

## Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 4, 2021

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

### INHOUDSOPGAVE

#### Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3764](#) 31-12-2020

Ankibe en 3Dames/Mega Windforce Holding en Rikus c.s. III

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:10406](#) 15-12-2020

Handhaving verbodenverklaring Hells Angels

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:3621](#) 15-12-2020

Oogcontact Almelo/Thuiszorg Multihulp

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2941](#) 03-11-2020

Vicepresident Henk/AMTA – Nietigheid/vernietigbaarheid besluit opzegging lidmaatschap, verjaring

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2917](#) 27-10-2020

Appellant/Vereniging van volkstuinders

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2751](#) 20-10-2020

Smidtje/Lovers

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2522](#) 25-09-2020

Geen gelijkstelling eigen economisch belang aan belang aandeelhouder/certificaathouder (Unius/Exodus en SeaVsat)

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:470](#) 11-02-2020

De Klerk Holding/Cheiron IT c.s.

#### Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:550](#) 16-02-2021

Kwalificatie rechtsverhouding statutair bestuurder niet-beursgenoteerde bank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:747](#) 02-02-2021

Reas Travel Group/Stichting Garantiefonds Reisgelden

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:294](#) 28-01-2021

Schorsing bestuurder in kort geding

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2020:6776](#) 22-12-2020

Ontslag bestuurder stichting administratiekantoor wegens wanbeheer

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:12407](#) 09-12-2020

Aansprakelijkheid maatschap en individuele maten voor een schuld van de maatschap

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:12396](#) 09-12-2020

Aansprakelijkheid maatschap en individuele maten voor een schuld van de maatschap

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:5639](#) 03-11-2020

Bestuurder/Stichting PSF Verslavingszorg

### **Annotatie**

[De Nijmeegse beeldenstorm](#)

*J. Verstoep en L.Z. Bosman*

### **Annotatie**

[De rol van de fairness opinion in de uitkoopprocedure](#)

*L.H.J. Baijer*

ANNOTATIE

## **De Nijmeegse beeldenstorm**

**J. Verstoep en L.Z. Bosman**

***Beschouwingen bij Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2033.***

*In deze bijdrage bespreken auteurs de beschikking van de OK van 21 juli 2020, waarin zij onmiddellijke voorzieningen en een enquête heeft gelast bij de Stichting Katholieke Universiteit. Ze bespreken bepaalde juridische aspecten van onderhavige beschikking en de wijze waarop de OK die juridische begrippen in dit concrete geval heeft ingevuld.*

### **1 Inleiding**

Op 21 juli 2020 wees de Ondernemingskamer (hierna: de OK) een beschikking in een langlopend geschil tussen de Stichting Katholieke Universiteit (hierna: SKU) en de Nederlandse Bisschoppenconferentie (hierna: de Bisschoppenconferentie), een orgaan van het Rooms-Katholiek Kerkgenootschap in Nederland. Dit geschil wordt langs religieuze scheidslijnen, maar bij de civiele overheidsrechter gevoerd: de OK wordt gedwongen om zich uit te spreken over de houdbaarheid van in het verleden aan de Bisschoppenconferentie toebedeelde bevoegdheden in het huidige tijdsgewricht.

En de OK heeft zich uitgesproken. Bij wijze van onmiddellijke voorziening heeft zij bepaald dat het bestuur van SKU in afwijking van de statuten (1) exclusief bevoegd is voor de duur van het geding tot benoeming en ontslag van bestuurders van SKU en tot benoeming van de voorzitter van het bestuur en (2) bevoegd is om (zonder goedkeuring van de Bisschoppenconferentie) te besluiten tot de beoogde herstructurering en de daarmee verband houdende besluiten te nemen. De reactie van de Bisschoppenconferentie liet aan duidelijkheid niets te wensen over: met ingang van 15 november 2020 heeft zij het predicaat 'katholiek' van SKU inmiddels ingetrokken.[1]

Het oordeel van de OK komt aan de orde in paragraaf 6. Daar wordt besproken hoe de OK (1) beslist dat zij – in tegenstelling tot hetgeen de Bisschoppenconferentie stelt – bevoegd is van het verzoek van SKU kennis te nemen, (2) oordeelt dat SKU ontvankelijk is in haar verzoek,

omdat van de door de Bisschoppenconferentie aangevoerde rechtsverwerking geen sprake is, en (3) komt tot haar oordeel dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van SKU te twijfelen.

Vooruitlopend daarop worden in respectievelijk paragraaf 2, 3 en 4 de bevoegdheid van de OK, de ontvankelijkheid van de verzoeker in een enquêteprocedure en de uitoefening van bevoegdheden door een orgaan van een rechtspersoon in meer algemene zin besproken. Verder worden de feiten in paragraaf 5 toegelicht. Tot slot zal onderhavige beschikking in paragraaf 7 van commentaar worden voorzien.

## **2 De bevoegdheid van de OK**

Artikel 2:344 BW bepaalt op welke rechtspersonen het enquêterecht van toepassing is. Voor de stichting is artikel 2:344 onder b BW relevant. Blijkens dat artikel is het enquêterecht van toepassing op de stichting die een onderneming in stand houdt waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld.

