

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 3, 2021

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:132](#) 29-01-2021

Aansprakelijkheid Shell voor olie lekkages Nigeria

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:133](#) 29-01-2021

Aansprakelijkheid Shell voor olie lekkages Nigeria

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:134](#) 29-01-2021

Aansprakelijkheid Shell voor olie lekkages Nigeria

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:740](#) 26-01-2021

German Car Company B.V. (voorheen: 4Fill B.V.)/Vertegenwoordiger niet-bestaande vennootschap

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:89](#) 12-01-2021

Metaag/Bestuurder X Projects

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:10671](#) 22-12-2020

Coöperatieve Vereniging van Eigenaren Bungalowpark 'Zuiderveld' U.A./Eigenaresse bungalow

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3473](#) 15-12-2020

DGA/Rabobank

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:2484](#) 15-12-2020

Luten q.q./Withoos

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:10385](#) 15-12-2020

Handhaving verbodenverklaring No Surrender inclusief chapters en brotherhoods, exclusief NS MC

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3277](#) 30-11-2020

Saint Bourgeois/PGH Autogroep

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3074](#) 13-11-2020

Onderling overleg concept-onderzoeksverslag enquêteprocedure: machtiging OK

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3273](#) 05-

11-2020

L2Fiber Rotterdam B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:3422](#) 03-11-2020

Opdrachtnemer/Bestuurder interieurbedrijf

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3271](#) 02-11-2020

Vrede Oord Holding

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3166](#) 23-10-2020

Enquête B.V. Landgoed Den Alerdinck II

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2495](#) 21-09-2020

Enquête Flevo Berry c.s.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:1442](#) 18-06-2019

NDM en Rollecate/X Beheer

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:627](#) 20-01-2021

Bestuurders aansprakelijk wegens selectieve betalingen aan gelieerd uitzendbureau

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:136](#) 15-01-2021

Geldlener gedeeltelijk succesvol in aanspreken bestuurder tot terugbetaling geldlening op grond van borgtocht

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:52](#) 04-01-2021

Werknemer/SterGro International B.V. c.s.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:13996](#) 23-12-2020

DPB/MNP c.s.

RECHTSPRAAK

NDM en Rollecate/X Beheer

Hoger beroep in het kader van een aandelentransactie. Post-closing geschil omtrent de vermeende schending van garanties. Koper stelt onvoldoende feiten om haar grieven te onderbouwen.

[X] Beheer ('de Verkoper') was eigenaar van alle aandelen in twee dochtervennootschappen. In februari 2013 hebben de Verkoper en [Y] B.V., een zustervennootschap van Rollecate Group B.V. ('de Koper'), een overeenkomst gesloten waarin partijen onder andere hun intentie vastlegden om onder bepaalde voorwaarden een koopovereenkomst te sluiten voor wat betreft de aandelen in de dochtervennootschappen van de Verkoper.

De Koper heeft vervolgens een *due dilligence*-onderzoek laten verrichten en partijen hebben uiteindelijk op 5 juni 2013 een koopovereenkomst gesloten. De aandelen zijn uiteindelijk op verzoek van de Koper door de Verkoper geleverd aan NDM Noordelijke Deelneming Maatschappij B.V. ('NDM'), een vennootschap die tot dezelfde groep als de Koper behoort. Er ontstaat een geschil omtrent enkele in de koopovereenkomst opgenomen garanties en de Koper spant in dit kader een procedure aan tegen de Verkoper. Nadat de rechtbank de Verkoper in eerste aanleg in het gelijk heeft gesteld, gaat de Koper in hoger beroep bij het gerechtshof in Den Haag. De grieven van de Koper tegen het vonnis van de rechtbank concentreren zich rond drie thema's.

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis geoordeeld dat de Koper onvoldoende feiten naar voren heeft gebracht waaruit volgt dat NDM de rechten en verplichtingen uit de koopovereenkomst heeft overgenomen. De eerste grief van de Koper richt zich tegen dit oordeel en treft doel. Het hof overweegt dat de koopovereenkomst immers expliciet constateert dat de Verkoper bereid is de betreffende aandelen over te dragen aan de Koper of aan een andere tot dezelfde groep behorende vennootschap. Uiteindelijk zijn de aandelen op verzoek van de Koper geleverd aan NDM, en het hof oordeelt dat als gevolg hiervan de in de koopovereenkomst opgenomen rechten en verplichtingen zijn gaan gelden tussen de Verkoper en NDM als koper. Een andere uitleg zou er immers toe leiden dat, door het gebruikmaken van de in de koopovereenkomst opgenomen mogelijkheid de aandelen over te

dragen aan een andere vennootschap, de tussen partijen in de koopovereenkomst neergelegde rechten en verplichtingen hun werking zouden verliezen. Dit zou alleen al vanwege commerciële redenen onaannemelijk zijn.

NDM en de Koper stellen dat zij na de aandelentransactie geconfronteerd zijn met een groot aantal garantiëkwesities. De vraag is nu of de Verkoper in het licht van die kwesities is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de koopovereenkomst, althans onrechtmatig heeft gehandeld jegens NDM en de Koper, en derhalve verplicht is tot vergoeding van schade. Ter onderbouwing van hun stelling hebben NDM en de Koper zes ordners (inclusief gearceerde passages) met stukken aangeleverd en in de relevante akten volstaan met summiere verwijzingen naar de informatie uit deze ordners en citaten uit correspondentie. Het hof concludeert, evenals eerder de rechtbank, dat NDM en de Koper onvoldoende hebben toegelicht dat uit de overgelegde correspondentie en stukken inhoudelijk blijkt dat de Verkoper op de hoogte was of had moeten zijn van (dreiging) van omvangrijke claims (lees: schending van garanties). De partij die zich op een productie beroept, dient aan te geven wat de relevantie daarvan is en op welke passages zij zich beroept. Het had in dit licht bezien op de weg van NDM en de Koper gelegen hun stellingen nader te concretiseren aan de hand van duidelijke verwijzingen naar de overgelegde stukken, waaronder met name de stukken die zich bevinden in de zes ordners die zonder enige noemenswaardige toelichting zijn overlegd.

Ook voor wat betreft de claim van NDM en de Koper dat de tussen partijen overeengekomen en op de balans van de dochtervennootschappen opgenomen garantievoorziening ontoereikend was, oordeelt het hof, evenals eerder de rechtbank, dat NDM en de Koper onvoldoende feiten stellen om hun claim te onderbouwen. Daarenboven betwisten zij het verweer van de Verkoper op dit punt slechts in algemene zin en onvoldoende onderbouwd.

Het hof oordeelt dat NDM en de Koper hun stellingen onvoldoende hebben onderbouwd en derhalve niet aan hun stelplicht voldoen. Het feit dat de eerste grief wel gegrond is, kan naar het oordeel van het hof niet leiden tot vernietiging van het vonnis.

P. van der Heide, februari 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:1442

Zaaknummer: 200.232.030/01

Rechters: A.J.M.E. Arpeau, C.J. Verduyn en C.W.M. Lieverse

Advocaten: W. Hogenkamp en M.P.E. D'Haene

Wetsartikelen: Art. 6:74 BW en Art. 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Metaag/Bestuurder X Projects

Hof Den Haag wijst vordering gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid af. Van Beklamel-aansprakelijkheid is geen sprake. Evenmin is de bestuurder aansprakelijk wegens het meewerken aan een turboliquidatie.

De Roemeense vennootschap Metaag levert personeel op het gebied van staalverwerking. Metaag wordt door X Projects B.V. ('Projects') ingeschakeld om personeel te leveren voor het verrichten van werkzaamheden op een scheepswerf van Damen Shipyards in Roemenië. Projects laat een aantal facturen van Metaag in verband met deze werkzaamheden onbetaald.

Op enig moment neemt de algemene vergadering van Projects een besluit tot ontbinding van de vennootschap. Projects houdt op te bestaan omdat zij geen baten meer zou hebben. Oftewel: er vindt een turboliquidatie plaats.

Metaag spreekt vervolgens de bestuurder van Projects aan tot vergoeding van de door haar geleden schade als gevolg van het onbetaald blijven van haar facturen. Metaag legt hieraan ten grondslag (1) dat de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomsten wist, althans behoorde te weten, dat Projects haar verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst niet zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden; en (2) dat de bestuurder er door de turboliquidatie actief voor zou hebben gezorgd dat Projects haar verplichtingen niet langer zou kunnen nakomen.

In eerste aanleg wijst de rechtbank de vorderingen van Metaag af. Metaag stelt hoger beroep in en richt een viertal grieven tegen het vonnis. Het mag echter niet baten. Ook in hoger beroep worden de vorderingen van Metaag afgewezen.

Volgens het hof heeft Metaag onvoldoende feiten of omstandigheden aangevoerd die de conclusie kunnen dragen dat de bestuurder ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten met Metaag wist of behoorde te weten dat Projects haar verplichtingen uit hoofde van de overeenkomsten niet zou kunnen nakomen. Metaag had in dit kader gewezen op een e-mail uit maart 2018 waarin de bestuurder aangaf dat Projects speciaal voor het project in Roemenië

was opgericht met beperkte financiële middelen. Daarnaast stelt Metaag dat de bestuurder in mei 2018, tijdens onderhandelingen over de onbetaalde facturen, ermee zou hebben gedreigd de vennootschap ‘gewoon te turboliquideren’. Het hof gaat hieraan vrij makkelijk voorbij. Volgens het hof kunnen deze omstandigheden niet tot de conclusie leiden dat de bestuurder ten tijde van het *aangaan* van de overeenkomsten in september 2017 en februari 2018 wist of behoorde te weten dat Projects niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.

Vervolgens gaat het hof in op de verwijten met betrekking tot de turboliquidatie. Volgens het hof heeft Metaag haar stelling dat de bestuurder er ernstig rekening mee had moeten houden dat Metaag nog een vordering op Projects pretendeerde te hebben onvoldoende onderbouwd. De wijze waarop het hof deze conclusie motiveert overtuigt niet meteen. Het hof baseert deze conclusie namelijk vooral op de stelling van de bestuurder dat Projects sinds de onsuccesvolle schikkingsonderhandelingen in mei 2018 niets meer van Metaag had vernomen en dat de Roemeense advocaat van Projects zelf had aangegeven dat Metaag geen rechtszaak in Roemenië is begonnen.

Ook van een bate van Projects is volgens het hof niet gebleken. Metaag had zich op het standpunt gesteld dat Projects nog een vordering op Damen Shipyards zou hebben, maar dit werd door Damen ontkend. Daarnaast stelde Metaag zich op het standpunt dat Projects een bate had in de vorm van een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW op de bestuurder. Projects zou niet aan de publicatieplicht van artikel 2:394 BW hebben voldaan. Het hof gaat hier niet in mee, omdat de bestuurder gemotiveerd betwistte dat zij niet aan de publicatieplicht zou hebben voldaan. Opmerkelijk is de stellige overweging van het hof dat bovendien een eventuele vordering op grond van artikel 2:248 BW niet door Projects zelf zou kunnen worden ingesteld en daarom geen bate van Projects vormt. Minder verbazingwekkend is het oordeel van het hof dat Metaag niet in haar verhaal gefrustreerd kan zijn doordat Projects een vermeende vordering op Metaag niet heeft geïnd.

Tot slot behandelt het hof een grief van Metaag gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat zij niet aan de op haar rustende stelplicht en bewijslast heeft voldaan. Volgens Metaag zou de bewijslast in dit geval omgekeerd moeten worden, dan wel zou voor de bestuurder een verzwaarde stelplicht moeten gelden. Ook hierin gaat het hof niet mee.

J.F. Fliek, februari 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 12-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:89

Zaaknummer: 200.272.332/01 en C/10/569546 / HA ZA 19-223

Rechters: G.C. de Heer, A.J.M.E. Arpeau en A.J.P. Schild

Advocaten: G.A.M.F. Spera en J.P. Hellinga

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders aansprakelijk wegens selectieve betalingen aan gelieerd uitzendbureau

De bestuurders moesten er ten tijde van de betalingen ernstig rekening mee houden dat de vennootschap niet alle schuldeisers kon voldoen. Daarmee stond het hun niet langer vrij een gelieerde schuldeiser volledig te voldoen.

TSE, een vennootschap die zich bezighield met het onderhoud van installaties in de (petro)chemische industrie, is op 15 mei 2012 failliet verklaard. De curator spreekt de (directe en indirecte) bestuurders van TSE aan op de voet van artikel 2:248 BW en artikel 6:162 BW.

Aan de vordering op de voet van artikel 2:248 BW legt de curator ten eerste een vermeende schending van de administratieplicht (art. 2:10 BW) ten grondslag. De rechtbank oordeelt dat zo'n schending niet is komen vast te staan. Voorts stelt de curator dat de bestuurders fouten hebben gemaakt bij het aannemen van een groot onderhoudsproject voor de Zweedse oliemaatschappij Preem AB en dat die fouten kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW. De bestuurders zouden te veel risico hebben genomen door het (voor TSE) zeer omvangrijke project aan te nemen en zich daarop onvoldoende hebben voorbereid. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders inderdaad fouten hebben gemaakt. De bestuurders hebben (te) veel op hun ervaring vertrouwd, aldus de rechtbank, maar hadden ook wel degelijk veel ervaring in deze branche en de keuzes die zij op basis van die ervaring maakten, waren ook niet geheel ongegrond. Dit alles maakt dat het gestelde onvoldoende is om kennelijk onbehoorlijk bestuur aan te nemen, nu niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder – in gelijke omstandigheden – gehandeld zou hebben zoals de bestuurders alhier hebben gedaan (vgl. HR HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo*)).

