overige 20% van de aandelen behield OSI. In de onderliggende koopovereenkomst ('SPA') is opgenomen dat met betrekking tot deze resterende 20% van de aandelen partijen elkaar een 'put and call option' verlenen: OSI heeft een call optie om deze aandelen over te nemen na een periode van drie jaar en Grinding heeft een put optie om OSI te verplichten deze aandelen over te nemen. Voor het uitoefenen van de call optie is een *option notice* van OSI aan Grinding vereist, waarin een berekening van de *Estimated Option Price* is opgenomen. De *Estimated Option Price* is de geschatte koopprijs die bij de aandelenoverdracht wordt betaald en wordt gebaseerd op een schatting van de ondernemingswaarde en schuldenlast van Baho. Vervolgens wordt de definitieve koopprijs van de aandelen bepaald op basis van de resultaten van Baho over het jaar van uitoefening van de optie, het jaar daarvoor en het jaar daarna, en de

netto schuldpositie van Baho.

Na toetreding van OSI als aandeelhouder zijn de resultaten van Baho sterk verminderd. Op 15 oktober 2019 oefent OSI haar call optie uit en als gevolg van de verminderde resultaten wordt de *Estimated Option Price* gesteld op € 15.669.000 negatief. Grinding weigert mee te werken aan de levering van de aandelen tegen bijbetaling van dit bedrag.

In kort geding vordert OSI nakoming van de tussen partijen gesloten call optie in de zin dat Grinding haar aandelen aan OSI levert tegen bijbetaling van een (voorlopige) prijs van € 15.669.000. De voorzieningenrechter wijst de vordering af. Tegen deze beslissing komt OSI in hoger beroep op.

Het hof stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat OSI aanspraak heeft op verkrijging van de resterende 20% van de aandelen in Baho. Daarnaast hebben partijen beoogd dat na verstrijken van de periode van drie jaar, zij vrijwel direct door overdracht van de resterende 20% uit elkaar kunnen gaan, indien een van de partijen dat wenst. Partijen hebben enkel verschil van inzicht over de voorlopig aan de onderneming toe te kennen waarde en de wijze waarop deze dient te worden vastgesteld. OSI stelt zich op het standpunt dat het aan haar is om de *Estimated Option Price* te berekenen en dat het berekende bedrag tussen partijen geldt als de voorlopige koopprijs voor de aandelen. Grinding bestrijdt deze uitleg en stelt dat de *Estimated Option Price* gezamenlijk vastgesteld dient te worden en de mogelijkheid van een negatieve prijs door partijen niet is voorzien. Het hof oordeelt dat zonder nader feitelijk onderzoek niet over de uitleg van de call-optieregeling kan worden beslist. Dit geldt ook voor de vraag of de *Estimated Option Price* negatief zou kunnen zijn.

OSI heeft haar berekening van de *Estimated Option Price* en de cijfermatige onderbouwing daarvan aan Grinding overhandigd. Grinding stelt dat de verkregen informatie ontoereikend is en heeft als gevolg daarvan zelf geen *Estimated Option Price* genoemd. OSI heeft daarom subsidiair voorgesteld om de *Estimated Option Price* vast te stellen op € 1. Het hof volgt OSI hierin en stelt de voorlopige prijs op € 1, omdat het niet de bedoeling van partijen kan zijn geweest dat door een patstelling over de voorlopig toe te kennen waarde, het beoogde vlot uit elkaar gaan zou worden verhinderd. Daarbij speelt een rol dat inmiddels een jaar is verstreken sinds het uitoefenen van de call optie en binnen afzienbare tijd de jaarcijfers beschikbaar zijn op grond waarvan de definitieve *Option Price* kan worden berekend, al dan niet door een deskundige.

Het hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter en veroordeelt Grinding tot medewerking aan de overdracht van haar aandelen tegen betaling van een *Estimated Option Price* van € 1.