Niet-commerciële stichtingen worden met deze bepaling uitgesloten van het enquêterecht. De definitie van onderneming volgt uit artikel 1 lid 1 onder c Wet op de ondernemingsraden (WOR): 'elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht'. Indien bij een onderneming in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn, moet een ondernemingsraad worden ingesteld (art. 2 lid 1 WOR) en is de stichting onderworpen aan het enquêterecht.

Uit artikel 2:2 BW volgt dat kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, rechtspersoonlijkheid bezitten. De wet geeft geen definitie van het begrip kerkgenootschap. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft in 2017 overwogen dat uit rechtspraak en literatuur kan worden afgeleid dat een kerkgenootschap 'een organisatie van aangeslotenen is die zich de gemeenschappelijke godsverering van de aangeslotenen op de grondslag van gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt en die als zelfstandig kerkgenootschap wil gelden'.<sup>[2]</sup>

De organisatie en inrichting van kerkgenootschappen worden beheerst door het eigen kerkelijk recht, voor zover dit niet in strijd is met de wet (art. 2:2 lid 2 BW).<sup>[3]</sup> De burgerlijke rechter is bevoegd kennis te nemen van geschillen over burgerlijke rechten binnen een (rechtspersoonlijkheid bezittend) kerkgenootschap (art. 112 lid 1 Gw). Bij de beslechting van een dergelijk geschil zal de burgerlijke rechter zo veel mogelijk toepassing moeten geven aan het kerkelijke statuut.<sup>[4]</sup>

In artikel 2:344 BW noch in andere regelgeving is het enquêterecht van toepassing verklaard op een kerkgenootschap in de zin van artikel 2:2 BW. Het is dus onmogelijk om een enquêteprocedure te gelasten bij een dergelijk kerkgenootschap.

### **3 Ontvankelijkheid verzoekende partij**

Een verzoekende partij is in een enquêteprocedure ontvankelijk, (1) indien zij schriftelijk tevoren haar bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken heeft kenbaar gemaakt aan het bestuur en (2) indien sindsdien een zodanige termijn is verlopen dat de rechtspersoon de gelegenheid heeft gehad deze bezwaren te onderzoeken en maatregelen te nemen (art. 2:349 BW). Het doel van deze bepaling is om te voorkomen dat de leiding van een rechtspersoon door een enquêteverzoek wordt overvallen.

Een verzoekende partij kan in haar verzoek niet-ontvankelijk zijn indien zij haar recht om een enquêteverzoek te doen heeft verwerkt. De Hoge Raad heeft in 2016 bevestigd dat het leerstuk van rechtsverwerking van toepassing is op het enquêterecht.[5]

Om rechtsverwerking te kunnen aannemen is nodig dat een partij zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens doen van een enquêteverzoek. Enkel tijdsverloop is daarvoor onvoldoende, maar kan wel als een van de relevante omstandigheden meewegen. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat een partij geen enquêteverzoek zal doen, of waardoor de positie van de wederpartij onredelijk verzwaard of benadeeld zou worden indien alsnog een enquêteverzoek wordt gedaan.[6]

Voordat de Hoge Raad in 2016 bevestigde dat het leerstuk van rechtsverwerking van toepassing is op het enquêterecht, is in enquêteprocedures meermaals een beroep gedaan op rechtsverwerking. Uit de beschikbare jurisprudentie volgt dat de lat voor een geslaagd beroep hierop hoog ligt.

Een voorbeeld vormt de enquêteprocedure waarin Taxi Centrale Amsterdam (onder meer) aanvoerde dat verzoekers vier jaar hadden stilgezeten en geen gebruik hadden gemaakt van mogelijkheden binnen de organisatie (jaarlijkse vergadering van certificaathouders en maandelijkse bijeenkomsten) om de vennootschap verantwoording te laten afleggen over het beleid.[7] De OK overwoog in verband met dit verweer dat het verzoek niet slechts ging over een enkele aangelegenheid die zich in het verleden heeft afgespeeld, maar over een voortdurende bestaande onenigheid die in de alledaagse bedrijfsvoering steeds weer aanknopingspunten opleverde voor verharding van standpunten en nadere stappen. Ondanks het tijdsverloop verwierp de OK het beroep op rechtsverwerking.

Twee andere voorbeelden betreffen de Dialog-beschikking en de CallActive-beschikking.[8] In beide zaken was geruime tijd verstreken sinds verzoekers hun bezwaren voor het eerst kenbaar hadden gemaakt. De verzoekers van een enquête bij Dialog hebben de vennootschappen in de tussentijd (circa drie jaar) voortdurend aangesproken naar aanleiding van hun bezwaren. De OK verwerpt het beroep op rechtsverwerking en betreft in haar oordeel dat verzoekers – vanwege het door hen gehouden aandelenbelang – ten tijde van het eerst kenbaar maken van de bezwaren nog niet bevoegd waren tot het indienen van het enquêteverzoek. In de CallActive-beschikking oordeelt de OK dat verzoeker, in de circa 1,5 jaar die zijn verstreken, niet heeft stilgezeten. De OK oordeelt dat CallActive door het verstrijken van de tijd niet in haar belangen is geschaad en overweegt dat van strijd met de redelijkheid en billijkheid noch van misbruik van recht is gebleken.