De vordering op de voet van artikel 6:162 BW ziet op selectieve betaling. De curator stelt dat TSE tussen 8 november 2011 en 5 december 2011 in totaal € 664.315 aan een aan TSE gelieerd uitzendbureau heeft betaald, terwijl begin november duidelijk was geworden dat Preem AB de facturen niet zonder meer zou betalen. Gelet op deze opstelling van Preem AB hadden de

bestuurders er ten tijde van de betalingen aan het uitzendbureau ernstig rekening mee moeten houden dat TSE niet alle schuldeisers kon voldoen, aldus de curator. De rechtbank volgt hier het betoog van de curator en oordeelt dat de bestuurders, vanwege de opstelling van Preem AB, vanaf begin november ernstig rekening moesten houden met de mogelijkheid dat TSE niet al haar schuldeisers zou kunnen voldoen. Daarmee stond het hun niet langer vrij een aan TSE gelieerde schuldeiser volledig te voldoen en andere (grote) schuldeisers niet. In de gegeven omstandigheden moet ieder van hen daarvan in ernstige mate een verwijt worden gemaakt.

O. Oost, februari 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:627

Zaaknummer: C/10/591920 / HA ZA 20-209

Rechters: Th. Veling

Advocaten: B. Verkerk en L.R.T. Peeters

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer/SterGro International B.V. c.s.

Ontslag statutair bestuurder. Sprake is van een geldig ontslagbesluit. Geen sprake van een redelijke grond, zodat een billijke vergoeding wordt toegekend ter hoogte van € 100.000.

Feiten

SterGro International B.V. ('SterGro') is aandeelhouder en bestuurder van Groveko B.V. Werknemer was aanvankelijk indirect bestuurder van een bedrijf dat in 2015 door Groveko is overgenomen. Werknemer is per 20 augustus 2015 ingeschreven als bestuurder van SterGro. Werknemer is uitgenodigd voor de AVA van SterGro op 27 april 2020 waarop zijn voorgenomen ontslag per 1 juli 2020 en de voorgenomen schorsing vanaf 27 april 2020 stonden geagendeerd. Daartoe wordt als reden gegeven dat werknemer niet naar behoren functioneert en dat de coronacrisis vraagt om drastische maatregelen om de continuïteit te waarborgen. Werknemer is op de AVA als statutair bestuurder ontslagen en geschorst. Bij brief van 29 april 2020 heeft SterGro de arbeidsovereenkomst per 1 juli 2020 opgezegd. Bij brief van 8 mei 2020 heeft werknemer Groveko medegedeeld dat hij niet is aangesteld als statutair bestuurder van SterGro en dat het ontslagbesluit niet aan de eisen voldoet, zodat geen sprake is van een rechtsgeldige beëindiging van het dienstverband. Werknemer heeft SterGro c.s. op 3 juli 2020 gedagvaard in kort geding en gevorderd om SterGro c.s. te veroordelen de schorsing op te heffen. De kantonrechter heeft deze vorderingen bij vonnis van 17 juli 2020 toegewezen. SterGro c.s. heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak. Werknemer heeft zijn werkzaamheden bij SterGro c.s. niet hervat. Het UWV heeft op 26 oktober 2020 toestemming aan SterGro verleend om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. Bij brief van 29 oktober 2020 heeft SterGro de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd tegen 1 december 2020. Bij arrest in kort geding van 8 december 2020 heeft het hof het vonnis vernietigd en de vorderingen van werknemer alsnog afgewezen. Werknemer verzoekt de rechtbank om de opzegging van de arbeidsovereenkomst op 29 april 2020 te vernietigen, SterGro c.s. te verplichten werknemer toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden en SterGro c.s. te veroordelen tot betaling van het salaris van werknemer vanaf 1 juli 2020. Ook verzoekt werknemer SterGro c.s. te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding van

€ 250.000, de wettelijke transitievergoeding en de contractuele beëindigingsvergoeding van € 60.000.

Oordeel

Ontslagbesluit

De rechtbank overweegt dat voldoende is vast komen te staan dat werknemer in dienst was bij SterGro. Zo heeft hij een arbeidsovereenkomst met SterGro gesloten en was Groveko de laatste drie jaar de enige dochtermaatschappij van SterGro. Dat werknemer in die tijd voor Groveko heeft gewerkt, is goed verklaarbaar omdat alleen in die vennootschap de werkzaamheden werden verricht. Vervolgens stelt de rechtbank vast dat werknemer statutair bestuurder van SterGro is (geweest). Zo is er een rechtsgeldig benoemingsbesluit waarvan werknemer op de hoogte was en vermeldt ook de preambule bij de door werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst dat werknemer met ingang van 1 januari 2016 tot statutair directeur is benoemd. Ook oordeelt de rechtbank dat sprake was van een geldig ontslagbesluit. Werknemer heeft tijdens de AVA advies kunnen uitbrengen over zijn voorgenomen ontslag. Dat de aanwezigen geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid hierop te reageren, levert geen totstandkomingsgebrek op. Dat werknemer aanvoert dat zijn ontslag niet in het belang van SterGro c.s. is, is niet van belang, omdat het aan de aandeelhouders is om te beslissen over de gevolgen van een ontslag voor de onderneming. De vordering tot vernietiging van het ontslagbesluit wordt gelet op hetgeen hiervoor is overwogen dan ook afgewezen.

Redelijke grond en vergoedingen

SterGro heeft aan de opzegging primair de d-grond en subsidiair de a-grond ten grondslag gelegd en voert daarbij aan dat werknemer eraan heeft bijgedragen dat drie achtereenvolgende jaren het budget niet werd gehaald. De rechtbank overweegt dat, nu niet is gebleken dat waan erknerer reële mogelijkheden zijn geboden om zich te verbeteren en evenmin concrete verbeterpunten zijn opgesteld, niet is gebleken dat ten tijde van het ontslagbesluit sprake was van een voldragen d-grond. Ten aanzien van de a-grond overweegt de rechtbank dat behalve het reorganisatieplan en het jaarverslag geen enkel stuk is overgelegd waaruit volgt dat ten tijde van het ontslagbesluit de financiële situatie dermate slecht was dat de functie van werknemer moest komen te vervallen. Derhalve dient aan werknemer een billijke vergoeding te worden toegekend. De rechtbank houdt rekening met het feit dat de arbeidsovereenkomst van werknemer, indien deze niet per 1 juli 2020 was geëindigd, met de ontslagvergunning van het UWV sowieso op 1 december 2020 zou zijn geëindigd, en verder met de leeftijd van werknemer en zijn ervaring en de korte duur van zijn WW-uitkering. Ook houdt de rechtbank

er rekening mee dat SterGro de arbeidsovereenkomst per 1 juli 2020 heeft beëindigd, zodat werknemer geen recht meer heeft op de beëindigingsvergoeding. Indien de arbeidsovereenkomst één dag eerder was beëindigd, had werknemer wel aanspraak kunnen maken op € 60.000 minus de transitievergoeding. Gelet hierop wordt de hoogte van de billijke vergoeding vastgesteld op € 100.000. Ook is de verzochte transitievergoeding niet weersproken, zodat dit bedrag toewijsbaar is.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 04-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:52

Zaaknummer: C/05/376277 / HA RK 20-166

Rechters: E. Horsthuis

Advocaten: J.A. Hamelink en I.J. de Laat

Wetsartikelen: 7:671 BW, 7:673 BW en 7:682 BW

RECHTSPRAAK

Geldlener gedeeltelijk succesvol in aanspreken bestuurder tot terugbetaling geldlening op grond van borgtocht

Een geldgever vordert veroordeling van de indirecte bestuurder van de geldnemer tot terugbetaling van de geldlening op grond van de borgtochtovereenkomst en op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank oordeelt dat partijen overeen zijn gekomen dat de bestuurder borg zou staan voor de lening. De hoogte van de borgtocht wordt echter beperkt vanwege de gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst wegens het ontbreken van de toestemming van de echtgenote van de bestuurder. De vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid wordt afgewezen, omdat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Verweerder is indirect enig bestuurder en aandeelhouder van bedrijf 1 BV ('Bedrijf 1') en bedrijf 2 BV ('Bedrijf 2'). Eiser, een vennootschap naar Frans recht, heeft in verband met acute liquiditeitskrapte van beide vennootschappen in december 2017 een lening verstrekt van € 200.000 ('Lening 1'). Daarnaast zijn een pandakte met betrekking tot een stil pandrecht op de vorderingen van Bedrijf 1 en een borgtochtovereenkomst op grond waarvan Verweerder zich voor ten hoogste € 250.000 borg zou stellen aangegaan.

Begin februari 2018 is er een nieuwe leningsovereenkomst gesloten ter vervanging van Lening 1, ('Lening 2'). Eiser heeft in het totaal € 325.000 krediet verstrekt aan Bedrijf 1 en 2. Ter zekerheid voor Lening 2 werd overeengekomen dat de debiteuren worden verpand en een borgtocht wordt verstrekt. Aan de leningsovereenkomst is geen borgtochtovereenkomst gehecht en er is ook geen nieuwe borgtochtovereenkomst opgesteld.

Lening 2 wordt niet afgelost. Twee maanden voor faillissement van Bedrijf 1 en 2 worden de overeenkomst betreffende Lening 2, de pandakte en de borgtochtovereenkomst geregistreerd bij de Belastingdienst. Eiser vordert veroordeling van Verweerder tot terugbetaling van onder

andere Lening 2 op grond van de borgtochtovereenkomst en op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.

Kan Verweerder worden aangesproken als Borg?

De vraag die voorligt, is of de borgtocht van december 2017 ook strekt tot zekerheid voor Lening 2. Of dat zo is, hangt niet alleen af van de tekst van de borgtochtovereenkomst, maar ook van wat partijen in redelijkheid van elkaar mochten begrijpen.

Uit de tekst van de borgtochtovereenkomst blijkt volgens de rechtbank dat deze beperkt is tot Lening 1, maar Eiser mocht toch begrijpen dat de borgtocht ook tot zekerheid van Lening 2 strekt. De rechtbank leidt dit uit het volgende af. In de overeenkomst betreffende Lening 2 staat vermeld dat Lening 1 is afgelost met het verstrekken van Lening 2, maar feitelijk heeft deze aflossing niet plaatsgevonden. Dat wordt ook onderstreept door de overeenkomst betreffende Lening 2, waarin staat dat de lening in twee gedeelten is uitbetaald. Verder is niet vast komen te staan dat er voor Eiser reden was om voor het verstrekte bedrag van € 200.000 zekerheden prijs te geven en/of om af te zien van zekerheden voor het bedrag van € 125.000. In de overeenkomst betreffende Lening 2 wordt de borgtocht als te verstrekken zekerheid genoemd en Verweerder heeft die overeenkomst ondertekend in hoedanigheid van bestuurder en borg.

De rechtbank oordeelt dat partijen zijn overeengekomen dat Verweerder borg zou staan voor een bedrag van € 325.000. De echtgenote van Verweerder heeft de uitbreiding van de borgtocht vernietigd met een beroep op artikel 1:88 BW. Zij ondertekende de borgtochtovereenkomst van december 2017, maar heeft geen toestemming verleend voor de uitbreiding van de borgtocht. Deze vernietiging treft doel. De borgtocht geldt alleen voor een bedrag ad € 200.000.

Is Verweerder als indirect bestuurder van Bedrijf 1 en 2 aansprakelijk?

Verweerder kan op grond van artikel 6:162 jo. 2:11 BW aansprakelijk zijn ten opzichte van Eiser als de vennootschappen te kort zijn geschoten en Verweerder als bestuurder daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. De rechtbank verwijst ter invulling van de normschending naar ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*).

De rechtbank oordeelt dat Verweerder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en wijst de vordering van Eiser af. Ten aanzien van de door Eiser aangevoerde argumenten ter onderbouwing van zijn standpunt dat Verweerder een persoonlijk ernstig verwijt valt te

maken, oordeelt de rechtbank als volgt. Eiser heeft het verwijt dat Verweerder de financiële positie van Bedrijf 1 te rooskleurig heeft voorgesteld onvoldoende concreet gemaakt. Daarnaast is de eigen ervaring van Eiser als investeerder van belang, waardoor kan worden aangenomen dat hij weet welke betekenis toekomt aan gedeelde financiële informatie. Verder bestond er op grond van de tekst van de overeenkomst betreffende Lening 2 en de pandakte geen verplichting voor Bedrijf 1 om een eerste pandrecht te vestigen op alle debiteuren, noch dat er een registratieverplichting bestond voor Verweerder of Bedrijf 1. Uit niets blijkt verder dat partijen afspraken hebben gemaakt over de registratieverplichting, noch dat Eiser mocht veronderstellen dat Bedrijf 1 de pandakte zou registreren. Over het gebrek aan transparantie over de onmogelijkheid van aflossing van Lening 2 oordeelt de rechtbank dat Eiser bij het aangaan van de lening wist dat Bedrijf 1 krap bij kas zat, dat was de reden voor het aangaan van de lening. Eiser heeft daarbij onvoldoende onderbouwd waarom Verweerder onvoldoende transparant is geweest en hoe meer transparantie de belangen van Eiser beter zouden hebben gediend.

M.M.H.A. Leurs, februari 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:136

Zaaknummer: NL19.11581

Rechters: A.F. Hermans

Advocaten: R.J.R.M. de Bok en J.A.J.M. Jonk

Wetsartikelen: 1:88 BW, 2:11 BW, 6:162 BW en 7:850 BW

RECHTSPRAAK

DPB/MNP c.s.

Deze uitspraak betreft een tweede tussenvonnis in een uittredingsprocedure. De rechtbank benoemt een deskundige en stelt de vragen vast. De deskundige moet ook een oordeel vellen over de vraag of afname van eigen aandelen door de vennootschap de uitkeringstest doorstaat.

