

## Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 2, 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:2020:2098](#) 18-12-2020

Aandeelhouder/Rabobank

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:2083](#) 18-12-2020

X/Uitdehaag q.q.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:2000](#) 11-12-2020

Verzoek rechterlijk bevel tot afgeven 'witness statement' afgewezen bij gebrek aan wettelijke grondslag

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1941](#) 04-12-2020

Vlimo Tuinbouwprojecten c.s./Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

#### Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:193](#) 12-01-2021

Curator niet aansprakelijk voor verkopen vermeend verpande zaken; (indirect) bestuurders wel aansprakelijk na schenden deponeringsplicht

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:248](#) 12-01-2021

X/ACM Products

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:2415](#) 22-12-2020

Vastgoedtransactie; bestuurdersaansprakelijkheid afgewezen

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:10721](#) 22-12-2020

Schadestaatprocedure jegens accountant(sorganisatie)

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:3758](#) 08-12-2020

Bestuurder zorginstelling niet aansprakelijk in verband met niet-naleving zorgbrede governancecode

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9984](#) 01-12-2020

Geschil tussen vennoten vof (Garagebedrijf Eemlander)

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:3638](#) 26-11-2020

Marrobel B.V. en Marggraff Stichting slagen in hoger beroep in hun verzoek tot heropening vereffening ontbonden stichting

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9519](#) 17-11-2020

Ontbinding maatschap boerenbedrijf

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3073](#) 10-11-2020

(On)bevoegdheid OK bij vaststellen dwangsommen

## **Rechtbank**

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:427](#) 16-01-2021

Johan Bastiaan Biezen q.q./STAK Beers Holding B.V.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:4617](#) 31-12-2020

Door OM verzocht civielrechtelijk bestuursverbod: recidive, schending inlichtingen- en medewerkingsplicht en een persoonlijk verwijt

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:6170](#) 17-12-2020

Omzetting stichting in vereniging

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:12155](#) 16-12-2020

Spaar- en Volkstuinvereniging Streven naar Verbetering - opzegging lidmaatschap

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:12548](#) 09-12-2020

NEC/Bestuurder oud-sponsor

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:6051](#) 07-12-2020

Corendon/Sunweb

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2020:9517](#) 03-12-2020

Afwijzing voorschot in kort geding rondom vof en toewijzing inzage banktransacties

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:11065](#) 02-12-2020

Mampaey Industries/Verenigde Tanrederij c.s.

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2020:9505](#) 25-11-2020

Vennoten/ING Bank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:4123](#) 25-11-2020

Hillechien Trijntje Meijer q.q./Bestuurders transportbedrijf

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:9964](#) 25-11-2020

A.c.s/X c.s.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:5911](#) 23-11-2020

Niet-naleving hoorplicht over voorgenomen ontslag bestuurder PE-fonds

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:9520](#) 18-11-2020

Geen vof tot stand gekomen ondanks inschrijving in het handelsregister

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2020:5239](#) 12-11-2020

Verzoekers/Bestuurder en de Stichting (het voetbalmuseum)

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:12258](#) 16-09-2020

Beroep op bestuurdersaansprakelijkheid afgewezen (A&PH en PBB)

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:8689](#) 19-11-2019

Oprichters eVision/Wolters Kluwer

### **Annotatie**

[Earn-out-perikelen – over de inspanningsverplichting van de koper gedurende de earn-out-periode](#)

*A.G. Colenbrander*

RECHTSPRAAK

## **Schadestaatprocedure jegens accountant(sorganisatie)**

***In deze schadestaatprocedure jegens een accountant en zijn accountantsorganisatie staan drie afzonderlijk uitgewerkte schadeposten centraal: een te lage prijs voor aandelen door een onjuiste vaststelling, buitengerechtelijke kosten en immateriële schade (psychische problematiek door de vele procedures). Evenals eerder de rechtbank wijst het hof de vorderingen af vanwege ontoereikende onderbouwing.***

Wijlen de echtgenoot van eiseres hield, samen met twee andere aandeelhouders, alle aandelen in een vennootschap. Hij wenste zijn aandelenpakket over te dragen aan de medeaandeelhouders. Over de daarvoor door de medeaandeelhouders te betalen prijs bestond al jaren geen overeenstemming. Na zijn overlijden zette de discussie zich voort tussen eiseres en de andere aandeelhouders. Inmiddels verkeerde de vennootschap in financieel zwaar weer en was reorganisatie gewenst. De overige aandeelhouders hebben langs juridische weg de overdracht van de aandelen door eiseres afgedwongen. Kort daarvoor had de accountant van de vennootschap zich uitgelaten over het vermogen van de vennootschap. Het rapport waarin dit was vastgelegd, werd door de andere aandeelhouders gebruikt voor de vaststelling van de koopprijs van de aandelen van eiseres. Die prijs was volgens eiseres (veel) te laag. Zij stelt dat zij te weinig voor haar aandelen heeft ontvangen en maakt de accountant het verwijt dat deze in zijn genoemde rapport niet heeft vermeld dat de daarin genoemde waarde van de vennootschap niet was bestemd voor de vaststelling van de waarde van de aandelen. In de hoofdzaak is bindend vastgesteld dat dit laatste onrechtmatig was tegenover eiseres. Dit vormt de grondslag voor de vordering die eiseres in de onderhavige procedure heeft ingesteld. De rechtbank heeft de vorderingen van eiseres afgewezen enerzijds omdat deze onvoldoende zijn onderbouwd, anderzijds omdat het causaal verband van de door haar gestelde schade niet was aangetoond.

In deze schadestaatprocedure vordert eiseres drie afzonderlijk uitgewerkte schadeposten, te weten de te lage prijs voor de aandelen, buitengerechtelijke kosten en immateriële schade. De

rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. Ook naar het oordeel van het hof staat het causaal verband tussen het aansprakelijkheid scheppende handelen of nalaten en de gestelde schade onvoldoende vast. De vordering tot vergoeding van immateriële schade wordt ook afgewezen wegens ontoereikende onderbouwing. Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 22-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2020:10721

**Zaaknummer:** 200.246.043/01

**Rechters:** G. van Rijssen, I. Tubben en J. Smit

**Advocaten:** R. Obster en J.M.H.W. Bindels

**Wetsartikelen:** 6:127 BW, 843a Rv, 22 Rv, 6:106 BW en 6:107 BW

## RECHTSPRAAK

### **Door OM verzocht civielrechtelijk bestuursverbod: recidive, schending inlichtingen- en medewerkingsplicht en een persoonlijk verwijt**

***Aan verweerder wordt een door het OM verzocht civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd voor vijf jaar. Het OM heeft zijn verzoek gegrond op artikel 106a onderdeel d Fw en subsidiair op onderdeel c.***

Op het nippertje van 2020, de laatste dag van het afgelopen jaar, werd door de rechtbank Overijssel nog een civielrechtelijk bestuursverbod van vijf jaren opgelegd aan (de niet bij naam genoemde) verweerder. Het bestuursverbod werd verzocht door het OM, primair gebaseerd op de grondslag van artikel 106a onder d Fw en subsidiair op grond van artikel 106a onder c Fw.

Artikel 106a onder d Fw – de primaire grondslag van het OM – betreft het recidivegeval: de bestuurder van een rechtspersoon is, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, ten minste tweemaal eerder betrokken geweest bij een faillissement van een rechtspersoon en daarvan treft hem een persoonlijk verwijt. Het OM voert daartoe aan dat de desbetreffende bestuurder (de verweerder) in de faillissementen van The Select Comfort Company BV, The Energy+ Company BV, The Indulgence Company BV en Sleep4you BV als bestuurder een persoonlijk verwijt valt te maken als bedoeld in voormeld wetsartikel. De faillissementen van deze rechtspersonen hebben plaatsgevonden in een periode van minder dan één jaar. Het OM komt enigszins terug op zijn aanvoering en geeft aan dat de curator van The Indulgence Company BV heeft vastgesteld dat hij geen verwijt jegens de bestuurders van de bv maakt. Ook haalt het OM nog een drietal andere faillissementen aan waarbij verweerder als bestuurder betrokken was, terwijl deze niet vallen onder de reikwijdte van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Deze faillissementen hebben plaatsgevonden vóór inwerkingtreding van artikel 106a Fw. Toch is het OM van mening dat het van belang is deze te noemen omdat deze faillissementen ter illustratie kunnen dienen van een spoor van faillissementen van rechtspersonen waaraan verweerder als bestuurder was of is verbonden.

Volgens het OM kan de verweerder ten aanzien van de faillissementen van The Select Comfort Company BV, The Energy+ Company BV en Sleep4you BV een persoonlijk verwijt worden gemaakt, nu hij niet aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW heeft voldaan en/of nu de jaarrekening niet tijdig openbaar is gemaakt. Het OM merkt op dat de nalatigheid ter zake van de genoemde verplichtingen ingevolge het bepaalde in artikel 2:248 lid 2 BW meebrengt dat wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze stelling van het OM dient enigszins genuanceerd te worden, want een onbelangrijk verzuim wordt daarbij niet in aanmerking genomen.

Subsidiair heeft het OM het verzoek gegrond op onderdeel c van artikel 106a Fw: de bestuurder die, ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate tekortgeschoten is in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator. Het OM onderbouwt deze tekortkomingen met verslagen van de curatoren van de faillissementen en voorts de (langdurige) inbewaringstelling van verweerder voor tekortschietsing in zijn verplichtingen. Hoewel de wetgever bij het invoeren van deze grondslag primair het oog heeft gehad op de curator als de agerende partij, overwoog de rechtbank Amsterdam al eerder dat ook het OM kan ageren op deze grond (ECLI:NL:RBAMS:2019:466). Tot slot voert het OM ter onderbouwing van zijn verzoeken nog een strafrechtelijke veroordeling van verweerder betreffende belastingfraude aan binnen of met The Select Comfort Company BV. Ook dit voert het OM weer aan buiten de reikwijdte van de grondslag voor het bestuursverbod om, puur met het doel een beeld van verweerder te schetsen.

Het verweer dat tegen de verzoeken van het OM wordt gevoerd, acht de rechtbank tardief en onvoldoende onderbouwd. De rechtbank is dan ook van oordeel dat het OM de grond waarop het bestuursverbod wordt verzocht voldoende heeft onderbouwd en dat aan de vereisten voor het opleggen van een bestuursverbod wordt voldaan. Daarbij geeft de rechtbank nog aan van oordeel te zijn dat verweerder vanwege het hem te maken persoonlijk verwijt de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen heeft geschonden en met de repeterende faillissementen maatschappelijke schade heeft veroorzaakt. De rechtbank vindt dat het verzochte bestuursverbod moet worden opgelegd uit een oogpunt van algemeen belang. Ook wordt een dwangsom opgelegd van € 10.000 per overtreding van het opgelegde bestuursverbod, met een maximum van € 500.000, die in voorkomend geval toekomt aan de boedel(s) in het faillissement van The Select Comfort Company BV, The Energy+ BV en Sleep4you BV.

*S. Renssen, januari 2021*

**Instantie:** Rechtbank Overijssel

**Datum uitspraak:** 31-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBOVE:2020:4617

**Zaaknummer:** C/o8/248376 / HA RK 20-73

**Rechters:** A.M. Koene

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

**Wetsartikelen:** Art. 106a Fw

## RECHTSPRAAK

### **Bestuurder zorginstelling niet aansprakelijk in verband met niet-naleving zorgbrede governancecode**

***Hof wijst vorderingen van een curator jegens de bestuurder van een zorginstelling af. Het niet naleven van de zorgbrede governancecode levert geen onbehoorlijk bestuur op.***

Enige bron van inkomsten van Zorgpunt Thuiszorg B.V. ('Zorgpunt') waren betalingen op grond van een met CZ gesloten overeenkomst tot het bieden van thuiszorg. Om in aanmerking te komen voor een jaarcontract met CZ moest zijn voldaan aan de voorwaarden zoals vastgelegd in het 'Zorginkoopdocument' voor het desbetreffende jaar. Een van de voorwaarden in het Zorginkoopdocument 2012 was dat de zorgaanbieder de Zorgbrede Governancecode 2010 ('de Governancecode') had ingevoerd.

De Governancecode bepaalde onder andere dat mogelijke regels omtrent het ontslag van (leden van) de raad van toezicht van de zorginstelling statutair moesten zijn vastgelegd. Daarnaast bepaalde de Governancecode dat de raad van toezicht zodanig moest zijn samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar en het bestuur onafhankelijk en kritisch konden opereren. In het kader van de inschrijving voor een contract voor 2011 vindt discussie plaats tussen Zorgpunt en CZ over de vraag of Zorgpunt aan deze voorwaarden voldeed; de raad van commissarissen van Zorgpunt bestond uit één persoon. Uitkomst van deze discussie is dat Zorgpunt een tweede commissaris benoemt en een zorgcontract voor 2012 krijgt.

Er ontstaat opnieuw discussie naar aanleiding van het door CZ gepubliceerde Zorginkoopdocument 2013. Het Zorginkoopdocument bepaalt wederom dat de zorgaanbieder aantoonbaar de Governancecode moet hebben ingevoerd. Uit de bij deze bepaling opgenomen voetnoot blijkt dat CZ hieronder verstaat 'dat een zorgaanbieder in ieder geval beschikt over een meervoudig samengestelde Raad van Toezicht of Raad van Commissarissen, die statutair is verankerd en waarvan bestaan en samenstelling kenbaar zijn uit het handelsregister'. Volgens CZ kwam Zorgpunt niet in aanmerking voor een contract voor 2013 omdat de regels ten aanzien van ontslag en schorsing van haar commissarissen niet in de statuten van de vennootschap, maar in een reglement waren opgenomen. CZ hechtte bij Zorgpunt bijzonder

belang aan deze voorwaarde, omdat de enig (indirect) bestuurder en aandeelhouder van Zorgpunt dezelfde persoon waren. De RvC hield daardoor weliswaar toezicht op het bestuur, maar de leden van de RvC konden ontslagen worden door diezelfde bestuurder, in zijn hoedanigheid van aandeelhouder.

Zorgpunt spant vervolgens een kort geding aan om CZ te dwingen met haar een contract voor 2013 aan te gaan, maar vangt bot, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. Kort gezegd oordeelt het hof dat de Governancecode voldoende duidelijk bepaalde dat de regels voor ontslag van leden van de RvC in de statuten moesten zijn opgenomen en wat dat betreft niet kon worden volstaan met reglementen.

Daarmee staat vast dat Zorgpunt geen contract voor 2013 krijgt. Zorgpunt failleert als gevolg van het wegvallen van haar enige bron van inkomsten. De aangestelde curator stelt de bestuurder van Zorgpunt primair aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW en stelt subsidiair de Peeters/Gatzen-vordering in. Kort gezegd legt hij aan zijn vorderingen ten grondslag dat de bestuurder er niet voor heeft gezorgd dat Zorgpunt voldeed aan de voorwaarden voortvloeiend uit de Governancecode, met als gevolg dat zij niet in aanmerking kwam voor een contract met CZ.

In tegenstelling tot de rechtbank wijst het hof de vorderingen van de curator af. Volgens het hof hoefde de bestuurder in 2012 niet te verwachten dat de organisatiestructuur bij Zorgpunt niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen, nadat Zorgpunt in 2011 – na een uitvoerige discussie met CZ over de samenstelling van de RvC – wél een contract had gekregen.

*J.F. Fliek, januari 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 08-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2020:3758

**Zaaknummer:** 200/240.046/01

**Rechters:** H.A.G. Fikkers, J.M.H. Schoenmakers en A.C. Metzelaar

**Advocaten:** R. Bosman en D. Stikkelbroeck

**Wetsartikelen:** art. 2:248 BW en art. 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **X/ACM Products**

***In hoger beroep voert de in eerste aanleg veroordeelde bestuurder met succes verweer. Geen bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de Beklamel-norm, noch rechtstreekse aansprakelijkheid wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm.***

X is bestuurder en enig aandeelhouder van de besloten vennootschap Ysee Beheer B.V., die op haar beurt statutair bestuurder en enig aandeelhouder is van Athlete B.V. ('Athlete'). Athlete hield zich onder meer bezig met internetverkoop van sportartikelen.

Athlete kocht haar producten onder meer in bij A.C.M. Products B.V. ('ACM'). ACM heeft op 15 maart, 4 en 16 april 2018 producten uitgeleverd en gefactureerd aan Athlete. Athlete heeft de leveringen onbetaald gelaten. Op 28 althans 29 juni 2018 heeft zij haar bedrijfsactiviteiten beëindigd en haar faillissement aangevraagd. Het faillissement van Athlete is op 2 juli 2018 uitgesproken.

ACM verwijt X dat hij bij het aangaan van de overeenkomsten met ACM wist of behoorde te weten dat Athlete haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de door ACM geleden schade, de Beklamel-aansprakelijkheid. Voorts stelt zij dat X rechtstreeks op basis van een onrechtmatige daad aansprakelijk is, bestaande uit schending van een zorgvuldigheidsnorm. In hoger beroep staan twee vragen centraal.

Ten eerste de vraag tegen welke peildata de Beklamel-aansprakelijkheid moet worden beoordeeld. Het hof volgt ACM in de stelling dat de data waarop de producten zijn afgeroepen, uitgeleverd en bij Athlete in rekening zijn gebracht tot uitgangspunt moeten worden genomen. Dat de overeenkomsten, zoals X stelt, al in februari 2018 zijn gesloten, kan niet worden vastgesteld. Daarom geldt 16 april 2018 als (eerste) peilmoment dat het hof zal beoordelen.

Ten tweede de vraag of op 16 april 2018 de vereiste wetenschap aan de zijde van X aanwezig was. Het hof constateert dat de financiële situatie en ondernemingsactiviteiten van Athlete op 16 april 2018 onder druk stonden. Op dat moment was zij echter nog in gesprek met investeerders. Van een relevante vermindering van de bedrijvigheid was daarnaast (nog) geen

sprake. Daarom mocht X er op dat moment redelijkerwijs van uitgaan dat Athlete door de investering(en) in staat zou zijn haar onderneming gaande te houden en haar crediteuren te voldoen. Pas ná de door het hof vaststelde peilmomenten hebben zich relevante ontwikkelingen voorgedaan die de continuïteit van Athlete ernstig in gevaar brachten.

Gelet op het voorgaande had Athlete op 16 april 2018, met de wijsheid van toen, niet moeten afzien van de inkoop van artikelen bij ACM. In tegenstelling tot de rechtbank concludeert het hof dat geen sprake is van *Beklamel*-aansprakelijkheid. Ook van rechtstreekse aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, bestaande uit schending van een zorgvuldigheidsnorm, is geen sprake.

*S.W.M. Kessels & J.E. van Nuland, januari 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 12-01-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2021:248

**Zaaknummer:** 200.264.137/01

**Rechters:** W.F. Boele, M.M.A. Wind en P. Roorda

**Advocaten:** M.J.W. Hemmes en J.E.P.A. van Hooff

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **Curator niet aansprakelijk voor verkopen vermeend verpande zaken; (indirect) bestuurders wel aansprakelijk na schenden deponeringsplicht**

***In deze zaken komen een vennootschap en een (indirect) bestuurder op tegen de oordelen van de rechtbank over de aansprakelijkheid van de curator van de gefailleerde vennootschap en de aansprakelijkheid van deze (indirecte) bestuurders.***

In deze gevoegde zaken komen een vennootschap ('Beheer B.V.') en een (indirect) bestuurder ('appellant 2') op tegen de oordelen van de rechtbank in eerste aanleg over (1) de persoonlijke en q.q.-aansprakelijkheid van de curator van de gefailleerde vennootschap Import Cooperation Europe B.V. ('Import B.V.') jegens Beheer B.V. en (2) de aansprakelijkheid van Beheer B.V. en appellant 2 wegens onbehoorlijke taakvervulling als (indirect) bestuurders van Import B.V.

Na het faillissement van de vennootschap heeft de curator, zo stellen appellanten, aan Beheer B.V. verpande roerende zaken (i.c. in ieder geval de bedrijfsvoorraden) verkocht terwijl zij van dit rechtsgeldige pandrecht op de hoogte was en zulks ook nog eens tegen een veel te lage prijs en op basis van een onjuiste biedingsprocedure en taxatie, waarbij tot slot de rechter-commissaris meermaals onvolledig is geïnformeerd.

Ten aanzien van de verpande roerende zaken stellen appellanten dat twee geregistreerde pandlijsten zijn overhandigd aan de curator, waaruit het pandrecht van Beheer B.V. blijkt. Het hof oordeelt dat zulks niet voldoende is – van het bestaan van de verpandingsovereenkomst zal tevens moeten blijken. De verwijzing hiernaar in de overgelegde pandlijsten is niet voldoende. De curator hoefde het pandrecht van Beheer B.V. dan ook niet alleen al op grond van de pandlijsten te erkennen. Ondanks wat heen en weer gemail is, aldus het hof, niet vast komen te staan dat de curator op het moment van de verkoop van de bedrijfsvoorraden de pandakte kende en de pandrechten inhoudelijk had kunnen beoordelen. Nu de curator voorts voldoende rekening heeft gehouden met de mogelijke pandrechten van Beheer B.V. door meermaals te vragen naar de onderliggende stukken en de voorgenomen verkoop aan te

kondigen, is er geen grond voor aansprakelijkheid (pro se of q.q.) van de curator. Dat de curator niet de gehele correspondentie heeft toegezonden aan de rechter-commissaris, maar in grote lijnen de discussies (waaronder die over de pandrechten) heeft geschetst, maakt voorts niet dat onrechtmatig is gehandeld door de curator.

