

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 20, 2021

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1407](#) 01-10-2021

Uitkoopprocedure Fortuna Entertainment Group N.V.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:10097](#) 26-10-2021

Bestuurder van een yogaschool/Dulack q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:9820](#) 19-10-2021

(Indirect) bestuurders van huurder/verhuurder

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:8898](#) 21-09-2021

Lux Invest B.V./LuMa Onroerend Goed B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2611](#) 24-08-2021

Voormalige toezichthouders/Stichting Gehandicaptenzorg Limburg

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2363](#) 27-07-2021

Uitgetreden vennoot/Overige vennoten van een vof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:2246](#) 02-07-2021

Enquête Lederland

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:193](#) 26-01-2021

Hooites q.q./Heineken Nederland B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:11124](#) 27-10-2021

Ontslagen bestuurder/Reliability Solutions B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:9247](#) 20-10-2021

Moeijes q.q./Sint Maarten Beheer B.V. c.s.

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:7647](#) 13-10-2021

Gépé B.V./Cophico B.V., Daily Fresh Food B.V. en haar bestuurder

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:5625](#) 06-10-2021

Overeenstemming over de essentialia van een overeenkomst tot aandelenoverdracht

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:10376](#) 29-09-2021

Pensioengerechtigde/Aegon Levensverzekeringen N.V.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:10377](#) 29-09-2021

Pensioengerechtigden/Optas Pensioenen N.V.

RECHTSPRAAK

Voormalige toezichthouders/Stichting Gehandicaptenzorg Limburg

Een zorgstichting vordert bedragen terug die toezichthouders ten onrechte zouden hebben gedeclareerd voor extra werkzaamheden tijdens een bestuurscrisis. Het hof gaat hier deels in mee en oordeelt dat de toezichthouders sommige bedragen ten onrechte declareerden. Evenals de rechtbank oordeelt het hof dat geen sprake is van commissarisaansprakelijkheid.

Deze zaak gaat over twee toezichthouders bij een zorgstichting ('de Stichting') die vanwege een zieke titulair bestuurster en de daarna ontstane bestuurscrisis extra (bestuurs)werkzaamheden verrichtten.

Naderhand heeft de Stichting deze toezichthouders aangesproken, onder meer omdat zij, kort gezegd, toezicht moesten houden op het dagelijks bestuur en door de extra (bestuurs)werkzaamheden hun onafhankelijkheid als toezichthouder in het gedrang kwam. Tevens zouden de twee toezichthouders voor hun extra werkzaamheden ten onrechte tijd hebben gedeclareerd, want volgens de Stichting vielen deze werkzaamheden onder de reguliere (forfaitaire) beloning als toezichthouder.

De rechtbank heeft de vorderingen van de Stichting gedeeltelijk toegewezen (zie OR 2014-0395). De toezichthouders gaan tegen dit oordeel in hoger beroep.

Over het eerstgenoemde onderwerp oordeelde het hof reeds in zijn arrest van 30 oktober 2018 (ECLI:NL:GHSHE:2018:4496). Kort samengevat nam het hof geen ernstig verwijt aan. Wel stond het hof toe dat de Stichting zou worden toegelaten in bewijslevering met betrekking tot haar andere stelling met betrekking tot de te veel gedeclareerde tijd. Bewijslevering vond onder meer plaats door middel van getuigenverhoren.

Onderhavig arrest is geweest na de getuigenverhoren en gaat uitsluitend over de vraag of en in hoeverre de twee toezichthouders ten onrechte tijd declareerden. Bij de beoordeling

hiervan neemt het hof tot uitgangspunt dat niet te snel moet worden aangenomen dat sprake is van extra werkzaamheden die voor vergoeding in aanmerking komen omdat, kort gezegd, van toezichthouders kan worden verwacht dat zij in tijden van crisis extra werkzaamheden verrichten. Ook deze werkzaamheden kunnen onder hun forfaitaire vergoeding vallen, aldus het hof. Gelet op de bewijslastverdeling is het vervolgens aan de Stichting om aan te tonen welke werkzaamheden binnen deze reikwijdte vallen (en dus niet voor vergoeding in aanmerking komen).

In dit verband gaat het hof niet mee in het betoog van de Stichting dat de toezichthouders in voorgaande jaren minder dan de voorgeschreven forfaitaire uren besteedden aan hun toezichtwerkzaamheden, welke uren verrekend zouden moeten worden met de extra uren tijdens de bestuurscrisis. Naar het oordeel van het hof is het namelijk inherent aan forfaitaire vergoedingen dat men in sommige jaren minder en andere jaren meer tijd kwijt is.

De Stichting stelt nog dat de door een van de toezichthouders gedeclareerde uren niet overeenstemmen met zijn agenda, zodat een afslag moet worden toegepast op de declaraties. Ook met deze stelling kan het hof zich niet verenigen. Het hof wijst er onder meer op dat het aantal gedeclareerde uren nog altijd minder is dan de zieke bestuurster in hetzelfde tijdvak zou hebben besteed.

In het vervolg van het arrest gaat het hof over tot het beoordelen van de door beide toezichthouders gedeclareerde werkzaamheden, waarbij het onder meer verwijst naar getuigenverklaringen die onder meer gaan over het reguliere takenpakket van een toezichthouder. Bij deze verdere beoordeling stelt het hof zich steeds de vraag of bepaalde gedeclareerde werkzaamheden al dan niet onder de reikwijdte van gewone toezichthoudende werkzaamheden vallen. Ook stelt het hof steeds voorop, zoals eerder aangegeven, dat van toezichthouders mag worden verwacht dat zij meer tijd kwijt zijn in tijden van crisis.

Zodoende komt het hof tot een schifting tussen wel en niet terecht gedeclareerde tijd. Uiteindelijk worden de twee toezichthouders veroordeeld tot terugbetaling aan de Stichting van een deel van de gedeclareerde tijd. In aansluiting bij zijn tussenarrest van 30 oktober 2018 houdt het hof het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is van commissarisaansprakelijkheid in stand.

J. Tromp, november 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 24-08-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:2611

Zaaknummer: 200.169.572

Rechters: J.C.J. van Craaikamp, J.I.M.W. Bartelds en P.V. Eijsvoogel

Advocaten: J.A. Bloo en N.P.F.E. van der Peet

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Pensioengerechtigden/Optas Pensioenen N.V.

Twee pensioengerechtigden trachten de juridische fusie tussen Optas Pensioenen N.V. en Aegon Levensverzekeringen N.V. ongedaan te maken. De pensioengerechtigden menen dat de fusie nietig moet worden verklaard of moet worden vernietigd op grond van onder meer artikel 2:323 lid 1 sub c BW. Zij beroepen zich op de nietigheid of een grond tot vernietiging van het besluit tot fusie van de algemene vergadering van Optas Pensioenen N.V. De rechtbank oordeelt dat een fusiebesluit enkel op de gronden zoals vermeld in artikel 2:323 lid 1 BW kan worden aangetast. De rechtbank laat daarom andere door de pensioengerechtigden aangevoerde gronden buiten beschouwing. De rechtbank oordeelt dat van zowel de nietigheid als de vernietigbaarheid van het fusiebesluit geen sprake is, en wijst de vordering van de pensioengerechtigden af.

Optas Pensioenen N.V. ('Optas') en Aegon Levensverzekeringen N.V. ('Aegon') hebben een besluit tot juridische fusie genomen op 31 maart 2019. Volgens de op 15 mei 2019 gedeponeerde jaarrekening van Optas bedroeg haar eigen vermogen € 2.454.590 op 31 december 2018. Na de fusie is het eigen vermogen van Optas door Aegon aangemerkt als vrij uitkeerbare reserve.

Eisers, twee pensioengerechtigden, trachten de fusie tussen Optas en Aegon ongedaan te maken. Volgens de rechtbank kan dat alleen worden verwezenlijkt door vernietiging van het fusiebesluit op de limitatieve gronden van artikel 2:323 lid 1 BW. Daarom laat de rechtbank de andere door de eisers aangevoerde gronden buiten beschouwing. Eisers menen dat de fusie moet worden vernietigd op grond van sub c van artikel 2:323 lid 1 BW en beroepen zich op i) de nietigheid of ii) een grond tot vernietiging van het besluit tot juridische fusie van de algemene vergadering van Optas en de goedkeuring daarvan door de raad van commissarissen van Optas.

Ten aanzien van de nietigheid stellen eisers dat Aegon het eigen vermogen van Optas onrechtmatig toe-eigent, omdat dit eigen vermogen dient te worden aangewend voor de onvoorwaardelijke indexering van de pensioenen van alle Optas-verzekerden. Volgens eisers is bij de fusie geen rekening gehouden met door eisers gestelde aanspraken op een onvoorwaardelijke indexering van de pensioenen. De rechtbank overweegt hierbij dat de beoordeling van de vraag of en in hoeverre eisers een dergelijke aanspraak hebben, is voorbehouden aan de kantonrechter op grond van artikel 216 Pensioenwet. Voorts oordeelt de rechtbank dat het fusiebesluit niet nietig is wegens strijd met de goede zeden of openbare orde. Voor de fusie was de instemming van DNB vereist. Eisers hebben bezwaar aangetekend tegen het instemmingsbesluit van DNB en hebben (in een andere, bestuursrechtelijke procedure) in beroep gelijk gekregen. DNB moest daarom een nieuw instemmingsbesluit nemen. Eisers voeren daarom aan dat er geen geldig instemmingsbesluit was op het moment van het fusiebesluit, waardoor het fusiebesluit nietig is omdat niet aan de totstandkomingsvereisten van het fusiebesluit is voldaan. Hierover oordeelt de rechtbank dat het ontbreken van een rechtsgeldig instemmingsbesluit van DNB de rechtsgeldigheid van de fusie niet aantast op grond van de Wft. De rechtbank oordeelt dan ook dat geen sprake kan zijn van nietigheid of het niet van kracht zijn van het bestreden fusiebesluit.