Deze uitspraak is een vervolg op het tussenvonnis van 8 april 2020 (OR 2020-0150), waarin de rechtbank PP Beheer B.V. ('PP Beheer'), ACP Beheer B.V. ('ACP Beheer') en D heeft veroordeeld ieder 1/3 van de door medeaandeelhouder DPB B.V. ('DPB') gehouden aandelen in MNP B.V. ('MNP') over te nemen. Tevens heeft de rechtbank in desbetreffend vonnis MNP voorwaardelijk – namelijk onder de voorwaarde dat de overname niet in strijd komt met de uitkeringstoets in artikel 2:207 lid 2 BW – veroordeeld de door DPB gehouden aandelen in MNP over te nemen, voor zover PP Beheer, ACP Beheer en/of D met de afname gedurende 14 dagen in gebreke zijn.

In voornoemd tussenvonnis overweegt de rechtbank voorts dat zij voornemens is de heer drs. G. Rooijackers ('Rooijackers') te benoemen om de door DPB gehouden aandelen te waarderen en zich uit te laten over de vraag of de uitkeringstoets al dan niet in de weg staat aan de verkrijging van eigen aandelen door MNP.

Partijen zijn vervolgens in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de vragen die de deskundige dient te beantwoorden en eventueel bezwaar te maken tegen de benoeming van Rooijackers.

DPB heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen Rooijackers en het eens te zijn met de vragen. MNP, PP Beheer, ACP Beheer en D hebben niet inhoudelijk gereageerd. Wel hebben zij hoger beroep ingesteld tegen het tussenvonnis en hebben zij verzocht de zaak aan te houden totdat in hoger beroep is beslist. De rechtbank overweegt dat ingevolge artikel 2:339 lid 1 jo. 2:340 lid 1 BW hoger beroep niet mogelijk is totdat eindvonnis is gewezen, zodat er geen aanleiding is de zaak aan te houden.

De rechtbank gaat over tot de benoeming van Rooijackers tot deskundige, bepaalt de vragen die hij dient te beantwoorden en stelt de overige voorwaarden van het onderzoek vast. Na indiening van het deskundigenbericht zal de zaak weer op de rol worden gebracht voor uitlating van partijen over de voortgang van de procedure. Iedere verdere beslissing houdt de rechtbank aan.

J. Tromp, februari 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 23-12-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:13996

Zaaknummer: C/09/574329

Rechters: H.J. Vetter, A.C. Bordes en J. Smeets

Advocaten: M.C. Schepel en P.J.Ph. Dietz de Loos

Wetsartikelen: 2:343 BW, 2:207 BW en 2:340 BW

RECHTSPRAAK

Opdrachtnemer/Bestuurder interieurbedrijf

In deze zaak vordert een opdrachtnemer betaling van haar factuur door de bestuurder van de inmiddels failliete opdrachtgever. Evenals eerder de kantonrechter wijst het hof de vorderingen af, omdat de bestuurder – anders dan de opdrachtnemer stelt – de overeenkomst niet persoonlijk is aangegaan, zich niet persoonlijk garant heeft gesteld en niet onrechtmatig heeft gehandeld bij het aangaan van de overeenkomst.

Het geschil betreft de betaling van een factuur naar aanleiding van een overeenkomst van opdracht tot het op- en afbouwen van een stand op een kerstmarkt ('de Overeenkomst'). Appellante ('de Opdrachtnemer') is een onderneming die zich bezighoudt met het exploiteren van een tentoonstellingsbouwbedrijf, geïntimeerde ('de Bestuurder') was de bestuurder van een onderneming die zich toelegde op interieurbouw ('het Interieurbedrijf'), die inmiddels failliet is verklaard. De Opdrachtnemer heeft aangevoerd dat de factuur door de Bestuurder betaald moet worden, omdat i) de Bestuurder persoonlijk met de Opdrachtnemer de Overeenkomst is aangegaan, ii) de Bestuurder zich tegenover de Opdrachtnemer persoonlijk garant heeft gesteld voor betaling van de factuur door het Interieurbedrijf en iii) de Bestuurder bij het aangaan van de Overeenkomst onrechtmatig jegens de Opdrachtnemer heeft gehandeld. De Bestuurder voert verweer tegen deze stellingen. In eerste aanleg heeft de kantonrechter de vorderingen van de Opdrachtnemer afgewezen en zij gaat daartegen in hoger beroep.

Het hoger beroep van de Opdrachtnemer slaagt niet. Ten aanzien van i) overweegt het hof dat voor de vraag met wie de Opdrachtnemer de Overeenkomst is aangegaan relevant is wat partijen ten tijde van het aangaan van de Overeenkomst over en weer hebben verklaard en wat zij uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid, in overeenstemming met de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs konden toekennen. Omstandigheden die zich na het sluiten van de Overeenkomst hebben voorgedaan, kunnen ook relevant zijn voor die vraag. Het dient dan te gaan om omstandigheden die licht werpen

op wat zich bij het sluiten van de Overeenkomst tussen partijen heeft voorgedaan. De Opdrachtnemer is er volgens het hof niet in geslaagd dergelijke feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen. Uit de getuigenverhoren in eerste aanleg is gebleken dat de Opdrachtnemer, toen de Bestuurder de opdracht gaf voor het op- en afbouwen van de stand, redelijkerwijs diende te begrijpen dat het aangaan van de Overeenkomst een zakelijk karakter had en verband hield met de activiteiten van het Interieurbedrijf. Daarom diende de Opdrachtnemer ook te begrijpen dat het Interieurbedrijf haar wederpartij was, en niet de Bestuurder. Dat zij dat ook zo heeft begrepen, blijkt tevens uit het feit dat de door de Opdrachtnemer gestuurde factuur aan het Interieurbedrijf was gericht. De Opdrachtnemer heeft geen feiten en omstandigheden aangedragen van na het sluiten van de Overeenkomst, die ander licht werpen op wat zich voor of bij het sluiten van de Overeenkomst tussen partijen heeft voorgedaan.

Ten aanzien van ii) overweegt het hof dat de door de Opdrachtnemer aangedragen omstandigheden waaruit volgens haar zou blijken dat de Bestuurder zich persoonlijk garant heeft gesteld voor betaling van de factuur, geen omstandigheden zijn waaruit de Opdrachtnemer redelijkerwijs heeft mogen afleiden dat de Bestuurder op enigerlei wijze heeft toegezegd persoonlijk in te staan voor betaling. Ten aanzien van een van die omstandigheden overweegt het hof dat ook geen van de getuigen in eerste aanleg in die zin heeft verklaard zoals door de Opdrachtnemer gesteld.

Ten aanzien van iii) heeft de Opdrachtnemer zich beroepen op de zogenoemde Beklamel-norm, door te stellen dat de Bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld als bestuurder door de Overeenkomst met de Opdrachtnemer aan te gaan, terwijl hij wist dat er een faillissementsverzoek lag. De Bestuurder wist dat het Interieurbedrijf er financieel slecht voorstond en daarnaast waren er personeelsproblemen die ook verband zullen hebben gehouden met de verslechterde financiële informatie van het Interieurbedrijf, aldus de Opdrachtnemer. Naar het oordeel van het hof levert het handelen van de Bestuurder geen onrechtmatig handelen jegens de Opdrachtnemer op. Uit de uitlatingen van de Bestuurder ten tijde van het aangaan van de Overeenkomst heeft de Opdrachtnemer ten minste begrepen dat het Interieurbedrijf er financieel niet goed voorstond en daarover is de Bestuurder volgens het hof voldoende open geweest. De Bestuurder heeft ook betwist dat er destijds al een faillissementsverzoek aanhangig was en heeft onweersproken gesteld dat er toentertijd een benarde liquiditeitspositie was, maar dat de Bestuurder er, gelet op de omvang van de opdracht voor de bouw van de kerststand (ter waarde van € 150.000), op mocht vertrouwen dat de opdrachten konden worden betaald. Van persoonlijk onrechtmatig handelen van de Bestuurder jegens de Opdrachtnemer is volgens het hof dan ook niet gebleken. Geen van de grieven van de Opdrachtnemer slaagt.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.

M.F. van Schendel, februari 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:3422

Zaaknummer: 200.254.075_01

Rechters: J.C.J. van Craaikamp, J.I.M.W. Bartelds en B.E.L.J.C. Verbunt

Advocaten: S.X.J. Zuidema en J.J.M. Goumans

Wetsartikelen: 6:217 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Coöperatieve Vereniging van Eigenaren Bungalowpark 'Zuiderveld' U.A./Eigenaresse bungalow

Procedure bij het hof over de bevoegdheid tot opzegging van een (verplicht) lidmaatschap van een coöperatieve vereniging van eigenaren van een bungalowpark door een bungaloweigenaresse. Het hof oordeelt dat geen sprake is van een VvE als bedoeld in artikel 5:124 BW, dat sprake is van een rechtsgeldige beëindiging van het lidmaatschap en dat de vereniging ongeoorloofde voorwaarden stelt aan uittreding (art. 2:60 BW). De eigenaar is ook geen vergoeding verschuldigd op verbintenisrechtelijke gronden. Een vergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) zou mogelijk zijn, maar is in het onderhavig geschil niet toegewezen. Het hof bekrachtigt het eerdere afwijzende vonnis van de kantonrechter.

Geïntimeerde ('de Eigenaresse') is eigenaar van een recreatieve bungalow op het bungalowpark 'Zuiderveld'. Zij is bij verkrijging van de bungalow verplicht lid geworden van de Coöperatieve Vereniging van Eigenaren Bungalowpark Zuiderveld U.A. ('de Vereniging').

Het geschil gaat over de vraag of de Eigenaresse bevoegd was om over te gaan tot opzegging van haar lidmaatschap van de Vereniging en of zij nog een vergoeding aan de Vereniging is verschuldigd.

In eerste aanleg heeft de kantonrechter voor recht verklaard dat de Eigenaresse haar lidmaatschap van de Vereniging rechtsgeldig heeft opgezegd op grond van artikel 2:36 lid 3 BW, alsmede dat de Eigenaresse (slechts) gehouden is tot betaling van een jaarlijkse financiële bijdrage op grond van artikel 3:172 BW.

In hoger beroep vordert de Vereniging vernietiging van het vonnis van de kantonrechter en de Eigenaresse alsnog te veroordelen tot de jaarlijkse contributie en vergoedingen op basis van de statuten en reglementen van de Vereniging.

Met de eerste grief bestrijdt de Vereniging de opzegbaarheid van het lidmaatschap. Het hof overweegt dat het bungalowpark niet is gesplitst in appartementsrechten. De Vereniging is derhalve geen vereniging van eigenaars zoals bedoeld in artikel 5:124 BW. Er bestaat geen onlosmakelijk verband tussen de eigendom van een kavel op het bungalowpark en het lidmaatschap van de Vereniging. Dit heeft tot gevolg dat het verplichte lidmaatschap van de Vereniging op grond van artikel 2:35 BW in beginsel opzegbaar is. Van een andere wettelijke uitzondering op de opzegbaarheid van het lidmaatschap is niet gebleken, waardoor het hof tot de conclusie komt dat het lidmaatschap van de Vereniging opzegbaar is. Het kettingbeding dat was opgenomen in de akte van levering, inhoudende dat een eigenaar van een bungalow op het bungalowpark verplicht is lid te zijn en te blijven van de Vereniging, kan volgens het hof geen uitzondering vormen op het fundamentele recht dat besloten ligt in artikel 2:35 BW.

Nu de Vereniging een coöperatie is in de zin van artikel 2:53 BW, geldt dat aan het uittreden in de statuten voorwaarden kunnen worden verbonden die in overeenstemming moeten zijn met het doel en de strekking van de coöperatie (art. 2:60 BW). Een voorwaarde die verder gaat dan geoorloofd is, wordt in zoverre voor niet-geschreven gehouden. Naar het oordeel van het hof biedt het doel in de statuten van de Vereniging onvoldoende grond om aan te nemen dat het overdragen van de eigendom van de bungalow door een lid als voorwaarde voor uittreding heeft te gelden. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de Vereniging geen bedrijf in eigenlijke zin uitoefent, de Vereniging niet het karakter heeft van een intensieve coöperatieve samenwerkingsvorm en geen sprake is van aanzienlijke investeringen ten behoeve van de gezamenlijke bungaloweigenaren die bij uittreding van leden onevenredig zwaar gaan drukken op de overblijvende leden. De door de Vereniging gestelde voorwaarde van overdracht van de bungalow voor uittreding, is derhalve naar het oordeel van het hof ongeoorloofd. De argumenten van de Vereniging dat de Eigenaresse in de akte van levering contractueel haar wettelijke opzeggingsbevoegdheid aan banden heeft gelegd en dat toepassing van artikel 2:60 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, brengen hierin geen verandering. Er dient naar het oordeel van het hof aan zware eisen te worden voldaan voordat een dwingende bepaling als artikel 2:60 BW vanwege de maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar terzijde kan worden gesteld.

Verder heeft de Vereniging betoogd dat de Eigenaresse zich in de leveringsakte en oprichtingsakte *contractueel* heeft verbonden jegens de Vereniging om lid te worden en te blijven van de Vereniging. Die verplichting zou volgens de Vereniging uit de aard van de zaak tevens inhouden dat de Eigenaresse zich heeft verbonden zich te onderwerpen aan de statuten en reglementen van de Vereniging. Ook stelt zij dat de Eigenaresse middels de leveringsakte gebonden moet worden geacht aan de (overige) algemene voorwaarden van de Vereniging, zoals neergelegd in de oprichtingsakte. Het Hof komt tot het oordeel dat deze

stelling samenhangt met het lidmaatschap. Nu het lidmaatschap rechtsgeldig is beëindigd, kan dat geen grondslag meer vormen voor gebondenheid van de Eigenaresse aan de statuten en het huishoudelijke reglement van de Vereniging. Bovendien heeft de Vereniging niet gesteld uit welke specifieke bepalingen van de leveringsakte zou voortvloeien dat de Eigenaresse gebonden is aan de overige bepalingen van de Vereniging.

Subsidiair heeft de Vereniging zich op het standpunt gesteld dat zij een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking heeft op de Eigenaresse voor het jaarlijks beheer en onderhoud van het bungalowpark. Evenals eerder de kantonrechter komt het hof tot de conclusie dat de jaarlijkse gebruikskosten die als schade ten laste van de Eigenaresse kunnen worden gebracht, gelijk zijn aan de reeds door de Eigenaresse betaalde bedragen.