J.J. Trommel, juni 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-03-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:842

Zaaknummer: 200.275.022/01 KG

Rechters: A.C. Faber, E.E. van Tuyll Serooskerken-Röell en M.J.J. de Bontridder

Advocaten: M.E. Coenraads en J.W. de Groot

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Aantasting schorsing- en ontslagbesluiten Stichting Huurdersadviesraad Houten

Het hof bepaalt in kort geding dat het ontslag- en schorsingsbesluit van een stichting waarbij eisers als bestuurder zijn geschorst en ontslagen, in strijd met de statuten is genomen. Als gevolg daarvan vernietigt het hof het vonnis in eerste aanleg en veroordeelt het hof de stichting eisers toe te laten hun werkzaamheden als bestuursleden van de stichting te hervatten.

Geïntimeerde, de Stichting Huurdersadviesraad Houten ('de HAR'), is een huurdersorganisatie die de belangen behartigt van de huurders van Verhuurder Viveste. Appellanten zijn beiden bestuurder van de HAR. Naast appellanten is ook mevrouw B bestuurder. Appellanten zijn door de HAR geschorst als bestuurder. Appellant 1 is ook ontslagen. Appellanten zijn van mening dat de besluiten in strijd met de statuten zijn genomen en om die reden vernietigbaar. Appellanten vorderen in kort geding dat zij worden toegelaten tot uitoefening van hun taken.

De voorzieningenrechter van de rechtbank heeft de vorderingen in eerste instantie afgewezen vanwege het ontbreken van voldoende persoonlijk en spoedeisend belang. Appellanten gaan daartegen in hoger beroep.

Het hof constateert dat het schorsings- en ontslagbesluit is genomen in een bestuursvergadering waarin mevrouw B aanwezig was en ook de heer C. Appellanten waren daarbij niet aanwezig. Het hof stelt allereerst vast dat sprake is van een spoedeisend belang, omdat er onduidelijkheid is over de samenstelling van het bestuur terwijl er ook een procedure loopt tussen de HAR en Viveste.

Het hof stelt vervolgens vast dat de heer C niet op rechtsgeldige wijze is benoemd tot bestuurder. Volgens de statuten worden de bestuurders door het bestuur benoemd. Van de bestuursvergadering waarin C zou zijn benoemd bestaan echter geen notulen of enig ander stuk waaruit blijkt dat C tot bestuurder is benoemd. De hoedanigheid van bestuurder kan niet

worden geconstrueerd op grond van feitelijke gedragingen van partijen of van wederzijds opgewekt vertrouwen, zoals het schrijven van enkele e-mails, deelnemen aan bestuursvergaderingen en de inschrijving bij de KvK. Nu onvoldoende aannemelijk is dat C rechtsgeldig tot bestuurder is benoemd, maakte C ten tijde van het schorsings- en ontslagbesluit geen onderdeel uit van het bestuur.

Het schorsen van een bestuurder gebeurt volgens de statuten in een bestuursvergadering waarin de meerderheid van de in functie zijnde leden aanwezig of vertegenwoordigd is. Het besluit moet worden genomen met volstreekte meerderheid van de geldig uitgebrachte stemmen. Buiten vergadering kunnen besluiten worden genomen als alle bestuurders schriftelijk hun stem hebben uitgebracht.

Het hof stelt vast dat appellant 1 bij brief is geschorst zonder dat daaraan een bestuursvergadering is voorafgegaan, terwijl er ook geen besluit buiten vergadering is genomen. Vervolgens heeft weliswaar een vergadering plaatsgevonden en is een voorgenomen besluit tot schorsing genomen, maar in die vergadering waren appellanten niet aanwezig en naast B slechts C. C was echter geen bestuurder, zodat er geen meerderheid was voor het besluit tot schorsing. In het voorgenomen besluit stond dat appellanten binnen een week konden reageren op het voorgenomen besluit, bij gebreke waarvan de HAR ervan uitging dat zij instemden met de schorsing. Deze wijze van besluitvorming is in strijd met de statuten. Het hof stelt derhalve vast dat het schorsingsbesluit in strijd met de statuten is genomen.

Het hof is voorlopig van oordeel dat ook het ontslagbesluit van appellant 1 niet rechtsgeldig is omdat dit besluit is genomen tijdens een bestuursvergadering waarbij slechts B en C aanwezig waren, terwijl C geen bestuurder was. Volgens de statuten moet een dergelijk besluit worden genomen met algemene stemmen van de overige bestuurders en had appellant 2 dus moeten voorstemmen.