Ten aanzien van de vernietigbaarheid stellen eisers dat voor het voorstel tot fusie van het bestuur toestemming vereist was van de algemene vergadering. Het ontbreken van die toestemming zou vernietigbaarheid van het fusiebesluit met zich brengen op grond van artikel 2:323 lid 1 sub c BW jo. artikel 2:15 lid 1 sub a BW. De rechtbank oordeelt dat deze toestemming niet is vereist. Eisers stellen voorts dat de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW worden geëist niet in acht zijn genomen en dat daarom in strijd met artikel 2:323 lid 1 sub c BW jo. artikel 2:15 sub b BW tot fusie is besloten, omdat het eigen vermogen nooit had mogen worden aangemerkt als vrije reserve. Hierover oordeelt de rechtbank dat artikel 2:8 BW slechts ziet op de interne verhouding binnen de rechtspersonen en dus niet op personen die buiten die kring vallen, zoals eisers als pensioengerechtigden. Ook overweegt de rechtbank dat geen sprake is van vernietigbaarheid wegens strijd met een reglement op grond artikel 2:323 lid 1 sub c jo. artikel 2:15 lid 1 sub c BW, omdat het betoog van eisers dienaangaande feitelijke onderbouwing mist. De rechtbank oordeelt dan ook dat geen sprake is van een grond tot vernietiging van het bestreden fusiebesluit.

De rechtbank wijst de vorderingen van eisers af.

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

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 29-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:10377

Zaaknummer: C-09-570739-HA ZA 19-304

Rechters: M.L. Harmsen, J. Smeets en L.P. Kruidenier

Advocaten: F. van Schaik en B.W.G. van der Velden

Wetsartikelen: 2:323 lid 1 sub c BW, 2:16 Pw, 2:15 lid 1 BW, 2:8 BW en 3:119 Wft

RECHTSPRAAK

Ontslagen bestuurder/Reliability Solutions B.V.

Een vennootschap ontslaat een (arbeidsongeschikte) statutair bestuurder en zegt diens arbeidsovereenkomst op vanwege het achterblijven van de overeengekomen prestaties. De bestuurder verzoekt primair vernietiging van de opzegging en subsidiair toekenning van de contractuele beëindigingsvergoeding. De kantonrechter oordeelt dat de bestuurder rechtsgeldig is aangesteld en vervolgens rechtsgeldig is ontslagen als statutair bestuurder, dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd, dat de bestuurder kwalificeert als een bad performer zoals gedefinieerd in de arbeidsovereenkomst en dat de bestuurder niettemin recht heeft op de contractuele beëindigingsvergoeding van drie maandsalarissen.

Feiten

Partijen zijn Reliability Solutions B.V. ('de Vennootschap') en haar oud-bestuurder en werknemer ('de Bestuurder'). Tussen partijen is een arbeidsovereenkomst tot stand gekomen op basis waarvan de Bestuurder voor onbepaalde tijd in dienst is getreden bij de Vennootschap in de functie van *chief executive officer*. In de arbeidsovereenkomst is onder meer opgenomen dat de Bestuurder is aangesteld als '*director of the Company by a decision of the General Meeting of Shareholders*'. Tevens zijn bepalingen opgenomen waarin definities worden gegeven van een '*bad performer*', '*good leaver*' en de bijbehorende beëindigingsvergoeding. Volgens het handelsregister is 'bedrijf 1' vanaf de oprichting enig aandeelhouder en bestuurder van de Vennootschap, is de Poolse vennootschap 'bedrijf 2' vanaf de oprichting enig aandeelhouder van bedrijf 1, en is de Bestuurder met ingang van 1 juni 2020 statutair bestuurder van bedrijf 1. Bij brief van 17 december 2020 heeft de *Chairman of the Supervisory Board* van bedrijf 2 de Bestuurder onder meer aangesproken op zijn functioneren en de Bestuurder in de gelegenheid gesteld dit binnen zes maanden te verbeteren. Op 10 mei 2021 heeft de Bestuurder zich ziek gemeld met ingang van 11 mei 2021.

Op 12 mei 2021 heeft de Vennootschap aan de Bestuurder bericht dat een algemene vergadering van aandeelhouders ('AvA') zal volgen met op de agenda het ontslag van de Bestuurder als bestuurder van de Vennootschap en de aankondiging van zijn schorsing als bestuurder van bedrijf 1. Bij besluit van 18 mei 2021 van de AvA is de Bestuurder geschorst als bestuurder van bedrijf 1. Bij besluit van 31 mei 2021 is de Bestuurder door de gezamenlijke AvA van bedrijf 1 en bedrijf 2 ontslagen als statutair bestuurder van bedrijf 1 respectievelijk de Vennootschap. Bij brief van 31 mei 2021 heeft de Vennootschap de arbeidsovereenkomst tussen partijen opgezegd en dit aan de Bestuurder bevestigd bij brief van dezelfde datum tegen 1 juli 2021. De Bestuurder verzoekt primair onder meer de opzegging van de arbeidsovereenkomst van de Bestuurder te vernietigen en subsidiair onder meer toekenning van de contractuele beëindigingsvergoeding van vier maanden.

Oordeel

Werknemer is statutair bestuurder

Allereerst dient beoordeeld te worden of de Bestuurder als statutair bestuurder moet worden aangemerkt. Vereist is dat sprake is van een besluit door het bevoegde orgaan waarbij de Bestuurder is benoemd tot bestuurder. Daarbij is echter niet voorgeschreven dat dit besluit in een specifieke vorm dient plaats te vinden. Uit de tekst van de arbeidsovereenkomst tussen partijen, ondertekend door de Bestuurder en de bevoegd vertegenwoordiger van de AvA, volgt dat sprake is van aanstelling van de Bestuurder in de functie van statutair directeur van de Vennootschap. Naar het oordeel van de kantonrechter ligt in deze arbeidsovereenkomst het aanstellingsbesluit besloten. Dat deze benoeming niet is geregistreerd in het handelsregister is daarbij niet doorslaggevend. Dat de Bestuurder de functie van statutair directeur van de Vennootschap heeft aanvaard en vervuld en zich als zodanig heeft gedragen en gepresenteerd, is door hem onvoldoende weersproken. Voldoende is komen vast te staan dat de Bestuurder moet worden aangemerkt als statutair bestuurder van de Vennootschap.

Rechtsgeldige beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Op 31 mei 2021 heeft de AvA plaatsgevonden. Tijdens deze vergadering is de Bestuurder ontslagen als statutair bestuurder van de Vennootschap. Op grond van vaste jurisprudentie maakt een dergelijk besluit ook een einde aan de arbeidsrechtelijke relatie tussen partijen, die daarmee inhoudsloos is geworden. Dit zou anders kunnen zijn indien sprake is van een opzegverbod, maar daarvan is hier geen sprake. Daargelaten of de Bestuurder, zoals door hem is gesteld, op 31 mei 2021 arbeidsongeschikt was – ter zake waarvan op hem de bewijslast rust – geldt ook voor een bestuurder dat slechts sprake is van een opzegverbod, indien er een verband is tussen de opzegging en de (vermeende) ziekte. Van enige samenhang met de

(vermeende) arbeidsongeschiktheid van de Bestuurder is echter niet gebleken. Uit onder meer de brief van 17 december 2020 en de notulen van de AvA volgt duidelijk dat het ontslag als bestuurder en het eindigen van de arbeidsovereenkomst is gegrond op de prestaties van de Bestuurder, namelijk het niet halen van de overeengekomen KPI's. In deze omstandigheden heeft de Vennootschap de arbeidsovereenkomst met de Bestuurder dan ook op goede gronden beëindigd. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, wordt de gevorderde vernietiging van de opzegging afgewezen. De arbeidsovereenkomst is derhalve rechtsgeldig beëindigd per 1 juli 2021.

Contractuele beëindigingsvergoeding

Voorts dient beoordeeld te worden of de Bestuurder recht heeft op de eveneens subsidiair door hem gevorderde contractuele vergoeding. Partijen twisten over de vraag of de Bestuurder moet worden aangemerkt als 'bad performer' of 'good leaver', zoals in artikel 2.3 van de arbeidsovereenkomst is uitgewerkt. De Bestuurder heeft onvoldoende onderbouwd dat hij als 'good leaver' kan worden aangemerkt. De Vennootschap heeft ter zitting gemotiveerd onderbouwd dat de Bestuurder nagenoeg geen omzet heeft gegenereerd en de Bestuurder heeft dit niet weerlegd en geen andere omstandigheden aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat hij wel degelijk aan de eisen van 'good leaver' heeft voldaan. Weliswaar heeft de Vennootschap de Bestuurder niet de volledige in artikel 2.3 van de arbeidsovereenkomst genoemde termijn van zes maanden gegeven om zich alsnog te verbeteren, maar de Bestuurder heeft niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat – wanneer hem wel de volledige tijd was gegeven – hij de gestelde norm wel zou hebben gehaald. De Bestuurder moet dan ook worden aangemerkt als 'bad performer'. Het loon over de maand opzegtermijn is onbetwist door de Vennootschap voldaan. Ten aanzien van de contractuele beëindigingsvergoeding van drie maandsalarissen heeft de Vennootschap erkend dat zij deze in dat geval verschuldigd is. De contractuele beëindigingsvergoeding van drie maandsalarissen wordt dan ook toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:11124

Zaaknummer: KTN-9375148_27102021

Rechters: P. Joele

Advocaten: F.G. Vlaskamp en C.S. van Lingen

Wetsartikelen: 7:671 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Uitkoopprocedure Fortuna Entertainment Group N.V.