Het hof oordeelt dat alle door de Vereniging aangevoerde grieven falen en bekrachtigt het bestreden vonnis.

M.C.J. Peeters, februari 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-12-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:10671

Zaaknummer: 200.266.123

Rechters: H.E. de Boer, Th.C.M. Willemse en M. Schoemaker

Advocaten: E.C.J. Ris

Wetsartikelen: 2:35 BW, 2:60 BW, 3:172 BW, 3:173 BW, 5:124 BW, 6:248 BW en 6:212 BW

RECHTSPRAAK

Handhaving verbodenverklaring No Surrender inclusief chapters en brotherhoods, exclusief NS MC

Internationale motorclub No Surrender komt in hoger beroep op tegen de beslissing die haar en de aan haar verbonden groepen verbiedt. Het OM verweert zich tegen het hoger beroep van No Surrender en vordert het verbod alsnog uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank voor zover daarin de vereniging NS MC als onderdeel van No Surrender is verboden en ontbonden; het wijst het verbod ten aanzien van NS MC als aparte vereniging af, omdat het OM onvoldoende heeft aangevoerd om dit verbod te kunnen toewijzen. Geen uitvoerbaarheid bij voorraad, omdat de ontbinding van een rechtspersoon onherroepelijk is. Dat met de onmiddellijke ontbinding een halt wordt toegeroepen aan de voor de samenleving schadelijke werkzaamheid van No Surrender is weliswaar juist maar onvoldoende, omdat een fundamenteel recht aan de orde is.

Appellante in principaal appel en geïntimeerde in incidenteel appel is No Surrender, een internationale motorclub die bestaat uit verschillende chapters, prospects, hangarounds en aan haar verbonden brotherhoods, met één centraal bestuur. Het Openbaar Ministerie (OM) is geïntimeerde in principaal appel en appellant in incidenteel appel. Belanghebbenden zijn de vereniging NS MC, welke in de beginjaren van No Surrender is opgericht door haar kopstukken, en de chapters en brotherhoods van No Surrender, waarvan alleen de chapter Los Hermanos de Noord is verschenen.

Het OM verzocht in eerste aanleg No Surrender, NS MC en de chapters en brotherhoods te verbieden en ontbinden, omdat deze met hun activiteiten de samenleving (kunnen) ontwrichten. Daarbij ging het OM ervan uit dat de chapters, brotherhoods, NS MC en No Surrender allemaal door hetzelfde verbod op No Surrender zouden worden getroffen. De

rechtbank heeft inderdaad beslist dat de chapters, de brotherhoods én NS MC deel uitmaken van No Surrender, en heeft No Surrender verboden en ontbonden. De rechtbank heeft het OM gevraagd een vereffenaar voor te stellen. De door het OM gevraagde uitkering van enig batig saldo aan de Staat is op voorhand geweigerd en de beslissing is ook niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard. No Surrender is in appel gegaan. De door het hof opgeroepen doch niet verschenen belanghebbenden hebben zich niet tegen het verbod en de vereffening verzet, alhoewel No Surrender betoogt dat de rechtbank er ten onrechte van uitgaat dat de brotherhoods en chapters onderdeel van haar uitmaken. Het OM heeft zijn verzoek ten aanzien van NS MC in hoger beroep gewijzigd en vraagt daar om een apart verbod, alsook om het alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren van de gehele beslissing.

Het hof overweegt dat vrijheid van vereniging in ons land een belangrijk grondbeginsel is. Een rechtspersoon, dus ook een (informele) vereniging, kan echter worden verboden als de werkzaamheid daarvan in strijd is met de openbare orde (art. 2:20 lid 1 BW). Onder 'werkzaamheid' vallen enkel uitingen, handelen en nalaten die aan de betreffende rechtspersoon kunnen worden toegerekend. Bij de beoordeling of hiervan sprake is, is de ontstaansgeschiedenis en de aard van de werkzaamheid van de rechtspersoon van belang. Ook spelen de kennelijke bedoeling bij en de gevolgen van de verschillende uitingen en gedragingen een rol. In casu staat vast dat No Surrender een zogeheten 1%-MC, een *outlaw motorgang*, is die een eigen geweldsmonopolie opeist en haar bestaansrecht ontleent aan deze zelfgekozen positie. No Surrender kenmerkt zich door onder andere geweld, betrokkenheid van criminelen, een strikte zwijgplicht (*omerta*), de onmogelijkheid om No Surrender te verlaten (*bad standing*) en een *jailfund* voor de ondersteuning van leden die in het belang van No Surrender strafbare feiten hebben gepleegd. Voorgaande en een hele reeks aan daadwerkelijk bewezen (ernstige) strafbare feiten tezamen betreffen volgens rechtbank en hof een 'werkzaamheid' in strijd met de openbare orde als bedoeld in artikel 2:20 lid 1 BW. Wat betreft de toerekening oordeelt het hof dat de gedragingen van leden aan No Surrender als geheel, die de 1%-MC cultuur in stand houdt en verheerlijkt, kunnen worden toegerekend.

Het hof vervolgt dat, vanwege de strikte uitleg van het begrip rechtspersoon in de zin van artikel 2:20 lid 1 BW, een verbod op No Surrender enkel de informele vereniging No Surrender treft en niet ook andere (informele) verenigingen die met haar te maken hebben. Bij het beoordelen van de vraag of NS MC, de brotherhoods en de chapters ofwel aparte verenigingen, ofwel onderdeel van No Surrender zijn, spelen alle omstandigheden van het geval een rol, waaronder de onderlinge verbondenheid, eenheid en (ondergeschiktheid aan) het centrale gezag. Wat betreft NS MC oordeelt het hof (omdat de Hoge Raad ondertussen zo heeft beslist), dat NS MC een aparte formele vereniging is die ook apart moet worden verboden. De chapters en brotherhoods daarentegen, worden volgens het hof te veel begrensd door het

gezag van bovenaf. Zo is het doel van de chapters en brotherhoods niet te onderscheiden van dat van No Surrender en zijn zij ook naar buiten toe niet van elkaar te scheiden. Dat er spanning heerst tussen de verschillende eenheden doet hier niet aan af; dit is juist illustratief voor de cultuur die binnen No Surrender heerst.

Ten aanzien van het verzoek de beslissing uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, overweegt het hof dat de rechter bij een ontbinding van een vereniging geen uitvoerbaarheid bij voorraad zal uitspreken, omdat het om een onherroepelijke ingreep gaat. Het OM heeft geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat de uitvoering van de ontbinding toch ter hand moet kunnen worden genomen, ook al is de ontbindingsbeslissing nog niet onherroepelijk. De enkele opmerking dat daarmee een halt wordt toegeroepen aan de voor de samenleving schadelijke werkzaamheid van No Surrender, is weliswaar juist maar onvoldoende, omdat een fundamenteel recht aan de orde is dat met een verbod wordt doorbroken. Dat geldt ook voor het argument dat de schorsende werking van eventuele cassatie verhindert dat een vereffenaar aan de slag kan met het vereffenen van het vermogen.

Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank voor zover daarin de vereniging NS MC als onderdeel van No Surrender is verboden en ontbonden; het wijst het verbod ten aanzien van NS MC apart af, omdat het OM onvoldoende heeft aangevoerd om dit verbod te kunnen toewijzen. Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking voor het overige en wijst af wat meer of anders is verzocht.

F.C.W. Wijffels, februari 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-12-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:10385

Zaaknummer: 200.265,565/01

Rechters: M.W. Zandbergen, W.P.M. ter Berg en S.C.P. Giesen

Advocaten: G.C.L. van de Corput, T.A.M. van de Ven, K. Meijer, R.J.P. Lambrichts en A.M. Thomas

Wetsartikelen: 2:20 BW en 2:26 BW

RECHTSPRAAK

Vrede Oord Holding

OK; enquête. Tussen partijen, een broer en diens twee zussen, bestaat een fundamenteel meningsverschil over de verkoopstrategie van camping Vrede Oord en de met de verkoop te belasten persoon. Vanwege de ernstig verstoorde verhoudingen verzoeken zowel de broer als de vennootschap om een onderzoek naar het beleid en gang van zaken van de vennootschap. De OK wijst het enquêteverzoek toe en treft onmiddellijke voorzieningen.

Vrede Oord Holding B.V. ('Vrede Oord') is enig aandeelhouder en bestuurder van Camping Vrede Oord B.V., die een onderneming drijft die een stacaravanpark exploiteert aan de rand van Nationaal Park De Hoge Veluwe. De aandelen in Vrede Oord worden gehouden door een broer ('de Broer') en twee zussen ('Zus A' en 'Zus B' en tezamen 'de Zussen'), ieder voor een derde. De Broer verricht beheers- en onderhoudswerkzaamheden op het terrein van de camping en vormt samen met Zus A het bestuur van Vrede Oord. Op grond van een aandeelhoudersovereenkomst tussen de Broer en de Zussen is unanimititeit vereist voor alle besluiten van de algemene vergadering van Vrede Oord.

De Zussen wensen hun aandelen in Vrede Oord te verkopen. De Broer heeft echter onvoldoende middelen om de Zussen uit te kopen. Hierop is besloten de verkoop van de camping in gang te zetten. De feitelijke aansturing van het verkooptraject wordt toevertrouwd aan de echtgenoot van Zus A ('de Verkoper'). Gedurende het traject blijkt dat de Broer en de Zussen van mening verschillen over de te volgen verkoopwijze van de camping en de daarmee belaste persoon. Zo wil de Broer niet dat de camping aan een investeerder wordt verkocht en heeft hij het gevoel dat zijn verkoopvoorwaarden worden genegeerd door de Zussen en de Verkoper. De (advocaat van de) Broer verzoekt meermaals om inzage in het onderliggend mailverkeer en de inloggegevens van het mailadres en de Facebook-pagina van Camping Vrede Oord, maar dit wordt door de Verkoper afgewezen. Daarnaast bereiken partijen geen overeenstemming over een verplaatsing van de feitelijke aansturing van de verkoop van de camping door de Verkoper aan een ander. Namens de Zussen heeft de Verkoper de Broer

aansprakelijk gesteld voor schade als gevolg van onbehoorlijk bestuur en verwijtbaar gedrag. Verder heeft Zus A de algemene vergadering van Vrede Oord opgeroepen met op de agenda het ontslag van de Broer als bestuurder en benoeming van de Verkoper als bestuurder.

De Broer en Vrede Oord hebben een enquêteverzoek ingesteld. Zij stellen dat er als gevolg van de welhaast onherstelbaar beschadigde verhoudingen tussen partijen gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Vrede Oord en dat onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Ter onderbouwing van het verzoek voeren zij onder meer aan dat de Broer vanwege de patstelling niet deugdelijk wordt geïnformeerd door de Zussen en de Verkoper, zij zich van een verkoopstrategie laten bedienen die haaks staat op de cultuur binnen de vennootschap en dat het voornemen bestaat tot het nemen van besluiten met voorbijgaan aan het in de aandeelhoudersovereenkomst overeengekomen unanimitetsvereiste. De Zussen en de Verkoper vinden de Broer een ongeschikte bestuurder en achten het in het belang van de onderneming dat de OK ingrijpt door de Broer bij wijze van onmiddellijke voorziening als bestuurder te schorsen.

De OK overweegt dat de verhoudingen tussen de Broer enerzijds en de Zussen en de Verkoper anderzijds ernstig zijn verstoord. Hoewel allen het erover eens zijn dat de camping verkocht moet worden, verschillen zij fundamenteel van mening over de verkoopstrategie en de daarmee te belasten persoon. Voorts heeft het onderlinge wantrouwen erin geresulteerd dat informatie wordt onthouden en het conflict verder oploopt. Onder de gegeven omstandigheden is Vrede Oord en de met haar verbonden onderneming gediend bij een succesvolle verkoop van de camping. De verstoorde verhoudingen tussen partijen zijn strijdig met het vennootschappelijk belang, als gevolg waarvan gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Vrede Oord.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Vrede Oord vanaf de datum waarop een verkoop van de camping in gang is gezet. Bij wijze van onmiddellijke voorziening schorst de OK de Broer en Zus A als bestuurders van Vrede Oord met benoeming van een derde als bestuurder en gelast overdracht ten titel van beheer van de aandelen in Vrede Oord aan een derde.

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

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:3271

Zaaknummer: 200.282.899/01 OK

Rechters: A.J. Wolfs, A.W.H. Vink en H.J. Vetter

Advocaten: C.J. Tijman en J. Anema

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

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid Shell voor olie lekkages Nigeria

Is Shell Nigeria naar Nigeriaans recht aansprakelijk voor verontreiniging door olie lekkages in 2006 en 2007 uit oude olieboorput? Sabotage als oorzaak van de lekkages aangenomen. Het hof wil nadere inlichtingen over de vraag tot waar de verontreiniging zich heeft uitgestrekt en of de verontreiniging nog van dien aard is dat sanering geboden is.

Zie OR 2021-0080

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:134

Zaaknummer: 200.126.849 en 200.127.813

Rechters: J.M. van der Klooster, M.Y. Bonneur en S.J. Schaafsma

Advocaten: Ch. Samkalden en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 10:3 BW, 843a Rv en 150 Rv

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid Shell voor olie lekkages Nigeria

Shell Nigeria is (naar Nigeriaans recht) aansprakelijk voor olie lekkage omdat niet ‘beyond reasonable doubt’ is aangetoond dat sprake is van sabotage en wordt veroordeeld tot schadevergoeding vanwege risicoaansprakelijkheid en onrechtmatige daad.