Het hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter en veroordeelt de HAR om appellanten toe te laten hun taak als bestuurslid uit te oefenen en hen daarbij toegang te geven tot alle bescheiden en systemen die bij hun taakuitoefening horen.

J.W.P. Tulfer, juni 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:4720

Zaaknummer: 200.287.004

Rechters: R.S. de Vries, A.E.F. Hillen en S.M. Evers

Advocaten: P.S. Folsche, G. Gabrelian en J.W. Janssens

Wetsartikelen: 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Kwalificatie samenwerking als vof

Het bestaan van een vennootschap onder firma (vof) kan – onder omstandigheden – op andere wijze dan middels een akte geleverd worden.

Een vader en zoon ('Vader' en 'Zoon') werken beiden in de bouw. De Vader heeft een eenmanszaak waar de Zoon werknemer is. De Zoon heeft daarnaast ook zijn eigen eenmanszaak. De eenmanszaken zijn vernoemd naar de namen van Vader en Zoon, en worden in deze samenvatting aangeduid als 'Onderneming Vader' en 'Onderneming Zoon'.

Vader en Zoon hebben gesproken over een samenwerking. De Zoon heeft per 1 maart 2018 zijn baan in loondienst opgezegd, en vanaf die datum tot 31 oktober 2018 hebben Vader en Zoon samen verbouwingsprojecten gedaan onder de naam Onderneming Vader. Daarna is de Vader gestopt met werken. Onderneming Vader heeft over heel 2018 een omzet behaald van € 359.529 en een winst geboekt van € 120.823. De Vader heeft (slechts) € 21.518 opgenomen. De Zoon had volledige toegang tot de administratie en de bankomgeving van Onderneming Vader.

De Vader beschuldigt de Zoon ervan dat hij winst aan de onderneming heeft onttrokken door administratieve kunstgrepen, en dat hij weigert het aandeel van de Vader hierin aan de Vader toe te kennen. De Vader stelt daarbij dat de samenwerking tussen hem en de Zoon gekwalificeerd kan worden als een vennootschap onder firma (vof), op grond waarvan hij recht heeft 50 procent van de winst. Subsidiair vordert de Vader een bedrag uit hoofde van een overeenkomst van onder-aanneming, dan wel uit hoofde van onverschuldigde betaling.

Omtrent de kwalificatie van de samenwerking overweegt de rechtbank dat deze samenwerking als vof moet worden gekwalificeerd. In artikel 22 WvK is opgenomen dat de vof moet worden aangegaan bij een authentieke akte. De rechtbank overweegt (terecht) dat dit een dwingend bewijsvoorschrift is, en geen voorwaarde voor het ontstaan van een vof. Het ontstaan van de vof zelf is vormvrij. Het dwingend bewijsvoorschrift betekent wel dat als een van de vennoten het bestaan van de vof ontkent, de andere vennoot deze alleen met het produceren van een akte kan bewijzen. Daar is echter een 'weg omheen' waar ook de

rechtbank op aanhaakt. De vof is een vorm van een maatschap. De maatschap vereist geen akte om het bestaan van een maatschap te bewijzen. Vennoten bij een vof kunnen, bij het ontbreken van een vennootschapsakte, daarom wel bewijzen dat tussen hen een maatschap bestaat. Als deze maatschap een onderneming drijft, optreedt onder een gemeenschappelijke naam en geen commanditaire vennootschap is, dan is zij op grond van artikel 16 WvK aan te merken als een vof. Het dwingend bewijsvoorschrift is dus niet zo dwingend als het lijkt.

De rechtbank loopt in de onderhavige casus de kenmerken van een maatschap na: i) inbreng van goederen, geld, het genot van goederen of arbeid, met ii) het doel gemeenschappelijk voordeel te behalen, waarbij iii) sprake is van een activiteit, iv) zeggenschap van alle maten en v) afwezigheid van onderlinge ondergeschiktheid. Aan al deze kenmerken is in dit geval voldaan. Dat betekent dat de vennoten in principe recht hebben op winst evenredig aan ieders inbreng, tenzij zij anders zijn overeengekomen. De Zoon heeft geen andere afspraak kunnen bewijzen. Dat betekent dat de rechtbank ervan uitgaat dat het aandeel van Vader en Zoon in de winst en het verlies ieder 50/50 zou moeten zijn. Vader en Zoon hebben hun eenmanszaken niet ingebracht in de vof. Het afgescheiden vermogen van de vof was op 1 maart 2018 dan ook nihil, en bestaat (uitsluitend) uit de inkomsten die Vader en Zoon daarna gezamenlijk hebben gegenereerd.