Over de verkoopprijs van de verkochte zaken overweegt het hof dat de curator de voorraden (weliswaar via foto's) heeft laten taxeren en zich heeft laten adviseren over het te accepteren bod. Voorts is potentiële kopers de mogelijkheid geboden de zaken ter plaatse te komen bekijken en zijn de inventaris en voorraden 'open' aangeboden aan eventuele geïnteresseerden. Van een ondeugdelijke wijze van verkoop is daarmee niet gebleken.

In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat Beheer B.V. en appellant 2 op de voet van artikel 2:248 BW aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. Aan de veroordeling lag ten grondslag dat de boekhoudverplichting en de deponeringsverplichting zijn geschonden (art. 2:248 lid 2 BW). Ook tegen dit oordeel komen appellanten op. Uiteindelijk komt vast te staan dat in ieder geval de deponeringsplicht is geschonden. Daarmee staat vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Om dit vermoeden te weerleggen wijzen appellanten op andere omstandigheden die een belangrijke oorzaak van het faillissement zouden zijn. Gewezen wordt op algemene nadelige ontwikkelingen in de groothandelsbranche en dat klanten overstapten naar innovatievere groothandels. Nu dit een en ander niet concreet en voldoende (waar relevant cijfermatig) is toegelicht en onderbouwd, is onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van een andere belangrijke oorzaak van het faillissement. Voorts verwerpt het hof evenals de rechtbank het beroep op matiging.

Het hof laat het bestreden vonnis in stand.

*O. Oost, januari 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 12-01-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2021:193

**Zaaknummer:** 200.259.964/02 en 200.259.977/02

**Rechters:** H.L. Wattel, L.M. Croes en J.G.J. Rinkes

**Advocaten:** J.W. Mouthaan en C.G. Klomp

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

RECHTSPRAAK

**X/Uitdehaag q.q.**

***Een op de voet van artikel 2:248 lid 2 BW aangesproken bestuurder die zich verweert met een beroep op een andere belangrijke oorzaak moet, wanneer de curator hem verwijt dat hij heeft nagelaten het intreden daarvan te voorkomen, een voldoende concreet feitelijk verhaal stellen tegenover dit ‘nalaat-verwijt’.***

X BV exploiteert een groothandel in sportartikelen. Op 14 december 2010 is de vennootschap failliet verklaard. De indirect bestuurder wordt op de voet van artikel 2:248 BW jo. artikel 2:11 BW door de curator aangesproken. De curator beroept zich op artikel 2:248 lid 2 BW, nu de directe bestuurder de deponeringsplicht en de boekhoudplicht zou hebben geschonden. Het hof oordeelt dat dit inderdaad het geval is. Daarmee staat vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

De indirect bestuurder c.s. komen, nog steeds bij het hof, tegen dit laatste vermoeden op en voeren een andere omstandigheid aan als belangrijkste oorzaak van het faillissement, namelijk een sterke omzetsdaling die te wijten is aan plotseling sterke concurrentie van internetverkoppen en onvoldoende liquide middelen waardoor de voorraad niet up to date gehouden kon worden. Voorts werden de contracten opgezegd door een aantal sportclubs en stapten diverse klanten over naar de concurrentie. Tot slot eiste de bank extra zekerheden.

De curator brengt daar onder meer en voor zover thans relevant tegenin, dat uit niets blijkt dat de indirecte bestuurder c.s. zich hebben ingespannen om het door hen veronderstelde spreekwoordelijke tij te keren. De bestuurders wijzen er ter onderbouwing van hun verweer onder andere op dat zij een webshop hebben geopend, extra hebben geadverteerd, sponsormogelijkheden hebben onderzocht en verkoopdagen hebben georganiseerd.

Het hof verwerpt het verweer van de indirect bestuurder c.s. Weliswaar is voldoende aangetoond dat sprake is geweest van een aanzienlijke omzetsdaling, maar deze omzetsdaling alleen is onvoldoende om aan te nemen dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Van een bestuur mag, aldus het hof, worden

verwacht dat bij een teruglopende omzet maatregelen worden genomen. Er is echter niets gesteld, aldus het hof, over door het bestuur genomen maatregelen om kosten te reduceren, om de voorraad wél up to date te houden, of over het versterken van de liquiditeit.

In cassatie staan met name klachten tegen het door het hof niet honoreren van het beroep op deze andere belangrijke oorzaak van het faillissement centraal. Uit de casus blijkt de subtiële systematiek van lid 2 van artikel 2:248 BW. In zijn conclusie gaat A-G Assink hier ook uitgebreid op in. Stelt de bestuurder als weerlegging van het causaliteitsvermoeden een andere belangrijke oorzaak van het faillissement en verwijt de curator de bestuurder voldoende onderbouwd dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen (in de woorden van A-G Assink het ‘nalaat-verwijt’), dan zal de bestuurder tevens feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert (HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (*Blue Tomato*)). Samengevat komt het erop neer, dat de bestuurder(s) een voldoende concreet feitelijk verhaal zal (zullen) moeten stellen tegenover dit ‘nalaat-verwijt’, waarin zij in onderhavige zaak niet zijn geslaagd.

De Hoge Raad doet de kwestie af met een beroep op artikel 81 Wet RO.

*O. Oost, januari 2021*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 18-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2020:2083

**Zaaknummer:** 19/05067

**Rechters:** A.M.J. van Buchem-Spapens, G. Snijders en A.E.B. ter Heide

**Advocaten:** B.I. Kraaiipoel

**Wetsartikelen:** 2:248 BW

## RECHTSPRAAK

### **A.c.s/X c.s.**

#### ***Bestuurder is werkzaam op grond van een managementovereenkomst (overeenkomst van opdracht) en niet op basis van een arbeidsovereenkomst.***

#### **Feiten**

A B.V. verricht wereldwijd werkzaamheden in het goederenvervoer. A B.V. is bij akte van oprichting van 24 januari 2018 opgericht door drie bv's: X B.V., B B.V. en C B.V. Bij de oprichting van A B.V. zijn 1500 aandelen geplaatst. X B.V., B B.V. en C B.V. bezitten ieder 500 aandelen. X is algemeen directeur, enig aandeelhouder en zelfstandig bevoegd bestuurder van X B.V. B is enig aandeelhouder en zelfstandig bevoegd bestuurder van B B.V. C is enig aandeelhouder en zelfstandig bevoegd bestuurder van C B.V. Op een e-mail van B van 26 maart 2018 aan de accountant van A B.V., met X in de cc, waarin wordt verzocht om een uitleg 'hoe het geregeld moet worden met de salaris of fee van de gedane maandelijkse uitbetalingen aan X' heeft de accountant gereageerd. Bij e-mail van 5 juni 2019 heeft de accountant aan B, C en X onder meer geschreven over reeds opgenomen bedragen en hoe deze dienen te worden gefactureerd om deze als managementfee te verwerken. Op 3 juli 2019 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen alle aandeelhouders van A B.V. en de accountant om afspraken te maken over de beëindiging van A B.V. In dit gesprek heeft X aangegeven de activiteiten van A B.V. voort te willen zetten met andere partijen en de mogelijkheden daartoe te willen verkennen. Aangezien deze afspraken niet tot concrete afspraken leiden, stemmen B B.V. en C B.V. tijdens de AVA op 9 oktober 2019 voor ontbinding van de vennootschap. Hiermee wordt niet voldaan aan de drie vierden meerderheid van de stemmen volgens de statuten. Er wordt gestemd over het schorsen en ontslaan van X B.V. als bestuurder. B B.V. en C B.V. stemmen hier voor. X B.V. stemt tegen. De volgens de statuten vereiste meerderheid is voor, waarmee dit voorstel ten uitvoer wordt gebracht en X B.V. per direct wordt ontslagen als bestuurder. Bij e-mail van 13 oktober 2019 stelt X zich onder meer op het standpunt dat hij werkzaam is op grond van een (mondelinge) arbeidsovereenkomst.

#### **Oordeel**

De kantonrechter is van oordeel dat X c.s. – tegenover het gemotiveerde verweer van A B.V. c.s. – onvoldoende hebben onderbouwd dat tussen A B.V. en X sprake was van een arbeidsovereenkomst. Nog daargelaten dat niet is onderbouwd waaruit de gezagsverhouding tussen A B.V. en X zou hebben bestaan en kan worden afgeleid, staat vast dat van enige afdracht van loonheffing of sociale premies nooit sprake is geweest. Daarbij is ook nooit vakantiegeld uitbetaald en zijn ook nooit loonstroken opgemaakt, vakantiedagen opgenomen of uitgekeerd en is niet gebleken dat X daar (eerder dan in de onderhavige procedure) ooit om heeft verzocht. Dat X instructies kreeg van A B.V. , althans B, hebben X c.s. – ondanks het gemotiveerde verweer van A B.V. c.s. – niet onderbouwd. Dat A B.V. de werktijden van X vaststelde, blijkt ook nergens uit. Daartoe zijn bijvoorbeeld geen werkroosters door X c.s. overgelegd. De kantonrechter volgt X c.s. dan ook niet in het standpunt dat sprake was van een gezagsverhouding tussen hem en A B.V. Vast staat dat A B.V. is opgericht door drie bv's. Als niet weersproken neemt de kantonrechter als vaststaand aan dat deze bv's als holdings zijn opgericht ter oprichting van A B.V. Vanaf de oprichting van A B.V. beschikken de drie bv's over ieder een gelijk deel aan aandelen. Tevens zijn zij alledrie formeel bestuurder van A B.V. De kantonrechter acht voldoende aannemelijk gemaakt dat partijen er door middel van deze constructie voor hebben gekozen om niet als natuurlijk persoon A B.V. te besturen, maar dat de feitelijke bestuurders zichzelf inlenen van ieders persoonlijke holding, alwaar de feitelijke bestuurder zijn looninkomen geniet. In het geval waarin de rechtspersonen als bestuurders optreden, moet worden aangenomen dat de bestuurder optreedt op grond van een overeenkomst van opdracht (managementovereenkomst) en niet op grond van een arbeidsovereenkomst (ECLI:NL:RBLIM:2018:150). Gelet op het voorgaande oordeelt de kantonrechter dat van een arbeidsovereenkomst tussen A B.V. en X geen sprake is geweest en dat van een managementovereenkomst moet worden uitgegaan, zodat de tegenvorderingen voor afwijzing gereed liggen.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 25-11-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2020:9964

**Zaaknummer:** 8244318 \ CV EXPL 19-19962

**Rechters:** D.P. Ruitinga

**Advocaten:** M.G. Spijker en J.M. Eisma

**Wetsartikelen:** 7:610 BW en 7:400 BW

## RECHTSPRAAK

### **Mampaey Industries/Verenigde Tanrederij c.s.**

***Een aandeelhouder draagt 5% van zijn aandelen over aan een derde en vordert in kort geding dat de andere aandeelhouders op grond van een drag-along-bepaling al hun aandelen aan die derde leveren. De voorzieningenrechter wijst de vordering af, omdat niet op voorhand is komen vast te staan dat de drag-along-bepaling gedwongen uitkoop van de overige aandeelhouders mogelijk maakt.***

Mampaey Industries Beheer BV ('Mampaey') heeft samen met Verenigde Tanrederij Holding BV en A en B de vennootschap Innodox B.V. opgericht, ten behoeve van het doorontwikkelen en commercialiseren van 'DockLock', een aan- en afmeersysteem voor schepen. Hoewel de octrooien met betrekking tot DockLock in handen zijn van Innodox, dient Mampaey te betalen voor de verdere ontwikkeling en productie van het systeem. Bovendien dient Mampaey aan Innodox een licentievergoeding te betalen voor ieder verkocht product.

De samenwerking is wat Mampaey betreft teleurstellend. Tussen de aandeelhouders is volgens haar geen sprake van gelijkwaardig partnerschap en door de contractuele bepalingen is zij gehouden te blijven investeren in een product waarover zij niet vrijelijk kan beschikken. Bovendien kan zij de samenwerking niet beëindigen zonder veel geld te verliezen. Mampaey heeft daarom een plan bedacht. Zij wil een samenwerking aangaan met een derde partij, Aerolift Industrials BV ('Aerolift'), om samen met haar te werken aan de ontwikkeling van aan- en afmeersystemen. Aerolift zou dan de aandelen in Innodox van Mampaey overnemen, zodat Mampaey zich kan beroepen op de *drag-along*-bepaling zoals opgenomen in de aandeelhoudersovereenkomst tussen de aandeelhouders van Innodox. Volgens deze bepaling is Mampaey, wanneer zij haar aandelen zal leveren aan een derde, gerechtigd de overige aandeelhouders te verplichten al hun aandelen eveneens aan die partij aan te bieden en te leveren. Als gevolg van dit plan zullen alle aandelen door Aerolift worden gehouden, zodat Mampaey op basis van hun samenwerking alleen met deze partij verder kan.

De overige aandeelhouders weigeren echter hun aandelen aan Aerolift aan te bieden, omdat Mampaey gewoon betrokken blijft bij de ontwikkeling van DockLock. Er is dus geen sprake

van een gezamenlijke exit, waar de *drag-along*-bepaling voor bedoeld is, maar van een gedwongen uitkoop van drie aandeelhouders.

In kort geding vordert Mampaey vervolgens van de overige aandeelhouders nakoming van de *drag-along*-bepaling. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat het niet voldoende aannemelijk is dat Mampaey onder deze omstandigheden inderdaad een beroep kan doen op de *drag-along*-bepaling, en wijst de gevraagde voorziening af. Mampaey zal in een bodemprocedure moeten proberen haar vordering alsnog toegewezen te krijgen.

*S.L. Haanschoten, januari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

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

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2020:11065

**Zaaknummer:** C/10/606860

**Rechters:** C. Bouwman

**Advocaten:** M.F.J.M. Broekman en J.A.I. Verheul

**Wetsartikelen:**

RECHTSPRAAK

## **Hillechien Trijntje Meijer q.q./Bestuurders transportbedrijf**

***Na faillissement van een transportbedrijf wordt een doorstart gemaakt via twee andere vennootschappen. Nadat ook deze vennootschappen failliet worden verklaard, vordert de curator van beide vennootschappen een verklaring voor recht dat de betrokken bestuurders aansprakelijk zijn voor de boedeltekorten. De rechtbank wijst de vordering toe, gelet op te laat gepubliceerde jaarrekeningen, niet op orde zijnde administratie, een onvoldoende voorbereiding van de doorstart en het te lang voortzetten van verlieslatende bedrijfsactiviteiten.***

Nadat vennootschap X failliet is verklaard, worden haar bedrijfsactiviteiten – het vervoeren van stukgoederen – eerst voortgezet door vennootschap Y en, daarna, door vennootschap Z. Vervolgens gaan ook Y en Z failliet. In deze procedure vordert de curator van Y en Z een verklaring voor recht dat de bestuurders van Y en Z ('de Bestuurders') gehouden zijn op grond van artikel 2:248, 2:9 en 6:162 BW de door Y en Z en/of hun schuldeisers geleden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat. In dit verband vordert de curator de Bestuurders hoofdelijk te veroordelen tot het betalen van een voorschot.

De rechtbank wijst de vordering ten aanzien van 2:248 BW en het voorschot toe. Of sprake is van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 en/of 6:162 BW laat de rechtbank in het midden, nu de curator niet heeft gesteld en ook niet is gebleken dat zij hierbij – naast de veroordeling op grond van 2:248 BW – belang heeft.

Dat de Bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld, volgt volgens de rechtbank allereerst uit het feit dat Y de jaarrekeningen over twee boekjaren te laat heeft gepubliceerd (respectievelijk 22 en 34 maanden na sluiten van de betreffende boekjaren) en de administratie van zowel Y als Z ten tijde van het faillissement niet op orde was.

Verder acht de rechtbank van belang dat de doorstart van de bedrijfsactiviteiten van X door Y en Z onvoldoende zorgvuldig is voorbereid. De rechtbank overweegt in dit verband dat voordat tot een doorstart wordt besloten, eerst gedegen onderzoek dient te worden verricht naar de daaraan verbonden perspectieven en risico's. Daarnaast zal in het algemeen een plan moeten worden opgesteld waarin staat welke stappen en maatregelen nodig zijn om de doorstart succesvol te laten plaatsvinden, aldus de rechtbank. Volgens de rechtbank hebben de Bestuurders niet aannemelijk kunnen maken dat zij dergelijk onderzoek hebben verricht.

Daarnaast concludeert de rechtbank uit overgelegde crediteurenoverzichten van vennootschappen Y en Z dat de Bestuurders de bedrijfsactiviteiten hebben voortgezet nadat voor hen duidelijk had moeten zijn dat daarvoor onvoldoende perspectief was.

Gelet op het bovenstaande, staat volgens de rechtbank het vermoeden vast dat de onbehoorlijke taakvervulling door de Bestuurders een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Het verweer van de Bestuurders dat het faillissement is veroorzaakt door zakelijke tegenvallers, kan hen niet baten. Hoewel het in de ogen van de rechtbank goed denkbaar is dat zakelijke tegenvallers aan het uiteindelijke faillissement hebben bijgedragen, neemt dit volgens haar niet weg dat het onbehoorlijke bestuur – met name de ondoordachte doorstart en het te lang voortzetten van bedrijfsactiviteiten – als belangrijke oorzaak van het faillissement moet worden gezien.

*T.A. Janse, januari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 25-11-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2020:4123

**Zaaknummer:** C/19/126273 HA ZA 19-56

**Rechters:** S.M. Schothorst, C.J.R. de Locht en T.A. Oudenaarden

**Advocaten:** Y.H. Talstra, H. Veldman en G.A. Krol

**Wetsartikelen:** 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

## RECHTSPRAAK

### **Geen vof tot stand gekomen ondanks inschrijving in het handelsregister**

***In deze zaak vordert de eiser een verklaring voor recht dat tussen hem en gedaagden een vennootschap onder firma heeft bestaan en dat deze rechtsgeldig is ontbonden, dan wel opgezegd. Volgens de rechtbank komt de kern van het geschil tussen partijen neer op de vraag of een vennootschap onder firma heeft bestaan. Bij de beoordeling van die vraag komt het erop aan of partijen een overeenkomst hebben gesloten waarbij zij zich hebben verbonden om geld, (genot van) goederen en/of arbeid in te brengen teneinde het daardoor behaalde voordeel met elkaar te delen en of ze aan die overeenkomst ook daadwerkelijk uitvoering hebben gegeven. De inschrijving van de vennootschap onder firma in het handelsregister is daarbij niet doorslaggevend. De rechtbank wijst de vordering af.***

Eiser ('Eiser') en gedaagde 2 ('Gedaagde 2') zijn beide melkveehouder en zij hebben gesproken over een mogelijke samenwerking. Eiser heeft vervolgens 30 van zijn melkkoeien gestald bij Gedaagde 2. Op 18 januari 2017 hebben Eiser, Gedaagde 2 en gedaagde 3 ('Gedaagde 3') een vennootschap onder firma ('Gedaagde 1') ingeschreven bij de Kamer van Koophandel met oprichtingsdatum 1 januari 2017. Na een woordenwisseling op 26 juni 2017 tussen Eiser en Gedaagde 2 is de samenwerking beëindigd en heeft Eiser de koeien terug overgebracht naar zijn eigen erf.

Eiser vordert een verklaring voor recht dat er tussen hem en Gedaagde 2 en 3 een vennootschap onder firma heeft bestaan en dat deze rechtsgeldig is ontbonden, dan wel opgezegd. Volgens de rechtbank komt de kern van het geschil tussen partijen neer op de vraag of er vanaf juni 2016, maar in ieder geval vanaf 1 januari 2017, een vennootschap onder firma heeft bestaan.

Eiser heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake was van een vennootschap onder firma, omdat hij tal van werkzaamheden heeft verricht op het erf en in de stal van Gedaagde 2, als aanspreekpunt voor Friesland Campina, dierenartsen en de loonwerker fungeerde, een actieve rol speelde bij de aankoop van koeien en kapitaal heeft ingebracht in de vorm van gekuild gras. Gedaagde 2 en 3 hebben zich op het standpunt gesteld dat nooit een vennootschap onder firma tot stand is gekomen, ook al heeft een formele inschrijving van de vennootschap in het handelsregister plaatsgevonden. Zij voeren daartoe aan dat slechts afspraken zijn gemaakt over het plaatsen van het melkvee in de stallen van Gedaagde 2. Over de verdere invulling van de samenwerking zijn geen nadere afspraken gemaakt. Verder betwisten Gedaagde 2 en 3 dat Eiser substantiële werkzaamheden op het erf en in de stallen van Gedaagde 2 heeft uitgevoerd.

De rechtbank is van oordeel dat geen vennootschap onder firma tot stand is gekomen en legt daaraan de volgende redenering ten grondslag. De inschrijving van een vennootschap in het handelsregister levert volgens de rechtbank slechts een indicatie op van het bestaan van een vennootschap, maar daaraan kan geen beslissende betekenis worden toegekend. Uiteindelijk komt het erop aan of partijen een overeenkomst hebben gesloten waarbij zij zich hebben verbonden om geld, (genot van) goederen en/of arbeid in te brengen, teneinde het daardoor behaalde voordeel met elkaar te delen, en of ze aan die overeenkomst ook daadwerkelijk uitvoering hebben gegeven.

De rechtbank oordeelt dat de inschrijving van de vennootschap een geïsoleerde actie was, die niet vooraf werd gegaan of is gevolgd door concrete afspraken over de wijze waarop aan de voorgenomen samenwerking zou worden vormgegeven. Wat betreft het overbrengen van de koeien naar de stallen van Gedaagde 2 constateert de rechtbank dat partijen geen verdere afspraak hebben beoogd dan het feitelijk overbrengen van de koeien. Dit wordt volgens de rechtbank ondersteund door het feit dat partijen zelfs geen afspraken hebben gemaakt over de voor de hand liggende vraag hoe het melkgeld zou worden uitbetaald en verdeeld. Uit niets blijkt volgens de rechtbank dat koeien zijn ingebracht in de vennootschap onder firma of dat dit de bedoeling is geweest. Daar komt bij dat Eiser na de woordenwisseling de koeien weer heeft teruggehaald naar zijn eigen erf, waartoe hij in de visie van partijen als eigenaar kennelijk gerechtigd was. De terughaalactie is volgens de rechtbank ook nooit in de sleutel van verdeling van de vennootschap onder firma geplaatst.