Zie OR 2021-0080

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:133

Zaaknummer: 200.126.843 en 200.126.848

Rechters: J.M. van der Klooster, M.Y. Bonneur en S.J. Schaafsma

Advocaten: Ch. Samkalden en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 10:3 BW, 10:13 BW, 612 Rv, 150 Rv, 6 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, 14 Rome II-verordening, 843a Rv en 166 Rv

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid Shell voor olie lekkages Nigeria

Shell Nigeria is (naar Nigeriaans recht) aansprakelijk voor olie lekkage omdat niet ‘beyond reasonable doubt’ is aangetoond dat sprake is van sabotage, en wordt veroordeeld tot schadevergoeding vanwege risicoaansprakelijkheid en onrechtmatige daad. Zowel Shell Nigeria als moederverenootschap Royal Dutch Shell schonden een duty of care en worden veroordeeld een Leak Detection System te installeren op de pijpleidingen.

Casus

Deze samenvatting betreft ook de zaken ECLI:NL:GHDHA:2021:133 en ECLI:NL:GHDHA:2021:134. Vier Nigeriaanse boeren en Milieudefensie vorderen van Shell vergoeding van schade die zij zeggen te hebben geleden door olie lekkages uit ondergrondse pijpleidingen en een olieboorput in Nigeria. Ook eisen zij dat Shell de verontreiniging beter opruimt en maatregelen treft om herhaling te voorkomen.

Eerder, in een tussenarrest, heeft het gerechtshof Den Haag al beslist dat de Nederlandse rechter bevoegd is om te oordelen over de vorderingen van de boeren en Milieudefensie. Zie ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 en ECLI:NL:GHDHA:2015:3588. De reden is dat de moederverenootschap van Shell Nigeria in Den Haag kantoor houdt en de vordering tegen de moederverenootschap niet bij voorbaat kansloos is.

Het gaat om leidinglekkages bij de Nigeriaanse dorpjes Oruma en Goi en een putlekkage bij het dorpje Ikot Ada Udo in de periode 2004-2007. Shell wijst aansprakelijkheid van de hand. Volgens Shell zijn de lekkages veroorzaakt door sabotage en bestaat in dat geval naar Nigeriaans recht geen aansprakelijkheid. Bovendien is de verontreiniging naar de mening van Shell afdoende opgeruimd. Dat opruimen doet Shell naar eigen zeggen ongeacht de oorzaak van de lekkages. In 2018 heeft het gerechtshof een deskundigenbericht gelast.

Uitspraak

De zaak ECLI:NL:GHDHA:2021:134 betreft de olieboorput bij Ikot Ada Udo. Daar staat sabotage wel vast. In die zaak laat het gerechtshof nog in het midden of dat betekent dat Shell dus niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de lekkage. Eerst wil het gerechtshof opheldering over de vraag of de verontreiniging nog moet worden opgeruimd en tot waar de verontreiniging zich heeft uitgestrekt.

Ook in de zaken ECLI:NL:GHDHA:2021:132 en ECLI:NL:GHDHA:2021:133 gaat het hof in op de vraag of buiten redelijke twijfel is komen vast te staan/bewezen dat sabotage de oorzaak van de lekkage is. De hiervoor genoemde vaststellingen hebben de deskundigen in het eindrapport tot de conclusie gebracht dat 'the most likely cause of the leak is external interference rather than corrosion'.

De deskundigen hebben evenwel ook aangegeven dat het beschikbare, door Shell verstrekte, materiaal hen niet in staat stelt een compleet beeld te krijgen van de mogelijke oorzaak van de lekkage, met name vanwege het ontbreken van foto's en kwalitatief goede metingen en dat de enige manier 'to absolutely confirm' dat het lek veroorzaakt is door sabotage, is om de klem van het lek te verwijderen, het lekkagegebied opnieuw te onderzoeken en daarvan een rapport van goede kwaliteit op te maken, met goede foto's en onderzoeksinformatie. Het hof begrijpt dat de deskundigen hiermee tot uitdrukking hebben willen brengen dat informatie over de corrosiesituatie in de (onmiddellijke en wijdere) omgeving van de plaats van het lek weliswaar iets kan zeggen over de waarschijnlijkheid dat op die plaats zelf sprake was van diepe corrosie (indirecte informatie), maar dat hierover pas uitsluitsel kan worden verkregen door informatie over (de plaats van) de lekkage zelf, zoals foto's en metingen (directe informatie), die door Shell echter niet is verschaft.

Het hof neemt het deskundigenbericht over. Dit brengt het hof tot het oordeel dat op basis van de beschikbare indirecte informatie sabotage weliswaar als meest waarschijnlijke hypothese voor het ontstaan van de lekkage heeft te gelden, maar dat bij het ontbreken van directe informatie niet buiten redelijke twijfel is komen vast te staan/bewezen dat sabotage ook inderdaad de oorzaak van de lekkage is.

Alle vorderingen zijn ingesteld tegen de Nigeriaanse werkmaatschappij van Shell ('Shell Nigeria') en haar moedervennootschap Royal Dutch Shell ('RDS'). De vorderingen moeten naar Nigeriaans recht worden beoordeeld, behalve de wijze van procederen waarvoor Nederlands (proces)recht geldt. Het hof stelt vast dat eisers vorderingsgerechtigd zijn uit hoofde van de Nigeriaanse Oil Pipelines Act 1956 ('OPA') en de op common law gebaseerde *tort of negligence* vergelijkbaar met de schending van de zorgvuldigheidsnorm onder Nederlands recht). Alle vorderingen zijn gestoeld op drie thema's van onrechtmatige daden, namelijk (i) het ontstaan van de lekkage, (ii) de reactie van Shell op het lek en (iii) de sanering

daarvan. Het hof groepeerde de (uitgebreide) beoordeling van de vorderingen aan de hand van deze thema's en maakt daarin tevens een verdeling tussen Shell Nigeria en de moedervennootschappen.

(Dochter)vennootschap Shell Nigeria

Op grond van de OPA zou Shell Nigeria alleen bevrijd zijn van risicoaansprakelijkheid als zij had bewezen 'beyond reasonable doubt' dat de schade door de lekkage aan de pijpleiding het gevolg is van sabotage. Nu uit het deskundigenbericht volgt dat niet 'beyond reasonable doubt' is komen vast te staan dat sabotage de oorzaak van het lek is, komt het hof tot de slotsom dat Shell Nigeria risicoaansprakelijk is voor de schade als gevolg van het lek.

Ook onder Nigeriaans common law houdt het hof Shell Nigeria aansprakelijk op grond van *tort of negligence* (schending van een *duty of care*). Het hof stelt vast dat Shell Nigeria een *duty of care* had om een *Leak Detection System* ('LDS') op de pijpleiding te installeren. Met zo'n LDS kan schade voor een (zeer) groot deel voorkomen worden, omdat daarmee de lekkage (veel) eerder kan worden geverifieerd, en de olietoevoer (veel) eerder kan worden stilgelegd. Vóór het ontstaan van het lek wist Shell Nigeria dat in de Oruma-leiding een lekkage kon optreden en was het voorzienbaar dat het niet-toepassen van een LDS tot schade zou leiden. Het hof acht het daarom 'fair, just and reasonable' om van Shell Nigeria te vergen dat zij vóór het ontstaan van het lek een LDS op de pijpleiding had geïnstalleerd en dat op Shell Nigeria als zodanig een *duty of care* rustte. Shell Nigeria heeft echter nagelaten een LDS te installeren en zich daarmee schuldig gemaakt aan een schending van haar *duty of care* en dusdoende een *tort of negligence* gepleegd. Het hof beveelt dat Shell Nigeria binnen één jaar (alsnog) een LDS installeert op de pijpleiding, op straffe van een dwangsom van € 100.000 per dag, omdat de *duty of care*-schending in verband met deze lekkage tot op heden voortduurt en het aannemelijk is dat in de toekomst een nieuwe lekkage ontstaat.

Over de vorderingen tot grond- en watersanering oordeelt het hof dat niet is komen vast te staan dat Shell Nigeria – en in het verlengde daarvan ook RDS – bij de sanering een *duty of care* heeft geschonden dan wel een *tort of negligence* heeft gepleegd. De sanerings-*duty of care* van Shell Nigeria, die los staat van de vraag of de lekkage wel aan haar is te wijten, gaat immers niet zo ver dat Shell Nigeria alle vervuiling moet opruimen. De restvervuiling die er nog is, vormt in dit kader dus geen onrechtmatige toestand.

Shell Nigeria wordt veroordeeld tot schadevergoeding vanwege risicoaansprakelijkheid en onrechtmatige daad.

Moederaansprakelijkheid

Voorts stelt het hof vast dat in Nigeria geen vergelijkbare zaak over moederaansprakelijkheid in rechte is beslecht. Daarom moet te rade worden gegaan bij Engelse rechtspraak, die in Nigeria *persuasive authority* heeft. Uit relevante Engelse rechtspraak volgt dat als de moeder weet of behoort te weten dat haar dochter onrechtmatig schade aan derden toebrengt op een gebied waarop de moeder zich met de dochter bemoeit, als uitgangspunt geldt dat op de moeder jegens die derden een *duty of care* rust om in te grijpen (UK Supreme Court 10 april 2019, [2019] UKSC 20 (*Vedanta v Lungowe*)).

Voor wat betreft het ontstaan van de lekkage wijst het hof de vordering jegens RDS af, omdat niet is bewezen dat de zij wist of behoorde te weten dat Shell Nigeria schuldig was aan schending van een *duty of care*.

Het hof vervolgt met de vaststelling dat de verdere gestelde (moeder)aansprakelijkheid van RDS alleen kan berusten op de *duty of care*-schending door Shell Nigeria in verband met het niet-installeren van de LDS. Als verdere eis geldt in dat verband dat RDS van die handelingen van Shell Nigeria op de hoogte is/was of behoort/behoorde te zijn. Hieropvolgend behandelt het hof de vraag of sprake is (geweest) van bemoeienis van de RDS met de handelingen van Shell Nigeria met betrekking tot het (al dan niet) toepassen van een LDS bij de Oruma-leiding.

Het hof stelt vast dat RDS zich al geruime tijd concreet en tamelijk intensief heeft bemoeid en zich nog steeds bemoeit met de vraag of de pijpleidingen in Nigeria moeten worden voorzien van een LDS, en daarmee ook met de vraag of op de Oruma-leiding een LDS moet worden toegepast. Ook is RDS al geruime tijd op de hoogte dat de Oruma-leiding niet is voorzien van een LDS. Niettemin heeft zij geen gebruik gemaakt van de haar uit het (indirect) aandeelhouderschap van Shell Nigeria voortvloeiende, en met haar bemoeienis op LDS-gebied al concreet vormgegeven, bevoegdheid om Shell Nigeria er toe te brengen in/op de Oruma-leiding een LDS toe te passen, hoewel zij ook al enige tijd weet of moet weten dat het ontbreken van een LDS – in het tamelijk waarschijnlijke geval dat in de Oruma-leiding in de toekomst (wederom) een lekkage zal optreden – zeer ernstige nadelige gevolgen zal (kunnen) hebben.

Onder de hier geschetste omstandigheden acht het hof het *fair, just and reasonable* om een *duty of care* van RDS aan te nemen om er voor te zorgen dat op de Oruma-leiding een LDS wordt geïnstalleerd. Omdat Shell Nigeria nalatig is gebleven met de installatie van een LDS op de Oruma-leiding, overweegt het hof dat het noodzakelijk is om ook RDS een bevel op te leggen ter verzekering van het doen uitrusten van de Oruma-leiding met een LDS. Het hof beveelt daarom dat Royal Dutch Shell ervoor zorgt dat deze maatregel binnen één jaar wordt genomen, op straffe van een dwangsom van € 100.000 per dag.

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

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:132

Zaaknummer: 200.126.804 en 200.126.834

Rechters: J.M. van der Klooster, M.Y. Bonneur en S.J. Schaafsma

Advocaten: Ch. Samkalden en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 10:3 BW, 10:13 BW, 612 Rv, 150 Rv, 6 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, 14 Rome II-verordening, 843a Rv en 166 Rv

RECHTSPRAAK

German Car Company B.V. (voorheen: 4Fill B.V.)/Vertegenwoordiger niet-bestaande vennootschap

Aansprakelijkheid voor het structureel optreden namens een niet-bestaande vennootschap.

Feiten

German Car Company B.V. ('4Fill') heette in het verleden 4Fill B.V. en hield zich destijds bezig met de productie van en de groot- en detailhandel in kruidenmixen en dranken. 4Fill heeft contact met geïntimeerde, handelend onder de naam [A] ('A'). Als gevolg van dat contact levert 4Fill haar producten aan [A] B.V. ('A B.V.'). De facturen van 4Fill voor die geleverde producten blijven onbetaald. A heeft blijkens het handelsregister een eenmanszaak en is ook actief geweest met zijn vennootschap [A] Hasselt B.V. ('A Hasselt B.V.'). Deze laatste vennootschap is inmiddels ontbonden en heeft opgehouden te bestaan. Tussen partijen staat niet ter discussie dat A B.V. nooit heeft bestaan.

Procedure in eerste aanleg

4Fill stelt zich op het standpunt dat zij heeft gecontracteerd met A B.V. en vordert in eerste aanleg veroordeling van A tot betaling van de onbetaald gebleven facturen (de grondslag voor deze vordering blijkt niet uit het arrest van het gerechtshof. Het vonnis van de kantonrechter is niet gepubliceerd). A verweert zich met de stelling dat hij niet voor zichzelf maar namens A B.V. of A Hasselt B.V. heeft gehandeld. De kantonrechter heeft het verweer gehonoreerd dat A namens A B.V. zou hebben gehandeld. Hij heeft daarom in eerste aanleg de vordering van 4Fill op A afgewezen, omdat 4Fill niet met A maar met A B.V. heeft gecontracteerd.

Intermezzo: A Hasselt B.V.