Uit genoemde (en andere) jurisprudentie blijkt dat een verzoeker in de regel ontvankelijk zal zijn indien hij zijn bezwaren blijft uiten en oplossingen zoekt. Anders zit het indien een partij bezwaren uit en vervolgens geruime tijd stil blijft zitten. Een voorbeeld van deze situatie volgt uit de Fuse-beschikking, waarin de OK overweegt dat verzoekster de kwestie dusdanig lang heeft laten rusten, dat zij het vertrouwen heeft gewekt niet meer terug te zullen komen op haar bezwaren.[9]

#### **4 Uitoefening bevoegdheid door orgaan**

Onder het huidige recht bestaat er voor stichtingen geen wettelijke grondslag voor het instellen van een toezichthoudend orgaan, zoals een raad van commissarissen of een raad van toezicht.[10] Conform het beginsel van inrichtingsvrijheid staat het een stichting vrij een dergelijk orgaan in het leven te roepen. Indien een stichting hiertoe overgaat, gelden daarbij slechts de kwalitatieve beperkingen van artikel 2:297b BW om het aantal commissariaten per persoon bij grote vennootschappen en stichtingen te beperken.

Evenmin zijn er op dit moment wettelijke voorschriften met betrekking tot de taken en bevoegdheden die het toezichthoudend orgaan bij een stichting zou moeten uitoefenen.[11] De enige uitzondering hierop is artikel 2:300 BW, waarin is bepaald dat indien een toezichthoudend orgaan is ingesteld, het de jaarrekening medeondertekent en vaststelt. Daarnaast spreekt voor zich dat het toezichthoudend orgaan zich met toezicht – *nomen est omen* – en advies zal bezighouden. Verder wordt in de literatuur verdedigd dat een toezichthoudend orgaan onder omstandigheden bevoegd kan zijn om namens de rechtspersoon een rechtsvordering tegen een bestuurder in te stellen.[12]

De stichting kan daarom naar eigen inzicht in de statuten aan een toezichthoudend orgaan bepaalde taken en bevoegdheden verlenen, zoals de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en

ontslag van bestuurders van de stichting. Bij de uitoefening van deze bevoegdheden komt het toezichthoudend orgaan de nodige vrijheid toe. De grens wordt gevormd door de norm van artikel 2:8 lid 1 BW: degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van een rechtspersoon zijn betrokken, dienen zich jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. In beginsel mag een orgaan zijn bevoegdheid om bestuurders te benoemen daarom gebruiken zoals hij wil, behoudens voor zover dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 2:8 lid 2 BW). Verder geldt het uitgangspunt dat een toezichthoudend orgaan zich bij de taakvervulling dient te richten op het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming.[13]

In het geval dat de vennootschapsbelastingplichtige stichting failliet wordt verklaard, kunnen ook de leden van het toezichthoudend orgaan jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedelte kort (art. 2:138 jo. 2:300a BW). Ook is in de rechtspraak aanvaard dat leden van een toezichthoudend orgaan jegens een stichting aansprakelijk kunnen zijn.[14] In de literatuur wordt ook verdedigd dat de in artikel 2:9 BW opgenomen gedragsnorm om behoorlijk toezicht te houden en de aansprakelijkheidsregel die daaruit in rechtspraak is afgeleid (ernstig verwijt), op hen van overeenkomstige toepassing zijn.[15] In elk geval zal dit het geval zijn nadat de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in werking is getreden.[16]

## **5 Feiten**

### **5.1 Achtergrond partijen**

SKU heeft onder meer als statutair doel om toezicht te houden op het gevoerde bestuur en beheer van de Radboud Universiteit (hierna: de universiteit) en het Radboud UMC (hierna: het UMC). Zij benoemt, schorst en ontslaat de leden van het bestuur van zowel de universiteit als het UMC. Verder is in de statuten van SKU vastgelegd dat zij zich ‘in het bijzonder verbonden acht met het katholieke volksdeel waaruit zij is voortgekomen’, en dat zij de katholieke identiteit van de universiteit en het UMC dient te bewaken en bevorderen.

De Bisschoppenconferentie benoemt, schorst en ontslaat op haar beurt de leden van het bestuur van SKU. Dit bestuur dient te bestaan uit ten minste zeven en ten hoogste elf leden. Indien er minder dan zeven leden zijn, blijft het bestuur bevoegd, maar dienen de overblijvende leden te bevorderen dat zo spoedig mogelijk in invulling van de vacatures wordt voorzien. Aan het bestuur van SKU is wel de statutaire bevoegdheid verleend om kandidaten voor haar bestuur bij de Bisschoppenconferentie voor te dragen.