Na een openbaar bod houdt een aandeelhouder de meerderheid van de aandelen in het kapitaal van een naamloze vennootschap. De meerderheidsaandeelhouder start een uitkoopprocedure ex artikel 2:92a BW. De OK veroordeelt de minderheidsaandeelhouders bij verstek tot overdracht van hun aandelen aan de meerderheidsaandeelhouder. De minderheidsaandeelhouders tekenen verzet aan tegen het verstekarrest. In de verzetprocedure draait het onder meer om de vragen of tijdig verzet is aangetekend, welke partijen moeten worden opgeroepen in de verzetprocedure en wie die oproeping moet doen. De OK oordeelt dat tijdig verzet is aangetekend, dat alle aandeelhouders hadden moeten worden opgeroepen en dat het aan de meerderheidsaandeelhouder is om die oproeping alsnog te doen. De meerderheidsaandeelhouder gaat tegen dit arrest in cassatie. De Hoge Raad oordeelt net als de OK dat de minderheidsaandeelhouders tijdig verzet hebben ingesteld. Tevens oordeelt de Hoge Raad, net als eerder de OK, dat een vordering op grond van artikel 2:92a BW slechts kan worden ingesteld tegen alle gezamenlijke aandeelhouders, hetgeen volgt uit artikel 2:92a lid 4 BW. In zoverre is sprake van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Dit geldt eveneens voor de vaststelling van de prijs van de over te nemen aandelen, aldus de Hoge Raad, nu deze vaststelling deel uitmaakt van de beslissing van de rechter op de hiervoor bedoelde, uitsluitend tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders in te stellen vordering. De OK bepaalde dat de meerderheidsaandeelhouder de andere aandeelhouders diende op te roepen. Anders dan de OK komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de andere aandeelhouders moeten worden opgeroepen door de minderheidsaandeelhouders die verzet

hebben aangetekend, omdat de oproeping dient te worden gedaan door degene die een beslissing wil uitlokken en dat waren in deze verzetsprocedure de minderheidsaandeelhouders. De Hoge Raad vernietigt daarom het arrest van de OK en verwijst het geding terug naar de OK.

Fortuna Entertainment Group N.V. ('Fortuna') houdt zich bezig met het organiseren van kansspelen in Centraal- en Oost-Europa. Fortbet Holdings Limited ('Fortbet'), eiseres in cassatie, houdt de meerderheid van de aandelen in Fortuna na een openbaar bod op alle aandelen in het kapitaal van Fortuna. Fortbet is een uitkoopprocedure gestart.

Het verstekarrest van de OK en de verzetprocedure

De OK heeft verweerders 1 tot en met 67 in cassatie ('de Minderheidsaandeelhouders') bij verstek veroordeeld tot de onbezwaarde overdracht van de aandelen in Fortuna aan Fortbet tegen een door de OK vastgestelde prijs (zie OR 2020-0110).

De Minderheidsaandeelhouders hebben verzet ingesteld tegen het verstekarrest en kortgezegd gevorderd dat de OK hen zal ontheffen van de tegen hen uitgesproken veroordelingen en Fortbet alsnog niet-ontvankelijk zal verklaren, dan wel de prijs van de aandelen op een hoger bedrag vast zal stellen. Fortbet stelt daarentegen dat verweerders zich niet tijdig hebben verzet en daarom niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. De OK heeft dit beroep van Fortbet verworpen, onder meer omdat aan verweerders anders geen redelijke termijn zou zijn gegund om vrijwillig aan de veroordeling te voldoen. Tevens heeft de OK bepaald dat de rechtsverhouding tussen de koper en de verkopers in een uitkoopprocedure processueel ondeelbaar is, waardoor ook de overige aandeelhouders in de procedure opgeroepen dienen te worden. De OK oordeelt dat het aan Fortbet is om de overige aandeelhouders op te roepen.

In cassatie

In cassatie klaagt Fortbet dat de OK een onjuiste verzetstermijn in acht heeft genomen. De Hoge Raad oordeelt, in navolging van de conclusie van A-G Wissink en op basis van de wetsgeschiedenis, ten aanzien van de verzetstermijn dat een redelijke wetsuitleg met zich brengt dat de verruiming die artikel 55 Rv meebrengt ten aanzien van de aanvang van de verzetstermijn bij in het buitenland wonende gedaagden, ook geldt in het geval waarin de verzetstermijn is aangevangen door tenuitvoerlegging van het vonnis conform artikel 143 lid 3

Rv, en dus acht weken bedraagt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt volgens de Hoge Raad namelijk dat de wetgever praktische belemmeringen zag voor in het buitenland wonende gedaagden bij het instellen van het rechtsmiddel van verzet, die rechtvaardigen dat voor hen een langere verzettermijn geldt dan voor gedaagden die in Nederland wonen. Diezelfde praktische belemmeringen doen zich volgens de Hoge Raad voor bij gedaagden die bij aanvang van de verzettermijn buiten Nederland wonen of verblijven, maar van wie op dat moment de woonplaats of het werkelijk verblijf niet bekend is. De OK is ook uitgegaan van een verzetstermijn van acht weken en heeft ten deze derhalve geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Fortbet klaagt voorts dat de OK ten onrechte heeft geoordeeld dat de rechtsverhouding tussen de uitkoper en de uit te kopen aandeelhouders processueel ondeelbaar is, zodat de overige aandeelhouders nog dienen te worden opgeroepen. Fortbet voert ter onderbouwing van dit middel onder meer aan dat het niet noodzakelijk zou zijn dat jegens alle minderheidsaandeelhouders dezelfde prijs wordt vastgesteld, en dat iedere aandeelhouder de vrije keuze moet hebben om haar belangen te behartigen.

In navolging van de conclusie van de A-G, oordeelt de Hoge Raad dat deze klacht faalt. Een vordering als bedoeld in artikel 2:92a BW kan slechts worden ingesteld tegen de gezamenlijke aandeelhouders. Een dergelijke vordering dient tegen alle verweerders te worden afgewezen, indien zich ten aanzien van een van hen een situatie als bedoeld in lid 4 van dat artikel voordoet. Hieruit volgt volgens de Hoge Raad dat de wetgever het rechtens noodzakelijk heeft geacht dat een beslissing over een vordering op grond van artikel 2:92a BW in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij de rechtsverhouding betrokkenen. Dit geldt eveneens voor de vaststelling van de prijs van de over te nemen aandelen, aldus de Hoge Raad, nu deze vaststelling deel uitmaakt van de beslissing van de rechter op de hiervoor bedoelde, uitsluitend tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders in te stellen vordering.

De oproeping van de andere aandeelhouders dient volgens de Hoge Raad echter te gebeuren door degene die een beslissing wil uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Laat diegene dat na, dan dient de rechter, desnoods ambtshalve, gelegenheid te geven om tot die oproeping over te gaan. Aldus de Hoge Raad zijn het in het huidige geval de Minderheidsaandeelhouders die een dergelijke beslissing willen uitlokken. Nu zij hebben nagelaten de overige aandeelhouders op te roepen, dient de OK hen hiertoe alsnog in de gelegenheid te stellen. In zoverre dat de OK heeft geoordeeld dat het aan Fortbet was om de andere aandeelhouders op te roepen, kan het arrest van de OK niet in stand blijven.

De HR vernietigt het arrest van de OK en verwijst het geding terug naar de OK.

T.M. Goudzwaard, november 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-10-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:1407

Zaaknummer: 20/00658

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

Advocaten: F.E. Vermeulen, B.F.L.M. Schim, I.M.A. Lintel en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 2:92a BW, 55 Rv en 143 lid 3 Rv

RECHTSPRAAK

Overeenstemming over de essentialia van een overeenkomst tot aandelenoverdracht

Twee tweelingbroers en de echtgenote van een van deze broers zijn de aandeelhouders in en bestuurders van een besloten vennootschap die eigenaar is van een appartementencomplex in Zwitserland. Omdat de verhouding tussen de broers ernstig verstoord is geraakt, willen zij hun belangen in het appartementencomplex ontvlechten door de overdracht van de aandelen van een van de broers aan de andere. In een e-mailwisseling tussen de advocaten van de broers is overeenstemming bereikt over het object van koop, de koopsom en het moment van overdracht, maar er was nog discussie over de inboedel van een over te dragen appartement. Partijen verschillen van mening over de vraag of daarmee een overeenkomst tot stand is gekomen. Volgens de rechtbank is dit wel degelijk het geval, aangezien partijen overeenstemming hebben bereikt over de essentialia van de koop. Het punt van de inboedel kwalificeert als een ondergeschikt punt in de zin van artikel 6:225 lid 2 BW, waarop een aandelenoverdracht van deze omvang niet kan afstuiten.

Feiten

Partijen in dit geschil zijn de drie aandeelhouders in en bestuurders van een besloten vennootschap ('de Vennootschap'), die economisch eigenaar is van een appartementencomplex in Zwitserland ('het Appartementencomplex'). Het Appartementencomplex is deels bestemd voor verhuur en verkoop aan derden en deels voor eigen gebruik door de families van partijen. Twee van de aandeelhouders in en bestuurders van de Vennootschap zijn tweelingbroers ('de Broers'), en de derde is de echtgenote van een van de broers. Deze laatste is de juridisch eigenaar van het Appartementencomplex, omdat

woningen in Zwitserland slechts kunnen worden verkregen door natuurlijke personen met de Zwitserse nationaliteit, zoals zij.

Aangezien de verhouding tussen de Broers ernstig verstoord is geraakt, hebben zij vanaf 2019 overlegd over het ontvlechten van hun belangen in het Appartementencomplex. Een mogelijkheid om dit te bereiken, is dat de broer wiens echtgenote juridisch eigenaar is van het Appartementencomplex ('A') het aandelenpakket overneemt dat de andere broer ('B') in de Vennootschap heeft. Op 22 december 2020 hebben de advocaten van de Broers hier per e-mail over gecommuniceerd. Zij bereikten daarbij overeenstemming over het object van koop, de koopsom en het moment van overdracht. Partijen waren het echter nog niet met elkaar eens over de vraag of het Appartementencomplex, dat door de koop van de aandelen beschikbaar zou worden, leeg opgeleverd zou worden, of dat de inboedel daarvan tegen betaling overgenomen zou worden.

Na de hierboven beschreven e-mailwisseling hebben de advocaten van de partijen nog verder gecorrespondeerd over de aandelenoverdracht, maar deze heeft tot op heden niet plaatsgevonden. De reden daarvoor is dat A en zijn echtgenote zich op het standpunt hebben gesteld dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen, althans dat zij (nog) niet kunnen nakomen.