A Hasselt B.V. is gedurende de gerechtelijke procedure ontbonden en is, vlak voor het dienen van de memorie van grieven door A, opgehouden te bestaan. In een akte na memorie van antwoord heeft 4Fill haar grondslag uitgebreid met onrechtmatig handelen van A in verband met de ontbinding van A Hasselt B.V. Het gerechtshof laat deze grondslag buiten beschouwing

omdat de uitbreiding in een zeer laat stadium van de procedure is gedaan en om die reden in strijd met de twee-conclusie-regel is. A Hasselt B.V. en het handelen van A in verband met de ontbinding van A Hasselt B.V. spelen om die reden in deze procedure geen rol.

Oordeel van het gerechtshof

Het gerechtshof vernietigt het vonnis van de kantonrechter: het oordeel dat de vordering van 4Fill op A moet worden afgewezen omdat 4Fill met A B.V. heeft gecontracteerd, houdt geen stand omdat A B.V. nooit heeft bestaan.

Het gerechtshof oordeelt dat A niet is opgetreden namens A Hasselt B.V., maar namens de niet-bestaande vennootschap A B.V. en dat 4Fill ervan mocht uitgaan dat A B.V. haar contractspartij was. Tot die conclusie komt het hof door toepassing van de *Haviltex*-norm: het antwoord op de vraag voor welke partij iemand jegens een ander is opgetreden, hangt af van wat hij en die ander daarover tegenover elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Het hof overweegt hierover het volgende: in schriftelijke contacten heeft A zich namens A B.V. gepresenteerd, en het is niet aannemelijk gemaakt dat A in mondelinge contacten heeft aangegeven dat hij optrad namens A Hasselt B.V., dan wel dat 4Fill dat uit andere feiten heeft kunnen (en redelijkerwijs moeten) afleiden. In het Handelsregister staat niet geregistreerd dat A Hasselt B.V. (ook) de handelsnaam A B.V. gebruikte. Als A Hasselt B.V. wel de naam A B.V. voerde, dan had dat geregistreerd moeten staan. Uit de tenaamstelling van de facturen van 4Fill op naam van A B.V. blijkt dat 4Fill uitging van een contract met A B.V. Wat het hof betreft wijst alles dus in de richting van A B.V.

Volgens de hoofdregel van artikel 3:70 BW staat een gevolmachtigde jegens de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van de volmacht. Naar het oordeel van het hof is in casu geen sprake van de uitzondering op de hoofdregel: 4Fill wist niet, of behoorde niet te begrijpen, dat een toereikende volmacht ontbrak. Het hof acht A op grond van de hoofdregel van artikel 3:70 BW aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van het feit dat de door zijn optreden tot stand gekomen overeenkomsten niet worden nagekomen.

Daarnaast is A volgens het hof aansprakelijk uit hoofde van onrechtmatige daad. Dit baseert het gerechtshof – overeenkomstig een overweging uit het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2266 (*Globe/Groningen*) – op het feit dat het onbevoegd handelen geschiedt op een wijze of gepaard gaat met omstandigheden, waaruit voortvloeit dat het optreden van de onbevoegde vertegenwoordiger in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Hiervan is in casu sprake omdat A gedurende een lange periode, dus structureel, namens een niet-bestaande vennootschap is opgetreden met een niet

in het Handelsregister geregistreerde naam, waardoor de rechtszekerheid in het economisch verkeer is geschaad, aldus het hof.

A is daarom aansprakelijk voor de schade die 4Fill heeft geleden doordat de producten die zij aan A B.V. heeft geleverd, onbetaald zijn gebleven.

Het gerechtshof vernietigt het vonnis van de kantonrechter en veroordeelt A tot betaling van de schade van 4Fill, bestaande uit het bedrag van de onbetaald gebleven facturen.

C.W. Kuipers, februari 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:740

Zaaknummer: 200.267.914

Rechters: H. de Hek, M.W. Zandbergen en O.E. Mulder

Advocaten: T.H.I.M. Pierik en B. Korvemaker

Wetsartikelen: 3:70 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Saint Bourgeois/PGH Autogroep

OK; enquête. Tussen partijen in deze zaak bestaat na het mislukken van de samenwerking een geschil over de ontbinding en vereffening van de ten behoeve van de samenwerking opgerichte vennootschap. De OK gelast een onderzoek en benoemt als onmiddellijke voorziening een zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd tijdelijk bestuurder. Met de besluitvorming over ontbinding en de daaropvolgende vereffening van de vennootschap moet in principe worden gewacht totdat de uitkomsten van het onderzoek bekend zijn en in de besluitvorming kunnen worden betrokken.

B.V. Saint Bourgeois ('SB'), waarvan E en F de aandeelhouders zijn, en de vennootschappen A en B dreven ieder ondernemingen als Peugeot-dealers. Op initiatief van Peugeot Nederland hebben zij per 1 januari 2017 hun vestigingen gezamenlijk voortgezet in PGH Autogroep B.V. ('PGH'). Die samenwerking is mislukt en na twee jaar weer beëindigd, waardoor PGH nu geen onderneming meer drijft. Tussen partijen bestaan geschillen over de ontbinding en vereffening van PGH. Zowel SB als A en B hebben de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij PGH en onmiddellijke voorzieningen te treffen. C en D zijn belanghebbenden en tezamen met E bestuurder van PGH. Tot juni 2018 was F ook bestuurder van PGH.

Ter toelichting op haar verzoek heeft SB aangevoerd dat sinds het terugtreden van F als bestuurder bij PGH, C en D zich hebben gedragen alsof E ook geen bestuurder meer was, doordat zij besluiten hebben genomen zonder E daarin te kennen of waarbij zij een tegenstrijdig belang hadden. Daarbij zouden zij zich laten leiden door persoonlijke belangen, in plaats van het belang van PGH. A en B hebben verweer gevoerd en stellen dat, vanwege onjuistheden met betrekking tot btw-aangifte en -afdracht in de boekhouding die in mei 2018 door de echtgenoten van C en D zijn ontdekt, E en F fraude hebben gepleegd en dat daardoor PGH onder druk van Peugeot Nederland op zeer korte termijn haar dealerbedrijven tegen een te lage prijs heeft moeten verkopen. E en F zijn aansprakelijk gesteld voor de schade die PGH

daardoor heeft geleden.

De OK gelast een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij PGH. De OK constateert dat de samenwerking tussen de betrokken partijen in PGH is mislukt en is beëindigd. De afwikkeling van de financiële verhoudingen tussen partijen is het enige dat resteert. Dat partijen niet kunnen komen tot een besluit tot ontbinding en vereffening van PGH, is onder de gegeven omstandigheden al een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Bovendien leidt onenigheid tussen de meerderheid van het bestuur en de meerderheid van de algemene vergadering ertoe dat de jaarrekening over 2018 niet kan worden vastgesteld.

Er bestaat ook onenigheid over de reikwijdte van het te gelasten onderzoek en de onmiddellijke voorzieningen. SB is van mening dat die reikwijdte beperkt kan blijven en dat de door haar verzochte onmiddellijke voorzieningen ertoe leiden dat een besluit tot ontbinding op korte termijn kan worden genomen, waarna de andere geschillen tussen partijen kunnen worden beslecht door vereffening van het vermogen van PGH. A en B zijn van mening dat het onderzoek in ieder geval zou moeten zien op de onjuistheden in de administratie ten aanzien van de btw. De OK oordeelt dat het feit dat alle partijen het erover eens zijn dat PGH uiteindelijk ontbonden zal moeten worden, niet betekent dat het belang van PGH vereist dat die ontbinding vooruitlopend op het onderzoek al plaatsvindt. De OK zal dan ook niet overgaan tot het gelasten van de door SB verzochte onmiddellijke voorziening tot het aan de prioriteit ontnemen van de exclusieve statutaire bevoegdheid tot het doen van een voorstel tot ontbinding. De OK zal een onderzoek gelasten naar het gehele beleid en de gang van zaken van PGH vanaf haar oprichting, ook omdat beperking van het onderzoek tot enkele thema's kan leiden tot een onevenwichtig beeld. De uitkomsten van het onderzoek kunnen vervolgens worden betrokken in de besluitvorming over ontbinding van PGH en de daaropvolgende vereffening. Gelet op de verstoorde verstandhoudingen binnen het bestuur, benoemt de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening een tijdelijk bestuurder met beslissende stem, die zelfstandig bevoegd is PGH te vertegenwoordigen en zonder wie PGH niet vertegenwoordigd kan worden. De bestuurder mag het volgens de OK tot zijn taak rekenen af te tasten of tussen partijen alsnog overeenstemming kan worden bereikt over de afwikkeling van PGH. De OK ziet geen aanleiding voor het treffen van meer of andere voorzieningen.

M.F. van Schendel, februari 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:3277

Zaaknummer: 200.279.508/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, C.C. Meijer, A.W.H. Vink, P.R. Baart en E. Eeftink

Advocaten: M.J.W. Hoek en H.P. Plas

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:349a BW, 2:350 BW en 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Flevo Berry c.s.

OK; enquête. Onenigheid tussen bestuurders volgend op het onderbrengen van de verschillende activiteiten van een aardbeitelende vennootschap in separate vennootschappen. Dit heeft tot gevolg dat een van de twee bestuurders van de vennootschap die de veredelende activiteiten uitvoert (Flevo Berry) nu zowel bestuurder is van een veredelaar als van een vermeerderaar, zodat de belangen van beide vennootschappen geregeld niet parallel zullen lopen. Dit levert spanningen op tussen de twee bestuurders van de veredelaar, wat leidt tot het onderhavige enquêteverzoek. De OK wijst het verzoek toe en beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken.

Flevo Berry Holding B.V. ('de Holding'), Flevo Berry Breeding B.V. ('Breeding') en Flevo Berry B.V. ('Flevo Berry') (de Holding, Breeding en Flevo Berry gezamenlijk: 'Flevo Berry c.s.') houden zich (indirect) bezig met de productieketen van aardbeien. In dit proces zijn drie deelactiviteiten te onderscheiden: het veredelen, het vermeerderen en het telen, waarbij Flevo Berry zich voornamelijk bezighoudt met het veredelen. A en B zijn gezamenlijk certificaathouder in de Stichting Administratiekantoor Flevo Berry Holding ('de STAK'), die alle aandelen in de Holding houdt. A is via Sunberry B.V. ('Sunberry') bestuurder in Flevo Berry c.s. B is via JG Investments B.V. ('JG Investments') bestuurder van Flevo Berry c.s. en tevens eigenaar van een vermeerderingsbedrijf, Flevoplant B.V. ('Flevoplant'). Zowel Sunberry als JG Investments hebben zelfstandig een verzoek tot het bevelen van een onderzoek naar de gang van zaken binnen Flevo Berry c.s. ingediend.

De veredelingsactiviteiten waren in het verleden samen met de vermeerderingsactiviteiten ondergebracht bij Flevoplant, maar in 2015 hebben A en B besloten de veredelingsactiviteiten in een aparte onderneming onder te brengen om de verschillende activiteiten te scheiden. Daarbij is onder meer van belang dat de veredelaarsactiviteiten zijn gericht op het snel op de markt brengen van opvolgende rassen. De vermeerderingsactiviteiten hebben daarentegen juist baat bij het behouden van bepaalde rassen, zodat licenties (die vermeerderaar aan

veredelaars betalen voor het gebruik van deze rassen) terugverdiend kunnen worden.

De kern van het geschil ziet er op dat A en B van mening verschillen over de (door A gestelde) belangenverstrengeling van B, nu B zowel bestuurder is van een veredelaar (Flevo Berry c.s.) als van een vermeerderaar (Flevoplant).

De statuten van de Holding bepalen ten aanzien van tegenstrijdig belang 'dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming als hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, maar dat het bestuur niettemin bevoegd is het besluit te nemen indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben'.

Sunberry legt aan haar verzoek ten grondslag dat het ondernemingsbeleid van Flevo Berry onvoldoende is gericht op risicospreiding wegens een te grote afhankelijkheid van Flevoplant en vanwege de risico's die zijn verbonden aan het tegenstrijdig belang van B.

JG Investments legt aan haar verzoek ten grondslag dat de verhoudingen zijn verstoord door de opstelling van A sinds de herfinanciering in 2018; dat A Flevo Berry gebruikt als wapen in een persoonlijk geschil; dat het optreden van Sunberry leidt tot een impasse binnen het bestuur; dat het feit dat Sunberry uitsluitende zeggenschap wil verkrijgen in Flevo Berry c.s. juist leidt tot een tegenstrijdig belang; dat Sunberry onvoldoende functioneert als bestuurder en haar medebestuurder cruciale informatie onthoudt.

De OK deelt de constatering van partijen dat er sprake is van een verstoorde verhouding tussen A en B die tot gegronde redenen leidt om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij Flevo Berry c.s. De OK stelt vast dat tussen Flevo Berry c.s. en Flevoplant een belangrijke commerciële relatie bestaat die voortvloeit uit de periode waarin beide activiteiten nog onderdeel waren van Flevoplant. Door deze relatie en het niet parallel lopen van de belangen is het onvermijdelijk dat B soms in de positie verkeert waarin hij heeft te maken met tegenstrijdige belangen, en het onduidelijk is of hij zijn handelen enkel laat leiden door het belang van Flevo Berry c.s. B dient hierover een hoge mate van transparantie te betrachten en zich te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming wanneer formele besluitvorming plaatsvindt.

De OK constateert dat B zich weliswaar meermalen van deelname aan beraadslaging en besluitvorming heeft onthouden, maar dat A en B het fundamenteel oneens blijven over wanneer er bij B sprake is van tegenstrijdig belang. Hierbij is kenmerkend dat B de situatie rondom het tegenstrijdig belang lijkt te onderschatten. Anderzijds handelt A niet onzorgvuldig door een groter belang in de Holding te willen verwerven.

De OK gelast een onderzoek over de periode vanaf de herfinanciering van Flevo Berry c.s., waarbij de onderzoeker tevens de gang van zaken rondom die herfinanciering mag betrekken indien dat hem dienstig lijkt. De OK is verder van oordeel dat de impasse binnen het bestuur noopt tot het, voor de duur van het geding, aanstellen van een onafhankelijke bestuurder met een beslissende stem.