De achtergrond hiervan is dat een universiteit op grond van de Codex Iuris Canonici de titel of de naam ‘katholieke universiteit’ slechts mag voeren met toestemming van het bevoegd kerkelijk gezag (art. 808), en dat de Bisschoppenconferentie de plicht en het recht heeft erop

toe te zien dat aan katholieke universiteiten de beginselen van de katholieke leer trouw in acht worden genomen (art. 810).

## **5.2 Achtergrond geschil**

Sinds 2014 verloopt de benoeming van nieuwe leden van het bestuur van SKU, in elk geval volgens de huidige leden daarvan, niet naar wens. Het bestuur van SKU heeft in dit jaar en de jaren daarna verschillende malen een kandidaat voor haar bestuur voorgedragen bij de Bisschoppenconferentie. Nadat de Bisschoppenconferentie informatie heeft opgevraagd en verkregen over onder meer de 'kerkelijke gezindte, levensstaat en doopbewijs' van deze kandidaat, volgt telkens een afwijzing van de voordracht.

Zo is eind 2014 een kandidaat afgewezen omdat zij niet kerkelijk gehuwd is, waardoor zij volgens de Bisschoppenconferentie niet aan de voorwaarden voor benoeming als bestuurder voldeed. Gesprekken medio 2015 tussen SKU en de Bisschoppenconferentie en tussen de kandidaat en een bisschop hierover hebben niet tot een ander besluit geleid. De Bisschoppenconferentie is blijven volharden in de afwijzing van de voordracht, omdat de kandidaat niet bereid bleek alsnog een kerkelijk huwelijk aan te gaan.

Medio 2016 heeft de Bisschoppenconferentie wederom een voordracht van het bestuur van SKU afgewezen. Ook ditmaal heeft een gesprek tussen de kandidaat en een (hulp)bisschop niet tot een ander besluit geleid.

## **5.3 Geschil over benoemingsprocedure**

Vanwege de impasse in de besluitvorming over de benoeming van nieuwe leden van het bestuur van SKU hebben begin 2017 besprekingen plaatsgevonden tussen (een delegatie van) SKU en (een delegatie van) de Bisschoppenconferentie. Tijdens deze besprekingen heeft SKU toegelicht te streven naar een structurele verandering van de benoemingsprocedure, waarbij één bestuurslid door de Bisschoppenconferentie wordt benoemd en de overige zes leden – die de identiteit van SKU zullen *respecteren* – via coöptatie worden benoemd. Hierbij heeft SKU ook laten weten dat indien over de benoemingsprocedure geen overeenstemming wordt bereikt, SKU desnoods de katholieke signatuur zal laten vallen.

De Bisschoppenconferentie heeft tijdens deze besprekingen benadrukt het van belang te achten dat kandidaat-bestuurders het katholicisme hebben geïnternaliseerd en deelnemen aan het kerkelijk leven en de liturgische praktijk. Ook heeft de Bisschoppenconferentie SKU geïnformeerd over zeven kandidaten die volgens haar lid van het bestuur van SKU zouden kunnen worden. SKU heeft in reactie hierop laten weten niet in te kunnen stemmen met deze kandidaten. Tevens heeft SKU benadrukt dat met spoed nieuwe bestuursleden nodig zijn en

dat de in 2016 door haar voorgestelde kandidaat alsnog benoemd zou dienen te worden. Nadat de Bisschoppenconferentie te kennen gaf niet in te stemmen met het alsnog benoemen van deze kandidaat, heeft SKU besloten hem te benoemen tot adviseur van het bestuur. Daarnaast heeft een zittend bestuurslid zich bereid verklaard langer aan te blijven, tot uiterlijk 1 januari 2018.

Medio 2017 hebben de besturen van SKU, de universiteit en het UMC gezamenlijk aan de Bisschoppenconferentie laten weten dat de bestaande situatie onhoudbaar is. De strekking is dat SKU een goede verhouding met de Bisschoppenconferentie op prijs stelt, maar dat het niet aanvaardbaar is dat als gevolg van de door de Bisschoppenconferentie gehanteerde criteria niet voldaan kan worden aan de algemeen geldende *governance*-regels voor de benoeming van toezichthouders bij vanuit publieke middelen gefinancierde organisaties. Ook heeft SKU opnieuw voorgesteld de statuten aldus te wijzigen dat de Bisschoppenconferentie bevoegd zal zijn tot benoeming van één lid van het bestuur van SKU en dat de overige leden via coöptatie worden benoemd door dit bestuur zelf.

Ook besprekingen in het najaar van 2017 tussen (delegaties van) SKU en (delegaties van) de Bisschoppenconferentie hebben niet tot een oplossing geleid. In november 2017 heeft SKU aan de Bisschoppenconferentie te kennen gegeven dat het proces om te komen tot een oplossing voor de gerezen problematiek onverantwoord lang duurt, dat de Bisschoppenconferentie de urgentie niet onderkent, en dat SKU geen andere mogelijkheid ziet dan de zaak aan de rechter voor te leggen indien op 1 december 2017 geen oplossing is bereikt.