De rechtbank draagt de Vader op om in een nadere akte zijn stelling dat de Zoon het vermogen van zijn eenmanszaak van voor 1 maart 2018 heeft aangewend, te onderbouwen. Alle verder te nemen beslissingen stelt de rechtbank uit.

J. Wareman, juni 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 21-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:1595

Zaaknummer: C/16/497361 / HA ZA 20-113

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: L. Kruiswijk en D.H.J. Hooreman

Wetsartikelen: 22 WvK en 16 WvK

RECHTSPRAAK

Informele vereniging Caloh Wagoh verboden verklaard en ontbonden

Het OM verzoekt de rechtbank de informele vereniging Caloh Wagoh verboden te verklaren en te ontbinden. De rechtbank is bevoegd om de zaak te behandelen en Caloh Wagoh is op de juiste manier opgeroepen. Een verbod van de rechtspersoon (en de lokale afdelingen) is gerechtvaardigd.

Het Openbaar Ministerie (OM) heeft een zaak aangespannen tegen de informele vereniging Caloh Wagoh Main Triad (Motorcycle Club) ('Caloh Wagoh'). Caloh Wagoh is een Nederlandse motorclub met ongeveer 20 lokale afdelingen (*chapters*). Het OM vindt het noodzakelijk dat Caloh Wagoh wordt verboden en verzoekt de rechtbank om bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, de informele vereniging Caloh Wagoh verboden te verklaren en te ontbinden met benoeming van een vereffenaar. Het OM vindt dat de gedragingen van Caloh Wagoh in strijd zijn met de openbare orde. Het verzoek is gebaseerd op artikel 2:20 BW.

Zes belanghebbenden, allemaal lid van Caloh Wagoh, hebben verweer gevoerd. Dat verweer houdt kortweg in dat de rechtbank Midden-Nederland niet bevoegd is om de zaak te behandelen en dat Caloh Wagoh niet op de juiste manier is opgeroepen. Verder menen de verweerders dat de rechtbank zeer terughoudend moet zijn met het verbod van een rechtspersoon. Daarnaast zouden de lokale *chapters* niet onder een eventueel verbod vallen, omdat zij zelf informele verenigingen zijn. Ook zou het OM onvoldoende belang hebben bij de uitvoerbaarheid bij voorraad van een eventueel verbod.

De rechtbank kwalificeert Caloh Wagoh als een informele vereniging en dus een rechtspersoon. Daarom moeten de artikelen 995 lid 1 RV en 1:10 lid 2 BW worden toegepast met betrekking tot de bevoegdheid van de rechtbank. Uit een kennisdocument van Caloh Wagoh dat tijdens een doorzoeking is aangetroffen, blijkt dat Mijdrecht de plaats is waar Caloh Wagoh zetelt, en dus als woonplaats moet gelden in de zin van artikel 1:10 lid 2 BW. Mijdrecht ligt in het rechtsgebied van rechtbank Midden-Nederland.

De belanghebbenden menen dat Caloh Wagoh niet juist is opgeroepen. De rechtbank overweegt dat Caloh Wagoh door logische omstandigheden is opgeroepen in de Staatscourant. Daarnaast heeft de oproep Caloh Wagoh daadwerkelijk bereikt. Caloh Wagoh is via een contactformulier van haar site opgeroepen, waar iemand van Caloh Wagoh op gereageerd heeft. Het is niet aannemelijk dat die reactie van een willekeurige derde komt.