Ten aanzien van het argument van Eiser dat hij zijn arbeid en het kuilgras heeft ingebracht, oordeelt de rechtbank dat niet duidelijk is of dit is gebeurd ten behoeve van de eigen ter plekke gestalde koeien of als inbreng in de vennootschap onder firma. Verder acht de rechtbank het onvoldoende onderbouwd dat Eiser een centrale rol heeft gespeeld als aanspreekpunt richting diverse derden. Tot slot legt de rechtbank nog aan haar oordeel ten grondslag dat geen (schriftelijke) maatschapsovereenkomst is gesloten tussen partijen, er

nooit een (afzonderlijke) boekhouding is gevoerd voor Gedaagde 1 of een bankrekening op diens naam is geopend.

De rechtbank oordeelt dat partijen het voornemen hadden met elkaar te gaan samenwerken, maar dat hen niet helder voor ogen stond hoe de samenwerking gestalte zou moeten krijgen. In dat kader hebben ze een beperkt aantal feitelijke stappen gezet, maar iedere afspraak over het juridische en financiële kader van de samenwerking is achterwege gebleven. De rechtbank wijst de vordering van Eiser af.

*M.M.H.A. Leurs, januari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 18-11-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2020:9520

**Zaaknummer:** C/15/302027/ HA ZA 20-256

**Rechters:** A.C. Haverkate

**Advocaten:** N. Bakker en P. Sipma

**Wetsartikelen:** 7A:1655 BW, 7A:1662 lid 1 BW en 16 WvK

## RECHTSPRAAK

### **Afwijzing voorschot in kort geding rondom vof en toewijzing inzage banktransacties**

***Ontvankelijkheid en spoedeisend belang in kort geding. Eisers vorderen onder andere betaling van een voorschot op een in de bodemzaak toe te wijzen vordering die zij op gedaagden stellen te hebben. De voorzieningenrechter stelt voorop dat voor het verkrijgen van een voorschot in kort geding terughoudendheid op zijn plaats is. Er gelden drie voorwaarden. De voorzieningenrechter wijst de vordering tot betaling van een voorschot af. Vordering tot inzage van financiële documentatie op grond van artikel 843a Rv wordt gedeeltelijk toegewezen.***

In dit kort geding staan een vennootschap onder firma ('de VOF') en de (indirect bestuurders van de) vennoten daarvan centraal. Op 25 augustus 2020 verzoekt een van de vennoten verlof aan de voorzieningenrechter van de rechtbank om diverse conservatoire beslagen te mogen leggen ten laste van onder andere de (indirect) bestuurder van de andere vennoot. Kort gezegd is uit de administratie gebleken dat in de voorgaande jaren een bedrag tussen de twee en drie miljoen euro onrechtmatig aan de VOF is onttrokken. De voorzieningenrechter heeft op 26 augustus 2020 verlof verleend om de verzochte beslagen te leggen.

Partijen hebben op 15 september 2020 een regeling getroffen die onder meer inhoudt dat de advocaten een registeraccountant zullen aanzoeken die opdracht krijgt namens de VOF alle financiën van de VOF te onderzoeken. Het rapport van de registeraccountant diende op 15 november 2020 gereed te zijn. Na het uitblijven van het rapport en tevens op verzoek van een van de partijen heeft de voorzieningenrechter vonnis in deze zaak gewezen.

Eiseressen, waaronder ook de VOF, vorderen samengevat veroordeling van de gedaagden (i) tot het betalen van een voorschot van € 350.000, (ii) om de complete administratie van de VOF over te dragen onder verbeurte van een dwangsom en (iii) tot het verstrekken van alle banktransacties vanaf 2017 tot en met de datum van de dagvaarding in kort geding. Gedaagden

(tevens eisers in reconventie) vorderen op hun beurt – kort gezegd – opheffing van de ten laste van gedaagde gelegde beslagen.

De voorzieningenrechter constateert allereerst dat de VOF in haar vordering kan worden ontvangen en dat voldoende aannemelijk is dat partijen een spoedeisend belang hebben bij de gevorderde voorzieningen.

Eiseressen stellen dat gedaagden onrechtmatig bedragen van grote omvang aan de VOF hebben onttrokken, waardoor zij grote schade hebben geleden en waardoor de VOF de lopende rekeningen en kosten niet kon betalen. Zij vorderen derhalve betaling van een voorschot op een in de bodemzaak toe te wijzen vordering. De voorzieningenrechter stelt voorop dat voor het verkrijgen van een voorschot in kort geding terughoudendheid op zijn plaats is. Blijkens HR 29 maart 1985, NJ 1986/84 (*M'Barek/Van der Vloodt*) gelden drie voorwaarden. De rechter dient niet alleen te onderzoeken of het bestaan van een vordering van de eiser op de gedaagde voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat een onmiddellijke voorziening uit hoofde van onverwijlde spoed is vereist, terwijl de rechter in de afweging van de belangen van partijen mede de vraag naar het risico van onmogelijkheid van terugbetaling zal hebben te betrekken, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.

De voorzieningenrechter overweegt – kort gezegd – dat eiseressen onvoldoende inzichtelijk hebben gemaakt welke gedragingen zij aan elk van de gedaagden afzonderlijk verwijten en waarom zij de gedaagden hoofdelijk aansprakelijk achten. Ter zitting hebben eiseressen meegedeeld dat zij een vordering tegen gedaagden hebben ingesteld, ieder in hun hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap die vennoot is van de VOF, zonder hun aansprakelijkheid op die grondslag feitelijk verder uit te werken. De voorzieningenrechter overweegt voorts dat de vordering onvoldoende beoordeeld kan worden aan de hand van de huidige gegevens en stellingen. Daarvoor is nader bewijs nodig – bijvoorbeeld uit het onderzoek door de registeraccountant – en daarvoor leent een kortgedingprocedure zich niet. De voorzieningenrechter kan binnen het bestek van dit kort geding dus niet vaststellen dat aannemelijk is dat eiseressen een vordering hebben op gedaagden. De slotsom is dan ook dat de vordering van eiseressen tot betaling van een voorschot wordt afgewezen.

Eiseressen hebben tot slot hun vordering ter zitting aangepast, in die zin dat zij genoeg nemen met een afschrift van de volledige administratie. Zij baseren hun vordering op artikel 843a Rv. De voorzieningenrechter is van oordeel dat eiseressen een rechtmatig belang hebben bij hun vordering. Zij hebben als vof en vennoot recht op deze stukken. De afschriften dienen dan ook door (een aantal) gedaagde(n) overgelegd te worden.

Eiseressen vorderen voorts op grond van artikel 843a Rv afgifte van banktransacties. De voorzieningenrechter overweegt dat eiseressen moeten kunnen controleren welke facturen op briefpapier van de VOF zijn betaald op het betreffende bankrekeningnummer en welke bedragen haar toekomen. Enkel van de (indirect) bestuurder van de gedaagde vennoot kan worden verwacht dat hij daarvan rekening en verantwoording aflegt. Eiseressen in conventie hebben een rechtmatig belang bij inzage in de banktransacties.

*K.C.J. Vermeulen, januari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Limburg

**Datum uitspraak:** 03-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBLIM:2020:9517

**Zaaknummer:** C/03/282226 / KG ZA 20-355

**Rechters:** I.M. Etman

**Advocaten:** H. den Besten en B.M.M. Hepkema

**Wetsartikelen:** 843a Rv

## RECHTSPRAAK

### Vennoten/ING Bank

***In deze zaak staat de vraag centraal of alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een vordering van ING Bank en in hoeverre de bevoegdheidsbeperking van de vennoten kenbaar was voor ING Bank. De kantonrechter oordeelt dat de onbekendheid met de beperkte tekenbevoegdheid van de vennoten wegens de vermelding daarvan in het handelsregister voor eigen risico van ING Bank komt. Het handelsregister heeft namelijk juist tot doel handelspartners op de hoogte te brengen van onder meer dergelijke beperkende bepalingen.***

ING Bank N.V. ('ING') heeft bij een vennootschap een vordering ingesteld wegens een betalingsachterstand in het kader van een rekening en Businesscard die door die vennootschap bij ING worden gehouden. ING stelt zich daarbij op het standpunt dat alle vennoten van de vennootschap ('de Vennoten') hoofdelijk aansprakelijk zijn voor betaling van die vordering. Een van de Vennoten ('de Derde Vennoot') heeft zich beroepen op de onbevoegdheid van een andere vennoot, die namens de vennootschap de overeenkomst met ING is aangegaan. Bij tussenvonnis zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de kenbaarheid van de bevoegdheidsbeperking van de Vennoten en de gevolgen hiervan voor de vordering van ING.

ING stelt niet bekend te zijn geweest met de beperkte tekenbevoegdheid van de Vennoten en stelt dat het niet op haar weg lag om dit te moeten controleren. Volgens ING hadden juist de Vennoten ING moeten informeren uit hoofde van een meldingsplicht. ING stelt dat de Vennoten gebruikmaakten van de rekening en Businesscard van ING en daarover post ontvingen, maar desondanks nooit contact met ING hebben opgenomen om aan te geven dat iets niet zou kloppen of om een beperkte tekenbevoegdheid aan te tonen. De Vennoten voeren aan dat bij de toetreding van de Derde Vennoot een nieuw vennootschapscontract is opgesteld en is gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel. Een afschrift daarvan is toegezonden aan ING. Uit de inschrijving bij de Kamer van Koophandel blijkt de beperkte tekenbevoegdheid van de Vennoten.

ING heeft niet meer kunnen reageren op de door de Vennoten in het geding gebrachte uitdraai van het handelsregister, waarop de beperkende bepaling wordt vermeld. Desalniettemin neemt de kantonrechter deze in behandeling, omdat het volgens haar gaat om gegevens uit een openbaar en voor iedereen te raadplegen register. De kantonrechter overweegt dat de Vennoten met het afschrift voldoende hebben aangetoond dat de bevoegdheidsbeperking bestond en na het aantreden van de Derde Vennoot en voorafgaand aan de aanvraag van de Businesscard voor ING kenbaar was. Op het moment van de aanvraag had ING daarom op de hoogte kunnen zijn van die beperking door raadpleging van het handelsregister. Het handelsregister is immers juist bedoeld om handelspartners op de hoogte te brengen van onder meer dit soort beperkingen, aldus de kantonrechter. Verder heeft ING gesteld noch aannemelijk gemaakt waarop de door haar gestelde meldingsplicht is gebaseerd. De onbekendheid met de bevoegdheidsbeperking komt daarmee voor risico van ING.

De kantonrechter oordeelt dat de Vennoten niet hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de vordering van ING. Nu strikt genomen alleen de vennoot die de overeenkomst onbevoegdelijk aanging, aansprakelijk is, maar de andere vennoot tegenover ING ook aansprakelijkheid heeft aanvaard, wijst de kantonrechter de vordering jegens de Derde Vennoot af en veroordeelt de overige Vennoten hoofdelijk tot betaling van de vordering van ING.

*O.R.J.C. Freens, januari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Limburg

**Datum uitspraak:** 25-11-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBLIM:2020:9505

**Zaaknummer:** 8239046 \ CV EXPL 19-8588

**Rechters:** P.H.M. Kuster

**Advocaten:** H.J. Jansen

**Wetsartikelen:**

## RECHTSPRAAK

### **Beroep op bestuurdersaansprakelijkheid afgewezen (A&PH en PBB)**

***Schuldeisers vorderen betaling van de (indirect) bestuurders van een bv die aandelen van hen heeft overgenomen. Zij baseren hun vordering op onrechtmatige daad (externe bestuurdersaansprakelijkheid). Volgens de rechtbank treft de bestuurders geen persoonlijk ernstig verwijt. De vorderingen tegen de bestuurders worden afgewezen.***

Eiser sub 1 ('A&PH') hield tot 15 juni 2018 alle aandelen in A&PR. Eiser sub 2 ('PBB') houdt samen met een andere vennootschap alle aandelen in A&PH. A&PR exploiteerde een restaurant binnen een franchiseformule. Tussen A&PH en A&PR bestond een franchiseovereenkomst waarbij A&PH als franchisegever gold en A&PR als franchisenemer.

Op 15 juni 2018 heeft A&PH de aandelen in A&PR overgedragen aan gedaagde 1 ('de B.V.') en DSR voor een bedrag van € 75.000. Gedaagde sub 2 ('Gedaagde 2') is enig aandeelhouder en zelfstandig bevoegd bestuurder van de B.V. Voor de voldoening van de koopsom heeft A&PH een geldlening van € 75.000 verstrekt aan A&PR ('Geldleningsovereenkomst I'). De B.V. en DSR zijn hoofdelijk aansprakelijk voor Geldleningsovereenkomst I.

In augustus 2018 heeft A&PH de franchiseovereenkomst met A&PR met onmiddellijke ingang beëindigd wegens het door A&PR verstrekken van onjuiste omzetgegevens. Kort daarna heeft A&PR de exploitatie van het restaurant gestaakt.

Sinds maart 2019 is de B.V. enig aandeelhouder van A&PR. In mei 2019 heeft de bank de met A&PR (voorafgaand aan de overname) gesloten geldleningsovereenkomst ('Geldleningsovereenkomst Bank') opgezegd. De bank heeft PBB en A&PH hoofdelijk aangesproken tot terugbetaling van een bedrag van in totaal € 31.272,33.

A&PR is op 9 juli 2019 in staat van faillissement verklaard.

Eiseressen vorderen de B.V. en Gedaagde 2 hoofdelijk te veroordelen tot betaling van onder andere (I) een bedrag van € 75.000 uit hoofde van de Geldleningsovereenkomst I, (II) de

achterstallige franchisefee van A&PR, (III) een door PBB aan A&PR geleend bedrag van € 35.800 en (IV) betaling van een bedrag van € 31.272,33 in verband met de Geldleningsovereenkomst Bank.

Eiseressen baseren vordering IV op de contractuele bepalingen uit de aandelenkoopovereenkomst. Vordering I, II en III baseren zij op onrechtmatige daad (externe bestuurdersaansprakelijkheid). De rechtbank oordeelt dat er geen contractuele grondslag is voor de toewijzing van vordering IV en wijst die vordering af. Ten aanzien van vordering I overweegt de rechtbank verder dat voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder is vereist dat de bestuurder ter zake van de benadeling van de schuldeiser een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Onder verwijzing naar ECLI:NL:HR:2014:2627 (*RCI Financial Services*) merkt de rechtbank op dat zodoende voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen gelden dan in het algemeen het geval is.

De B.V. is reeds in een ander vonnis veroordeeld tot betaling van het openstaande bedrag van Geldleningsovereenkomst I, zodat de rechtbank vordering I ten aanzien van de B.V. direct afwijst.

Eiseressen stellen dat Gedaagde 2 bij het kopen van de aandelen in A&PR wist dat de B.V. niet aan de daaruit voortvloeiende verplichting zou kunnen voldoen, zodat is voldaan aan het *Beklamel*-criterium. De rechtbank gaat daarin niet mee. Het is volgens de rechtbank niet beslissend of de B.V. ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst voldoende vermogen had om de koopprijs voor de aandelen te voldoen. Door het aangaan van Geldleningsovereenkomst I zijn partijen immers een uitgestelde betaling van de koopprijs overeengekomen. Het gaat er dus om of Gedaagde 2 bij het sluiten van de koopovereenkomst al wist of moest weten dat A&PR de geldlening niet zou kunnen aflossen en geen verhaal zou bieden voor de schade. Er zijn geen aanwijzingen dat hiervan sprake is. Volgens de rechtbank is aan de *Beklamel*-norm dus niet voldaan. Dat Gedaagde 2 zou hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de B.V. haar wettelijke verplichtingen niet nakomt (de *Ontvanger/Roelofsen*-norm), is ook niet gebleken.

Ten aanzien van vorderingen II en III betogen eiseressen dat is voldaan aan de *Ontvanger/Roelofsen*-norm, omdat Gedaagde 2 en de B.V. bedragen hebben onttrokken aan het vermogen van A&PR, waardoor deze vennootschap niet meer in staat was aan haar verplichtingen jegens hen te voldoen. De rechtbank is van oordeel dat niet is komen vast te staan dat per saldo sprake is van onttrekkingen die verhaalsfrustratie tot gevolg hebben gehad, aangezien zij ook geld in A&PR hebben gestoken. Dat de betalingen zijn gedaan zonder dat daar bijvoorbeeld een factuur aan ten grondslag lag, maakt de betalingen niet automatisch

onrechtmatig tegenover schuldeisers. Dit is een aangelegenheid tussen A&PR en haar aandeelhouders.

Ook het (mogelijk) achterhouden van een deel van de omzet voor franchisegever A&PH acht de rechtbank niet zodanig ernstig persoonlijk verwijtbaar dat dit leidt tot externe bestuurdersaansprakelijkheid van gedaagden.

De rechtbank komt tot de conclusie dat vorderingen I en III niet toewijsbaar zijn op grond van onrechtmatige daad.

*D.E. Mandigers, januari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 16-09-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2020:12258

**Zaaknummer:** C/09/579902 / HA ZA 19-957

**Rechters:** A.C. Bordes

**Advocaten:** L. Hennink en L.M.F. Relouw

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## Corendon/Sunweb

***Corendon vordert dat Sunscreen (de moedermaatschappij van Sunweb) gedwongen wordt mee te werken aan de overname van Corendon Holding B.V. door Sunscreen, omdat aan alle opschortende voorwaarden zoals opgenomen in de koopovereenkomst voldaan zou zijn. Sunscreen betwist dat aan alle opschortende voorwaarden is voldaan, al stelt Corendon dat de Covid-19-crisis de werkelijke reden is voor Sunscreen om onder de transactie uit te willen. Alhoewel de voorzieningenrechter het aannemelijk acht dat aan de opschortende voorwaarden is voldaan, wijst zij de vordering van Corendon af op basis van een belangenafweging.***

Sunscreen Bidco B.V. ('Sunscreen') en Corendon Holiday Group B.V. ('Corendon') hebben na een intensief onderhandelingstraject op 6 december 2019 een koopovereenkomst getekend met betrekking tot de verkoop van alle aandelen in Corendon Holding B.V. ('Corendon Holding') door Corendon aan Sunscreen. *Closing* van de transactie is afhankelijk gesteld van een viertal in de koopovereenkomst opgenomen opschortende voorwaarden. Deze opschortende voorwaarden moeten voor de *long stop date* 31 oktober 2020 vervuld zijn, zo niet dan verkrijgen beide partijen het recht de koopovereenkomst te beëindigen. De koopovereenkomst bepaalt voorts dat *closing* plaatsvindt op de 16<sup>e</sup> werkdag nadat de laatste opschortende voorwaarde in vervulling is gegaan.

Uiteindelijk ontstaat een geschil over de vraag of aan één specifieke opschortende voorwaarde is voldaan. Sunscreen beweert dat dit niet het geval is, dat daardoor niet voldaan is aan het vervullen van de vier opschortende voorwaarden voor de *long stop date* en dat zij op basis daarvan het recht heeft de koopovereenkomst te beëindigen. Corendon stelt dat wel aan deze specifieke opschortende voorwaarde is voldaan en vordert, kort gezegd, dat Sunscreen verplicht wordt volledige en onvoorwaardelijke medewerking te verlenen aan *closing*, onder meer door betaling van de koopprijs en door aanvaarding van de aandelen in Corendon Holding, op straffe van een dwangsom van 10 miljoen euro per overtreding en van 10 miljoen

euro voor elke dag dat die overtreding voortduurt. Volgens Corendon is de uitbraak van de Covid-19-crisis de eigenlijke reden dat Sunscreen onder de transactie probeert uit te komen.

De voorzieningenrechter komt uiteindelijk tot de conclusie dat het in dit kort geding voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat aan de eerder aan gerefereerde specifieke opschortende voorwaarde is voldaan. Een afweging van alle betrokken belangen leidt er echter volgens de voorzieningenrechter toe dat de vorderingen van Corendon in dit kort geding niet kunnen worden toegewezen.

De voorzieningenrechter overweegt hiertoe dat vorderingen in een kort geding alleen bij wijze van voorlopige voorzieningen kunnen worden toegewezen. De vorderingen in dit specifieke kort geding zijn echter bijzonder verstrekkend en mogelijk onomkeerbaar. De voorzieningenrechter overweegt voorts dat onvoldoende is komen vast te staan dat Corendon een spoedeisend belang heeft bij een bij de rechter afgedwongen overname.

Doorslaggevend bij de belangenafweging is volgens de voorzieningenrechter de Covid-19-crisis die de gehele reisbranche bijzonder ernstig treft. De voorzieningenrechter concludeert dat in dit kort geding de gevolgen van een afgedwongen overname voor de continuïteit van de gecombineerde onderneming Corendon/Sunweb niet kunnen worden overzien. Onder deze omstandigheden dienen partijen volgens de voorzieningenrechter met elkaar om de tafel te gaan zitten om de *deal*, waarmee zij aanvankelijk zo verguld waren, aan te passen aan de gewijzigde situatie. Ongeacht het feit dat in de koopovereenkomst expliciet is opgenomen dat partijen afzien van de mogelijkheid de overeenkomst te ontbinden of de rechter te vragen de overeenkomst aan te passen in het geval sprake zou zijn van onvoorziene omstandigheden, kunnen partijen nog steeds onder bepaalde omstandigheden op grond van de redelijkheid en billijkheid gehouden worden afwijkende afspraken te maken.