Uiteindelijk heeft de Bisschoppenconferentie, met instemming van de Congregatie voor de Katholieke Opvoeding te Rome (hierna: de Congregatie), eind november 2017 aan SKU voorgesteld om in gevallen waarin SKU en de Bisschoppenconferentie geen overeenstemming bereiken over een kandidaat, daarover bindend advies te laten uitbrengen door een ad-hoccommissie bestaande uit leden aangewezen door de Bisschoppenconferentie, leden aangewezen door SKU en leden benoemd door de Congregatie.

#### **5.4 Commissie van Goede Diensten**

In reactie op het voornoemde voorstel van de Bisschoppenconferentie heeft SKU een benoemingsprocedure voorgesteld die waarborgt dat steeds één lid van het stichtingsbestuur volledig voldoet aan de kerkelijke criteria van de Bisschoppenconferentie. Daarover is geen overeenstemming bereikt. Partijen hebben vervolgens op voorstel van de Bisschoppenconferentie in januari 2018 afgesproken een Commissie van Goede Diensten (hierna: CvGD) in te stellen om te komen tot een minnelijke oplossing in het geschil over de benoemingen van stichtingsbestuurders. Een voorstel tot benoeming op interimbasis van één

eerder aangedragen kandidaat-bestuurder en één nieuwe kandidaat-bestuurder wordt door de Bisschoppenconferentie afgewezen.

In juli 2018 heeft de CvGD een rapport uitgebracht met aanbevelingen voor aanpassing van de benoemingsprocedure. Kort gezegd wordt voorgesteld om te gaan werken met een profielschets waarin zowel de kwalitatieve als de kerkelijke criteria staan, en dienen binnen het bestuur het respecteren van de katholieke signatuur en de instandhouding daarvan en het respecteren van elkaars afwegingen (meer) voorop te komen staan. Voor de benoemingsprocedure wordt concreet voorgesteld om een benoemingsadviescommissie vanuit het bestuur een lijst met kandidaten te laten samenstellen. Deze kandidaten dienen in gesprek te gaan met een vertegenwoordiging van of namens de Bisschoppenconferentie, waarna deze vertegenwoordiging haar bevindingen met de benoemingsadviescommissie deelt. Vervolgens dient deze commissie dan een benoemingsvoorstel aan het bestuur te doen, waarna het bestuur gemotiveerd één persoon ter benoeming voordraagt aan de Bisschoppenconferentie.

SKU en de Bisschoppenconferentie hebben medio 2018 beide ingestemd met het advies van de CvGD. Zowel in september 2018 als in januari 2019 heeft de Bisschoppenconferentie ook door SKU voorgedragen bestuurders benoemd.

## **5.5 Geschil over benoemingsprocedure en andere onderwerpen**

In mei 2019 heeft een overleg plaatsgevonden tussen SKU en de Bisschoppenconferentie, waarbij de volgende onderwerpen aan de orde zijn gekomen:

de herstructurering, ten aanzien waarvan SKU onderzoekt of de universiteit en het UMC in separate juridische entiteiten kunnen worden ondergebracht;  
een verzoek van het Ministerie van VWS aan het UMC om te voorzien in de behoefte aan transgenderbehandelingen en -operaties; en  
de implementatie van de Ex Corde Ecclesiae (hierna: ECE), de apostolische constitutie over de katholieke universiteiten die richtlijnen bevat over de kenmerken waaraan een katholieke universiteit dient te voldoen en de wijze waarop zij haar katholieke identiteit moet bewaren en versterken.

In juni 2019 heeft SKU bij de Bisschoppenconferentie vier personen voorgedragen voor benoeming als bestuurder. In juli 2019 heeft de Bisschoppenconferentie te kennen gegeven dat geen van deze kandidaten benoembaar is. Hoewel de Bisschoppenconferentie niet van mening is dat alle kandidaten onvoldoende katholiek zijn, is het vooral de combinatie van personen die maakt dat zij met de gezamenlijke voordracht niet kan instemmen.

In het najaar van 2019 ontstaat vervolgens een (hernieuwde) discussie over de benoembaarheidsvereisten die de Bisschoppenconferentie al dan niet hanteert. SKU laat aan de Bisschoppenconferentie weten dat zij overweegt een nieuwe structuur door te voeren, waarbij het UMC zich afsplitst en onder een eigen aparte stichting zou komen te vallen.

In het voorjaar van 2020 raken SKU en de Bisschoppenconferentie ook niet uit de ontstane impasse. De discussie over zowel de wijze waarop de Bisschoppenconferentie haar bevoegdheid tot benoeming van de leden van het bestuur van SKU uitoefent, als een door het bestuur van SKU beoogde herstructurering die strekt tot verzelfstandiging van de universiteit en het UMC zet zich voort, zonder dat partijen tot elkaar komen. SKU heeft zich vervolgens in maart 2020 tot de OK gewend.