De vraag komt aan de orde of Caloh Wagoh in strijd is met de openbare orde. Een verbod van een rechtspersoon moet worden gezien als een noodzakelijke maatregel om gedragingen te voorkomen die een daadwerkelijke en ernstige aantasting vormen van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel en die onze samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten. Wanneer de rechtspersoon bij gedragingen van derden zelf niet rechtstreeks betrokken is in die zin dat het (feitelijke) bestuur van die rechtspersoon daaraan leiding heeft gegeven of daartoe doelbewust gelegenheid heeft gegeven, kunnen die gedragingen aan de rechtspersoon slechts als eigen werkzaamheid worden toegerekend als bijzondere feiten en omstandigheden daartoe grond geven. Het OM heeft meerdere voorbeelden gegeven van gedragingen die volgens het OM van Caloh Wagoh zelf zijn en in strijd met de openbare orde. Deze voorbeelden getuigen volgens de rechtbank van het plegen van zeer ernstig, tegen het leven gericht geweld (of pogingen daartoe). De belanghebbenden stellen dat deze gedragingen niet bij het verzoek mogen worden betrokken, omdat de leden van Caloh Wagoh die daarbij betrokken waren zich niet kunnen verweren in verband met een beroep op hun zwijgrecht. De rechtbank meent echter dat het weliswaar het goed recht van Caloh Wagoh is om niet te verschijnen, maar dat de mogelijke gevolgen van die keuze voor haar eigen rekening komen. Gelet hierop oordeelt de rechtbank dat het in een democratische samenleving noodzakelijk is dat Caloh Wagoh wordt verboden, in het belang van de rechten en vrijheden van degenen die zich in de Nederlandse samenleving bevinden.

Het OM heeft ook voorbeelden gegeven van gedragingen die niet van Caloh Wagoh zelf zijn en die dus niet om die reden als eigen werkzaamheid van Caloh Wagoh in de zin van artikel 2:20 BW hebben te gelden, maar die wel op grond van een bijzondere omstandigheid als eigen werkzaamheid aan Caloh Wagoh kunnen worden toegerekend. Het gaat daarbij om gedragingen die voortkomen uit de geweldscultuur van Caloh Wagoh. Die gedragingen zijn niet betwist en vaak zo ernstig dat ook die een verbod van Caloh Wagoh rechtvaardigen. Een voorbeeld hiervan is de verplichting van het betalen van een geldbedrag om een vereniging te mogen verlaten; dat is op zichzelf al een onaanvaardbare beperking van de negatieve vrijheid van vereniging door Caloh Wagoh.

Een verbod van een vereniging op grond van artikel 2:20 lid 1 BW betekent niet dat onder dat verbod ook de afdelingen (*chapters*) van die vereniging vallen die zelf een rechtspersoon zijn. Artikel 2:20 lid 1 BW moet worden uitgelegd in het licht van de in de Grondwet en het EVRM

gewaarborgde vrijheid van vereniging en vrijheid van meningsuiting. Door een verbod op de voet van artikel 2:20 lid 1 BW wordt immers een ernstige inbreuk gemaakt op deze vrijheden. Daaraan mag slechts in het uiterste geval worden toegekomen. Dit betekent dat artikel 2:20 lid 1 BW strikt moet worden uitgelegd. Als het OM verzoekt dat een rechtspersoon verboden wordt verklaard en ontbonden, kan dat verzoek, gelet op deze strikte uitleg, dus uitsluitend ten aanzien van die rechtspersoon worden toegewezen. Toewijzing van een dergelijk verzoek heeft dus niet tot gevolg dat daarmee ook een andere rechtspersoon wordt verboden. Het is echter niet aannemelijk gemaakt dat de *chapters* als zelfstandige eenheid naar buiten toe optreden en deelnemen aan het rechtsverkeer. De rechtbank is van oordeel dat de lokale chapters geen informele verenigingen zijn en daarom onder het verbod van Caloh Wagoh vallen. Caloh Wagoh wordt door de rechtbank verboden verklaard en ontbonden. De rechtbank verklaart de uitspraak niet uitvoerbaar bij voorraad.

J.M. Schepel, juni 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:1484

Zaaknummer: C/16/485775 / HA RK 19-225

Rechters: R.A. Steenbergen, H.A. Brouwer en V. van Dam

Advocaten: A. Boumanjal en M.E. van der Werf

Wetsartikelen: 2:20 BW en 1:10 BW