T.M. Goudzwaard, februari 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2495

Zaaknummer: 200.279.264/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, C.C. Meijer, W. Wind en V.G. Moolenaar

Advocaten: H.P. Plas, I. Wassenaar, G.C. Berkhout en M.A. Blom

Wetsartikelen: 2:239 lid 6, 2:345 en 2:350

RECHTSPRAAK

Luten q.q./Withoos

De bestuurder van CSH slaagt er in hoger beroep niet in om andere belangrijke oorzaken van het faillissement aannemelijk te maken. Voordat het hof kan oordelen over het bestuursverbod, dient op grond van artikel 106c lid 2 Fw een zienswijze te worden gegeven door een van de door de bestuurder bestuurdde vennootschappen.

CSH Uitzendbureau BV is op 27 september 2016 gefailleerd met benoeming van mr. Luten tot curator ('de Curator'). Withoos was toen enig bestuurder. Daarnaast was Withoos ook als bestuurder betrokken bij Beheer BV, Cleaning Service Rijnmond BV ('CSR'), CSH Detachering BV en CSH Schoonmaakdiensten BV. CSR en CSH Detachering zijn op 21 april 2015 respectievelijk 4 augustus 2015 gefailleerd, met aanstelling van mr. Huijbens tot curator. CSH Schoonmaakdiensten is op 15 augustus 2017 gefailleerd, waarbij de Curator eveneens is aangesteld.

De jaarrekening van CSH Uitzendbureau over 2013 is op 19 juni 2015 gedeponereerd. De jaarrekeningen over 2014 en 2015 waren op de datum van het faillissement van CSH Uitzendbureau nog niet gedeponereerd. De digitale administratie van CSH Uitzendbureau is door Withoos ingevoerd bij Exact onder een licentie op naam van Beheer. Deze licentie is in augustus 2016 door Exact beëindigd vanwege een betalingsachterstand. De rechtbank heeft Withoos veroordeeld tot betaling van het boedeltekort en een bestuursverbod opgelegd voor de duur van twee jaar (de curator vorderde vijf jaar) zonder oplegging van de door de Curator gevorderde dwangsom. Gelet op de schending van de publicatieplicht stond de aansprakelijkheid van Withoos vast; hij slaagde er niet in andere belangrijke oorzaken van het faillissement aan te tonen. Het hof laat dit oordeel in stand, omdat Withoos in hoger beroep niet aan zijn stelplicht heeft voldaan en van andere oorzaken niet is gebleken.

Op grond van artikel 106c lid 2 Fw dient de rechtbank de rechtspersonen die óók worden bestuurd door de bestuurder ten aanzien waarvan een bestuursverbod wordt gevorderd, in de gelegenheid te stellen om een zienswijze te geven over het bestuursverbod en de gevolgen daarvan. De rechtbank heeft Beheer en mr. Huijbens voor CSR en CSH Detachering om een

zienswijze verzocht. In hoger beroep blijkt dat geen zienswijze is gevraagd aan CSH Schoonmaakdiensten, maar omdat de Curator ook bij deze vennootschap als curator is aangesteld gaat het hof ervan uit dat de zienswijze van de Curator ook voor deze vennootschap geldt.

Verder blijkt in het hoger beroep dat Withoos ook bestuurder is van Werving & Selectie Bureau Rijnmond BV ('WSBR'). Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod volgt dat niets eraan in de weg staat dat een gevorderd bestuursverbod ook gevolgen heeft voor rechtspersonen waarvan lopende de procedure blijkt dat de betreffende bestuurder daar eveneens bestuurder is. Omdat WSBR in dit geval nog niet in de gelegenheid is gesteld om een zienswijze te geven op het bestuursverbod en de gevolgen daarvan voor haar, biedt het hof alsnog die gelegenheid.

J.E. van Nuland, februari 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 15-12-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:2484

Zaaknummer: 200.259.645/01

Rechters: G.C. de Heer, M.T. Nijhuis en J.L.M. Groenewegen

Advocaten: R. Sinke en J.J. Linker

Wetsartikelen: 2:248 BW, 106a Fw en 106c Fw

RECHTSPRAAK

L2Fiber Rotterdam B.V.

OK; enquête. Een vennootschap verzoekt zelf een enquête, daarbij vertegenwoordigd door twee uitvoerend bestuurders die inmiddels door het bestuur geschorst waren. De OK overweegt dat de geschorste bestuurders (formeel) niet bevoegd waren namens de vennootschap het verzoek in te dienen. Het ontbreken van de vertegenwoordigingsbevoegdheid dienaangaande leidt niet tot een onaanvaardbare doorkruising van een juiste werking van het enquêterecht. De bestuurders hadden ook als indirect minderheidsaandeelhouders een enquêteverzoek via de minderheidsaandeelhouder kunnen indienen. De vennootschap is niet-ontvankelijk in haar verzoek. Ten overvloede overweegt de OK, uitvoerig onderbouwd, dat het verzoek ook bij ontvankelijkheid op de daartoe aangedragen gronden niet toewijsbaar is.

L2Fiber Rotterdam B.V. ('L2Fiber') drijft een onderneming op het gebied van aanleg, onderhoud en beheer van telecomnetwerken in de omgeving van Rotterdam. De bestuursstructuur van L2Fiber kenmerkt zich door een monistisch bestuur: E en F zijn de uitvoerende bestuurders en zijn gezamenlijk bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen, en A, B en C zijn de niet-uitvoerende bestuurders van L2Fiber. Het voltallig bestuur van L2Fiber is steeds gezamenlijk bevoegd L2Fiber te vertegenwoordigen.

Van de aandelen in het geplaatste kapitaal van L2Fiber wordt 80% gehouden door Pendragon Property S.a.r.l. ('Pendragon') en de resterende 20% wordt gehouden door L2Fiber Holding B.V. ('de Holding'). Highland Group Holdings Limited ('Highland') is enig aandeelhouder van Pendragon en C is de *ultimate beneficial owner* van Highland; E, F en Green Giraffe B.V. houden respectievelijk 40%, 40% en 20% van de aandelen in de Holding.

Gelet op de precaire financiële positie van L2Fiber heeft het bestuur van L2Fiber, bij

meerderheid van stemmen, eind augustus 2020 besloten het proces van verkoop van de vennootschapsactiva in gang te zetten. In de bestuursvergadering van 15 september 2020 is besloten dat zowel Primevest als KPN de gelegenheid zou worden geboden een bod uit te brengen en dat daartoe een *data room* voor een *due diligence* onderzoek ingericht zou worden. Over de uitvoering van dat besluit is binnen het bestuur onenigheid ontstaan. In verband daarmee is destijds een bestuursvergadering aangekondigd, waarbij de positie van de uitvoerende bestuurders ter discussie zou worden gesteld. Tijdens die vergadering, d.d. 25 september 2020, is een compromis bereikt, hebben alle bestuurders van L2Fiber zich gecommitteerd aan het verkoopproces en hebben E en F op verzoek van de niet-uitvoerende bestuurders verklaard dat zij uitvoering zullen geven aan de bestuursbesluiten ter zake van het verkoopproces. Voorafgaand aan de bestuursvergadering van 16 oktober 2020 heeft A bij e-mail alle bestuurders bericht dat de uitvoerend bestuurders opnieuw niet meewerken aan het verkoopproces. Vervolgens is tijdens deze bestuursvergadering een en ander besproken en heeft het bestuur bij meerderheid van stemmen besloten dat alle activa onderdeel zijn van het verkoopproces en dat alle daarop betrekking hebbende gegevens in de *data room* geplaatst moeten worden. E en F hebben daarop herhaaldelijk laten weten dat zij daar niet aan zullen meewerken door het (alsnog) toevoegen van de gegevens met betrekking tot de ontbrekende activa in de data room. Daarop zijn E en F op 16 oktober 2020 door het bestuur van L2Fiber geschorst en op 21 oktober 2020 hebben Primevest en KPN biedingen gedaan op het passieve netwerk en de voorraden van L2Fiber.

E en F hebben namens L2Fiber op 22 oktober 2020 de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van L2Fiber over de periode vanaf 1 januari 2020 en tevens onmiddellijke voorzieningen te treffen.

De OK overweegt dat E en F rechtsgeldig zijn geschorst als uitvoerende bestuurders van L2Fiber en dat zij daarom op 22 oktober 2020 niet langer bevoegd waren L2Fiber te vertegenwoordigen. Dit brengt mee dat zij niet bevoegd waren om namens L2Fiber het enquêteverzoek in te dienen.

Op dit uitgangspunt kan een uitzondering aanvaard worden indien in de gegeven omstandigheden aan de vennootschap in redelijkheid geen beroep op het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt, omdat dit zou leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van een juiste werking van het enquêterecht. In dat kader voeren E en F aan dat de niet-uitvoerende bestuurders met de schorsing met name beoogden te verhinderen dat E en F namens L2Fiber een enquêteverzoek zouden indienen. De OK overweegt dat niet aangenomen kan worden dat de schorsing bedoeld was om te voorkomen dat E en F namens L2Fiber het onderhavige enquêteverzoek zouden doen, omdat het besluit tot schorsing is genomen om te voorkomen dat de voortgang van het verkoopproces (verder) zou worden

geblokkeerd. Verder wijst de OK op de omstandigheid dat de Holding als 20% aandeelhouder van L2Fiber zelf ook gerechtigd was en is om een enquêteverzoek in te dienen, zodat de schorsing van de uitvoerende bestuurders de aangekondigde gang naar de OK niet had kunnen verhinderen. Onder deze omstandigheden, zo overweegt de OK, is niet gebleken dat sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van een juiste werking van het enquêterecht.

De OK komt tot de slotsom dat E en F niet bevoegd waren namens L2Fiber het onderhavige enquêteverzoek in te dienen, zodat L2Fiber daarin niet-ontvankelijk is.

Niettemin gaat de OK onder het kopje ‘ten overvloede’ vervolgens nog vrij uitvoerig in op de zaak. De OK is van oordeel dat niet kan worden aangenomen dat de niet-uitvoerende bestuurders hebben gehandeld in strijd met het belang van de vennootschap door aan te sturen op de verkoop van alle activa en de liquidatie van L2Fiber, nu de vennootschap nagenoeg geen inkomsten had en geen toegang had tot de voor een verdere aanleg van het glasvezelnetwerk en de aansluitingen van de woning benodigde externe financiering, terwijl het vooruitzicht bestond dat L2Fiber op korte termijn niet meer aan haar lopende verplichtingen zou kunnen voldoen. De niet-uitvoerende bestuurders hebben daarom in redelijkheid kunnen besluiten dat het belang van de vennootschap het best gediend werd met een gecontroleerde verkoop van alle activa tegen een zo hoog mogelijke opbrengst. Voorts volgt uit de wetsgeschiedenis dat de taken van de niet-uitvoerende bestuurder als bedoeld in artikel 2:239a BW meeromvattend zijn dan het houden van toezicht en advisering. Zij dragen bestuursverantwoordelijkheid en zijn, meer dan commissarissen, actief betrokken bij het algemene beleid van de vennootschap; zij zijn betrokken bij de besluitvorming van het bestuur over – en zijn verantwoordelijk voor – de algemene beleidslijnen. Vanuit die taakopvatting is het begrijpelijk dat de niet-uitvoerende bestuurders zich actief hebben beziggehouden met de aanpak van en het zoeken naar een oplossing voor de bij L2Fiber gerezen problemen. De in dat kader te maken fundamentele keuzes omtrent de continuering van de door de vennootschap gedreven onderneming, behoren volgens de OK bij uitstek tot het algemene beleid van de vennootschap en daarmee tot de verantwoordelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurders. Ten slotte heeft het bestuur van L2Fiber ook redelijkerwijs kunnen besluiten om E en F als uitvoerende bestuurders te schorsen om een verder verdere vertraging van het verkoopproces te voorkomen. De OK overweegt dat uit het voorgaande volgt dat het verzoek van L2Fiber, ook indien zij daarin wel zou kunnen worden ontvangen, op de daartoe aangedragen gronden niet toewijsbaar is.

M.J. van de Graaf, februari 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:3273

Zaaknummer: 200.284.740/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, M.P. Nieuwe Weme, J.S.T. Tiemstra en A.J.C.C.M. Loonen

Advocaten: R.I. Loosen, J. Wareman en S.J.A. van Gils

Wetsartikelen: 2:346 lid 1, aanhef en onder d BW en 2:239a BW

RECHTSPRAAK

Enquête B.V. Landgoed Den Alerdinck II

OK; enquête. Deze zaak gaat over een familielandgoed dat gebukt gaat onder een familieruzie. Het landgoed is in eigendom van een besloten vennootschap, waarvan de aandelen gecertificeerd zijn. De verhouding tussen twee van de drie certificaathouders (dit zijn de kinderen die op het landgoed wonen), is ernstig verstoord. De OK oordeelt dat het aanhoudende conflict zijn weerslag heeft op het bestuur van de STAK, de algemene vergadering, de raad van commissarissen en de bestuurder van de vennootschap en dat aannemelijk is dat hierdoor de continuïteit van de vennootschap wordt bedreigd. De OK wijst het enquêteverzoek toe en gelast een onderzoek. Als onmiddellijke voorzieningen draagt de OK de aandelen in het kapitaal van de vennootschap ten titel van beheer over aan een beheerder, en stelt een bepaling uit de statuten van de vennootschap buiten werking.

Feiten en aanleiding

Deze zaak gaat over een familielandgoed dat in eigendom is van B.V. Landgoed Den Alerdinck II ('de Vennootschap'). De aandelen in het kapitaal van de Vennootschap zijn gecertificeerd. De aandelen worden gehouden door Stichting Administratiekantoor Aandelen B.V. Landgoed Den Alerdinck II ('de STAK'). De certificaten worden gehouden door de drie kinderen A, D en E ('de kinderen'). De kinderen vormen ook het STAK-bestuur. De statuten van de STAK bepalen dat het STAK-bestuur dient te bestaan uit (afstammelingen van) de kinderen en een vierde onafhankelijke lid, die tevens de voorzitter van het STAK-bestuur is. De functie van het onafhankelijke bestuurslid is vacant.