## **6 Oordeel OK**

### **6.1 De bevoegdheid van de OK**

De OK oordeelt als volgt over haar bevoegdheid. Het verzoek van SKU strekt tot het gelasten van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen ten aanzien van SKU zelf. Verder houdt SKU ondernemingen in stand (dat wil zeggen de universiteit en het UMC) waarvoor op grond van de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld. Op de voet van artikel 2:344 en 2:345 BW is de OK dan ook bevoegd kennis te nemen van het verzoek.

De OK verwierpt hiermee het verweer van de Bisschoppenconferentie dat de OK niet bevoegd zou zijn van het geschil kennis te nemen, omdat de Bisschoppenconferentie een (onderdeel van een) kerkelijke rechtspersoon is en haar besluiten slechts getoetst zouden kunnen worden in een canonieke procedure. Het verzoek van SKU strekt immers tot het gelasten van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen ten aanzien van SKU zelf. SKU voert weliswaar in haar naam het woord 'katholiek', maar dit maakt volgens de OK niet dat SKU een kerkelijke rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:2 BW is.

Voorts is de Bisschoppenconferentie volgens de OK in haar verhouding tot SKU te beschouwen als een orgaan van SKU en valt haar functioneren als orgaan daarmee onder de reikwijdte van het enquêterecht met betrekking tot SKU. Het handelen van de Bisschoppenconferentie als orgaan van SKU is hierdoor in het kader van het enquêterecht onderworpen aan het oordeel van de OK. Derhalve staat een gang naar de OK open en is de OK op de voet van artikel 2:344 en 2:345 BW bevoegd kennis te nemen van het verzoek.

### **6.2 De ontvankelijkheid van SKU in haar verzoek**

De OK verwerpt eveneens het beroep van de Bisschoppenconferentie op rechtsverwerking door SKU. De OK ziet geen feiten en omstandigheden waaraan de Bisschoppenconferentie het gerechtvaardigd vertrouwen heeft kunnen ontleenen dat SKU geen enquêteverzoek zou doen. De Bisschoppenconferentie wordt niet onredelijk benadeeld doordat SKU het enquêteverzoek heeft gedaan, ook niet doordat zij kosten van verweer maakt en zij of zelfs de rooms-katholieke kerk daardoor reputatieschade lijdt.

De OK constateert dat SKU in april 2017 te kennen heeft gegeven te streven naar een structurele wijziging van de benoemingsprocedure, en dat zij in november 2017 heeft aangekondigd zich tot de rechter te zullen wenden indien niet spoedig een oplossing wordt bereikt. SKU heeft (pas) op 18 maart 2020 het enquêteverzoek gedaan. Dit tijdsverloop en de overige omstandigheden rechtvaardigen volgens de OK geen rechtsverwerking. In het bijzonder kan de Bisschoppenconferentie aan SKU niet tegenwerpen dat zij, ook na november 2017, heeft getracht via andere wegen te komen tot een werkbare oplossing zonder gerechtelijke procedure.

De vraag of de Bisschoppenconferentie onredelijk wordt beperkt in de uitoefening van de haar toekomende rechten indien het verzoek (in het bijzonder voor zover het strekt tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen) wordt toegewezen, is een andere kwestie, die bij de inhoudelijke beoordeling van het verzoek aan de orde komt.

### **6.3 Gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken?**

De OK stelt voorop dat de Bisschoppenconferentie ervoor verantwoordelijk is dat het bestuur van SKU adequaat is samengesteld met het oog op de functie van SKU als toezichthoudend orgaan van de universiteit en het UMC. De Bisschoppenconferentie dient zich – als feitelijk orgaan van SKU – te richten naar het belang van SKU en de door haar in stand gehouden ondernemingen. Die ondernemingen, de universiteit en het UMC, hebben beide een cruciale maatschappelijke rol. Het benoemen van een goed functionerend toezichtsorgaan is volgens de OK daarom een zaak van publiek belang.

Het is dus niet zo dat de Bisschoppenconferentie de benoemingsbevoegdheid kan uitoefenen met slechts het belang van de rooms-katholieke kerk voor ogen. Daarbij geldt dat er al problemen met de benoeming van een bestuurslid bestonden sinds 2014. Door de wijze waarop de Bisschoppenconferentie gebruik maakt van haar bevoegdheid ontstaat een impasse. De OK oordeelt dat de impasse en het als gevolg daarvan uitblijven van benoemingen in het bestuur en nodig geachte herstructureringen gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. Daarom wordt een onderzoek ingesteld naar het beleid en de gang van zaken van SKU met betrekking tot de benoeming van bestuursleden en met betrekking tot de besluitvorming ten aanzien van de beoogde herstructurering, in welk onderzoek in het bijzonder de rol van de Bisschoppenconferentie zal worden betrokken.

Daar blijft het niet bij. De OK besteedt vervolgens aandacht aan de kern van de zaak: het meningsverschil over de wijze van benoemingen. De OK stelt vast dat slechts een kleine minderheid van de studenten en medewerkers van de universiteit en het UMC zichzelf als katholiek beschouwt. Hoewel de katholieke identiteit nog wel meebrengt dat wordt gereflecteerd op levensbeschouwelijke vraagstukken, is de leer van de rooms-katholieke kerk niet meer leidend bij het onderwijs en onderzoek. Zo biedt het UMC bijvoorbeeld transgenderbehandelingen en -operaties aan, ondanks de visie van de Bisschoppenconferentie hierop.