De vordering

In dit kort geding vordert B primair nakoming van de overeenkomst tot aandelenoverdracht, die volgens hem tot stand is gekomen doordat hij het aanbod van A en zijn echtgenote tijdig heeft aanvaard. Daarmee was er volgens B namelijk overeenstemming bereikt over de essentialia van de overeenkomst. Subsidiair vordert B dat A en zijn echtgenote veroordeeld worden tot betaling van een schadevergoeding van 10% van de koopsom.

De beoordeling

Eerst stelt de rechter vast dat er in deze zaak sprake is van een spoedeisend belang, aangezien de Broers het erover eens zijn dat zij al een tijd niet meer samen door de deur kunnen en dat hun belangen in de Vennootschap (en dus het Appartementencomplex) spoedig moeten worden ontvlochten. Daartoe is overdracht van de aandelen van B aan A in feite de enige optie; andersom is niet zinvol, omdat de echtgenote van A formeel eigenaar is van het Appartementencomplex. Voor beide partijen is het belangrijk dat er nu snel duidelijkheid komt, waarmee het spoedeisend belang is gegeven.

Als inhoudelijk verweer voeren A en zijn echtgenote in de eerste plaats aan dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen. Er zou eind 2020 geen overeenstemming zijn geweest

over de koopsom, omdat aan overdracht voor de in de e-mails van advocaten genoemde prijs van beide kanten 'onverbrekelijk' bijkomende voorwaarden waren verbonden.

De rechtbank gaat niet mee in het verweer van A en zijn echtgenote. Volgens de rechtbank is op grond van de e-mailwisseling tussen advocaten voldoende aannemelijk dat er tussen partijen overeenstemming was over de essentialia – het object, de koopsom en het moment van overdracht – van een overeenkomst tot overdracht van de aandelen van B aan A en zijn echtgenote, op een ondergeschikt punt na. Partijen hebben daarna immers in feite alleen nog gesteggeld over de inboedel, maar dat moet aangemerkt worden als ondergeschikt punt in de zin van artikel 6:225 lid 2 BW, waarop een aandelenoverdracht van deze omvang (€ 360.000) niet kan afstuiten. Hoewel het gebruikelijk is om voor de oplevering van een woning afspraken te maken over het moment van inspectie en het eventueel verrekenen van schade, en partijen het op deze punten nog niet geheel eens zijn, gaat het ook hier niet om essentialia van een overeenkomst tot aandelenoverdracht. De tussenconclusie is dat er een perfecte overeenkomst was over de aandelenoverdracht.

Subsidiair beroepen A en zijn echtgenote zich op overmacht en onvoorziene omstandigheden: door COVID-19 kon de kwestie niet worden afgewikkeld en inmiddels ligt het toenmalige financieringsarrangement niet meer voor. Op grond van de redelijkheid en billijkheid zou daarom aan de overeenkomst een financieringsvoorbehoud moeten worden toegevoegd.

Volgens de rechtbank gaat ook dit verweer niet op, omdat COVID-19 in december 2020 al lang speelde en het voor risico van A moet blijven dat hij toen geen financieringsvoorbehoud heeft gemaakt.

Ook het verweer van de echtgenote van A dat zij geen partij is in dit geschil, omdat zij niet betrokken is geweest bij de onderhandelingen tussen de Broers, snijdt volgens de rechtbank geen hout, aangezien ook zij aandelen heeft in en bestuurder is van de Vennootschap, zodat ook haar medewerking vereist is voor de overdracht van de aandelen.

De rechtbank wijst daarom de primaire vordering tegen zowel A als zijn echtgenote toe, waarbij de termijn voor de aandelenoverdracht en de betaling van de koopsom zal worden gesteld op twee maanden na betekening van het vonnis. Deze termijn acht de rechtbank voldoende voor het regelen van zaken als de financiering en het schoonmaken en inspecteren van het Appartementencomplex.

C.N. Perrick, november 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 06-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:5625

Zaaknummer: C/13/705752 / KG ZA 21-689

Rechters: E.A. Messer

Advocaten: E.C.B. Adriaanse en M.A.Th. Klaver

Wetsartikelen: 6:225 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Lux Invest B.V./LuMa Onroerend Goed B.V.

Een koper in een M&A-transactie vordert van de verkoper schadevergoeding vanwege (i) inbreuk op een informatieggarantie en (ii) onverkochte incurante voorraad die de verkoper/bestuurder na de overname nog namens de vennootschap zou verkopen. Wat betreft de informatieggarantie oordeelt het hof dat de koper op grond van de haar wel bekende informatie had moeten doorvragen. Dat heeft de koper niet gedaan en dat komt voor haar risico. Ten aanzien van de incurante voorraad geldt dat de vennootschap de overeenkomst heeft opgezegd op basis waarvan de bestuurder de verkoop op zich had genomen. Van een rechtvaardiging voor vroegtijdige beëindiging van die overeenkomst is niet gebleken, zodat voor risico van de koper/vennootschap blijft dat de bestuurder niet alle voorraad heeft kunnen verkopen.

Feiten

Deze zaak betreft post M&A litigation. Lux Invest B.V. ('Lux Invest') koopt van LuMa Onroerend Goed B.V. ('LuMa') alle aandelen in het kapitaal van M&M Verlichting B.V. ('M&M'). Bij levering spreken partijen af dat de (indirect) bestuurder van LuMa ('de Bestuurder') nog twee jaar bij M&M werkzaam zal zijn op basis van een managementovereenkomst. Aan het begin van het tweede jaar komen partijen aanvullend overeen dat de Bestuurder incurante voorraad van M&M zal verkopen en voor zover hij daarin niet voor het einde van het jaar slaagt, LuMa de inkoopwaarde aan Lux Invest zal vergoeden. M&M zegt echter halverwege het jaar de overeenkomst met de Bestuurder op. Omdat nog niet alle incurante voorraad is verkocht, vordert Lux Invest vergoeding van de corresponderende waarde ('Vordering Voorraad'). Tevens claimt zij onder een garantie in de koopovereenkomst. Ten aanzien van een werknemer van M&M ('de Werknemer') heeft Lux Invest verklaard, althans zo blijkt uit een bijlage bij het due diligence rapport dat LuMa heeft

laten opstellen door haar adviseur: 'Bij Werknemer speelt er iets in de privésfeer wat mogelijk op termijn van invloed zou kunnen zijn op zijn functioneren.' Na de overname is LuMa gebleken dat de Werknemer al eerder strafrechtelijk was veroordeeld en zijn hoger beroep was afgewezen, zodat hij na de overname enkele weken gevangenisstraf moest uitzitten. Lux Invest stelt dat LuMa derhalve bepaalde informatieggaranties in de koopovereenkomst heeft geschonden en vordert schadevergoeding ('Vordering Werknemer').

Rechterlijke oordelen

De rechtbank wijst de Vordering Voorraad voor circa twee derde toe en wijst de Vordering Werknemer af. Het hof wijst het hoger beroep van Lux Invest af en bekrachtigt het vonnis op grond van onder meer de volgende overwegingen.

Vordering Voorraad

In de aanvullende overeenkomst zijn partijen juist overeengekomen dat de Bestuurder tot eind 2018 in de gelegenheid wordt gesteld de incurante voorraad te verkopen. Als M&M ervoor kiest de overeenkomst met de Bestuurder te beëindigen, dan kan LuMa niet opdraaien voor vergoeding van de incurante voorraad die de Bestuurder niet langer – schattenderwijs – kan verkopen. Lux Invest heeft onvoldoende gesteld, althans onderbouwd, dat de beëindiging desondanks gerechtvaardigd is en de gevolgen voor risico van LuMa moeten blijven.

Vordering Werknemer

Het due diligence rapport bevat slechts ten aanzien van één werknemer van M&M een aparte bijlage, waarin voornoemd citaat is opgenomen. Op dat moment ging de Werknemer nog in hoger beroep, zodat de uitkomst nog niet bekend was. Lux Invest heeft geen aanvullende vragen gesteld, terwijl dat wel op haar weg lag. De gevolgen komen dan voor risico van Lux Invest.

E.A. Buziau, november 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-09-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:8898

Zaaknummer: 200.276.533

Rechters: Ch.E. Bethlem, R.W.E. van Leuken en M.C. Bijl

Advocaten: F.J. Bleker en P. Gorter

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Gépé B.V./Cophico B.V., Daily Fresh Food B.V. en haar bestuurder

Deze zaak betreft een aandeelhoudersgeschil over de nakoming van afspraken over de beleving van een vennootschap die een supermarkt exploiteert. De rechtbank stelt vast dat interne besluitvorming over de beleving van de vennootschap ontbreekt. De rechtbank oordeelt dat overigens onvoldoende is gesteld om het bestaan van afspraken tussen de aandeelhouders en de schending daarvan, vast te kunnen stellen. De vorderingen van de aandeelhouders over en weer worden afgewezen.

Benders Vershuys B.V. ('de Vennootschap') handelt in dagelijkse levensmiddelen. Gepé B.V. ('Gepé') houdt 50,57% van de aandelen in de Vennootschap. Daily Fresh Food B.V. ('DFF') houdt de resterende 49,43% van de aandelen in de Vennootschap. Gepé en DFF hebben diverse overeenkomsten gesloten ter formalisering van de samenwerking als aandeelhouders van de Vennootschap.

Tussen Gepé en DFF rijst een geschil over de beleving van de Vennootschap. Gepé stelt dat de aandeelhouders zijn overeengekomen dat de Vennootschap zou worden belevd door Jumbo. DFF zou de afspraken tussen de aandeelhouders hebben geschonden door daar niet aan mee te werken. DFF stelt dat de Vennootschap zou moeten worden belevd door haar bestaande c.q. voormalige leverancier, Plus. Gepé zou de afspraken tussen de aandeelhouders hebben geschonden door de relatie met Plus op ongeoorloofde wijze te hebben beëindigd. Partijen stellen over en weer vorderingen in bij de rechtbank.