De voorzieningenrechter acht op grond van het voorgaande ingrijpen door haar, welk ingrijpen alleen kan bestaan uit een alles-of-niets-beslissing, niet op zijn plaats. De vordering van Corendon wordt afgewezen.

*P. van der Heide, januari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 07-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2020:6051

**Zaaknummer:** C/13/692550 / KG ZA 20-1005

**Rechters:** H.C. Hoogeveen

**Advocaten:** G.A. Smit, T.L. Schasfoort en E.D. van Geuns

**Wetsartikelen:** 6:21 BW en 6:22 BW

## RECHTSPRAAK

### **Niet-naleving hoorplicht over voorgenomen ontslag bestuurder PE-fonds**

***De voorzieningenrechter schort een BAVA op waar het ontslag van een bestuurder was geagendeerd, omdat de bestuurder niet is gehoord over het voorgenomen besluit. De voorzieningenrechter veroordeelt partijen verder tot hervatting van de gesprekken over een exitregeling voor de betreffende bestuurder.***

Een onderneming die zich richt op het opzetten en beheren van *private equity*-fondsen ('de Vennootschap') is opgericht door drie *founding partners* ('A, B en C'), die ieder via hun persoonlijke vennootschappen bestuurder en aandeelhouder van de holding van de Vennootschap zijn. De holding is op haar beurt naast grootaandeelhouder ook bestuurder van de Vennootschap.

A, B en C zijn al twee jaar met elkaar in gesprek over een aandeelhoudersovereenkomst, maar zijn nog niet tot finalisering en ondertekening gekomen. De conceptovereenkomst bevat een exitregeling omtrent het vertrek van (een van) de bestuurders. De statuten bepalen voorts dat de AVA bestuurders te allen tijde kan ontslaan met een gewone meerderheid.

B en C laten A op 29 oktober 2020 weten dat zij de samenwerking met hem willen beëindigen, gelet op zijn functioneren. A maakt kenbaar zich niet te kunnen vinden in de opgegeven redenen. B en C roepen A niettemin op voor een BAVA met als agendapunt het ontslag van zijn persoonlijke vennootschap als bestuurder.

A betreft vervolgens de Vennootschap, de holding, B en C en hun persoonlijke vennootschappen in onderhavig kort geding, waarin hij eist dat (i) de BAVA geen doorgang zal vinden en gedaagden worden verboden daar te verschijnen, (ii) gedaagden wordt verboden enige nieuwe AVA op te roepen met zijn schorsing of ontslag als bestuurder als agendapunt, (iii) gedaagden worden veroordeeld te handelen conform de exitregeling in de (laatste versie van de) aandeelhoudersovereenkomst en (iv) gedaagden wordt geboden dat A zijn werkzaamheden kan voortzetten.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Anders dan A betoogde, is er geen overeenstemming bereikt over de aandeelhoudersovereenkomst, althans over de exitregeling daarin. Dit betekent dat de statuten leidend zijn wat betreft het ontslag. Dit laat onverlet dat uit artikel 2:8 lid 2 BW volgt dat de betreffende statutaire regel niet van toepassing is, aangezien A niet gehoord is door B en C over het voorgenomen ontslag. In dit verband volgt de voorzieningenrechter B en C niet in hun betoog dat zij A wekelijks wezen op zijn (vermeende) slechte functioneren. Een en ander legden zij namelijk niet vast, waardoor zij voorshands niet voldoende aannemelijk konden maken dat zij A vóór 29 oktober 2020 aanspraken op zijn functioneren op een zodanige manier dat voor A duidelijk was dat de samenwerking zou eindigen zonder verbetering. Daar komt bij dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat A op 29 oktober 2020 voor een voldongen feit is gesteld zonder dat afspraken zijn gemaakt over een exitregeling. De voorzieningenrechter besluit de BAVA op te schorten en verbiedt gedaagden om daarvóór in enige (B)AVA het besluit te nemen A te schorsen of te ontslaan als bestuurder.

De voorzieningenrechter is wel van oordeel dat de positie van A onhoudbaar is geworden, onder meer aangezien de investeerders al zijn geïnformeerd over het voornemen hem te ontslaan. De vordering strekkende tot hervatting van de werkzaamheden wijst de voorzieningenrechter dan ook af. Tot slot besluit de voorzieningenrechter dat partijen in overleg moeten treden over een exitregeling voor A.

*J. Tromp, januari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 23-11-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2020:5911

**Zaaknummer:** C/13/692736

**Rechters:** H.C. Hoogeveen

**Advocaten:** M.W.E. Evers, O.J. Rote-de Vries en W.H.A.M. van den Muijsenbergh

**Wetsartikelen:** 2:8 BW

RECHTSPRAAK

**Verzoek rechterlijk bevel tot afgeven ‘witness statement’ afgewezen bij gebrek aan wettelijke grondslag**

***Een verzoek bij de OK tot het treffen van een onmiddellijke voorziening, inhoudende een bevel tot het afgeven van een ‘witness statement’ door een bestuurder/aandeelhouder in een in het buitenland lopende procedure, is afgewezen. Op grond van artikel 173 Rv kan een partijgetuige niet onder verbeurte van een dwangsom of gijzeling worden gedwongen een verklaring af te leggen. Volgens de OK ontbreekt hiervoor een expliciete wettelijke grondslag. Verzoekers gaan in cassatie. De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad doet het beroep af via artikel 81 RO.***

Delco Participation B.V. (‘Delco’) en diens 50%-aandeelhouder H.P.L. Metals B.V. (‘HPL’), hebben een conflict met de andere 50%-aandeelhouder in het kapitaal van Delco, SVO Company B.V. (‘SVO’). HPL en SVO zijn tevens de enig bestuurders van Delco, zij zijn gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd. HPL en SVO zijn de persoonlijke holdings van respectievelijk de niet nader genoemde verzoeker (‘de Verzoeker’) en de niet nader genoemde verweerder (‘de Verweerder’). De Verzoeker en de Verweerder hebben in 1999 samen met een betrokkene (‘de Betrokkene’) een onderneming opgericht naar het recht van de Kaaimaneilanden, genaamd Chiho-Tiande Group Limited (‘CT’). Delco en een holding van de Betrokkene hielden elk 50% in het kapitaal van CT. Delco heeft haar aandelen in het kapitaal van CT in de loop der jaren verkocht aan diverse investeerders.

Over de afwikkeling van Delco’s belang in CT is tussen de Verzoeker (HPL) en de Verweerder (SVO) vervolgens een verschil in inzicht gerezen. HPL heeft vervolgens namens Delco een advocatenkantoor in Hong Kong opdracht gegeven om bij de High Court van Hong Kong een procedure te starten tegen de Betrokkene. In geschil is in dat geding met name welke afspraken tussen Delco en de Betrokkene zijn gemaakt over schulden en vorderingen op elkaar. Delco meent dat er géén verrekeningsafpraak is gemaakt met de Betrokkene, maar dit wordt door de Betrokkene betwist.

In de procedure in Hong Kong acht Delco het in haar belang om een *witness statement* van de Verweerder in te dienen, waarin hij verklaart dat er met de Betrokkene geen verrekeningsafpraak is gemaakt. Dit *witness statement* dient te voldoen aan de naar het procesrecht van Hong Kong gestelde eisen, maar de Verweerder is niet bereid deze af te geven. Ondertussen heeft de OK op verzoek van HPL een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken bij Delco wegens een onoverbrugbaar verschil van mening over het jegens de zakenpartner/debiteuren van Delco te voeren beleid. Delco heeft de OK vervolgens verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorziening de Verweerder te bevelen het *witness statement* af te geven, onder verbeurte van een dwangsom. De OK heeft dit verzoek afgewezen. De Verweerder kwalificeert als partijgetuige in de zin van artikel 173 lid 1 Rv. Uit artikel 173 Rv volgt dat een partijgetuige niet door gijzeling en het opleggen van dwangsommen kan worden gedwongen om een verklaring af te leggen. Volgens de OK volgt uit het feit dat de Verweerder bestuurder is van de vennootschap niet dat er een verplichting bestaat om een *witness statement* af te leggen, ook niet op grond van artikel 2:8 BW. Er ontbreekt dan ook een expliciete wettelijke grondslag die verplicht tot het afleggen van het *witness statement*. Ondanks de bevoegdheid en grote mate van vrijheid van de OK bij het bepalen welke onmiddellijke voorzieningen zij treft, gaat het de rechtsvormende taak van de OK te buiten om op basis van haar bestaande bevoegdheden te voorzien in het ontbreken van de wettelijke basis aan het verzoek, aldus de OK.

Delco is tegen de beschikking van de OK in cassatie gegaan. Zij klaagt voor zover relevant onder meer dat de OK blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door na te laten om op grond van artikel 2:8, 2:9 of 2:239 BW en/of artikel 6:162 BW door middel van een concrete belangenafweging te onderzoeken of uit de taakuitoefening van de Verweerder als bestuurder, gelet op het belang van Delco, voor hem een verplichting voortvloeit tot het afleggen van een *witness statement*. Samen met artikel 2:349a lid 2 BW zouden deze bepalingen bovendien een voldoende wettelijke grondslag bieden om die verplichting op te leggen. Bovendien – anders dan bij de wettelijke getuigplicht van artikel 173 Rv – zou geen expliciete wettelijke grondslag zijn vereist, omdat aan artikel 2:8, 2:9 en 6:162 BW geen strafrechtelijke gevolgen zijn verbonden.

Deze klachten falen. A-G Drijber benadrukt dat een partijgetuige op grond van artikel 164 en 173 Rv niet gedwongen kan worden een verklaring af te leggen. De in de klacht genoemde normen (art. 2:8, 2:9 of 2:239 BW en/of art. 6:162 BW) maken dit niet anders en zijn te algemeen om de specifieke wettelijke bepalingen omtrent partijgetuigen en de rechtspraak opzij te zetten. Zij vormen daarmee een onvoldoende wettelijke basis om bestuurders – in strijd met het geldende Nederlandse burgerlijk procesrecht – te dwingen als partijgetuige een verklaring af te leggen. Ook de bevoegdheid van de OK uit artikel 2:349a lid 2 BW maakt dit

niet anders. Door de Verzoeker is nog een beroep gedaan op het belang van de vennootschap bij het verkrijgen van het *witness statement*. De OK heeft overwogen wel in te zien dat er een belang kan zijn voor Delco bij het *witness statement*. Echter, of er een belang is bij de verklaring is niet relevant. Er blijft een wettelijke grondslag ontbreken aan het opleggen van de gevraagde onmiddellijke voorziening. Ook al zou sprake zijn van een belang van de vennootschap bij het verzoek, dan betekent dat nog niet dat is voldaan aan het materiële criterium van enquêterecht dat is genoemd in artikel 2:349a lid 2 BW en volgt uit de DSM-beschikking van de Hoge Raad (er is slechts plaats voor een voorziening in de zin van dit artikel, indien dit gerechtvaardigd is met het oog op de met de regeling van het enquêterecht beoogde sanering en herstel van de gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de rechtspersoon). De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad oordeelt dat de klachten over de beschikking van de OK niet kunnen leiden tot vernietiging van de beschikking en doet de klachten af met een beroep op artikel 81 RO.

*J. Wareman, januari 2021*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 11-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2020:2000

**Zaaknummer:** 20/00617

**Rechters:** M.V. Polak, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, mr. drs. F.J.P. Lock en A.E.B. ter Heide

**Advocaten:** F.E. Vermeulen, J. de Bie Leuveling Tjeenk en M.H.K. Jansen

**Wetsartikelen:** 164 Rv, 173 Rv, 2:8 BW, 2:9 BW, 2:239 BW, 2:349a BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Vlimo Tuinbouwprojecten c.s./Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten**

***De Hoge Raad verwerpt het beroep van de bestuurders van een uitzendbureau tegen het arrest van het hof Den Haag, waarin is geoordeeld dat hen een persoonlijk ernstig verwijt treft ten aanzien van de weigering tot uitbetaling van achterstallig salaris aan uitzendkrachten. Er is voldaan aan de maatstaf uit HR Ontvanger/Roelofsen. Er is sprake van betalingsonwil, wat blijkt uit het leeghalen en staken van de activiteiten van het uitzendbureau, terwijl tegelijkertijd een aanzienlijke dividenduitkering werd gedaan ten tijde dat de vordering van de wederpartij bekend was.***

Vlimo Tuinbouwprojecten B.V. ('Vlimo') is bestuurder van Tido Vesta Nederland B.V. ('TVN'), een uitzendbureau met voorheen 150 medewerkers. Eiser sub 1 is middels eiser sub 3 middellijk bestuurder van Vlimo (Vlimo, eiser sub 1 en 3 gezamenlijk 'Vlimo c.s.').

Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten ('SNCU') heeft tot taak toe te zien op een correcte naleving van de CAO voor Uitzendkrachten ('de CAO') en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche.

Vlimo c.s. komen in cassatie tegen een arrest van het hof Den Haag, waarin zij hoofdelijk zijn veroordeeld tot betaling van resterende verschuldigde bedragen aan de betrokken uitzendkrachten en aan SNCU (ECLI:NL:GHDHA:2019:1077, besproken in OR 2019-0100).

Stichting VRO ('VRO') heeft in opdracht van SNCU een onderzoek uitgevoerd bij TVN in het kader van een controle op de naleving van de CAO, waarbij een aantal overtredingen werd geconstateerd. Hierop heeft SNCU aan TVN een forfaitaire schadevergoeding aangezegd en is TVN uiteindelijk in cassatie veroordeeld tot betaling van deze forfaitaire schadevergoeding en het verplicht corrigeren van de geconstateerde overtredingen.

Nu TVN geen verhaal bood, heeft SNCU Vlimo c.s. als bestuurders aansprakelijk gesteld en de

betaling van de in de procedure SNCU/TVN vastgestelde schade gevorderd. De rechtbank en het hof hebben de vordering toegewezen en geoordeeld dat Vlimo c.s. als bestuurders ten opzichte van SNCU in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig hebben gehandeld dat hen daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Vlimo c.s. dragen in cassatie een groot aantal klachten aan, waaronder de klacht dat er geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid wegens betalingsonwil aan de zijde van Vlimo c.s. Tevens klagen zij in cassatie over de feitenvaststelling waarbij zij aanvoeren dat (i) zij niet de enig (in)direct bestuurder van TVN waren; en (ii) er na de dividenduitkering nog voldoende middelen over waren om aan de eventuele veroordeling te voldoen.

A-G Assink concludeert dat de klachten allen ongegrond zijn. Ten aanzien van het hierboven genoemde punt (i) geldt als uitgangspunt dat bij een meerhoofdig bestuur elke bestuurder individuele vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt (art. 2:240 lid 2 BW) en uit niets blijkt dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van Vlimo c.s. op enige manier is beperkt. Dat SNCU de andere bestuurders niet heeft aangesproken, doet daar niet aan af. De A-G overweegt dat het hof terecht heeft vastgesteld dat Vlimo c.s. zelf bij machte waren om te bewerkstelligen dat TVN haar betalingsverplichtingen nakwam, waarbij op het moment waarop die betalingsverplichting ontstond, geen sprake was van betalingsonmacht bij TVN en zij ook later haar verplichtingen niet is nagekomen.

Volgens de A-G heeft het hof terecht overwogen dat de verzwaarde maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW van toepassing was bij het antwoord op de vraag of Vlimo c.s. ten opzichte van SNCU in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig hebben gehandeld dat hen daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hierbij is van belang dat Vlimo c.s. ten tijde van het arrest tegen TVN ernstig rekening hadden moeten houden met de betalingsverplichtingen; er op dat moment geen sprake was van betalingsonmacht bij TVN; maar Vlimo c.s. desondanks het actief en de verdien capaciteit uit TVN hebben gehaald en een dividenduitkering hebben gedaan die er in resulteerde dat de controlerend accountant geen oordeel kon geven over de getrouwheid van de jaarrekening en er enkel nog op papier een eigen vermogen in TVN achterbleef. Ook heeft de betaling nog steeds niet plaatsgevonden en is het verweer van Vlimo c.s. dat dit te maken heeft met het traceren van de betrokken Poolse ex-werknemers onvoldoende ter bestrijding van de door het hof beoordeelde betalingsonwil. Ook het niet uitgewerkte betoog van Vlimo c.s., dat artikel 2:216 lid 2 BW als species invulling geeft aan de onrechtmatige daad-norm uit *Ontvanger/Roelofsen*, kan volgens de A-G geen rol spelen nu de bestuurdersaansprakelijkheid in het huidige geschil niet is toegespitst op het verlenen van goedkeuring aan een specifiek dividendbesluit, maar is geformuleerd in het kader van betalingsonwil door Vlimo c.s.

De Hoge Raad volgt de A-G in zijn conclusie om de zaak op grond van artikel 81 lid 1 RO af te doen, nu het bij de beoordeling van de klachten niet nodig is om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht. De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het hof en verwerpt het beroep.

*T.M. Goudzwaard, januari 2021*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 04-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2020:1941

**Zaaknummer:** 19/03462

**Rechters:** A.M.J. van Buchem-Spapens, G. Snijders en A.E.B. ter Heide

**Advocaten:** D.Th.J. van der Klei, M.S. van der Keur en D.M. de Knijff

**Wetsartikelen:** 2:216 lid 2 BW, 6:162 BW en 81 RO

RECHTSPRAAK

## **Marrobel B.V. en Marggraff Stichting slagen in hoger beroep in hun verzoek tot heropening vereffening ontbonden stichting**

***Heropening vereffening van een door turboliquidatie ontbonden stichting. De rechtbank wijst in eerste aanleg het verzoek van verzoekers tot heropening van de vereffening van de ontbonden stichting af, omdat verzoekers de potentiële baten naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende onderbouwd hebben. De rechtbank laat onder meer meewegen dat de verzoekers hun vordering, die zij na heropening van de vereffening op de stichting te gelde willen maken, ook op een andere manier te gelde kunnen maken. Het gerechtshof vindt de potentiële baten van de stichting en de vordering van verzoekers wel voldoende aannemelijk. Het feit dat de verzoekers hun vordering ook op een andere manier te gelde kunnen maken, doet hieraan niet af. Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank en wijst de vordering tot heropening van de vereffening toe.***

Verzoekster [B.V.] B.V. ('Marrobel') is opgericht om de landgoederen in eigendom van de heer [betrokkene 1] ('de Grondeigenaar') te beheren. Marrobel heeft Belanghebbende 1 ('de Beheerder') aangesteld voor het dagelijks beheer van de landgoederen. De Beheerder heeft in verband met zijn beheerstaak de Stichting Beheer Derdengelden opgericht. De Beheerder en betrokkene 2 ('de Bestuurder') worden bij oprichting benoemd als bestuurders van de Stichting Beheer Derdengelden, en de zoon van de Beheerder, belanghebbende 2 ('de Zoon'), als penningmeester.

De Grondeigenaar overlijdt. Het eigendom van de landgoederen wordt ondergebracht in de Marggraff Stichting (Marrobel en de Marggraff Stichting worden hierna tezamen 'Marrobel c.s.' genoemd). De Marggraff Stichting is vanaf dat moment enig aandeelhouder van Marrobel.

De Stichting Beheer Derdengelden wordt op enig moment ontbonden en houdt meteen op te bestaan wegens het ontbreken van bekende baten (turboliquidatie). Nadien blijkt dat de Bestuurder financiële problemen had en daarom gelden van de bankrekening van de Stichting Beheer Derdengelden heeft opgenomen. Die gelden behoorden toe aan Marrobel. Met de Bestuurder wordt een terugbetalingsverplichting overeengekomen, maar hij overlijdt voordat hij aan die verplichting heeft kunnen voldoen.

Marrobel c.s. verzoeken in eerste aanleg de heropening van de vereffening van de Stichting Beheer Derdengelden. Zij verzoeken deze heropening om het bedrag dat door de Bestuurder onrechtmatig is onttrokken, terug te kunnen vorderen van de Stichting Beheer Derdengelden. Voor heropening van de vereffening van de stichting moet aannemelijk zijn dat de stichting potentiële baten heeft. Marrobel c.s. voeren als potentiële baat onder meer de vordering van de Stichting Beheer Derdengelden op de (erfgenamen van) de Bestuurder aan. De rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda, wijst het verzoek van Marrobel c.s. af. Aan de afwijzing ligt onder meer ten grondslag dat de Stichting Beheer Derdengelden al geruime tijd is ontbonden, de bewaarplicht van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers al is verstreken, de Bestuurder (tevens bewaarder) is overleden, de Beheerder zich slechts bezighield met de gronden en niet met het beheer van de derdenrekening en daardoor onvoldoende opheldering van zaken kan verschaffen, en dat Marrobel c.s. hun vordering ook rechtstreeks op (de erfgenamen van) de Bestuurder te gelde kunnen maken.

Marrobel c.s. gaan in hoger beroep en verzoeken vernietiging van de beschikking van de rechtbank en alsnog toewijzing van hun verzoek tot heropening van de vereffening.

Het hof stelt voorop dat een verzoek tot heropening van de vereffening volgens vaste rechtspraak terughoudend moet worden getoetst. De rechter moet beoordelen of voldoende aannemelijk is geworden dat sprake is van een vorderingsrecht van de verzoekers op de ontbonden rechtspersoon en van een potentiële bate van de ontbonden rechtspersoon. Anders dan de rechtbank in eerste aanleg, oordeelt het hof dat voldoende aannemelijk is dat de ontbonden Stichting Beheer Derdengelden nog over potentiële baten beschikt, onder meer in de vorm van een vordering op (de erfgenamen van) de Bestuurder in verband met de onrechtmatige onttrekkingen door de Bestuurder. Het verweer van de Stichting Beheer Derdengelden dat de vordering op de Bestuurder is verjaard dan wel kwijtgescholden, en dat het verzoek van Marrobel c.s. misbruik van recht oplevert, wordt niet gehonoreerd.