Het lijkt er daarentegen op dat de Bisschoppenconferentie strenger wordt in de maatstaven die zij hanteert. De OK concludeert in wezen dat de Bisschoppenconferentie, populair uitgedrukt, een achterhoedegevecht voert. Zij gebruikt haar benoemingsbevoegdheid om een doel te bereiken dat niet bereikbaar is. Het is ondenkbaar dat de universiteit en het UMC aan hun katholieke identiteit gestalte kunnen geven op een wijze zoals die door de Bisschoppenconferentie wordt beoogd. Door de benoemingsbevoegdheid wel te gebruiken en benoemingen te blokkeren schaadt de Bisschoppenconferentie echter het belang van de universiteit en het UMC. Door de OK wordt daarom een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SKU.

#### **6.4 Onmiddellijke voorzieningen**

Door de OK wordt bij wijze van onmiddellijke voorzieningen bepaald dat het bestuur van SKU in afwijking van de statuten (1) exclusief bevoegd is voor de duur van het geding tot benoeming en ontslag van bestuurders van SKU en tot benoeming van de voorzitter van het bestuur, en (2) bevoegd is om (zonder goedkeuring van de Bisschoppenconferentie) de herstructurering met inbegrip van de vaststelling van de door SKU overgelegde conceptstatuten door te voeren.

## **7 Commentaar**

Het inhoudelijk oordeel van de OK is voor het merendeel goed te volgen. In elk geval voor zover dit betrekking heeft op de bevoegdheid van de OK en de ontvankelijkheid van SKU in haar verzoek.

### **7.1 Bevoegdheid**

Het verweer van de Bisschoppenconferentie dat de OK geen bevoegdheid zou toekomen omdat de Bisschoppenconferentie een (onderdeel van een) kerkelijke rechtspersoon is, overtuigt niet. De OK beschouwt, ons inziens terecht, de Bisschoppenconferentie in haar verhouding tot SKU als een (toezichthoudend dan wel adviserend) orgaan van SKU. De rechtspersoon die het onderwerp van de enquête vormt, is immers SKU. SKU kan als zodanig niet als een kerkelijke rechtspersoon worden gekwalificeerd, althans daarvoor bestaat geen logische aanleiding. Bovendien zou zelfs dan de OK vermoedelijk bevoegd zijn, nu de burgerlijke rechter bevoegd is kennis te nemen van geschillen over burgerlijke rechten binnen een (rechtspersoonlijkheid bezittend) kerkgenootschap (art. 112 lid 1 Gw). Het is terecht dat de OK dit bevoegdheidsverweer van de Bisschoppenconferentie heeft verworpen.

### **7.2 Ontvankelijkheid**

Dat SKU in haar verzoek niet-ontvankelijk zou zijn omdat zij haar recht om een enquêteverzoek te doen zou hebben verwerkt, vormt evenmin een overtuigend verweer van de Bisschoppenconferentie. Rechtsverwerking binnen het enquêterecht wordt sowieso al niet snel aangenomen. Tevens is SKU gedurende de relevante periode consequent haar bezwaren blijven uiten en is zij naar oplossingen blijven zoeken. Sterker nog: het spreekt voor SKU dat zij eerst heeft getracht via andere wegen te komen tot een werkbare oplossing zonder gerechtelijke procedure. Ook het verweer van rechtsverwerking is daarom terecht door de OK verworpen.

### **7.3 Onmiddellijke voorzieningen**

Dat de OK het verzoek om onmiddellijke voorzieningen te treffen heeft toegewezen en overweegt dat er voor de toegewezen voorzieningen geen alternatief bestond, wekt wel enige verbazing. De OK heeft kennelijk sterk de noodzaak gevoeld om de impasse waarin het overleg tussen partijen over de gewraakte onderwerpen zich al zo'n zes jaar bevond, voor eens en altijd te willen beëindigen. Zij heeft niet geschroomd om aan SKU verregaande bevoegdheden te verlenen. Door het verlenen van deze bevoegdheden heeft de OK SKU definitief de macht in handen gegeven om zelfstandig de beoogde herstructurering door te voeren. Hiermee heeft de OK onmiddellijke voorzieningen getroffen die onomkeerbare

gevolgen zullen hebben.