De rechtbank stelt de interne besluitvorming over beleving van de Vennootschap voorop en constateert dat deze ontbreekt. Zowel binnen als buiten vergadering zijn geen besluiten genomen die de visie van Gepé ondersteunen. Hierdoor worden de vorderingen van Gepé afgewezen. Ook de vorderingen van DFF worden afgewezen. DFF heeft volgens de rechtbank te weinig gesteld omtrent mogelijke schendingen van de afspraken tussen de aandeelhouders

door Gepé. Van belang is dat de beleveringsovereenkomst met Plus van rechtswege was geëindigd. Dat deze overeenkomst niet was verlengd of dat Gepé een andere beleveraar wenste aan te trekken, brengt als zodanig geen schending van de afspraken met zich.

De rechtbank wijst alle vorderingen in conventie en reconventie af.

B.J. Hermans, november 2021

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 13-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:7647

Zaaknummer: C/03/274412 / HA ZA 20-97

Rechters: F.C. Alink-Steinberg

Advocaten: M.C. Franken-Schoenmaker en N.P.F.E. van der Peet

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Pensioengerechtigde/Aegon Levensverzekeringen N.V.

Een pensioengerechtigde tracht de juridische fusie tussen Optas Pensioenen N.V. en Aegon Levensverzekeringen N.V. ongedaan te maken. De pensioengerechtigde meent dat de fusie nietig moet worden verklaard of moet worden vernietigd op grond van onder meer artikel 2:323 lid 1 sub c BW. Hij beroept zich op de nietigheid of een grond tot vernietiging van het besluit tot fusie van de algemene vergadering van Aegon Levensverzekeringen N.V. De rechtbank oordeelt dat een fusiebesluit enkel op de gronden zoals vermeld in artikel 2:323 lid 1 BW kan worden aangetast. De rechtbank laat daarom andere door de pensioengerechtigde aangevoerde gronden buiten beschouwing. De rechtbank oordeelt dat van zowel de nietigheid als de vernietigbaarheid van het fusiebesluit geen sprake is, en wijst de vordering van de pensioengerechtigde af.

Optas Pensioenen N.V. ('Optas') en Aegon Levensverzekeringen N.V. ('Aegon') hebben een besluit tot juridische fusie genomen op 31 maart 2019. Volgens de op 15 mei 2019 gedeponeerde jaarrekening van Optas bedroeg haar eigen vermogen € 2.454.590 op 31 december 2018. Na de fusie is het eigen vermogen van Optas door Aegon aangemerkt als vrij uitkeerbare reserve.

Eiser, een pensioengerechtigde, tracht de fusie tussen Optas en Aegon ongedaan te maken. Volgens de rechtbank kan dat alleen worden verwezenlijkt door vernietiging van het fusiebesluit op de limitatieve gronden van artikel 2:323 lid 1 BW. Daarom laat de rechtbank de andere door de eiser aangevoerde gronden buiten beschouwing. Eiser meent dat de fusie moet worden vernietigd op grond van sub c van artikel 2:323 lid 1 BW en beroept zich op i) de nietigheid of ii) een grond tot vernietiging van het besluit tot juridische fusie van de algemene vergadering van Aegon.

Ten aanzien van de nietigheid stelt eiser dat Aegon het eigen vermogen van Optas onrechtmatig toe-eigent, omdat dit eigen vermogen dient te worden aangewend voor de onvoorwaardelijke indexering van de pensioenen van alle Optas-verzekerden. Volgens eiser is bij de fusie geen rekening gehouden met door eiser gestelde aanspraken op een onvoorwaardelijke indexering van de pensioenen. De rechtbank overweegt hierbij dat de beoordeling van de vraag of en in hoeverre eiser een dergelijke aanspraak heeft, is voorbehouden aan de kantonrechter op grond van artikel 216 Pensioenwet. De rechtbank passeert voorts het betoog van eiser dat het eigen vermogen ten onrechte is aangemerkt als vrije reserve, omdat het betoog in wezen neerkomt op verzet in de zin van artikel 2:316 BW en eiser geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid tot verzet. Ook oordeelt de rechtbank dat het fusiebesluit niet nietig is wegens strijd met de goede zeden of openbare orde. Voor de fusie was de instemming van DNB vereist. Eiser heeft bezwaar aangetekend tegen het instemmingsbesluit van DNB en heeft (in een andere, bestuursrechtelijke procedure) in beroep gelijk gekregen. DNB moest daarom een nieuw instemmingsbesluit nemen. Eiser voert daarom aan dat er geen geldig instemmingsbesluit was op het moment van het fusiebesluit, waardoor het fusiebesluit nietig is omdat niet aan de totstandkomingsvereisten van het fusiebesluit is voldaan. Hierover oordeelt de rechtbank dat het ontbreken van een rechtsgeldig instemmingsbesluit van DNB de rechtsgeldigheid van de fusie niet aantast op grond van de Wft. De rechtbank oordeelt dan ook dat geen sprake kan zijn van nietigheid of het niet van kracht zijn van het bestreden fusiebesluit.

Ten aanzien van de vernietigbaarheid stelt eiser dat voor het voorstel tot fusie van het bestuur toestemming vereist was van de algemene vergadering. Het ontbreken van die toestemming zou vernietigbaarheid van het fusiebesluit met zich brengen op grond van artikel 2:323 lid 1 sub c jo. artikel 2:15 lid 1 sub a BW. De rechtbank oordeelt dat deze toestemming niet is vereist. Eiser stelt voorts dat de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW worden geëist niet in acht zijn genomen en daarom in strijd met artikel 2:323 lid 1 sub c jo. artikel 2:15 sub b BW tot fusie is besloten, omdat het eigen vermogen nooit had mogen worden aangemerkt als vrij reserve. Hierover oordeelt de rechtbank dat artikel 2:8 BW slechts ziet op de interne verhouding binnen de rechtspersonen en dus niet op personen die buiten die kring vallen, zoals eiser als pensioengerechtigde. Ook overweegt de rechtbank dat geen sprake is van vernietigbaarheid wegens strijd met een reglement op grond artikel 2:323 lid 1 sub c jo. artikel 2:15 lid 1 sub c BW, onder meer omdat ook de reglementen het (interne) functioneren van de rechtspersoon en zijn organen regelen en het dus niet voor de hand ligt dat eiser zich op strijd met een reglement zou kunnen beroepen. De rechtbank oordeelt dan ook dat geen sprake is van een grond tot vernietiging van het bestreden fusiebesluit.

De rechtbank wijst de vorderingen van eiser af.

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

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 29-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:10376

Zaaknummer: C-09-581193-HA ZA 19-1055

Rechters: M.L. Harmsen, J. Smeets en L.P. Kruidenier

Advocaten: F.C.M. Schoonderwoerd, C.C. Janssen en C.M. Verhage

Wetsartikelen: 2:323 lid 1 sub c BW, 2:16 Pw, 2:15 lid 1 BW, 2:8 BW en 3:119 Wet financieel toezicht

RECHTSPRAAK

Moeijes q.q./Sint Maarten Beheer B.V. c.s.

De bestuurder van een failliete bv heeft niet voldaan aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW op grond waarvan de bestuurder aansprakelijk is voor het boedeltekort.

Een failliete B.V. ('Gefailleerde') hield zich bezig met de groothandel in het kweken en veredelen van bloembollen. In 2011 had Gefailleerde een voorraad bollen verkocht voor een bedrag van € 1,8 miljoen. De koper heeft deze bollen uiteindelijk niet afgenomen en niet betaald.

De bestuurder van Gefailleerde ('de Bestuurder') is tevens (in)direct bestuurder van Sint Maarten Beheer B.V. ('SMB') en Plants International B.V. ('Plants International').

Op enig moment heeft de Bestuurder besloten over te gaan tot liquidatie van Gefailleerde en in dat kader bedrijfsmiddelen verkocht aan SMB en Plants International. De verkoopprijzen hiervoor zijn verrekend met vorderingen van Gefailleerde op SMB en Plants International. Daarnaast heeft de Bestuurder besloten de bollen die nog in voorraad waren te composteren.

Verschillende schuldeisers die vorderingen hadden ingediend in het faillissement hebben deze ingetrokken. Alleen de vordering van de curator vanwege salaris en verschotten resteert nog.

De curator stelt dat de Bestuurder niet aan de administratieplicht heeft voldaan omdat een deugdelijke voorraadadministratie ontbreekt en omdat gegevens ontbreken met betrekking tot licentierechten c.q. beproevingscontracten met Plants International. De Bestuurder is volgens de curator daarom aansprakelijk voor het bedoeltekort op grond van artikel 2:248 BW.

De rechtbank komt tot het oordeel dat Gefailleerde niet heeft voldaan aan de administratieplicht. Zij neemt daarbij het volgende in aanmerking:

(a) Gefailleerde had een bollenkraam die bestond uit zowel commerciële rassen als een verdelingskraam met zaailingen en mutanten. Op geen enkele wijze blijkt uit de

administratie welke tulpenrassen Gefailleerde in de drie jaar voor het faillissement voerde en welke hoeveelheden bollen zij (globaal) per ras had, welke licentierechten/kwekersrechten zij bezat en welke beproevingscontracten zij met derden heeft afgesloten, althans hoe de rechten en/of werkzaamheden van Gefailleerde zich verhouden tot de door Plants International afgesloten beproevingscontracten.

(b) Volgens grootboekkaarten van Gefailleerde is op 1 juli 2013 voor een bedrag van € 487.968 aan licenties verkocht aan Plants International. Welke licenties dat waren, blijkt niet uit de administratie. Op basis van de verklaring van de Bestuurder lijkt het te gaan om de overdracht van de rechten op zaailingen en de rechten uit de zogenoemde beproevingscontracten die werden gesloten met derden. De Bestuurder lijkt daarnaast te betogen dat deze transactie slechts om fiscale en boekhoudkundige redenen heeft plaatsgevonden. Dat is echter niet te verifiëren. Des te groter was dan het belang van deugdelijke vastlegging van deze transactie.

(c) Er zijn vanaf 2012 tulpenbollen verkocht aan derden. Uit de administratie blijkt niet welke tulpenrassen dat zijn, welke hoeveelheden en voor welke prijs.