De Stichting Beheer Derdengelden voert verder ter verweer aan dat Marrobel c.s. hun vordering rechtstreeks op de (erfgenamen van) de Bestuurder te gelde kunnen maken, en dat dat in de weg staat aan toewijzing van hun verzoek tot heropening van de vereffening. Het hof oordeelt op dit punt afwijkend van de rechtbank. Zo'n rechtstreeks vorderingsrecht op de

erfgenamen van de Bestuurder heeft geen invloed op de eigen vordering van de Stichting Beheer Derdengelden op de erfgenamen van de Bestuurder. Het levert ook geen misbruik van Marrobel c.s. op bij het verzoek om heropening van de vereffening, noch komt hun belang bij de vereffening hierdoor te ontvallen. Ook dit verweer van de Stichting Beheer Derdengelden kan haar dus niet baten.

Het hof vindt verder voldoende aannemelijk dat de Stichting Beheer Derdengelden een potentiële baat heeft die bestaat uit een vordering op de Beheerder uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid in verband met het ten onrechte genomen besluit tot turboliquidatie. Het hof overweegt daartoe dat de Beheerder mogelijk niet op de hoogte was van de ten tijde van de ontbinding bestaande potentiële baten, maar hij had daar door raadpleging van de boeken en de bankafschriften, of door globaal de jaarafrekening te controleren, van op de hoogte kunnen en moeten zijn. Of belang toekomt aan het verweer van de Beheerder dat hij uitsluitend het beheer van de gronden deed en niet het beheer van de rekening, kan volgens het hof na de heropening worden onderzocht.

Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank, en wijst het verzoek van Marrobel c.s. tot heropening van de vereffening van de Stichting Beheer Derdengelden toe.

*C.W. Kuipers, januari 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 26-11-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2020:3638

**Zaaknummer:** 200.276.043/01

**Rechters:** S.M.A.M. Venhuizen, A.P. Zweers-van Vollenhoven en A.L. Bervoets

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

**Wetsartikelen:** 2:19 lid 4 BW en 2:23c BW

## RECHTSPRAAK

### **Vastgoedtransactie; bestuurdersaansprakelijkheid afgewezen**

***De verkoper van een pand spreekt de bestuurder van de koper aan wegens het niet nakomen van de koopovereenkomst. Evenals eerder de rechtbank, wijst het hof de vordering af. De koper wilde het pand doorverkopen en daarmee de koopsom voldoen. De doorverkoop is mislukt door onjuiste informatie van de verkoper. Hierdoor kan de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt.***

CAI B.V. ('de Koper') exploiteert een onderneming die handelt in onroerend goed. Geïntimeerde is bestuurder en enig aandeelhouder van CAI ('de Bestuurder'). Appellant is een vastgoedhandelaar en eigenaar van een pand ('de Verkoper'), dat door de Koper is gekocht voor € 1,8 miljoen. Het niet met de Verkoper gecommuniceerde doel van de Koper is het pand door te verkopen. De doorverkoop mislukt en de Koper komt haar verplichtingen jegens de Verkoper niet na. De Verkoper spreekt de Bestuurder aan op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank wijst de vordering af en de Verkoper gaat in hoger beroep.

Het hof overweegt – onder verwijzing naar het *Beklamel*-arrest (HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286) – of de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarbij is de kernvraag of de Bestuurder ten tijde van het aangaan van de koopovereenkomst wist dan wel behoorde te weten dat de Koper deze niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden.

Het hof overweegt als volgt. De Koper heeft met een derde een doorverkoopovereenkomst gesloten, waarin als opschortende voorwaarde is opgenomen dat het bruto vloeroppervlak ('bvo') van het pand ten minste 380 m<sup>2</sup> dient te bedragen. De Verkoper heeft een tekening aan de Koper ter hand gesteld, waarin staat dat het bvo van het pand 402,7 m<sup>2</sup> bedraagt. Door de Verkoper is bevestigd dat de bvo van het pand minimaal 384 m<sup>2</sup> bedraagt. De Bestuurder mocht erop vertrouwen dat deze opgave juist was. Daaraan doet niet af dat de Koper niet aan de Verkoper heeft laten weten dat het pand zou worden doorverkocht en dat daarbij het aantal

m<sup>2</sup> van cruciaal belang was. De Koper treft weliswaar een verwijt, maar de Bestuurder kan geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. Ook het feit dat de Koper in de korte periode na het mislukken van de doorverkoop en de leveringsdatum geen hypothecaire financiering heeft aangevraagd, leidt niet tot een persoonlijk ernstig verwijt ten aanzien van de Bestuurder. Het hof bekrachtigt het vonnis in eerste aanleg en veroordeelt de Verkoper de proceskosten te vergoeden.

*B.J. Hermans, januari 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 22-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2020:2415

**Zaaknummer:** 200.257.310/01

**Rechters:** A.J.M.E. Arpeau, G.C. de Heer en J. van der Kluit

**Advocaten:** J.P. Koets, M.W.J. Ariëns en K. Renssen

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Geschil tussen vennoten vof (Garagebedrijf Eemlander)**

***In dit geschil weigert een van de twee vennoten van een vof mee te betalen aan de schulden die zijn aangegaan door de andere vennoot. In hoger beroep stelt deze vennoot dat de vof eerder is geëindigd dan is geregistreerd bij de KvK. Het hof overweegt dat niet is komen vast te staan dat de vennoten hebben afgesproken dat de vof op deze eerdere datum zou worden beëindigd. Evenmin is sprake van onrechtmatig handelen van de ene jegens de andere vennoot. Tijdens de mondelinge behandeling zijn de vennoten overeengekomen de vof te beëindigen per november 2016, zodat de vof kan worden vereffend.***

Dit geschil gaat over de aansprakelijkheid van appellant ('A') als oud-vennoot van de vof Garagebedrijf Eemlander ('de VOF') voor schulden die de andere vennoot (geïntimeerde; 'B') heeft gemaakt bij de exploitatie van het garagebedrijf. A wil niet meebetalen aan deze lasten en vordert terugbetaling van het bedrag dat hij aan de schuldeisers van de VOF zou hebben voldaan. A heeft tevens zijn inbreng in de vennootschap teruggevorderd, waarbij hij zich baseert op afspraken die partijen in 2015 zouden hebben gemaakt. Daarnaast stelt A dat B maatschappelijk onbetamelijk handelt en om die reden aansprakelijk is.

De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. In hoger beroep wijzigt A zijn vorderingen. Hij vordert nu een verklaring voor recht dat:

(i) de VOF per 31 december 2015 is opgehouden te bestaan (ook al is de VOF per 10 oktober 2016 uitgeschreven bij de KvK) en dat daarbij ook is afgesproken dat alle vorderingen die nadien opeisbaar zouden worden, voor rekening van B zouden komen; althans

(ii) dat de VOF is opgezegd per voornoemde datum en dat alle vorderingen die voortvloeien uit een rechtsverhouding nadien gedragen moeten worden door B; althans

(iii) dat B buiten medeweten van A om en zonder diens instemming een huurovereenkomst

heeft gesloten en dat alle vorderingen ter zake door B moeten worden gedragen.

Ten aanzien van de eerste twee vorderingen overweegt het hof dat niet is komen vast te staan dat de vennoten afgesproken hebben dat de VOF op 31 december 2015 zou worden beëindigd en evenmin dat de investering van A zou worden terugbetaald. Deze vorderingen wijst het hof dan ook af.

De laatste vordering wijst het hof (ook) af, nu door A niet is toegelicht waarom hij het onrechtmatig acht dat B, zonder A daarin te kennen, is verhuisd en een (nieuwe) huurovereenkomst is aangegaan met een derde.

Het hof stelt verder vast dat A en B tijdens de mondelinge behandeling overeen zijn gekomen dat de VOF per 1 november 2016 is geëindigd. In dat kader overweegt het hof dat de boedel slechts schulden kent en partijen het erover eens zijn dat zij die ieder voor 50% moeten dragen. Bij de vereffening zal het saldo van de schulden ten tijde van de beëindiging moeten worden bepaald, alsmede het saldo van de betalingen die ieder van hen ter aflossing van die schulden heeft gedaan. Op grond van die gegevens kunnen partijen dan onderling afrekenen. Bij deze vereffening is geen plaats voor betaling van de ene vennoot aan de andere van bedragen die zijn terug te leiden tot individuele vorderingen van schuldeisers, en evenmin geeft de vereffening een recht op terugbetaling van de inleg van de ene vennoot aan de andere.

*M.J. van de Graaf, januari 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 01-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2020:9984

**Zaaknummer:** 200.258.864/01

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

**Advocaten:** A.R. de Vlieger en R.J.C. Bindels

**Wetsartikelen:** 7a:1679 BW, 7a:1680 BW en 7a:1683 BW

RECHTSPRAAK

## **(On)bevoegdheid OK bij vaststellen dwangsommen**

***OK; enquête. De OK verklaart zich onbevoegd in een geschil aangaande het vaststellen van dwangsommen ten opzichte van een in een EU-lidstaat woonachtige natuurlijke persoon. Het ‘gerecht van herkomst’ in de zin van artikel 55 van de herschikte EEX-verordening is volgens de OK het gerecht dat volgens de nationale bevoegdheidsregels is aangewezen om de dwangsommen vast te stellen. Dat is op grond van artikel 438 Rv de executierechter. De OK verwijst de zaak naar de rechtbank Amsterdam.***

Prien Holding B.V. en Gravier E. Beheer B.V. zijn ieder verzoeksters en verweersters in samenhangende enquêteprocedures. De OK heeft bevelen opgelegd jegens belanghebbende A op straffe van een dwangsom. Prien Holding B.V. en Gravier E. Beheer B.V. verzoeken de OK voor recht te verklaren dat A voor een bedrag van € 2 miljoen aan dwangsommen heeft verbeurd en vragen de OK A te veroordelen deze dwangsommen te betalen. A is woonachtig te Spanje.

In het licht van artikel 55 van de herschikte EEX-verordening ligt de vraag voor welke Nederlandse rechter de dwangsommen moet vaststellen. Dat is ofwel (a) de OK, als gerecht dat de beslissing heeft genomen waarbij de dwangsom werd opgelegd, ofwel (b) de rechtbank Amsterdam, als executierechter op de voet van artikel 438 Rv. De OK ziet op verzoek van partijen af van het stellen van een prejudiciële vraag en beantwoordt voornoemde vraag als volgt. In de *Leaderland*-beschikking (ECLI:NL:GHAMS:2017:5155) heeft de OK overwogen dat de executie van door de OK opgelegde dwangsommen op het terrein van de gewone civiele rechter ligt, gelet op het bepaalde in artikel 438 Rv. De wijziging in de tekst van artikel 55 (voorheen artikel 49) van de herschikte EEX-verordening (‘gerecht van herkomst’ in plaats van ‘gerechten van herkomst’) geeft de OK geen aanleiding op dit oordeel terug te komen. Dat een dergelijke vergaande ingreep in de nationale procesorde beoogd is, ligt – gelet op de aard en de strekking van artikel 55 van de herschikte EEX-verordening – niet voor de hand. De nationale bevoegdheidsregels bepalen dus het ‘gerecht van herkomst’.

Op de voet van artikel 73 Rv verwijst de OK de zaak naar de rechtbank Amsterdam, die bevoegd is over dit executiegeschil te oordelen op grond van artikel 55 van de herschikte EEX-verordening in samenhang met de artikelen 438 en 109 Rv.

*B.J. Hermans, januari 2021*

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 10-11-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:3073

**Zaaknummer:** 200.182.438/03 OK, 200.182.438/04 OK, 200.190.772/03 OK en 200.190.772/04 OK

**Rechters:** A.W.H. Vink, G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, M.A. Scheltema en J.S.T. Tiemstra

**Advocaten:** B.I. Kraaijpoel, T.V.J. Bil, M.J. Meerman-de Vries, P.A. Josephus Jitta en W.D.M. van Tuyll van Serooskerken

**Wetsartikelen:** 55 herschikte EEX-verordening, 438 Rv en 109 Rv

ANNOTATIE

## **Earn-out-perikelen – over de inspanningsverplichting van de koper gedurende de earn-out-periode**

**A.G. Colenbrander**

***Beschouwingen bij Rb. Amsterdam 19 november 2019,  
ECLI:NL:RBAMS:2019:8689.***

*Als een overnamecontract een earn-out-structuur bevat, kan koper verplicht zijn om na afronding van de overname rekening te blijven houden met het belang van verkoper bij het verschuldigd worden van de earn-out. Deze bijdrage behandelt wanneer deze verplichting bestaat en hoe hier in de praktijk invulling aan wordt gegeven.*

### **1 Inleiding**

Partijen die onderhandelen over een overeenkomst tot koop en overdracht van een onderneming kunnen van mening verschillen over bepaalde aan de onderneming verbonden onzekerheden en risico's.[1] Wanneer partijen (mede) door dit meningsverschil niet tot een overeenkomst kunnen komen, kan een earn-out-structuur uitkomst bieden. Deze structuur koppelt het verschuldigd worden van een gedeelte van de koopprijs (de 'earn-out') aan bepaalde onzekere[2] toekomstige gebeurtenissen (de 'earn-out-triggers'), vaak binnen een door partijen daartoe vastgestelde periode[3] (de 'earn-out-periode').[4]

Een earn-out kan bijvoorbeeld worden gebruikt wanneer partijen het niet eens kunnen worden over de waardering van de onderneming, vaak omdat de verkoper rooskleurige verwachtingen koestert over het door de onderneming in de toekomst te genereren financiële resultaat, terwijl de koper meer conservatieve schattingen hanteert. Partijen kunnen in dat geval een deel van de koopprijs koppelen aan de in de toekomst daadwerkelijk behaalde resultaten van de onderneming ('*put your money where your mouth is*'). Zo kan een earn-out-instrumenteel zijn in situaties waar de toekomst zich moeilijk(er) laat voorspellen op basis van historische prestaties, zoals het geval is bij start-ups of scale-ups en in turnaroundsituaties.[5] En ook in de huidige onzekere marktomstandigheden in verband met de COVID-19-pandemie is goed voorstelbaar dat partijen weer vaker gebruik zullen maken van een earn-out-structuur, zoals dat ook het geval was in de nasleep van de financiële crisis

van 2008.[6] Dat gezegd hebbende, zal een zuiver meningsverschil over de waarde van de onderneming – bijvoorbeeld omdat koper en verkoper een andere *multiple* voor ogen staat – met het gebruik van een earn-out-structuur niet snel worden opgelost. Een koper zal simpelweg niet meer betalen voor de onderneming dan hij deze waard vindt. Andere – niet-financiële – earn-out-triggers die partijen kunnen overwegen betreffen het aanblijven van bepaalde klanten, werknemers of leveranciers van de onderneming, het voltooien van lopende trajecten (zoals vergunningsaanvragen, verkrijging van een patent of octrooi, of de ontwikkeling van productlijnen) of het intreden of uitblijven van bepaalde gebeurtenissen (zoals het verkrijgen van een bepaald marktaandeel, groei van het klantenbestand of de inwerkingtreding van nieuwe wetgeving).[7] Niet ongebruikelijk is dat de koper het van belang acht dat de verkoper aanblijft bij de onderneming in de hoedanigheid van minderheidsaandeelhouder, *executive* of adviseur; uitzicht op een earn-out in geval van goede resultaten kan in dat geval bijdragen aan het verzekeren van een bestendige toewijding van de verkoper.[8]

Hoewel het op basis van het voorgaande verleidelijk is een earn-out-structuur te ‘gebruiken’ om een deal tussen partijen tot stand te brengen, blijkt de uitwerking hiervan vaak complexer dan aanvankelijk door partijen gedacht. Omdat beide partijen in de uitwerking zo volledig mogelijk zullen willen voorsorteren op onzekere toekomstige gebeurtenissen, terwijl hun belangen met betrekking tot die gebeurtenissen niet (steeds) gelijklopen, wordt in de literatuur wel gesteld dat ‘in the experience of many M&A lawyers, earn-outs frequently prove to be unworkable’.[9] Inderdaad is de earn-out-structuur om deze reden vatbaar voor conflict en bijbehorende juridische procedures. Allereerst is niet ondenkbaar dat partijen menen overeenstemming te hebben bereikt, terwijl zij in werkelijkheid met uiteenlopende overtuigingen hun handtekening plaatsen. De verkoper ziet het verschuldigd worden van de earn-out als een reële mogelijkheid – als hij deze niet zelfs beschouwt als uitgestelde betaling –, terwijl de koper niet verwacht dat de earn-out daadwerkelijk volledig verschuldigd zal worden, of slechts onder uitzonderlijke omstandigheden die de koper in dat geval waarschijnlijk ook niet onwelgevallig zullen zijn.[10] Maar er zijn meer aspecten van earn-outs waarover koper en verkoper tegenovergestelde posities kunnen innemen, zoals met betrekking tot de hieronder genoemde onderwerpen:

In geval van financiële earn-out-triggers is de vraag bij welke financiële prestaties van de onderneming partijen willen aansluiten. Omdat een omzetstijging niet per definitie gelijkstaat aan een hogere winstgevendheid van de onderneming, kan een koper de voorkeur hebben om aan te sluiten bij de winst. In dat geval zullen partijen duidelijke afspraken moeten maken over de kosten die ten laste van het resultaat mogen worden gebracht en zo de winst drukken

(denk bijvoorbeeld aan doorberekening van concernkosten, zoals overheadkosten en management fees). Omdat een koper de hoogte van de winst op verschillende manieren kan beïnvloeden, zal een verkoper doorgaans juist willen aansluiten bij de omzet, die relatief gemakkelijk is vast te stellen.[11]

Partijen zullen duidelijke afspraken moeten maken over de voor de berekening van de financiële prestaties te hanteren accountingstandaarden. Als de koper andere accountingstandaarden hanteert dan de door de verkoper voor de onderneming gehanteerde accountingstandaarden, is de vraag of de koper bereid is ten behoeve van de earn-out laatstgenoemde standaarden te hanteren (waarvoor de koper een dubbele boekhouding zal moeten houden).[12]

Partijen dienen te overwegen of zij een specifiek conflictoplossingsmechanisme willen opnemen voor de earn-out, bijvoorbeeld door af te spreken dat eventuele geschillen worden voorgelegd aan een ter zake deskundige (bijvoorbeeld een accountant) die een snelle, bindende en vertrouwelijke uitspraak kan doen over het geschil (tegenover de keuze voor de gebruikelijke, vaak langere, juridische procedure met bijbehorende 'belts and braces').[13]

Partijen kunnen twisten over de vraag of de koper, in geval van financiële earn-out-triggers, gecompenseerd moet worden voor synergievoordelen die door de integratie van de onderneming in de groep van de koper zijn gegenereerd.[14]

De verkoper zal willen dat de koper zich gedurende de earn-out-periode, wanneer de onderneming doorgaans[15] onder controle is van de koper, richt op het op relatief korte termijn doen intreden van de earn-out-triggers. De koper zal zich willen richten op het maximaliseren van het resultaat (hetgeen niet per definitie gelijk hoeft te lopen met het behalen van de earn-out-triggers), en op de lange(re) termijn.

Deze bijdrage richt zich alleen op het laatste aandachtspunt. Aan de hand van een recente uitspraak van de voorzieningenrechter Amsterdam[16] wordt in kaart gebracht of, en zo ja, in welke mate een koper bij het bepalen van de koers van de aangekochte onderneming gedurende de earn-out-periode rekening zal moeten houden met de belangen van de verkoper bij het verkrijgen van een maximale earn-out-betaling. Hierna wordt in paragraaf 2 eerst kort het juridisch kader geschetst dat van toepassing is op het gedrag van de koper gedurende de earn-out-periode. In paragraaf 3 wordt voornoemde uitspraak van de voorzieningenrechter Amsterdam beschreven, waarin de op koper rustende inspanningsverplichting in de earn-out-periode aan de orde kwam en waarin het in paragraaf 2 geschetste juridisch kader is toegepast. Paragraaf 4 bevat een aantal observaties in verband met de besproken uitspraak, waarna paragraaf 5 afsluit met de conclusie.

## **2 De inspanningsverplichting van de koper gedurende de earn-out-periode**

Nadat de onderneming is overgedragen aan de koper, is de verkoper voor het verkrijgen van

de earn-out in principe afhankelijk van de manier waarop de koper de onderneming drijft tijdens de earn-out-periode. Een verkoper zal willen voorkomen dat acties van de koper – denk aan significante op de lange termijn gerichte investeringen in R&D, sales of marketing, herstructurerings, risicovolle koerswijzigingen (het stopzetten van productlijnen of het initiëren van een andere merknaam) of allocatie van personeel – in de ogen van de verkoper afbreuk doen aan zijn kansen op een zo hoog mogelijke earn-out. De verkoper zal daarom in de overnameovereenkomst willen afspreken dat de koper zich maximaal zal inspannen om de earn-out-triggers te behalen, en deze afspraken bij voorkeur willen uitwerken door concrete geboden en verboden op te nemen waar de koper zich gedurende de earn-out-periode aan zal moeten houden. De koper zal daarentegen zo veel mogelijk vrijheid willen houden om de toekomstige koers van de aangekochte onderneming te bepalen en zich zo min mogelijk willen committeren.[17]

Met het oog op voornoemde belangentegenstelling zijn verschillende – in meer of mindere mate ingrijpende – afspraken tussen koper en verkoper denkbaar:

Verkoper kan het recht bedingen een zekere mate van invloed uit te mogen oefenen in de verkochte onderneming gedurende de earn-out-periode.