De kinderen A en D wonen op het landgoed. Kind E woont in het buitenland, en heeft een doorlopende algemene volmacht gegeven aan kind D om haar te vertegenwoordigen in het STAK-bestuur. Het bestuur van de Vennootschap wordt gevormd door B ('de Bestuurder'); hij

is geen familielid. De Vennootschap heeft ook een raad van commissarissen ('de RvC'). De RvC bestaat uit de kinderen A en D en heeft een onafhankelijke voorzitter ('de RvC-voorzitter').

De kinderen raken gebrouilleerd. Er zijn verschillende aanhoudende geschillen, onder meer over de inrichting van de governance van de Vennootschap en de STAK en over de verdeling van kosten die gemaakt worden in verband met een gemeenschappelijke werkschuur die op het landgoed aanwezig is.

Kind D roept op enig moment, met gebruikmaking van de volmacht van kind E: tevens namens kind E, een bestuursvergadering van de STAK en aansluitend een algemene vergadering van de Vennootschap bijeen om de governance te bespreken. Kind A geeft tijdig aan niet aanwezig te kunnen zijn vanwege verblijf in het buitenland. De vergaderingen gaan toch door. Het bestuur van de STAK, in de persoon van kind D, besluit om de vacature van de vierde bestuurder voorlopig niet in te vullen. De algemene vergadering, ook in de persoon van kind D, besluit om gebruik te maken van de statutaire bevoegdheid van de algemene vergadering om aanwijzingen aan de Bestuurder te geven.

Het enquêteverzoek

De Vennootschap dient een enquêteverzoek in vanwege de hoog opgelopen conflicten tussen kind D en kind A. Het bestuur van de STAK en daarmee de algemene vergadering van de Vennootschap functioneren daardoor niet naar behoren. Aan de hiervoor beschreven besluiten van het STAK-bestuur en de algemene vergadering kleven formele gebreken. Kind D heeft volgens de Vennootschap, bij monde van de Bestuurder, besluiten genomen zonder onderliggende bestuursbesluiten van de STAK, en de notulen van de algemene vergadering bevatten tal van zaken die tijdens de algemene vergadering niet aan de orde zijn geweest. Kind D geeft onbevoegde instructies aan de Bestuurder die niet in het belang van de Vennootschap zijn. Het functioneren van de RvC staat ook onder druk, omdat kind D zijn functie in de RvC gebruikt om zijn eigen belangen aan de orde te stellen. Hierdoor is ook een conflict ontstaan tussen enerzijds de Bestuurder en de RvC-voorzitter en anderzijds de STAK, althans kind D. Kind A, als belanghebbende, steunt het verzoek van de Vennootschap.

De STAK, vertegenwoordigd door kind D en kind E, voert verweer en verzoekt eveneens een enquête. De STAK stoelt haar enquêteverzoek op het lakse handelen van de Bestuurder en de weigering om de instructies van de STAK uit te voeren.

Het oordeel van de OK

De OK concludeert dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een

juiste gang van zaken van de Vennootschap. Naar het oordeel van de OK worden het STAK-bestuur, de algemene vergadering, de RvC en de Bestuurder in hun functioneren belemmerd door het conflict tussen kind A en kind D, en is aannemelijk dat die situatie een bedreiging vormt voor de continuïteit van de Vennootschap. De OK vindt het illustratief voor het slechte functioneren van de STAK als algemene vergadering, dat de hiervoor besproken vergaderingen doorgang vonden toen kind A niet aanwezig kon zijn vanwege verblijf in het buitenland, terwijl er geen spoedeisende zaken op de agenda stonden. Voor de OK speelt ook de verklaring van de RvC-voorzitter een rol, waaruit naar voren komt dat de verstoorde familieverhoudingen een behoorlijke, zakelijke bedrijfsvoering op het landgoed belemmeren en het functioneren van de RvC in de huidige samenstelling onmogelijk maken.

De OK wijst het enquêteverzoek toe en gelast een onderzoek. Bij wijze van onmiddellijke voorziening en voor de duur van het geding draagt de OK de aandelen in het kapitaal van de Vennootschap ten titel van beheer over aan een beheerder, en bepaalt dat bestuursbesluiten – in afwijking van de statuten van de Vennootschap – worden onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering in plaats van de RvC. Andere voorzieningen acht de OK niet nodig. De beheerder krijgt eveneens tot taak om een minnelijke regeling tussen de partijen te beproeven, door een structuur te vinden die waarborgt dat het landgoed als familielandgoed duurzaam in stand kan worden gehouden. De OK houdt daarom de aanwijzing van een onderzoeker aan, maar elke partij en de beheerder van de aandelen kan die aanwijzing te allen tijde verzoeken.

C.W. Kuipers, februari 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:3166

Zaaknummer: 200.268.377/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, M.P. Nieuwe Weme, W. Wind en A.J.C.C.M. Loonen

Advocaten: H.H. Tan, P.M. Gunning en J.J.D. de Leur

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Onderling overleg concept-onderzoeksverslag enquêteprocedure: machtiging OK

OK; enquête. Machtiging verleend voor onderling overleg tussen betrokkenen over concept-onderzoeksverslag ten behoeve van bereiken minnelijke regeling. Analoge toepassing van artikel 2:353 lid 3 BW op concept-onderzoeksverslag.

Lamaro Holding B.V. ('Lamaro') is houder van 51% van de aandelen in Priogen Holding B.V. ('Priogen'), Enerfund B.V. ('Enerfund') is houder van de overige 49% van de aandelen. Enerfund is enig bestuurder van Priogen. Priogen is enig bestuurder en enig aandeelhouder van Priogen Energy B.V. (tezamen met Priogen: 'Priogen c.s.'). Priogen houdt zich bezig met de wereldwijde handel in energieproducten.

Priogen c.s. en Lamaro hebben in een enquêteprocedure de OK verzocht om een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Priogen c.s. Zie voor een bespreking van de gronden van deze verzoeken de OR-update van M.F. van Schendel (OR 2020-0168). Kortgezegd meenden Priogen c.s. dat Lamaro te vergaande rechten had verkregen ten koste van de onderneming en Lamaro verweet Priogen c.s. dat zij in strijd met gemaakte afspraken geen dividend uitkeerden en dat ze niet voldeden aan hun informatieplicht jegens Lamaro.

Op 2 maart 2020 heeft de OK het verzoek van Lamaro toegewezen en een onderzoek bevolen waarbij drs. Marseille RA (hierna: 'de Onderzoeker') is benoemd tot onderzoeker. Bij wijze van onmiddellijke voorziening heeft de OK mr. Lenders benoemd tot bestuurder van Priogen Holding B.V.

Na afronding van het concept-onderzoeksverslag ('het Concept'), heeft de Onderzoeker het Concept voorgelegd aan mr. Lenders, Enerfund, Lamaro, alsook aan de betrokkenen [A], [B] en [C] ('de Ontvangers') ter gelegenheid van het maken van opmerkingen ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben.

Op 28 oktober 2020 heeft mr. Van Thiel namens Priogen c.s. de OK verzocht om de Ontvangers te machtigen om onderling schriftelijk en mondeling mededelingen te doen over

het Concept. Geen van de Ontvangers (ook niet de Onderzoeker) heeft daartegen bezwaren geuit. De reden van het verzoek is dat onderling overleg over het Concept dienstig kan zijn aan het bereiken van een minnelijke regeling.

De OK overweegt als volgt. Artikel 2:351 lid 4 BW verbiedt een ieder die kennisneemt van een concept-onderzoeksverslag om over (delen) van de inhoud mededelingen te doen. De Ontvangers mogen dus in beginsel niet onderling overleggen over de inhoud van het Concept. De wet vermeldt echter niet dat een machtigingsverzoek kan worden gedaan ten aanzien van een concept-onderzoeksverslag.

Artikel 2:353 lid 3 BW ziet niet op een concept-onderzoeksverslag, maar ziet op een reeds gedeponeed onderzoeksverslag (ook dit artikel bevat een verbod om mededelingen te doen uit het verslag, maar laat evenwel ruimte om de OK te verzoeken een machtiging te verlenen om van dat verbod af te wijken). Onder verwijzing naar een eerdere OK-beschikking, overweegt de OK dat er ruimte is dit artikel analoog toe te passen op het Concept.

De OK legt daarbij uit dat de ruimte voor analoge toepassing echter wel beperkt is, doordat de te beschermen belangen bij beide artikelen van elkaar verschillen. Het verbod inzake een gedeponeed verslag beschermt de rechtspersoon. Het verbod ten aanzien van een concept-onderzoeksverslag beschermt naast de belangen van de rechtspersoon ook de personen ten aanzien waarvan in het verslag wezenlijke bevindingen zijn opgenomen, alsmede de Onderzoeker.

De OK oordeelt dat het machtigingsverzoek voldoende verband houdt met de doeleinden van het enquêterecht, in het bijzonder het herstel van gezonde verhoudingen. Priogen c.s. hebben immers toegelicht dat overleg tussen de Ontvangers over het Concept in het belang van de vennootschappen is en dat het overleg dienstig kan zijn bij het bereiken van een minnelijke regeling. Niemand heeft bezwaren geuit, de machtiging ziet slechts op de ontvangers onderling en er is geen belang dat zich tegen toewijzing van het verzoek verzet. De OK wijst met inachtneming daarvan het verzoek toe. De machtiging wordt verleend met dien verstande dat de machtiging voor wat betreft Enerfund B.V. en Lamaro Holding B.V. beperkt wordt tot de statutair bestuurders van die vennootschappen.

K.C.J. Vermeulen, februari 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:3074

Zaaknummer: 200.268.745/01 OK

Rechters: G.C. Makkink

Advocaten: S.C.M. van Thiel, G.R.G. Driessen, J.A.G.M. Vriens, R.Q. Potter, C.R.B. Jonker en D.R. de Breij

Wetsartikelen: 2:351 lid 4 BW en 2:353 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

DGA/Rabobank

Een DGA komt op tegen het oordeel van de rechtbank dat een herfinancieringsovereenkomst tussen de DGA en Rabobank is aangegaan in de normale uitoefening van het bedrijf. De DGA stelt dat dit niet het geval is en dat de overeenkomst vernietigbaar is, omdat de DGA geen toestemming van zijn echtgenote had voor het aangaan van de overeenkomst. Het hof oordeelt dat het in feite slechts ging om de herfinanciering van het eerder verstrekte krediet, waarbij de voor de bedrijfsuitoefening beschikbare liquiditeit niet werd vergroot en de zekerheidspositie van Rabobank werd versterkt. Het hof oordeelt dat toestemming van de echtgenote was vereist en dat de herfinancieringsovereenkomst rechtsgeldig buitengerechtelijk is vernietigd.

Appellant ('de DGA') is enig aandeelhouder en bestuurder van Bouwbedrijf X ('het Bouwbedrijf'). De DGA heeft de vorige enig aandeelhouder en bestuurder ('A') van het Bouwbedrijf eind 2005 opgevolgd. Kort voordat A werd opgevolgd door de DGA heeft Rabobank een krediet in rekening-courant aan het Bouwbedrijf verstrekt, waarvoor A zich borg stelde. Rabobank heeft A ontslagen van zijn verplichtingen uit de borgstelling vanwege de opvolging. Eind 2008 hebben Rabobank en de DGA een schriftelijke herfinancieringsovereenkomst gesloten, waaruit volgde dat het krediet werd ingeperkt en dat de DGA zich hoofdelijk voor de schulden van het Bouwbedrijf verbond.

In eerste aanleg sprak Rabobank de DGA aan tot betaling van de openstaande schuld van het Bouwbedrijf. De DGA betwistte dat hij zich heeft verbonden als hoofdelijk medeschuldenaar. De echtgenote van de DGA riep de vernietigbaarheid van de overeenkomst in, omdat zij geen toestemming heeft gegeven voor het sluiten van de overeenkomst. De rechtbank wees de vordering van Rabobank grotendeels toe. De vordering van de DGA werd afgewezen, omdat de DGA de overeenkomst is aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf

van het Bouwbedrijf.

Het hoger beroep van de DGA richt zich in het bijzonder tegen het oordeel van de rechtbank dat de overeenkomst is aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van het Bouwbedrijf. Rabobank voert kort gezegd aan dat een herfinancieringsovereenkomst is gesloten, omdat de kredietverstrekking op de vorige wijze anders niet zou worden voortgezet vanwege bezwaarlijke omstandigheden aan de zijde van het Bouwbedrijf en de DGA. De DGA voert kort gezegd aan dat de herfinancieringsovereenkomst slechts leidde tot aanvullende zekerheid voor Rabobank zonder verdere tegenprestatie.

Het hof overweegt dat de herfinancieringsovereenkomst niet behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van het Bouwbedrijf plachten te worden verricht. Het ging hier in feite slechts om de herfinanciering van het eerder verstrekte krediet, waarbij de voor de bedrijfsuitoefening beschikbare liquiditeit niet werd vergroot en de zekerheidspositie van Rabobank werd versterkt. De DGA had dan ook de toestemming van zijn echtgenote nodig voor het aangaan van de herfinancieringsovereenkomst.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en verklaart voor recht dat de herfinancieringsovereenkomst tussen de DGA en Rabobank rechtsgeldig buitengerechtelijk is vernietigd.

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

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:3473

Zaaknummer: 200.261.028/01

Rechters: E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, G.C.C. Lewin en L. Alwin

Advocaten: E.H.J. Slager en M.J. van der Veen

Wetsartikelen: 1:88 lid 1 sub c BW en 1:88 lid 5 BW