(d) Volgens de Bestuurder is de bollenvoorraad (of een groot deel daarvan) op de porriehoop (composthoop) terechtgekomen. Uit de administratie kan niet worden afgeleid dat dit daadwerkelijk is gebeurd, om welke rassen dat ging en om welke hoeveelheden.

Ter zitting heeft de Bestuurder nog verklaard dat de voorraadadministratie 'in zijn hoofd' zat en dat hij niet op papier heeft gezet welke soorten en hoeveelheden bollen Gefailleerde had. Dat de Bestuurder die kennis 'in zijn hoofd' had, ziet de rechtbank echter als een bevestiging dat Gefailleerde geen deugdelijke administratie had.

De Bestuurder stelt dat het faillissement is ontstaan door een geschil met een derde. Deze heeft uiteindelijk het faillissement van Gefailleerde aangevraagd. Dit verweer snijdt volgens de rechtbank geen hout. De vordering van de derde betrof een vordering met een beperkte omvang over de betaling van een aan Gefailleerde geleverde tractor in oktober 2010 en door de derde aan Gefailleerde uitgeleende arbeidskrachten. Mede gelet op (de hoogte van) de eerder omschreven transactie van 1 juli 2013 tussen Gefailleerde, Plants International en SMB, heeft de Bestuurder onvoldoende onderbouwd waarom gefailleerde de vordering van de derde niet (al dan niet gedeeltelijk) kon betalen. Daarbij speelt een rol dat de Bestuurder, wetende dat hij Gefailleerde aan het liquideren was, er kennelijk voor heeft gekozen om de uit de transactie met Plants International en SMB door Gefailleerde verkregen opbrengst geheel aan te wenden voor de verlaging van de rekening-courantschuld bij SMB en een aanzienlijke hoeveelheid bloembollen op de porriehoop te storten, waardoor Gefailleerde geen verhaal meer bood voor

de vordering van de derde.

De rechtbank komt daarom tot de slotsom dat de Bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit leidt ertoe dat de Bestuurder aansprakelijk is voor het boedeltekort in het faillissement.

Het verweer van de Bestuurder dat het boedeltekort geheel wordt veroorzaakt door het salaris van de curator en dat dit in een te ver verwijderd verband staat tot de onrechtmatige daad van de Bestuurder, is ongegrond. Bij het faillissement van Gefailleerde is de curator benoemd en aan het werk gegaan. Ten tijde van het uitspreken van het faillissement waren er meerdere schuldeisers. Dat die schuldeisers inmiddels door een ander/anderen zijn voldaan dan wel de omstandigheid dat zij hun vordering op de boedel hebben ingetrokken, laat onverlet dat de curator jegens de boedel aanspraak heeft op zijn salaris. Het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade is een gegeven.

V.G.M. Leferink, november 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 20-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:9247

Zaaknummer: C/15/305781 / HA ZA 20-484

Rechters: J.H. Gisolf, A.E. Merkus en S.M. Auwerda

Advocaten: A.G. Moeijes, E.C.N. Sweep en I.N.A. Denninger

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Hooites q.q./Heineken Nederland B.V.

Een curator van een horeca-exploitant vordert dat Heineken aansprakelijk is voor het boedeltekort in het faillissement omdat zij zich als leverancier en verhuurder van de bedrijfspanden intensief heeft bemoeid met de verkoop van de onderneming en daarom moet worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. Het hof oordeelt dat het geven van aanwijzingen door een kredietverstrekker en contractspartner in het algemeen niet is aan te merken als beleidsbepaling ‘als ware men bestuurder’. Indien het bestuur zich iets aan die aanwijzingen gelegen laat liggen, handelt het bestuur en niet de kredietverstrekker/contractspartner. Na uitvoerige afweging van de stellingen van de curator, wijst het hof diens vordering af.

Forum Horeca Exploitatie B.V. (‘Forum’) exploiteerde een aantal horecagelegenheden in Groningen. Heineken Nederland B.V. (‘Heineken’) was naast leverancier ook (onder)verhuurder van de bedrijfspanden, heeft een deel van de inventaris in bruikleen gegeven aan Forum en heeft een lening verstrekt aan Forum waarvoor zekerheden zijn gevestigd. In februari 2014 is Forum failliet verklaard. Voor die tijd heeft Heineken een ontruimingsvonnis verkregen en is de onderneming verkocht. Heineken heeft zich vrij intensief bemoeid met deze verkoop. De curator van Forum meent daarom dat Heineken moet worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.

Het hof stelt voorop dat het aan de curator is om zijn stelling, dat Heineken feitelijk beleidsbepaler was, voldoende gemotiveerd en concreet toe te lichten en dat op hem, bij voldoende gemotiveerde betwisting door Heineken, de bewijslast ligt. Dat wil zeggen dat de curator feiten en omstandigheden heeft te stellen (en zo nodig te bewijzen), waaruit zodanig directe bemoeienis door Heineken met het bestuur van Forum blijkt, dat Heineken de bestuursmacht aan zich trok. Daarbij is van belang dat het geven van aanwijzingen door een

kredietverstrekker en contractspartner in het algemeen niet is aan te merken als beleidsbepaling 'als ware men bestuurder'. Indien het bestuur zich iets aan die aanwijzingen gelegen laat liggen, handelt het bestuur en niet de kredietverstrekker/contractspartner.

Het hof gaat vervolgens in op een aantal stellingen van de curator die de curator ten grondslag heeft gelegd aan zijn standpunt dat Heineken dient te worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler.

Ten aanzien van de stelling van de curator dat Heineken op de hoogte was van de debiteuren- en crediteurenpositie van Forum, waardoor zij wist dat de overige schuldeisers onbetaald zouden blijven door haar toedoen, oordeelt het hof dat die wetenschap van Heineken, zonder nadere toelichting die de curator niet heeft gegeven, onvoldoende is om de conclusie te kunnen dragen dat Heineken bij uitoefening van haar bevoegdheden deze heeft overschreven, althans dat zij met gebruikmaking van haar machtspositie de bestuursmacht bij Forum aan zich heeft getrokken.

Ook de stelling van de curator dat Heineken het beleid betreffende de verkoop van de horecagelegenheden van Forum bepaalde en derhalve als feitelijk beleidsbepaler dient te worden aangemerkt, wordt niet gevolgd. Vast staat immers dat Forum reeds voor het ontruimingsvonnis een verkoopopdracht aan de makelaar had verstrekt. In die periode heeft Forum over verkoop van de horecagelegenheden contact onderhouden met de makelaar, niet met Heineken. Met betrekking tot de rol van de makelaar heeft de curator zich beroepen op een door hem in het geding gebrachte verklaring van de boekhouder van Forum. Deze heeft verklaard dat de makelaar en de bestuurder van Forum geen grote vrienden zijn, dat de boekhouder denkt dat Heineken de makelaar naar voren heeft geschoven en dat hij denkt dat Heineken de regie over de verkoop van de horecagelegenheden voerde. Naar het oordeel van het hof is de verklaring van de boekhouder onvoldoende concreet om de stelling van de curator, dat Heineken het beleid betreffende de verkoop van de horecagelegenheden bepaalde, te schragen. De correspondentie van de makelaar met Heineken, soms zonder de bestuurder van Forum daarin te betrekken, maakt dat niet anders. Ook de omstandigheid dat de makelaar na overleg met Heineken van de koopsommen een bedrag heeft ingehouden als waarborg voor het oplossen van enkele discussiepunten tussen koper en verkoper, brengt in de gegeven omstandigheden niet mee dat Heineken als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt.

Het hof merkt wel op dat aan de curator kan worden toegegeven dat Heineken als gevolg van het samenstel van de overeenkomsten (onderhuurovereenkomsten, bruikleenovereenkomsten, overeenkomsten van verpanding, huurkoopovereenkomst en aktes van geldlening) een sterke (onderhandelings)positie ten opzichte van Forum had en dat het

ontruimingsvonnis de positie van Heineken nog verder versterkte. Dat laat echter onverlet dat de bestuurder van Forum de overeenkomsten, op het samenstel waarvan de sterke positie van Heineken berustte, uit eigen beweging namens Forum was aangegaan. De aanwijzingen die Heineken volgens de curator gaf op het vlak van het personeelsbeleid en de bedrijfsvoering vloeien veeleer voort uit de positie van Heineken als crediteur ten opzichte van een debiteur die in verzuim verkeerde. Het moge zo zijn dat Heineken sterk op verkoop aandrong, dat doet er niet aan af dat Heineken het verkooptraject niet in gang had gezet.

Gelet op het voorgaande, in samenhang beschouwd, is hetgeen de curator heeft aangevoerd per saldo onvoldoende om toepassing van artikel 2:248 lid 7 BW te kunnen dragen.

S.A. van Aalst, november 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:193

Zaaknummer: 200.269.529/01 en 200.269.532/01

Rechters: A.C. Faber, J.M. de Jongh en Chr.M. Stokkermans

Advocaten: J. Keekstra en Ch.Y.M. Moons

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder van een yogaschool/Dulack q.q.

Een bestuurder van een yogaschool is door de rechtbank Midden-Nederland aansprakelijk gehouden voor niet betaalde facturen van een inmiddels failliete vennootschap. De bestuurder heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. Daarbij heeft hij een incidentele vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging ingesteld. De belangenafweging pakt uit in het nadeel van de bestuurder. Wel verbindt het hof aan de uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis van de rechtbank de voorwaarde dat de curator een eventuele restitutievordering voorrang geeft op alle andere faillissementskosten. Een eventuele restitutievordering is dus een superpreferente boedelvordering. Het hof stelt deze voorwaarde (mede) omdat de curator de bereidheid heeft uitgesproken op deze wijze af te wijken van de wettelijke rangorde.