Partijen kunnen afspraken maken over het onder de vlag van de koper door de onderneming te voeren beleid, aan de hand van een businessplan, afspraken op specifieke punten (denk bijvoorbeeld aan allocatie van investeringen of personeel), of door af te spreken dat de koper de aangekochte onderneming gedurende de earn-out-periode zal blijven voeren in de normale bedrijfsuitoefening en/of consistent met het voor de overdracht gevoerde beleid.

Partijen kunnen afspreken dat de koper de onderneming als 'stand-alone' business unit zal blijven drijven, en afspraken maken over wat te doen in geval van een directe of indirecte change of control over de onderneming.

Partijen kunnen periodieke verslaggeving door de koper aan de verkoper overeenkomen (daarbij dient de verkoper wel de impact op de mogelijk op de verkoper rustende klachtplicht (art. 6:89 BW, zie hieronder) in het oog te houden, op basis waarvan de verkoper klachten over het door de koper gevoerde beleid binnen bekwame tijd nadat hij hiermee bekend is geworden bij de koper zal moeten neerleggen).[18]

Het is ook mogelijk dat partijen in hun overeenkomst helemaal niets afspreken over de manier waarop de koper de onderneming gedurende de earn-out-periode zal drijven. Dit betekent echter niet dat de verkoper in dat geval automatisch is overgeleverd aan de grillen van de koper: de rechtsverhouding van partijen wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, op grond waarvan partijen in de uitvoering van een overeenkomst rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij, conform het door de

Hoge Raad in het Vodafone/ECT-arrest geformuleerde algemene uitgangspunt.[19] Dit uitgangspunt komt ook tot uiting in rechtspraak in feitelijke instantie(s) betreffende earn-out-structuren. Hierin is bepaald dat de koper uit hoofde van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) ‘in het algemeen gehouden zal zijn om zich er voor in te spannen dat [de earn-out-trigger] wordt gerealiseerd’.[20]

Of inderdaad een inspanningsverplichting op een koper rust, en zo ja, wat deze verplichting behelst, is steeds een kwestie van uitleg van de overeenkomst tussen de partijen. Daarbij komt het aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.[21] Indien sprake is van professionele partijen die over een overeenkomst hebben onderhandeld en zich hebben laten bijstaan door adviseurs – en dat zal bij overnamecontracten waarin een earn-out-structuur is opgenomen doorgaans het geval zijn –, zal daarbij groot gewicht worden toegekend aan de taalkundige betekenis van de tekst van de tussen partijen gesloten overeenkomst (maar kan op basis van andere omstandigheden nog steeds worden geconcludeerd dat partijen een ander doel voor ogen stond dan de tekst van de overeenkomst suggereert).[22] Op de verkoper rust de stelplicht en, in geval van voldoende gemotiveerde betwisting door de koper, de bewijslast voor het bestaan en de inhoud van de inspanningsverplichting van de koper.[23] Het spreekt voor zich dat een verkoper die geen afspraken maakte over de bedrijfsvoering van de onderneming gedurende de earn-out-periode voor een zware opgave staat. In de regel zal ruimte zijn voor een zwaardere inspanningsverplichting wanneer de earn-out een relatief groot gedeelte van de koopprijs betreft, terwijl in geval van professionele partijen juist minder snel aanleiding bestaat om een zware inspanningsverplichting aan te nemen als partijen daarover niets op papier hebben gezet.[24]

Indien een verkoper vermoedt dat de koper niet aan een op de koper rustende inspanningsverplichting voldoet, doet de verkoper er tot slot goed aan de koper tijdig (en bij voorkeur schriftelijk) in gebreke te stellen, om een beroep op het niet intreden van verzuim (art. 6:74 lid 2 BW) of de op de verkoper rustende klachtplicht (art. 6:89 BW) te voorkomen.[25] In het Buckaroo-arrest, betreffende een schadevergoedingsvordering van een verkoper uit hoofde van schending door de koper van afspraken over de bedrijfsvoering gedurende de earn-out-periode, merkte het gerechtshof Amsterdam op dat voor schadevergoeding geen plaats is als de verkoper aan de koper geen laatste termijn heeft geboden voor nakoming van deze afspraken, vanwege het niet intreden van verzuim.[26] In een procedure voor de rechtbank Midden-Nederland stelde de verkoper aan het einde van een earn-out-periode van vijf jaar een schadevergoedingsvordering in tegen de koper, uit hoofde van schending door laatstgenoemde van de verplichting om zich optimaal in te spannen voor

de realisatie van de earn-out-triggers. De rechtbank wees de vordering af, en overwoog dat de verkoper ‘door pas aan het einde van de earn-out-periode te protesteren, [koper] de gelegenheid [heeft] ontnomen om het gebrek in de prestatie tijdig te herstellen en mogelijke (verdere) schade door dat gebrek te voorkomen’.[27] Een verkoper moet de koper dus in ieder geval tijdig in staat stellen het gevoerde beleid te corrigeren met het oog op de tussen partijen overeengekomen earn-out-structuur.

### **3 De onderhavige uitspraak**

Het in de vorige paragraaf beschreven juridisch kader komt aan bod in een recente uitspraak van de voorzieningenrechter Amsterdam. Aan de voorliggende casus ligt de overname van een softwareontwikkelaar ten grondslag. Koper en verkoper zijn in het kader van deze overname een earn-out-structuur overeengekomen, met de strekking dat de koopprijs gedeeltelijk afhankelijk is van het aantal gerealiseerde ‘Bookings’ gedurende de earn-out-periode en gedeeltelijk van klanttevredenheid onder klanten van de aangekochte onderneming. Met het oog op eerstgenoemde component spraken partijen af dat koper gedurende de earn-out-periode (1) zal zorgen dat de onderneming de business cases met het hoogste ‘Booking’-potentieel voorrang zal geven, en (2) ‘professional services employees’ in geval van onderbezetting slechts zal inzetten ten behoeve van de aangekochte onderneming (en dus niet voor andere activiteiten van de koper). Partijen hebben over deze afspraak flink onderhandeld, waarbij de koper bepalingen die de verkoper gedurende de earn-out-periode nog concrete invloed zouden geven in de door hem verkochte onderneming (uit de uitspraak wordt niet duidelijk welke invloed de verkoper nog wenste uit te oefenen) consistent van de hand heeft gewezen.

Na aandelenoverdracht heeft de koper in het kader van de tweede component van de earn-out-structuur onderzoek gedaan naar de klanttevredenheid onder klanten en werknemers van de onderneming. Dit onderzoek toonde onder meer aan dat veel klanten ontevreden waren en dat binnen de onderneming een volgens werknemers ongezonde focus lag op het realiseren van orders. De onderneming is zich vervolgens gaan richten op het oplossen van de vastgestelde problemen en minder op de ontwikkeling van nieuwe producten (met ‘Booking’-potentieel). Belangrijke werknemers aan wie in het kader van voornoemde overname een op het realiseren van de earn-out-triggers gerichte bonusregeling was aangeboden, werden vervangen. Andere werknemers werd een afwijkende – want op omzet en dus niet (slechts) op ‘Bookings’ gerichte – bonusregeling aangeboden. Nadat verkoper eerst meermaals aan de koper heeft laten weten dat de gewijzigde koers van de onderneming volgens hem niet strookte met de in de koopovereenkomst afgesproken gedragsnorm voor de earn-out-periode, heeft de verkoper in kort geding gevorderd de koper te veroordelen tot – kort gezegd – aanpassing van zijn gedrag in lijn met voornoemde gedragsnorm.

De voorzieningenrechter schetst als algemene gedragsnorm, waar een koper die een earn-out-structuur is overeengekomen zich (bij het ontbreken van – concrete[28] – andersluidende afspraken) gedurende de earn-out-periode door zal moeten laten leiden, dat:

het belang van de onderneming voorop dient te staan bij het leiden van de onderneming onder de vlag van de koper na de overdracht;

de koper in het nastreven van dit ondernemingsbelang redelijkerwijs de belangen van de verkoper bij het maximaliseren van de earn-out-betaling moet meewegen uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW);

toekomstige (of ten tijde van de koop onbekende) omstandigheden voornoemd ondernemingsbelang mede zullen inkleuren en de uitkomst van de belangenafweging (inclusief het onder b genoemde belang van de verkoper) kunnen wijzigen ten opzichte van de situatie ten tijde van de overdracht van de onderneming, waarbij het gewicht dat aan zulke toekomstige of onbekende omstandigheden in die belangenafweging kan worden toegekend afhankelijk is van in wiens risicosfeer deze omstandigheden vallen; en de koper sommige koerswijzigingen, bijvoorbeeld in verband met nieuwe omstandigheden, aan de verkoper zal moeten uitleggen.[29]

In het voorliggende geval maakten koper en verkoper een specifieke afspraak over de wijze waarop de koper de onderneming na aandelenoverdracht moest drijven. De voorzieningenrechter legt deze afspraak uit aan de hand van het in paragraaf 2 beschreven Haviltex-criterium (in acht nemend dat sprake is van professionele partijen die zich hebben laten bijstaan door adviseurs), en toetst de onder de koper gewijzigde koers aan de hiervoor beschreven door de voorzieningenrechter geschetste algemene gedragsnorm.[30] De voorzieningenrechter oordeelt dat de vaststelling wat partijen bedoeld hebben met het hoogste 'Booking'-potentieel nader onderzoek vereist, waarvoor in kort geding geen plaats is, maar acht verdedigbaar dat de door de onderneming onder de koper gewijzigde koers hiervoor de aangewezen weg is. De voorzieningenrechter acht daarvoor (mede) van belang dat (1) niet aannemelijk is dat de koper in de gewijzigde koers niet tevens het belang van de verkoper bij het maximaliseren van de earn-out heeft meegewogen, (2) de in het klanttevredenheidsonderzoek naar voren gekomen omstandigheden in de risicosfeer van de verkoper liggen (immers: de vastgestelde gebreken waren onder de verkoper ontstaan), en (3) de koper de gemaakte keuzes kon uitleggen en ook heeft uitgelegd. Zodoende komt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat niet voorshands aannemelijk is dat de koper zijn verplichtingen onder de koopovereenkomst schendt. Daarmee is de vordering in kort geding niet toewijsbaar.

#### **4 De onderhavige uitspraak nader bezien**

Zoals gezegd is in eerdere rechtspraak vastgesteld dat wanneer partijen hierover niets afspreken in de koopovereenkomst, op de koper over het algemeen toch een inspanningsverplichting rust om de earn-out-triggers te realiseren, uit hoofde van art. 6:248 lid 1 BW.[31] Zie ik het goed, dan concretiseert de voorzieningenrechter de manier waarop deze inspanningsverplichting moet worden ingevuld (uiteraard behoudens andere afspraken tussen koper en verkoper).

In de eerdere rechtspraak werd gesteld dat een koper zich er in het algemeen voor dient in te spannen dat 'maximale' earn-out-triggers worden gerealiseerd,[32] en dat een koper ertoe gehouden is zich in te spannen om de aan de earn-out ten grondslag liggende doelstellingen 'zoveel mogelijk' te behalen.[33] Door slechts te spreken van het 'meewegen' van het belang van de verkoper bij het maximaliseren van de earn-out bij het nastreven van het 'vooropstaande' ondernemingsbelang van de aangekochte onderneming suggereert de voorzieningenrechter dat deze inspanningsverplichting in ieder geval niet zo ver reikt dat de koper het ondernemingsbelang van zijn nieuw aangekochte dochteronderneming daarvoor zal moeten laten wijken.[34] Duidelijk wordt verder dat ook toekomstige of onbekende ontwikkelingen de beleidsbeslissingen van de koper – en zodoende de invulling van diens inspanningsplicht – kunnen en mogen beïnvloeden.

De voorzieningenrechter lijkt voor de beantwoording van de vraag hoe ver de koper – als aandeelhouder van de aangekochte vennootschap – zal moeten gaan in het kader van diens inspanningsverplichting, aan te sluiten bij de norm die geldt voor bestuurders van de aangekochte onderneming (vgl. art. 2:239 lid 5 BW), zij het dat de belangen die in dat kader moeten worden meegewogen, worden 'aangevuld' met het belang van de verkoper bij maximalisatie van de earn-out.[35] De vraag is onder welke omstandigheden het meewegen van dit belang van de verkoper de koper zal moeten aanzetten tot het volgen van een andere dan de door het ondernemingsbelang voorgeschreven koers. Wat mij betreft reikt deze inspanningsverplichting, uiteraard behoudens uitzonderlijke omstandigheden,[36] niet verder dan een verplichting voor de koper om niet een bepaalde koers te kiezen terwijl hij net zo goed een voor de earn-out gunstigere koers had kunnen kiezen, of (anderszins) doelbewust tegen te werken dat de earn-out-triggers worden behaald (laatstgenoemd geval zal verwacht ik ook grond bieden voor een onrechtmatigedeadsvordering). Beleidskeuzes van de koper die redelijkerwijs te rechtvaardigen zijn in het licht van het belang van de onderneming maar tegelijkertijd niet (volledig) stroken met het nastreven van de earn-out-triggers, kunnen onder dit beoordelingskader evenwel zeer wel geoorloofd zijn. Interessant is nog hoe de koper zich moet opstellen als diens belang als aandeelhouder van de aangekochte onderneming afwijkt van het belang van deze onderneming.[37] Hoewel de voorzieningenrechter hier niets over zegt, kan ik mij voorstellen dat de koper in dat geval zijn eigen belang mag nastreven (in dat

geval dus in plaats van het belang van de aangekochte onderneming), zolang daarmee het belang van de verkoper bij een maximale earn-out niet onnodig wordt geschaad.

Het door de voorzieningenrechter geschetste beoordelingskader biedt wat mij betreft een bruikbaar handvat voor de invulling van de inspanningsverplichting van de koper in situaties waarin partijen hierover geen – of onvoldoende concrete – afspraken maken. De gekozen uitgangspositie sluit aan bij de realiteit – de koper verkrijgt een onderneming en is vanaf dat moment ‘in charge’, ook waar het de koersbepaling betreft – en is wat mij betreft dan ook redelijk wanneer partijen geen afspraken maken over de earn-out-periode. Indien een verkoper ideeën heeft over de bedrijfsvoering van de verkochte onderneming gedurende deze periode, dient hij hier afspraken over op te nemen in de koopovereenkomst. Doet hij dit niet, dan zal hij het moeten doen met de redelijkerwijs beperkte bescherming die de redelijkheid en billijkheid biedt. De verkoper zal dan moeten stellen, en bij voldoende gemotiveerde betwisting bewijzen, dat het onder de koper gevoerde beleid zal leiden (of heeft geleid) tot voor de earn-out slechtere resultaten in vergelijking met de resultaten die zouden zijn behaald in het hypothetische scenario dat de door verkoper voorgestane keuzes zouden worden gemaakt (of zouden zijn gemaakt), terwijl laatstgenoemde keuzes voor de onderneming geen nadelen van enige betekenis zullen hebben (of zouden hebben gehad).[38] Daarbij zij opgemerkt dat rechters naar verwachting terughoudend zullen zijn om op de stoel van de ondernemer te gaan zitten.[39] Kortom: een verkoper die een koper wil aanspreken op basis van de stelling dat deze zich niet voldoende inspannt (of heeft ingespannen) voor het behalen van de earn-out-triggers, maar geen afspraken maakte over de door de koper met de aangekochte onderneming met het oog op de earn-out te volgen koers, staat voor een zware opgave.[40]

Maar de voorliggende casus toont dat het ook voor een verkoper die wél afspraken maakt over het beleid van de onderneming gedurende de earn-out-periode niet altijd eenvoudig zal zijn om daadwerkelijk de gewenste invloed op het beleid te kunnen uitoefenen. Om een onnodige ‘uphill battle’ te voorkomen zal een verkoper in de fase voorafgaand aan het sluiten van de koopovereenkomst zorgvuldig in kaart moeten brengen op basis van welke verwachtingen hij voorziet dat de earn-out-triggers behaald zullen worden en welke stappen volgens hem nodig zijn om tot realisatie van die verwachtingen te komen, en hieruit zo concreet mogelijke afspraken moeten distilleren die in de koopovereenkomst kunnen worden neergelegd.[41]

De vraag laat zich stellen of er dan wel realistische omstandigheden zijn waaronder een verkoper een beroep kan doen op het schenden door de koper van diens inspanningsverplichting. Rechtspraak in feitelijke instantie(s) laat zien dat een koper niet helemaal vrij spel heeft, al zijn gepubliceerde voorbeelden schaars. Voorbeelden van gedrag van de koper dat tot schadevergoeding kan leiden, zijn:

het dusdanig verwaarlozen en frustreren van de van de verkoper aangekochte projecten, contracten en klanten dat er geen winst kon worden behaald, welke winst van belang was voor het activeren van de earn-out-betaling, terwijl de koper vóór het sluiten van de koopovereenkomst al met de betreffende klanten sprak en zich bereid had verklaard de betreffende projecten af te ronden;[42]

het zonder plausibele verklaring niet, of niet tijdig, afronden van bouw- of vergunningstrajecten die in geval van voltooiing tot een betaling onder de earn-out zouden leiden;[43]

niet goed verklaarbare veranderingen in de cijfers van een bedrijfsonderdeel van de aangekochte onderneming (significante kostenstijgingen en gelijktijdige opbrengstdalingen) na de aandelenoverdracht.[44]

Rode draad bij deze voorbeelden is steeds of de koper de door hem gemaakte keuzes redelijkerwijs kan uitleggen. Als een koper doelmatig of zonder redelijk belang het behalen van de earn-out-triggers verhindert, zou een veroordeling tot betaling van een bedrag als waren alle earn-out-triggers behaald uit hoofde van artikel 6:23 BW mogelijk moeten zijn.[45]

Tot slot is de overweging van de voorzieningenrechter over de in kort geding toe te passen belangenafweging interessant. Gelet op het voorlopige karakter van een oordeel in kort geding, dient een rechter in kort geding, naast het geven van een voorlopig rechtsoordeel, ook steeds na te gaan of een toe- of afwijzend vonnis geoorloofd is in het licht van de betrokken belangen (bijvoorbeeld vanwege het onomkeerbare of ingrijpende karakter van een gevraagde maatregel of ernstige schade die een partij lijdt bij toe- of afwijzing van het gevorderde).[46] Dit kan ertoe leiden dat een gevraagde voorziening toch wordt afgewezen, ondanks het feit dat de voorzieningenrechter de gegrondheid van het gevorderde voorshands aannemelijk acht. In het voorliggende geval weegt de voorzieningenrechter het belang van de onderneming, inclusief het behoud van klantenbasis en werkgelegenheid, inderdaad zwaarder dan het financiële belang van de verkoper bij maximalisatie van de earn-out.[47] Dit leidt de voorzieningenrechter tot de overweging dat de door de verkoper gevraagde koerswijziging ook zou zijn afgewezen als de voorzieningenrechter de gegrondheid van de vordering van de verkoper voorshands aannemelijk had geacht. Ook een verkoper die goede redenen heeft om te veronderstellen dat de koper diens inspanningsverplichtingen niet nakomt, moet zich dus realiseren dat dit gedrag zich niet per definitie via een kort geding laat sturen. Daar komt bij dat in kort geding over het algemeen geen plaats is voor de in een bodemprocedure beschikbare middelen voor bewijsgaring.[48] hetgeen voor de verkoper – afhankelijk van de omstandigheden van diens specifieke casus – een relevante overweging kan zijn. Een ‘veiliger’ weg lijkt om de koper tijdig in gebreke te stellen, gevolgd door een vordering tot

schadevergoeding vanwege niet-nakoming van de koopovereenkomst. Hoewel voor de verkoper enigszins wrang, nu deze in de bodemprocedure voor de opgave staat aan te tonen dat de resultaten van de onderneming gunstiger waren geweest in de hypothetische situatie dat de door de verkoper voorgestane gedragslijn was gevolgd, is dit andermaal een afspiegeling van de feitelijke situatie dat de koper vanaf de overdracht nu eenmaal de eigenaar is van de onderneming.

## **5 Conclusie**

De in deze bijdrage behandelde uitspraak toont dat een koper die akkoord gaat met een earn-out-structuur gedurende de earn-out-periode rekening zal moeten houden met het belang van de verkoper bij een zo groot mogelijke betaling onder de earn-out. Dat is niet nieuw. De uitspraak verduidelijkt dat deze verplichting, wanneer partijen geen concrete andersluidende afspraken maken, in belangrijke mate (en wat mij betreft terecht) begrensd is en de koper in principe niet belet tot het voeren van een op het belang van de aangekochte onderneming gericht beleid, inclusief het inspelen op toekomstige ontwikkelingen.

Hoewel de verkoper in het voorliggende geval nog niet definitief met lege handen staat, laat de uitspraak zien dat een verkoper die akkoord gaat met een earn-out-structuur zich dient te realiseren (en hier is voor adviseurs ook een rol weggelegd) dat (1) het daadwerkelijk verschuldigd worden van de earn-out inherent onzeker is, want afhankelijk van toekomstige omstandigheden en onderhavig aan toekomstige ontwikkelingen, en (2) de verkoper in principe geen controle meer heeft over de verkochte onderneming na de overdracht en het nastreven van de earn-out-betaling dus niet, of maar beperkt, kan sturen. Niet zelden zal een verkoper het gevoel hebben lijdzaam te moeten toekijken terwijl het recht op aanvullende betaling wegglipt.[49] Van Hekesen stelt in dit verband dat een verkoper er 'hoe dan ook rekening mee [zal] moeten houden dat hij slechts een deel, of wellicht zelfs helemaal niets, van de earnout zal ontvangen',[50] en Evers en Freijser geven aan dat 'de verkoper er verstandig aan [doet] om alleen een earn-out te accepteren wanneer hij op zichzelf al tevreden is met de hoogte van de basiskoopprijs'.[51]

Overigens zal ook de koper in dit specifieke geval – als ogenschijnlijke (voorlopige) winnaar van dit geschil – niet onverminderd tevreden zijn over de manier waarop de earn-out in dit specifieke geval is uitpakkt. Na het doen van een substantiële overname liggen de tekortkomingen van de aangekochte onderneming met onderhavige uitspraak op straat.[52] Het toont maar weer dat met een earn-out-structuur – hoe nuttig ook om partijen tot elkaar te brengen – zorgvuldig te werk moet worden gegaan.