Appellant in deze procedure is de bestuurder van een failliete yogaschool ('de Bestuurder'). De yogaschool heeft facturen van een inmiddels failliete payrolldienstverlener, Beryl Personeel B.V., grotendeels onbetaald gelaten. De rechtbank heeft de Bestuurder (op vordering van de payrolldienstverlener) in eerste aanleg aansprakelijk gehouden voor de betalingsachterstand en hem veroordeeld tot betaling van € 134.058,20. De veroordeling is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

De Bestuurder vordert in deze procedure primair schorsing van de tenuitvoerlegging en subsidiair dat de curator van Beryl Personeel voorafgaand aan de tenuitvoerlegging van dat vonnis zekerheid stelt door middel van een bankgarantie. Ter onderbouwing van zijn vordering voert de Bestuurder aan dat de curator het bedrijfspand executoriaal wil verkopen. Als gevolg hiervan zal de Bestuurder, naar eigen zeggen, schade lijden omdat de vordering die ontstaat wanneer het hoger beroep in zijn voordeel uitvalt, slechts een concurrente boedelschuld oplevert. De Bestuurder komt daardoor in de praktijk met lege handen te staan,

omdat een concurrente boedelschuld pas kan worden voldaan na voldoening van de preferente boedelschulden en de faillissementskosten. Vanwege dat restitutierisico en omdat aan zijn belangen meer gewicht zou moeten toekomen dan aan die van de curator, moeten de veroordelingen volgens de Bestuurder worden geschorst of zou de curator moeten worden opgedragen zekerheid te stellen.

Het hof herhaalt de criteria die de Hoge Raad heeft gegeven in een arrest van 20 december 2019 (ECLI:NL:HR:2019:2026). De veroordeling is uitvoerbaar, ook als daartegen hoger beroep is ingesteld. De uitvoerbaarheid van het veroordelend vonnis kan worden geschorst, als het belang van de veroordeelde partij (de Bestuurder) bij behoud van de bestaande toestand zwaarder weegt dan het belang van de wederpartij (de curator).

Het hof vervolgt dan: 'Bij de belangenafweging is een belangrijk gezichtspunt dat de rechtbank de vordering van de curator heeft toegewezen en dat moet worden voorkomen dat het instellen van hoger beroep door [appellant] wordt gebruikt als middel om uitstel van executie te verkrijgen (...). Het hof overweegt dat bij het incasseren van een vordering voordat de uitspraak definitief is, een restitutierisico altijd in meerder of mindere mate aanwezig is. De vraag is of dat restitutierisico, gelet op de belangen van partijen over en weer en tegen de achtergrond van de hiervoor aangehaalde rechtspraak, moet worden afgedekt, en zo ja: hoe.'

Vervolgens overweegt het hof dat bij negatieve faillissementsboedels het restitutierisico groot is en dat daarvan ook in deze zaak kan worden uitgegaan. Dat is echter niet voldoende voor een schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis en ook niet voor een veroordeling van de curator om bij wijze van zekerheid een bankgarantie te stellen. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat de executie door de hypotheekhouder is overgenomen, zodat schorsing van de executie van het bestreden vonnis niet ook de schorsing van de gedwongen verkoop van het pand impliceert.

Niettemin valt er volgens het hof wel wat voor te zeggen om de Bestuurder in zekere mate te vrijwaren voor de situatie dat hij in hoger beroep gelijk krijgt. De curator heeft in dit verband de bereidheid uitgesproken om in afwijking van de wettelijke rangorde van schuldeisers de eventuele restitutievordering van de Bestuurder uit hoofde van de executie van het beslag op het pand voorrang te geven boven de vorderingen van andere boedelschuldeisers. Ook boven de faillissementskosten. Het hof komt tot de conclusie dat het restitutierisico dat de Bestuurder vreest, hiermee in voldoende mate wordt ondervangen. Die voorrang stelt het hof dan ook als voorwaarde aan de uitvoerbaarheid bij voorraad.

A.L.M. van Rooij, november 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:10097

Zaaknummer: 200.291.419/01

Rechters: J.H. Kuiper, M.W. Zandbergen en J. Smit

Advocaten: G. Krol en R.H. Bask

Wetsartikelen: 235 Rv en 351 Rv

RECHTSPRAAK

(Indirect) bestuurders van huurder/verhuurder

Het hof bekrachtigt de uitspraak van de kantonrechter dat de (indirect) bestuurders van de vennootschap die optreedt als huurder, aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad voor de schade die de verhuurder heeft geleden doordat de vennootschap haar betalingsverplichtingen uit de door haar met de verhuurder gesloten huurovereenkomst niet is nagekomen. De vennootschap is door turboliquidatie opgehouden te bestaan. Zowel de kantonrechter als het hof oordelen dat sprake is van betalingsonwil.

Geïntimeerde ('de Verhuurder') is eigenaar van een horecapand en verhuurt dit aan Bull's Eye Horeca B.V. ('Bull's Eye'). Voor de inventaris van het pand hebben de Verhuurder en Bull's Eye een huurkoopovereenkomst gesloten. Appellante 2 ('Recreatie Holding') is enig aandeelhouder en bestuurder van Bull's Eye. Appellant 1 ('de Indirect Bestuurder') is enig aandeelhouder en bestuurder van Recreatie Holding. Recreatie Holding en de Indirect Bestuurder worden gezamenlijk aangeduid als 'de Bestuurders'.

De Verhuurder heeft Bull's Eye in kort geding gedagvaard vanwege een achterstand in huurbetalingen en huurkooptermijnen. Tijdens de kort gedingzitting is een vaststellingsovereenkomst gesloten. Op basis daarvan dient een betaling ineens te geschieden en geldt voor het overige een betalingsregeling. Bij gebreke van tijdige betaling zullen de huurovereenkomst en huurkoopovereenkomst zonder nadere ingebrekestelling worden geacht te zijn geëindigd met wederzijds goedvinden.

Bull's Eye is de betalingsverplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst niet nagekomen en heeft na het eindigen van de overeenkomsten de sleutel bij de Verhuurder ingeleverd. Bull's Eye is vervolgens zonder vereffening ontbonden (turboliquidatie).

De kantonrechter

De Verhuurder heeft de kantonrechter verzocht om de Bestuurders hoofdelijk te veroordelen

tot betaling van het bedrag dat hij volgens hem ten gevolge van het onrechtmatige gedrag van de Indirect Bestuurder niet op Bull's Eye heeft kunnen verhalen. Dit bedrag bestaat uit achterstallige huur, huur over de maand juli, deurwaarderskosten en opruimkosten. De kantonrechter heeft de Bestuurders veroordeeld om de achterstallige huur en beslagkosten te betalen. Aan dit oordeel ligt een onrechtmatige daad, bestaande uit betalingsonwil, ten grondslag. Het overige is afgewezen.

De Bestuurders gaan tegen dit oordeel in hoger beroep en vorderen vernietiging van het oordeel van de kantonrechter. Ook de Verhuurder is in incidenteel hoger beroep opgekomen tegen afwijzing van zijn vorderingen tot betaling van de laatste maand huur, opruimkosten en deurwaarderskosten.

Het hof

Het hof is van oordeel, op basis van de gemaakte afspraken en de toepasselijke voorwaarden, dat Bull's Eye de laatste maand huur, de deurwaarderskosten en opruimkosten verschuldigd is. Het hof overweegt vervolgens dat als een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, het uitgangspunt is dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor schade die daaruit voortvloeit. Onder bijzondere omstandigheden is er ook ruimte voor aansprakelijkheid van de bestuurder naast de vennootschap. Daarvoor is vereist dat de bestuurder ter zake persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (*Ontvanger/Roelofsen*).

Volgens de Bestuurders zou er geen sprake zijn van betalingsonwil van Bull's Eye maar van betalingsonmacht. Het hof acht het van belang dat de Bestuurders in het kader van de onderhandelingen over de vaststellingsovereenkomst tijdens het kort geding hebben verklaard dat zij verwachtten met het evenement Assen TT een flinke omzet en winst te behalen. Na afloop van de Assen TT stelde de Indirect Bestuurder echter dat daarbij slechts een geringe omzet en winst was gerealiseerd. Een dergelijke tegenstrijdigheid vraagt volgens het hof om uitleg en onderbouwing. De Bestuurders zijn in de gelegenheid gesteld om hun verweer nader te motiveren met nadere gegevens, maar hebben die nadere onderbouwing niet verstrekt. Ook hebben de Bestuurders op de zitting in hoger beroep verklaard dat personeel, leveranciers en artiesten wel zijn voldaan. Volgens het hof is het oordeel van de kantonrechter dat sprake is van betalingsonwil daarom onvoldoende weersproken.

Van de betalingsonwil kan aan de Bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. Dit leidt ertoe dat Recreatie Holding als bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden voor de onbetaald gebleven vordering van de Verhuurder op Bull's Eye. Op grond van artikel 2:11 BW rust deze aansprakelijkheid eveneens op de Indirect Bestuurder.

De grieven in principaal hoger beroep falen. De grief van de Verhuurder in incidenteel beroep slaagt. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter en veroordeelt de Bestuurders hoofdelijk tot betaling van de laatste maand huur en de door de Verhuurder gevorderde kosten.

D.E. Mandigers, november 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:9820

Zaaknummer: 200.269.495/01

Rechters: W.P. Sprenger, J. Smit en M.A.L.M. Willems

Advocaten: A.J. Elema en J.M.E. Hamming

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Lederland

OK; enquête. Een vennootschap verweert zich tegen een enquêteverzoek en stelt een voorwaardelijk zelfstandig verzoek in tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, mocht enig verzoek van de verzoeker worden toegewezen. Verzoeker trekt haar verzoek in, waardoor niet is voldaan aan de voorwaarde die de vennootschap aan haar eigen verzoek had gesteld. De vennootschap mag haar voorwaardelijke zelfstandige verzoek niet vermeederen tot een onvoorwaardelijk zelfstandig verzoek.