## **Noten**

[1] Partijen kunnen een onderneming overdragen gebruik makend van een aandelentransactie of een activatransactie. In deze bijdrage ga ik uit van een aandelentransactie, maar zal ik steeds spreken van de koop en overdracht van de 'onderneming'.

[2] Een earn-out impliceert een onzeker element; anders is slechts sprake van een uitgestelde betaling.

[3] De gemiddelde duur van de earn-out-periode bedraagt tussen de twee en vijf jaar, zie M.W.E. Evers & G.J.P. Freijser, Aspecten van earn-outs, TOP 2009, afl. 8, p. 291. Zie ook A.M. van Hekesen, Earn-outs: smeerolie voor overname deals?, Contracteren 2010, afl. 4, p. 16 ('in de regel een duur van maximaal vijf jaar') en W.T.M. Veerman & P.M. van der Zanden, Waardering van ondernemingen, Doetinchem: Reed Business Information 2004, p. 77 ('In de praktijk blijkt dat deze periode ongeveer drie jaar bestrijkt').

[4] Zie voor andere literatuur over earn-out-structuren: Evers & Freijser 2009, p. 291-295; Van Hekesen 2010, p. 123-131; Veerman & Van der Zanden 2004, p. 76-79; T.H. Maynard, Mergers and acquisitions – Cases, materials, and problems, New York: Wolters Kluwer Law & Business 2013, p. 319-323; E.T. Meijer, Enkele bepalingen van het overnamecontract, in: B. Wessels & S.Y.Th. Meyer (red.), Bedrijfsovername, Deventer: Kluwer 2009, p. 94-95; annotatie J.L. van der Schrieck onder Hof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4027, JOR 2017/118.

[5] Wanneer in een turnaroundsituatie een onderneming 'uit' een concern dat zich in financiële problemen bevindt wordt gekocht, kan een earn-out-structuur tevens dienen ter mitigatie van het paulianarisico, zie S.E. Bartels, A.J. Verdaas & R.J. van der Weijden (red.), Effecten en vermogensrecht (O&R nr. 63), Deventer: Kluwer 2011/5.10.

[6] Zie [www.bmimergers.com/buying-or-selling-a-business-with-an-earn-out-panacea-or-pitfall/](http://www.bmimergers.com/buying-or-selling-a-business-with-an-earn-out-panacea-or-pitfall/), laatst geraadpleegd op 11 mei 2020: 'The 2015 ABA Private Target M&A Deal Points Study (...) showed that 26% of deals included some type of earn-out component. (...) This is a decline from the 38% reported for 2010 when there was much more uncertainty in the market.' Met betrekking tot de huidige crisissituatie, zie 'Investeerders zoeken tevergeefs naar overnameprooien', Het Financieele Dagblad 11 mei 2020: 'Helder verwacht dat wanneer deze crisis voorbij is, transacties weer vaker zullen plaatsvinden met earn-out-regelingen.'

[7] Maynard 2013, p. 320; Van Hekesen 2010, p. 124; Evers & Freijser 2009, p. 291.

[8] Van Hekesen 2010, p. 124.

[9] Maynard 2013, p. 321. Zie ook A.J.S.M. Tervoort e.a., *Familievennootschappen* (IVOR nr. 107), Deventer: Wolters Kluwer 2017/3.3: 'iedere M&A adviseur weet dat een earn out-regeling vaak voor problemen zal zorgen'.

[10] Van Hekesen noemt in dit verband de mogelijkheid voor een koper om de earn-out te voldoen uit de opbrengsten die zijn gegenereerd met het behalen van de earn-out-triggers, waarmee de earn-out zelffinancierend is. Zie Van Hekesen 2010, p. 124.

[11] Maynard 2013, p. 321-322; Van Hekesen 2010, p. 125; annotatie J.L. van der Schrieck onder Hof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4027, JOR 2017/118.

[12] Van Hekesen 2010, p. 125; Evers & Freijser 2009, p. 292; Meijer 2009, p. 94-95.

[13] Maynard 2013, p. 322; Evers & Freijser 2009, p. 292.

[14] Veerman & Van der Zanden 2004, p. 78.

[15] Er zijn gevallen denkbaar waarin de verkoper 'in charge' blijft, bijv. indien de koper slechts een minderheidsbelang neemt, waarbij een deel van de koopprijs wordt gestructureerd als een earn-out.

[16] Rb. Amsterdam 19 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8689.

[17] Maynard 2013, p. 321; Van Hekesen 2010, p. 126-127; Evers & Freijser 2009, p. 292.

[18] Maynard 2013, p. 321; Van Hekesen 2010, p. 126-127; Evers & Freijser 2009, p. 292.

[19] HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565 (Vodafone/ECT), r.o. 3.5; R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 411; Asser/Sieburgh 6-III 2018/392; P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (R&P nr. CA6), Deventer: Kluwer 2012/3.3.5.

[20] Rb. Rotterdam 18 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI1963 (IP-Com/Newtel), r.o. 4.3 (toevoeging AC). Na voornoemde uitspraak is dit uitgangspunt herhaald in Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6437, RCR 2013/78, r.o. 3.6; Rb. Overijssel

30 september 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4521, r.o. 8; Rb. Amsterdam 19 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8689, r.o. 4.3. Zie ook Tjittes 2018, p. 479-480.

[21] HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Haviltex).

[22] HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575 (Meyer/Pontmeyer); HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx), r.o. 4.3.3. Zie met betrekking tot een earn-out-structuur Rb. Rotterdam 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8060, r.o. 4.5.

[23] Langbroek, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:74 BW, aant. 8.1; Tjittes 2018, p. 477; Valk, in: Stelplicht & Bewijslast, Deventer: Wolters Kluwer 2017, commentaar op art. 6:74 BW; Asser/Sieburgh 6-I 2016/370.

[24] Tjittes 2018, p. 480; Van Hekesen 2010, p. 129.

[25] Niet ongebruikelijk is overigens dat een beroep op de klachtplicht in de koopovereenkomst wordt uitgesloten.

[26] Hof Amsterdam 19 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:901, JOR 2019/155 (Buckaroo), r.o. 3.9. Zie ook Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ5610 (IP-Com/Newtel), r.o. 2.6: 'In dit geval had IP-Com Newtel Essence door middel van een schriftelijke ingebrekestelling duidelijk moeten maken dat van Newtel Essence een grotere inspanning werd verwacht om het [persoon 1] en de business unit mogelijk te maken de omzetrempels van de targets te halen en wat IP-Com op dit punt concreet van Newtel Essence verwachtte. Dit heeft zij nagelaten op een moment dat een dergelijke inspanning nog mogelijk was.'

[27] Rb. Midden-Nederland 15 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5129, AR 2015/1482.

[28] In het voorliggende geval maakten de koper en de verkoper een specifieke afspraak over de wijze waarop de koper de onderneming na aandelenoverdracht moest drijven, namelijk door prioriteit te geven aan projecten met het hoogste 'Booking'-potentieel, maar – hoewel niet met zoveel woorden door de voorzieningenrechter benoemd – lijkt de voorzieningenrechter te oordelen dat deze afspraak niet kwalificeert als 'andersluidend' (of in ieder geval, gelet op het oordeel van de voorzieningenrechter dat in kort geding niet kan worden vastgesteld welke benadering het hoogste 'Booking'-potentieel oplevert, dat niet kan worden vastgesteld dat hier sprake is van een 'andersluidende' afspraak).

[29] Rb. Amsterdam 19 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8689, r.o. 4.3-4.4.

[30] Rb. Amsterdam 19 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8689, r.o. 4.9.

[31] Zie noot 19.

[32] Rb. Rotterdam 18 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI1963 (IP-Com/Newtel), r.o. 4.3.

[33] Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3872, r.o. 4.34; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6437, RCR 2013/78, r.o. 3.6.

[34] Tot dezelfde conclusie kwam eerder al Van Hekesen, zie Van Hekesen 2010, p. 129. Er zijn uitzonderlijke gevallen voorstelbaar waarin het nastreven van het ondernemingsbelang in strijd is met de tussen een koper en een verkoper gemaakte afspraken – bijv. als dit volstrekt haaks staat op door de koper voorafgaand aan de overdracht gewekte verwachtingen. In dergelijke gevallen verwacht ik overigens dat een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad evengoed mogelijk zal zijn.

[35] In RN 2020/9 wordt hierover gesteld dat dit belang moet worden meegewogen, zelfs indien het strijdig is met het belang van de onderneming. Dit is juist, maar als het belang van de verkoper strijdig is met het ondernemingsbelang, zal het ondernemingsbelang, dat – ook volgens de voorzieningenrechter – vooropstaat, volgens mij steeds moeten prevaleren.

[36] Indien evident is dat de koper misbruik maakt van de vrijheid die hem toekomt omdat partijen geen concrete afspraken maakten over het met de onderneming te voeren beleid gedurende de earn-out-periode, zal het in het Vodafone/ETC-arrest geformuleerde uitgangspunt hieraan in de weg staan, zie HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565 (Vodafone/ECT), r.o. 3.5.

[37] Het belang van een dochteronderneming wordt doorgaans in sterke mate gekleurd door het ‘concernbelang’, maar dient zelfstandig te worden vastgesteld en kan van het belang van de moedervennootschap afwijken, zie S.M. Bartman e.a., Van het concern, Deventer: Wolters Kluwer 2016/I.6; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/829.

[38] Zie noot 22.

[39] Rb. Amsterdam 19 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8689, r.o. 4.11. Zo hanteert bijv. ook de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam in de beoordeling van eventueel wanbeleid een marginale toetsing ten opzichte van de materiële inhoud van het gevoerde beleid, zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/791.

[40] Zie ter illustratie de (wat ongelukkige) casus die ten grondslag lag aan een uitspraak van de rechtbank Rotterdam (Rb. Rotterdam 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8060). In deze casus spraken partijen af dat een deel van de koopprijs gekoppeld werd aan het winnen van een bepaalde aanbesteding door de onderneming. Toen de aanbesteding vervolgens in niet één maar twee delen werd aangeboden, de onderneming slechts één deel binnenhaalde en zich voor het andere deel niet eens inschreef omdat dit – na de mogelijkheid te hebben onderzocht – weinig kansrijk werd geacht, bleef de verkoper met lege handen achter. De rechtbank ging niet mee in de stelling van de verkoper dat de koper zich uit hoofde van een inspanningsverplichting toch te goeder trouw had moeten inschrijven voor de aanbesteding met het oog op het vervullen van de earn-out-trigger.

[41] Vgl. Tjittes 2018, p. 488-489.

[42] Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6437, RCR 2013/78, r.o. 3.7.

[43] Rb. Amsterdam 27 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3287, AR 2015/1104, r.o. 4.5; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3872, r.o. 4.41-4.42. Eerstgenoemde uitspraak is in hoger beroep overigens vernietigd, omdat – kort gezegd – uit de feiten van die casus volgens het hof niet volgde dat de koper de verkrijging van de betreffende vergunning had verhinderd, zie Hof Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4418, JONDR 2018/889.

[44] Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3872, r.o. 4.47-4.48.

[45] Voor een veroordeling uit hoofde van art. 6:23 BW is steeds vereist dat de earn-out-trigger niet is behaald *door toedoen* van de koper. Zie HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:200, NJB 2016/349: 'Indien, zoals in dit geval, de niet-vervulling van de voorwaarde haar oorzaak vindt in andere omstandigheden dan de gedragingen van die partij, is van beletten in de zin van art. 6:23 lid 1 BW geen sprake.' Zie specifiek met betrekking tot een earn-out Rb. Overijssel 30 september 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4521, waarin de koper onder meer direct na het verkrijgen van de aandelen (en anders dan de verkoper op basis van de interacties gedurende

het verkoopproces (kennelijk) mocht verwachten) overging tot een snelle integratie in de groep van de koper, de strategische koers van de verkregen onderneming verlegde, het management ‘tegen zich in het harnas jaagde’ en zo deed vertrekken, significante investeringen deed, en moeilijk te doorgronden jaarrekeningen overlegde die niet goed konden worden verklaard, terwijl de door partijen verwachte extra inkomsten uit de pijplijn van het netwerk van de koper tegenvielen. Deze veroordeling uit hoofde van art. 6:23 BW is in hoger beroep gedeeltelijk vernietigd omdat bepaalde oorzaken voor het niet behalen van de earn-out-triggers – zoals het niet realiseren van de verwachte extra inkomsten uit de pijplijn van het netwerk van de koper – niet als het ‘beletten’ van de realisatie van de earn-out-triggers door de koper hebben te gelden, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3872.

[46] Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/135-137; HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, NJ 1996/509 (Procter & Gamble/Kimberly Clark), r.o. 3.4.

[47] Rb. Amsterdam 19 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8689, r.o. 4.12.

[48] Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/115.

[49] In RN 2020/9 wordt om deze reden gesteld dat de dienstdoend notaris bij de overname – indien van toepassing – de verkoper op deze risico’s zal moeten wijzen.

[50] Van Hekesen 2010, p. 124.

[51] Evers & Freijser 2009, p. 291.

[52] Dit kan overigens goed worden ondervangen door geschillenbeslechting door middel van arbitrage overeen te komen in de koopovereenkomst, of voor de earn-out een separaat conflictoplossingsmechanisme op te nemen.

## RECHTSPRAAK

### Omzetting stichting in vereniging

#### ***De rechtbank verleent machtiging tot omzetting van een stichting in een vereniging.***

Stichting Dutch Hosting Provider Association ('DHPA') verzoekt de rechtbank (met voorrang) een machtiging te verlenen tot omzetting van DHPA in een vereniging als bedoeld in artikel 2:18 lid 4 BW. DHPA wenst te fuseren met Vereniging ISPConnect Nederland. Het bestuur van DHPA heeft unaniem besloten tot omzetting in een vereniging en tot statutenwijziging en heeft een concept van de notariële akte van statutenwijziging en omzetting overlegd. Daarmee is voldaan aan de vereisten van artikel 2:18 lid 2 BW. De rechtbank toetst voorts aan de bepalingen van artikel 2:18 lid 5 en 6 BW en oordeelt dat het verzoek aan alle toepasselijke wettelijke en statutaire voorwaarden voldoet. De rechtbank verleent de machtiging tot omzetting en verklaart de beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

*K. Boonzaaijer, februari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 17-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2020:6170

**Zaaknummer:** C/13/692333 / HA RK 20-306

**Rechters:** T.H. van Voorst Vader

**Advocaten:** J.P.M. le Clercq

**Wetsartikelen:** 2:18 lid 2 BW, 2:18 lid 4 BW, 2:18 lid 5 BW en 2:18 lid 6 BW

## RECHTSPRAAK

### **NEC/Bestuurder oud-sponsor**

***Vordering van een voetbalorganisatie tegen een bestuurder van een voormalig sponsor vanwege het afsluiten van een sponsorovereenkomst, terwijl hij wist of moest weten dat de sponsor die verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden. De rechtbank wijst de vordering af.***

NEC Nijmegen B.V. ('NEC') is een betaald voetbalorganisatie. Op zoek naar een nieuwe hoofdsponsor komt NEC uit bij Flexenergie B.V. ('Flexenergie'), een energieleveranciersbedrijf. Partijen komen tot een sponsorovereenkomst. Flexenergie komt echter in zwaar weer terecht en voldoet de eerste termijnbetaling van de sponsorovereenkomst niet. Flexenergie gaat op zoek naar partijen die haar willen overnemen. Ondanks gesprekken met verschillende partijen, en soms het uitwisselen van een intentieovereenkomst, slaagt Flexenergie er niet in een overname te realiseren. Zij wordt in staat van surseance verklaard en later wordt dit omgezet naar een faillissement. NEC ziet zich genooddaakt de sponsorovereenkomst gedeeltelijk te ontbinden. NEC loopt inkomsten mis en moet op zoek naar een nieuwe hoofdsponsor, wat met de nodige kosten gemoeid gaat. Deze schade probeert zij via de onderhavige procedure vergoed te krijgen.

NEC legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de bestuurder van Flexenergie ('de Bestuurder') onrechtmatig heeft gehandeld jegens NEC. De Bestuurder heeft namens Flexenergie de sponsorovereenkomst gesloten met NEC, terwijl hij wist of moest weten dat Flexenergie haar verplichtingen uit de sponsorovereenkomst niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden.

De rechtbank stelt voorop dat de *Beklamel*-maatstaf geldt. Volgens NEC beantwoordt het handelen van de Bestuurder aan deze maatstaf. Flexenergie sloot de sponsorovereenkomst kort voor het faillissement, had haar administratie niet op orde en kampte met een hoge fiscale schuld. Daarnaast was volgens NEC voorzienbaar dat de dagprijzen waartegen Flexenergie haar energie inkocht zouden stijgen, terwijl haar verplichtingen richting haar klanten ongewijzigd zouden blijven. Ook de gesprekken met overnamekandidaten wijzen

erop dat Flexenergie zich bewust was van haar penibele situatie.

NEC is er volgens de rechtbank niet in geslaagd enig concreet aanknopingspunt naar voren te brengen waaruit volgt dat de prijzen voorzienbaar zouden stijgen. Die conclusie is onvoldoende onderbouwd. Hierbij speelt een rol dat dit telkens een beoordeling met de kennis achteraf betreft.

Ook is niet gebleken dat de Bestuurder op andere gronden wist of moest weten dat Flexenergie de sponsorovereenkomst niet zou kunnen nakomen. De situatie van Flexenergie was niet rooskleurig, maar ook niet uitzichtloos. De gesprekken met overnamekandidaten boden perspectief op verbetering. De Bestuurder wist niet dat deze gesprekken niet zouden slagen en mocht bij zijn handelen uitgaan van het belang van Flexenergie bij continuïteit van haar onderneming. Dat de mogelijkheid bestond dat de gesprekken niet zouden slagen, brengt niet mee dat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat hij de bedrijfsvoering van Flexenergie niet op het mislukken van deze gesprekken aangepast heeft. De rechtbank is verder van oordeel dat het sluiten van de sponsorovereenkomst strookte met het bedrijfsmodel van Flexenergie en van belang was voor de (continuïteit van) Flexenergie.

NEC voert nog aan dat het handelen van de Bestuurder onrechtmatig is, omdat de sponsorovereenkomst de grootste inkomstenbron van NEC vormt en zij daarvan dus in hoge mate afhankelijk is. De rechtbank overweegt dat moet worden voorkomen dat bestuurders zich te veel laten leiden door defensieve overwegingen. Het valt volgens de rechtbank niet uit te sluiten dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt als (i) het waarschijnlijk is dat een vennootschap de te sluiten overeenkomst niet kan nakomen, (ii) het sluiten van de overeenkomst voor een vennootschap niet noodzakelijk is voor haar bedrijfsvoering en (iii) de bestuurder bovendien weet dat de wederpartij financieel afhankelijk is van de te sluiten overeenkomst, en weet dat deze de zoektocht naar alternatieven staakt. In het onderhavige geval kan de rechtbank echter niet constateren dat van een dergelijke situatie sprake is.

De rechtbank oordeelt dat niet is komen vast te staan dat de Bestuurder de sponsorovereenkomst heeft gesloten op een moment dat hij moest weten dat Flexenergie de verbintenissen daaruit niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden. Het handelen van de Bestuurder is niet onrechtmatig. De rechtbank wijst het gevorderde af.

*J.M. Schepel, februari 2021*

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 09-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2020:12548

**Zaaknummer:** C/09/586782 / HA ZA 20-66

**Rechters:** A.C. Bordes

**Advocaten:** J.P.M. Borsboom en L. Sjoerts

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### Ontbinding maatschap boerenbedrijf

***Ontbinding maatschap met verstoorde verhouding tussen de maten. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank, behoudens voor het gedeelte waarin het voortzettingsrecht wordt toegewezen aan de ene maat. Op grond van uitleg van de maatschapsakte is geen sprake van verstoorde verhoudingen waarvan de oorzaak hoofdzakelijk aan een van de partijen kan worden toegerekend. De andere maten wordt het voortzettingsrecht toegewezen op grond van artikel 7A:1684 BW en zij dienen de niet-voortzettende maat te vergoeden wegens overbedeling.***

Appellant en Appellante ('het Echtpaar') hebben in maatschapsverband een melkveehouderij geëxploiteerd. Geïntimeerde ('de Neef') is in 2007 toegetreden tot de maatschap. Op enig moment is de Neef in één van de twee woningen op het terrein gaan wonen. Sindsdien is de samenwerking tussen partijen verslechterd.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de maatschap ontbonden en voor recht verklaard dat de Neef de voortzettende partij is op grond van de maatschapsakte. Daarbij heeft de rechtbank geoordeeld dat de verdeling van de tot de ontbonden maatschap behorende goederen en schulden dient te geschieden overeenkomstig hetgeen is opgenomen in de maatschapsakte.

In hoger beroep zijn partijen het eens dat de maatschap ontbonden dient te worden. Partijen zijn echter verdeeld over de vraag wie het bedrijf mag voortzetten en hoe daarbij de maatschap moet worden verdeeld en afgerekend. Het Echtpaar voert in hoger beroep aan dat de vordering niet moet worden beoordeeld aan de hand van de maatschapsakte, maar op basis van artikel 7A:1684 BW, aangezien de oorzaak van de verstoorde verhoudingen niet uitsluitend bij een van de partijen ligt.

Het hof stelt vast dat de formulering van de bepaling in de maatschapsakte die ziet op ontbinding van de maatschap, in het kader van de wederzijdse stellingen van partijen, moet worden uitgelegd als luidende dat het voortzettingsrecht niet toekomt aan de partij die in belangrijke mate duidelijk een groter verwijt kan worden gemaakt van de verstoorde

verhoudingen dan de andere partij. Volgens het hof is van een dergelijk geval geen sprake, waardoor de bepaling uit de maatschapsakte toepassing mist. Het hof neemt hierbij in overweging dat beide partijen de maatschap en privé niet gescheiden hielden. Voorts is weliswaar getracht met behulp van derden tot een oplossing te komen, maar men werd het niet eens over de voorwaarden om in gesprek te gaan. Concluderend heeft de Neef onvoldoende feiten gesteld die kunnen leiden tot toepassing van de ontbindingsbepaling in de maatschapsakte. Dit leidt ertoe dat de vordering tot ontbinding van de maatschap op grond van artikel 7A:1684 BW moet worden toegewezen.

Voor de verdeling van de maatschap na ontbinding gelden ingevolge artikel 3:189 lid 1 BW de bepalingen van artikel 3:166 BW e.v. Vaststaat dat de juridische eigendom van de gronden, gebouwen, quota's en landbouwgronden niet in de gemeenschap zijn ingebracht. Nu enkel de economische eigendom hiervan is ingebracht, komen deze goederen toe aan het Echtpaar als inbrengers. Wel zullen in het kader van de vereffening de tijdens het bestaan van de maatschap tot aan het moment van ontbinding ontstane waardemutaties moeten worden verrekend, waardoor per datum van de ontbinding slechts nog een vordering ten aanzien van die waardebepaling tot de maatschap behoort.

De roerende zaken waarvan wel de juridische eigendom is ingebracht, zullen na verdeling toebehoren aan het Echtpaar, nu zij het bedrijf voortzetten. Dit brengt mee dat aan de Neef een geldelijke vergoeding moet worden toegekend indien na vereffening sprake is van overbedeling aan het Echtpaar. Naar het oordeel van het hof moet ten aanzien van de waardering worden aangesloten bij de maatschapsakte.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank, behalve ten aanzien van het oordeel van de rechtbank dat de Neef het voortzettingsrecht toekomt. Het hof verklaart dat het Echtpaar het voortzettingsrecht heeft. Het Echtpaar zal de Neef op basis van de maatschapsakte moeten vergoeden wegens overbedeling.

*T.M. Goudzwaard, januari 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 17-11-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2020:9519

**Zaaknummer:** 200.250.436

**Rechters:** C.J.H.G. Bronzwaer, L. Janse en D.M.I. DeWaele

**Advocaten:** J.J. Paalman en R.F.A. Rorink

**Wetsartikelen:** 7A:1684 BW, 3:178 BW, 3:179 BW en 3:185 BW

RECHTSPRAAK

## **Oprichters eVision/Wolters Kluwer**

***Oprichters van eVision vorderen in kort geding nakoming door Wolters Kluwer van de koopovereenkomst waarbij eVision is gekocht, omdat Wolters Kluwer zich onvoldoende zou inspannen om de earn-out te realiseren. De voorzieningenrechter weigert de gevraagde voorzieningen.***

De oprichters van softwarebedrijf eVision ('de Verkopers') besluiten hun bedrijf te verkopen aan Wolters Kluwer Holding Nederland B.V. ('Wolters Kluwer'). Partijen spreken met elkaar af dat de koopsom zal bestaan uit een vast deel en een voorwaardelijk aanvullend deel dat afhankelijk is van de prestaties van de onderneming gedurende een bepaalde periode na de overname ('de Earn-Out'). Hun afspraken leggen zij vast in een overeenkomst ('de SPA').

De kern van dit geschil is de uitleg van de Earn-Out in de SPA. Het grootste deel van de Earn-Out is afhankelijk van het aantal gerealiseerde contracten voor het leveren van een product of dienst door eVision ('Bookings') gedurende een bepaalde periode. Het overige deel is afhankelijk van de tevredenheid van de klanten van eVision. De Verkopers menen dat Wolters Kluwer zich onvoldoende inspant om de Earn-Out te bewerkstelligen, waardoor de Verkopers geld mislopen. De Verkopers stellen daarom in kort geding meerdere vorderingen in die beleidswijzigingen moeten bewerkstelligen, waardoor Wolters Kluwer zich – in lijn met de afspraken in de SPA – intensiever zal inspannen om meer Bookings te realiseren (en dus: de Earn-Out te maximaliseren). Wolters Kluwer stelt dat zij zich reeds conform de SPA gedraagt.

Allereerst oordeelt de voorzieningenrechter dat de Verkopers een spoedeisend belang hebben. De Earn-Out periode verstrijkt op korte termijn en de vorderingen van de Verkopers, met daarin de door hen gewenste beleidswijzigingen, moeten voor die tijd worden doorgevoerd om zinvol te kunnen zijn.

Bij het afspreken van de Earn-Out hebben de Verkopers zich moeten realiseren dat hun aanspraken onzeker zijn, omdat die afhankelijk zijn van toekomstige ontwikkelingen. Wolters Kluwer moet op haar beurt uitvoering geven aan de Earn-Out met inachtneming van de

maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Wolters Kluwer moet haar onderneming drijven op zodanige wijze dat het belang van de onderneming vooropstaat, maar dient het belang van het maximaliseren van de Earn-Out daarbij mee te wegen.

Partijen verschillen met name van mening over de manier waarop het potentieel aan Bookings het beste bereikt kan worden. De Verkopers vinden dat eVision de nadruk moet leggen op nieuw te ontwikkelen producten. Wolters Kluwer vindt dat eVision eerst maatregelen moet nemen om de klanttevredenheid te verhogen door oplossingen aan klanten te bieden voor bestaande problemen.

Het standpunt van Wolters Kluwer, dat het door haar ingezette beleid de meest geëigende weg is om de Earn-Out te maximaliseren, is volgens de voorzieningenrechter verdedigbaar. Hij acht het niet aannemelijk dat Wolters Kluwer niet ook het belang van de Verkopers heeft meegewogen. Voor verdere beantwoording van de vraag welke benadering de hoogste Earn-Out oplevert, is nader onderzoek vereist en daarvoor is in kort geding geen plaats. Daarom is niet op voorhand aannemelijk dat Wolters Kluwer de SPA niet naleeft. Alleen al daarom is er geen grond voor toewijzing van de vorderingen.

Daarnaast zou de formulering van het petitum de voorzieningenrechter kunnen dwingen vergaand sturing te geven aan het beleid van eVision en daarmee op de stoel van het bestuur van de onderneming te gaan zitten. Die rol komt de voorzieningenrechter niet toe. Verder zijn sommige vorderingen te vaag en te ruim geformuleerd, waardoor een toewijzend vonnis een aanzienlijk risico op executiegeschillen zou inhouden. Tot slot oordeelt de voorzieningenrechter dat als de Verkopers gelijk zouden hebben, een recht op schadevergoeding voor de hand ligt, en niet het voorschrijven van het beleid binnen eVision.

De voorzieningenrechter weigert de gevraagde voorzieningen.

*J.M. Schepel, februari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 19-11-2019

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2019:8689

**Zaaknummer:** C/13/673104 / KG ZA 19-1027 FB/EB

**Rechters:** F.B. Bakels

**Advocaten:** L.J. Saarloos, R.G.J. de Haan, Advocaat S.R.F. Aarts en J.P.M. Steenkamp

**Wetsartikelen:** 6:248 BW

RECHTSPRAAK

## **Johan Bastiaan Biezen q.q./STAK Beers Holding B.V.**

***Vordering bewindvoerder van certificaathouder tot vernietiging van een bestuursbesluit tot wijziging van de statuten van een STAK. De rechtbank wijst de vordering af, nu de bevoegdheid tot vernietiging is vervallen ex artikel 2:15 lid 5 BW.***

Johan Bastiaan Biezen q.q. ('Biezen q.q.') is bewindvoerder van mevrouw [X] ('Rechthebbende'). Rechthebbende is certificaathoudster van Stichting Administratiekantoor Beers Holding B.V. ('de STAK'). De STAK houdt aandelen in Beers Holding B.V., die op haar beurt de aandelen houdt in Winkel B.V., een transportbedrijf.

In januari 2017 heeft een statutenwijziging ten aanzien van de STAK plaatsgevonden, die tot gevolg had dat Rechthebbende niet langer de bevoegdheid toekwam één van de (meerdere) bestuursleden van de STAK te benoemen.

In deze procedure vordert Biezen q.q. vernietiging van het aan de statutenwijziging ten grondslag liggende bestuursbesluit, wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid ex artikel 2:15 lid 1 sub b BW jo. artikel 2:8 BW. De STAK verweert zich met een beroep op de vervaltermijn van artikel 2:15 lid 5 BW.

De rechtbank honoreert het beroep van de STAK op de vervaltermijn en wijst de vordering van Biezen q.q. af. Zij overweegt hiertoe dat (i) door het deponeren van de gewijzigde statuten bij de KvK voldoende bekendheid aan het onderliggende bestuursbesluit is gegeven, en (ii) er bijna drie jaar zijn verstreken tussen het deponeren van de gewijzigde statuten en het uitbrengen van de dagvaarding. Tot slot verwerpt de rechtbank het betoog van Biezen q.q. dat het beroep op de vervaltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

*T.A. Janse, januari 2021*

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 16-01-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2021:427

**Zaaknummer:** C/15/300768 / HA ZA 20-170

**Rechters:** J. van der Kluit

**Advocaten:** A.M. Feringa en P.F. Keuchenius

**Wetsartikelen:** 2:15 lid 5 BW en 2:15 lid 1 sub b BW

RECHTSPRAAK

## **Aandeelhouder/Rabobank**

***Na een faillissement door toerekenbare tekortkoming van de Rabobank, wat door de Hoge Raad in een eerder arrest ook is bevestigd, vordert een aandeelhouder schadevergoeding door de Rabobank. De aandeelhouder stelt dat sprake is van rechtstreekse vermogensschade. A-G Hartlief concludeert echter dat sprake is van afgeleide schade, veroorzaakt door het faillissement van de groep. Met betrekking tot de uitzondering op de Poot/APB-regel concludeert de A-G dat de aandeelhouder terecht aan een aanvullende toets is onderworpen, waardoor geen schadevergoeding is toegekend, ondanks de toerekenbare tekortkoming jegens de aandeelhouder. De Hoge Raad doet de zaak af op grond van artikel 81 lid 1 RO.***

Vervolg op HR 20 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1293 (OR 2012-0030).

X exploiteert een assurantiebedrijf door middel van vennootschap A, die op haar buurt is gelieerd aan een groot aantal andere ondernemingen ('de Hakenberg-groep'). De Hakenberg-groep wordt gefinancierd door de Rabobank, maar raakt in financiële problemen. In verband daarmee sluiten de Rabobank, de Hakenberg-groep, X en de belangrijkste verzekeraars waarmee het assurantiebedrijf zaken deed een convenant. Het convenant heeft ten doel het verstrekken van tijdelijke overbruggingsfinanciering aan de Hakenberg-groep, opdat het assurantiebedrijf zal overleven. De afgesproken financiering betreft onder meer een tijdelijke verhoging van de kredieten in rekening-courant door de Rabobank. Op enig moment beperkt de Rabobank met onmiddellijke ingang het krediet van een aantal rekeningen binnen de Hakenberg-groep. Kort daarna gaat de Hakenberg-groep failliet. In het eerdere arrest ECLI:NL:HR:2012:BV1293 heeft de Hoge Raad het oordeel van het Hof Arnhem (ECLI:NL:GHARN:2009:BI0214) bekrachtigd dat de Rabobank niet mocht overgaan tot inperking van het krediet en tot het niet uitvoeren van betalingsopdrachten, en waarbij de Rabobank is veroordeeld tot schadevergoeding.

In het onderhavige arrest richt het cassatieberoep zich tegen het oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2019:5648) dat ertoe strekt dat de vergoeding van de door X gestelde aandeelhoudersschade in de vorm van waardevermindering van zijn aandelen, niet wordt toegekend. X bestrijdt de overwegingen van het hof dat de door X gestelde aandeelhoudersschade afgeleide schade is, stelt dat sprake is van rechtstreekse schade aan zijn vermogen, stelt dat de *Poot/ABP*-regel geen toepassing vindt en stelt dat, indien wordt geoordeeld dat wel sprake is van afgeleide schade, het hof heeft miskend dat de Rabobank jegens X een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, waardoor de afgeleide schade voor vergoeding in aanmerking komt.

In zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:960) overweegt A-G Hartlief dat in casu sprake is van afgeleide schade, omdat de schade bestaat uit een waardevermindering van de aandelen van X als gevolg van het faillissement, oftewel de vermogensschade, van de Hakenberg-groep. De betreffende afgeleide schade wordt daarom volgens de A-G beheerst door de *Poot/ABP*-regel, waardoor X slechts zijn afgeleide schade vergoed kan krijgen als hij zich met succes beroept op de uitzondering op de *Poot/ABP*-regel. Verder overweegt de A-G dat, hoewel een toerekenbare tekortkoming van de Rabobank jegens X vaststaat vanwege gezag van gewijsde en dat daarmee de schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm vaststaat en dus aan het eerste vereiste voor een succesvol beroep op de uitzondering van de *Poot/ABP*-regel wordt voldaan, het hof X terecht aan een aanvullende toets heeft onderworpen en meer aannemelijk moet maken dan slechts een specifieke normschending jegens hem.

De A-G concludeert dat alle klachten van X falen en dat het principaal cassatieberoep moet worden verworpen.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

*S.R.M.C. Vogelsang, januari 2021*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 18-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2020:2098

**Zaaknummer:** 19/04605

**Rechters:** C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

**Advocaten:** D. Rijpma en T.T. van Zanten

**Wetsartikelen:** 81 lid 1 RO en 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **Spaar- en Volkstuinvereniging Streven naar Verbetering - opzegging lidmaatschap**

***Een vereniging vordert een verklaring voor recht dat het lidmaatschap van een lid is opgezegd, ontruiming van zijn volkstuin en een toegangsverbod. De rechtbank wijst de vordering ten aanzien van de verklaring voor recht en de ontruiming toe. Gelet op de betrokken belangen kon de vereniging in redelijkheid tot opzegging komen.***

In deze procedure vordert de Spaar- en Volkstuinvereniging Streven naar Verbetering ('de Vereniging') een verklaring voor recht dat zij het lidmaatschap van een lid ('het Lid') heeft opgezegd, de veroordeling tot ontruiming van de volkstuin van het Lid en een verbod voor het Lid om het complex, althans zijn alsdan voormalige tuin, te betreden.

De rechtbank wijst de verklaring voor recht en de ontruiming toe. Zij stelt allereerst vast dat de Vereniging het lidmaatschap rechtsgeldig per brief heeft opgezegd. Vervolgens overweegt zij – met verwijzing naar HR 2 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4702 – dat de opzegging, in het kort, slechts ontoelaatbaar zou zijn geweest, indien de Vereniging hiertoe in redelijkheid niet had kunnen besluiten. Hiervan is volgens de rechtbank geen sprake, met name gelet op een situatie van langdurige overlast, veroorzaakt door de ex-partner van het Lid en een eerder expliciet aan haar opgelegd verbod het terrein te betreden.

De rechtbank wijst het gevorderde toegangsverbod voor het Lid af, nu het een openbaar complex betreft, niet is gebleken van gedragingen van het Lid die een dergelijk verbod rechtvaardigen en het Lid ter zitting heeft toegezegd een rechterlijk oordeel (ook hangende een eventueel hoger beroep) te zullen respecteren en zijn (voormalige) eigen tuin en tuinhuisje niet te zullen betreden. Ook de gevraagde uitvoerbaarheid bij voorraad wordt door de rechtbank afgewezen.

*T.A. Janse, 19 januari 2021*

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 16-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2020:12155

**Zaaknummer:** C/10/597657 / HA ZA 20-545

**Rechters:** P.G.J. van den Berg

**Advocaten:** M.E. Bentum en E.H.P. Dingenouts

**Wetsartikelen:** 2:35 BW

## RECHTSPRAAK

### **Verzoekers/Bestuurder en de Stichting (het voetbalmuseum)**

***Belanghebbenden verzoeken met succes het ontslag van de enige bestuurder van een stichting. Het verzoek tot benoeming van commissarissen slaagt niet.***

Verzoekers 1, 2 en 3 ('de Verzoekers') verzoeken het ontslag van de enige bestuurder ('de Bestuurder') van een stichting ('de Stichting'), benoeming van een nieuwe bestuurder en benoeming van commissarissen. De Stichting is opgericht met als doel een voetbalmuseum te realiseren. De Verzoekers zijn de initiatiefnemers van het museum.

#### **Belanghebbenden**

De Bestuurder en de Stichting betwisten dat de Verzoekers belanghebbenden zijn. De rechtbank toetst of zij als zodanig kwalificeren aan de hand van de maatstaf of zij door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kunnen worden getroffen, dat zij daarin behoren te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of anderszins zo nauw betrokken zijn of zijn geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen (conform HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290). Volgens de rechtbank zijn de Verzoekers zo nauw betrokken bij het onderwerp van de procedure, dat zij belanghebbenden zijn. De rechtbank baseert deze nauwe betrokkenheid op het feit dat de Verzoekers het idee hebben gevat om een voetbalmuseum te realiseren, welk idee tot de oprichting van de Stichting heeft geleid, en dat de Verzoekers onder meer hebben bijgedragen aan de verwezenlijking van het doel van de Stichting door het inbrengen van diverse voetbalrelikwieën. Ook na de realisatie van het voetbalmuseum zijn de Verzoekers (indirect via een commissaris) betrokken geweest bij de Stichting.

#### **Bevoegdheid tot ontslag stichtingsbestuurder**

De bevoegdheid van de rechter om een bestuurder van een stichting te ontslaan, is niet bedoeld voor een algemene controle op het beleid, maar slechts voor een controle op de

rechtmatigheid van dat beleid. Van wanbeheer is sprake in geval van tekortkomingen ten aanzien van het beheer over het vermogen van de stichting of van de zorg voor de verkrijging van de inkomsten waarover de stichting kan beschikken. Een doen of nalaten in strijd met de statuten levert slechts dan een grond op voor ontslag, indien op het moment van het handelen in strijd met de statuten redelijkerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid hiervan mogelijk was. (Een en ander conform HR 3 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD4123.)

### **Toetsing van het verzoek**

De Verzoekers hebben met de Stichting een geschil over de vraag of de ter beschikking gestelde voetbalrelikwieën aan hen moeten worden teruggegeven. De rechtbank oordeelt dat dit een geschil is over de uitleg van een gesloten overeenkomst, en dat het handelen van de Bestuurder op dit punt niet kwalificeert als financieel wanbeheer. De ontslagprocedure is niet bedoeld voor het afdwingen van de nakoming van een overeenkomst. Op dit punt slaagt het verzoek niet.

De Verzoekers treffen wel doel met de andere aangedragen gronden voor het verzochte ontslag. Volgens de statuten van de Stichting dient de Stichting te worden ontbonden op het moment waarop het voetbalmuseum wordt geopend. De statuten gaan namelijk uit van exploitatie van het museum door een andere rechtspersoon. Na de opening van het museum heeft de Bestuurder nagelaten de Stichting te ontbinden. Hoewel verschillende betrokkenen bij de Stichting, waaronder de Bestuurder en gedeputeerde staten als subsidieverlener, omwille van het waarborgen van de continuïteit een voortdurende betrokkenheid van de Stichting bij het museum voor ogen hadden, heeft de Bestuurder nagelaten de bewuste statutaire bepaling die noopte tot ontbinding van de Stichting, te wijzigen. Voorts is de organisatie van de Stichting niet op orde. De Bestuurder is formeel niet herbenoemd na ommekomst van zijn benoemingstermijn; de raad van toezicht functioneert niet conform de statuten; en uitgetreden leden van deze raad staan jarenlang wel als lid ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Nu nergens uit blijkt dat de Bestuurder zich heeft ingespannen om orde op zaken te stellen, oordeelt de rechtbank dat de Bestuurder zich zo weinig rekenschap heeft gegeven van de statuten en hun werking, dat dat voldoende aanleiding is om hem als bestuurder te ontslaan. Een bestuurder van een stichting dient zich immers bij het besturen naar de statuten te richten, verwezenlijking van het doel van de stichting na te streven en ervoor te zorgen dat de organisatie van de stichting functioneert. Deze norm heeft de Bestuurder naar het oordeel van de rechtbank geschonden.

De rechtbank wijst het verzoek tot ontslag van de Bestuurder daarom toe. Omdat het bestuur geen leden meer heeft na ontslag van de Bestuurder, benoemt de rechtbank op grond van artikel 2:299 BW een nieuwe bestuurder. Het verzoek tot benoeming van commissarissen

wordt afgewezen. De wet biedt daarvoor geen grondslag.

*C.W. Kuipers, januari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Zeeland-West-Brabant

**Datum uitspraak:** 12-11-2020

**ECLI:** ECLI:NL:RBZWB:2020:5239

**Zaaknummer:** C/02/374507 / HA RK 20-150

**Rechters:** L.W. Louwerse

**Advocaten:** H. Loonstein en J.W. van Koeveringe

**Wetsartikelen:** 2:298 BW en 2:299 BW