Feiten

Corium B.V. ('Corium') heeft de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Lederland Nederland B.V. en Lederland Benelux B.V. (samen 'Lederland') en om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Lederland verzoekt de OK Corium niet-ontvankelijk te verklaren, althans het verzoek af te wijzen. Lederland verzoekt de OK bovendien, bij wijze van zelfstandig verzoek, in het geval enig verzoek van Corium wordt toegewezen, onmiddellijke voorzieningen te treffen die Corium raken (schorsing van Corium als bestuurder van Lederland, en overdracht van de aandelen van Corium ten titel van beheer). Er vindt een zitting plaats, waarbij partijen de OK verzoeken de zaak aan te houden, opdat zij kunnen proberen er onderling uit te komen. Dat lukt niet. Corium laat vervolgens de OK weten haar verzoek in te trekken. Lederland stelt dat de intrekking misbruik van recht is, en dat zij de zaak wenst voort te zetten, op grond van haar eigen zelfstandige verzoek. In zoverre wenst Lederland in de gelegenheid te worden gesteld haar zelfstandige verzoek te wijzigen, zodanig dat het voorwaardelijk karakter daaraan zal komen te ontvallen.

Oordeel OK

De OK stelt vast dat de intrekking van het verzoek van Corium moet leiden tot niet-ontvankelijkheid van Corium. Anders dan Lederland meent, staat het Corium vrij om haar verzoek in te trekken. Dat geldt ook als zij dit (mede) zou hebben gedaan om te voorkomen

dat de door Lederland voorwaardelijk verzochte onmiddellijke voorzieningen worden getroffen.

Het zelfstandige verzoek van Lederland heeft een voorwaardelijk karakter. De voorwaarde is dat verzoeken van Corium worden toegewezen. Met de niet-ontvankelijkheid van Corium is aan die voorwaarde niet voldaan. De OK moet het er dan voor houden dat Lederland geen verzoek heeft gedaan.

Ten aanzien van het verzoek van Lederland om haar verzoek te vermeerderen, in die zin dat zij het voorwaardelijk karakter daaraan wil laten ontvallen, geeft de OK aan dat dit in strijd met een goede procesorde zou zijn. De OK is niet op de hoogte van de feiten die zich na de zitting, maar voor de intrekking door Corium hebben voorgedaan. Kennelijk zijn de posities veranderd: Corium wil nu geen enquête meer, en Lederland (juist) wel. Nu de OK niet op de hoogte is van de feiten die tot die positiewisseling hebben geleid, is een eisvermeerdering als door Lederland verzocht, in strijd met de goede procesorde, aldus de OK. Corium wordt wel in de proceskosten veroordeeld.

J. Wareman, november 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-07-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:2246

Zaaknummer: 200.284.331/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, M.A. Scheltema en V.G. Moolenaar

Advocaten: S.J.B. Drijber, A.W. van Meegdenburg en P.B.J. van den Oord

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Uitgetreden vennoot/Overige vennoten van een vof

Een uitgetreden vennoot van een vof stelt recht te hebben op 25% van de winst en 25% van het vennootschapsvermogen van de vof. Volgens de uitgetreden vennoot bestond er tussen de vennoten een vennootschappelijke goederengemeenschap, op grond waarvan hij een aanspraak kon ontlenen op een uitkering in geld wegens onderbedeling. Volgens het hof is echter niet gebleken van feiten of omstandigheden waaruit zou volgen dat de vennoten van de vof bij de oprichting hiervan goederen tot hun gemeenschappelijk eigendom hebben gemaakt. De uitgetreden vennoot heeft daarom geen aanspraak op de andere vennoten uit hoofde van een ontbonden gemeenschap. Aangezien de vennoten niet zijn overeengekomen wat het aandeel van de vennoten in het vennootschapsvermogen is, moet dit volgens het hof worden bepaald door de inbreng van de vennoten in de vennootschap en de grondslag waarop zij delen in de winst. De vennoten waren geen specifieke winstverdeling overeengekomen, waardoor zij op grond van artikel 7A:1670 BW evenredig aan hun inbreng in de winst delen. De andere vennoten hebben de uitgetreden vennoot aangeboden de waarde van zijn inbreng te betalen. Op meer heeft de uitgetreden vennoot geen recht, dus ook op dit punt heeft hij niets van de andere vennoten te vorderen.

Feiten

In dit geschil staan een vader ('de Vader'), een moeder ('de Moeder') en een dochter ('de Dochter') tegenover degene met wie de Dochter een tijd lang een, inmiddels verbroken, affectieve relatie heeft gehad ('de Uitgetreden Vennoot'). De Vader en de Moeder (samen: 'de Ouders') exploiteerden sinds 1990 door middel van een vof kermisattracties, mobiele

snackbars en gebakkramen. De Dochter exploiteerde een gebakkraam, die zij, met de eigendom van alle roerende zaken, de vorderingen, het kasgeld en de goodwill, heeft ingebracht in een vof met de Uitgetreden Vennoot. Op enig moment hebben partijen besloten hun ondernemingen samen te voegen en de gezamenlijke onderneming uit te oefenen door middel van een vof. In verband daarmee is de vennootschap van de Dochter en de Uitgetreden Vennoot ontbonden en hebben partijen in het handelsregister laten registreren dat de Dochter en de Uitgetreden Vennoot vennoten waren in de vennootschap van de Ouders. Daarna hebben partijen hun voormalige ondernemingen geëxploiteerd als een gezamenlijke onderneming ('de Vof'). Kort daarna is de relatie tussen de Dochter en de Uitgetreden Vennoot verbroken. Tot die tijd hadden partijen geen nieuwe vennootschapsovereenkomst ondertekend en evenmin een overeenkomst gesloten die voorzag in een regeling over het toetreden van de Dochter en de Uitgetreden Vennoot tot de vennootschap van de Ouders.

De Uitgetreden Vennoot stelt dat hij als vennoot is toegetreden tot de vennootschap van de Ouders, en dat hij uit dien hoofde recht heeft op 25 procent van de winst daarvan en tevens op 25 procent van de waarde van het vennootschapsvermogen. Volgens de Uitgetreden Vennoot bestond er tussen de vennoten van de Vof een vennootschappelijke goederengemeenschap, die zo was verdeeld dat aan de Ouders en de Dochter alle activa en passiva van de gemeenschap zijn toegedeeld. Als gevolg daarvan meent de Uitgetreden Vennoot op grond van artikel 3:185 lid 2 BW aanspraak te maken op een uitkering in geld wegens onderbedeling.

Volgens de Ouders en de Dochter was het de bedoeling van partijen om een nieuwe onderneming op te richten, die geëxploiteerd zou worden door middel van een nieuw op te richten vof. De Ouders en de Dochter weerspreken dat er tussen partijen een (goederen)gemeenschap heeft bestaan en dat de Uitgetreden Vennoot recht heeft op 25 procent van de winst en de waarde van het vennootschapsvermogen. Volgens hen heeft de Uitgetreden Vennoot alleen aanspraak op het uitkeren van de waarde van zijn inbreng.

De rechtbank

De rechtbank heeft de vorderingen van de Uitgetreden Vennoot afgewezen en voor recht verklaard dat hij, zoals de Ouders en de Dochter hebben aangevoerd, alleen aanspraak heeft op uitkering van de waarde van zijn inbreng.

Het hof

Het hof stelt voorop dat er tussen de vennoten van een vof geen gemeenschap hoeft te bestaan in de zin van artikel 3:166 BW. Het sluiten van een vennootschapsovereenkomst, het toetreden tot een vennootschap en de inbreng in een vennootschap brengen niet van rechtswege een gemeenschap tot stand. Of en in hoeverre een gemeenschap ontstaat, hangt af van hetgeen

partijen daarover overeenkomen en de wijze waarop zij goederen verkrijgen. De goederen die behoren tot het bedrijf van de vennootschap en dus tot het vennootschapsvermogen in economische zin, zijn slechts in gemeenschappelijk eigendom voor zover de vennoten die tot gemeenschappelijk eigendom hebben gemaakt. In dit geval is volgens het hof niet gebleken van feiten of omstandigheden waaruit volgt dat de vennoten van de Vof goederen tot hun gemeenschappelijk eigendom hebben gemaakt. Er is daar niets over vastgelegd en de Uitgetreden Vennoot heeft ook niets gesteld over afspraken die partijen op dat punt hebben gemaakt. Het hof oordeelt daarom dat de Uitgetreden Vennoot geen aanspraak op de Ouders en de Dochter heeft uit hoofde van een ontbonden gemeenschap.

Bij het verdelen van de waarde van het vennootschapsvermogen stelt het hof dat het om de waarde gaat die op de datum van de ontbinding van de vennootschap tussen partijen bestond. Partijen hebben niet in een overeenkomst geregeld wat het aandeel van de vennoten was in het vennootschapsvermogen. Het aandeel wordt daarom bepaald door de inbreng van de vennoten in de vennootschap en de grondslag waarop zij delen in de winst. Datgene wat partijen betreft de winstverdeling hebben aangevoerd is volgens het hof te weinig concreet om te concluderen dat partijen op enig moment overeenstemming hebben bereikt over de winstverdeling. In dat geval geldt dat de vennoten op grond van artikel 7A:1670 lid 1 BW in de winst delen in evenredigheid aan hun inbreng. De Ouders en de Dochter hebben ermee ingestemd dat de Uitgetreden Vennoot de waarde van zijn inbreng krijgt uitbetaald. De Uitgetreden Vennoot heeft alleen recht op een hoger bedrag, indien de waarde van het vennootschapsvermogen op het moment van de ontbinding van de Vof hoger was dan de optelsom van de inbreng van alle vennoten (het surplus). Uit een verklaring die is opgesteld door de accountant van de vennootschap blijkt dat er geen surplus was dat voor verdeling in aanmerking kwam. Sterker nog, uitgaande van dit overzicht ontvangt de Uitgetreden Vennoot bij uitbetaling van zijn inbreng zelfs meer dan wat hij bij verdeling zou hebben ontvangen. De Uitgetreden Vennoot heeft dus ook op dit punt niets van de Ouders en de Dochter te vorderen.

Het hof wijst de vorderingen van de Uitgetreden Vennoot af en bekrachtigt het bestreden vonnis.

C.N. Perrick, november 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 27-07-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:2363

Zaaknummer: 200.278.897/01

Rechters: W.J.J. Los, L.S. Frakes en T. van Malssen

Advocaten: N. Vinke en J.W. Weehuizen

Wetsartikelen: 3:166 BW, 7A:167o lid 1 BW en 3:185 lid 2 BW