Onmiddellijke voorzieningen zijn naar hun aard tijdelijke ordemaatregelen, in afwachting van het moment dat eindvoorzieningen kunnen worden getroffen. Aan het tijdelijke karakter van onmiddellijke voorzieningen hoeft niet in de weg te staan dat deze voorzieningen onomkeerbare gevolgen kunnen hebben.[17] Sterker nog: Eikelboom noemt onmiddellijke voorzieningen met onomkeerbare gevolgen zelfs (wellicht) een pleonasme.[18]

Ook in dit geval kan men twisten over de tijdelijkheid van de getroffen onmiddellijke voorzieningen. De tijdelijke wijziging van de bevoegdheidsverdeling leidt tenslotte tot permanente wijzigingen in de interne rechtsverhoudingen. Het gevolg hiervan is immers dat de bevoegdheidsstructuur voorgoed is gewijzigd: de Bisschoppenconferentie kan slechts nog één lid van de raad van toezicht bij zowel de universiteit als het UMC benoemen, terwijl zij voorheen alle leden van het bestuur van SKU mocht benoemen. Met andere woorden: de Bisschoppenconferentie is haar machtige positie bij de benoemingen vanuit SKU voorgoed kwijt.

Het is bovendien de vraag of de getroffen onmiddellijke voorzieningen wel voldoende proportioneel zijn geweest. De OK meent dat in de gegeven omstandigheden een minder ingrijpende voorziening simpelweg niet voorhanden zou zijn (r.o. 4.33). Zonder kennisgenomen te hebben van de processtukken is het lastig om hierover een oordeel te vellen, maar intuïtief lijkt deze conclusie te kort door de bocht. Had een iets minder rigoureuze verschuiving in de bevoegdheidsverdeling niet net zo goed tot een oplossing kunnen leiden die misschien wel van tijdelijke aard was geweest?

De onderbouwing van de conclusie over de proportionaliteit laat in elk geval te wensen over. Zo stelt de OK dat de te treffen onmiddellijke voorzieningen niet tot gevolg zouden hebben dat SKU, de universiteit en het UMC 'hun katholieke identiteit verliezen of aan die identiteit op een andere wijze gestalte geven dan thans het geval is'. Wat de OK als katholieke identiteit ziet, blijft echter onduidelijk. Het voornaamste twistpunt tussen partijen is nu juist wat in praktische zin onder deze identiteit dient te worden verstaan en in hoeverre dit meebrengt dat de Bisschoppenconferentie invloed uitoefent op de personele invulling van bestuursfuncties. De OK lijkt als uitgangspunt te nemen dat SKU nog steeds een katholieke identiteit kan hebben, ook indien die invloed zeer beperkt wordt. Hiermee relateert de OK zowel de noodzaak van invloed van het ter zake geëquipeerde orgaan van het Rooms-Katholiek Kerkgenootschap in Nederland als de eigen opvatting van dit orgaan.[19] In feite stelt de OK haar eigen (cultureel-historische) opvatting over wat een katholieke identiteit inhoudt boven die (religieuze) van het Rooms-Katholiek Kerkgenootschap – terwijl dit centralistisch geleide kerkgenootschap op dit punt toch onbetwist de aangewezen autoriteit pleegt te zijn. In elk

geval heeft de OK een begrip ('katholieke identiteit') gehanteerd waarvan de betekenis in de context onduidelijk blijft, waardoor de redenering onzuiver wordt.

Het valt overigens sowieso op dat de OK ferme bewoordingen en scherpe formuleringen niet schuwt. Zo is het 'irreëel' dat SKU in haar statuten zou opnemen dat de universiteit en het UMC de rooms-katholieke leer als leidend voor hun handelen beschouwen, ernaar streven dat een meerderheid van de hoogleraren en staffunctionarissen katholiek is, en/of dat een theologisch perspectief een noodzakelijk onderdeel van wetenschappelijk onderzoek is. Dit strookt volgens de OK geenszins met de omvang, wijze van bekostiging, maatschappelijke verantwoordelijkheid, eigen taakopvatting en de levensbeschouwelijke achtergrond van de medewerkers, studenten en patiënten van de universiteit en het UMC.

## **8 Conclusie**

De rechter mag op grond van artikel 26 Rv niet weigeren te beslissen. Van die plicht heeft de OK zich in onderhavig geval danig gekweten. Het heeft er bijna de schijn van dat de OK heeft willen voorkomen dat haar achteraf terughoudendheid zou worden verweten. Daartegenover staat dat de impasse in onderhavig geval al jaren gaande was en dat het inmiddels wel duidelijk was geworden dat zonder sturing geen toereikende oplossing zou volgen.

Ironisch genoeg heeft de OK met haar niet mis te verstane formuleringen en door het treffen van de onmiddellijke voorzieningen toepassing gegeven aan het katholieke subsidiariteitsbeginsel. Op grond van dit beginsel dient de overheid pas in te grijpen waar private partijen niet in staat blijken tot een oplossing te komen.

Dát de OK nodig was om uit de impasse te geraken, heeft iets onbehaaglijks. Lezing van de beschikking wekt de indruk dat de Bisschoppenconferentie niet heeft kunnen accepteren dat de tijden zijn veranderd en als het ware door de OK moest worden wakker geschud. Tegelijkertijd laat onderhavig geval ook het nut van de OK zien: uiteindelijk is er een bevoegde overheidsrechter die een ferm oordeel niet schuwt en daarmee effectief kan ingrijpen bij een impasse binnen de rechtspersoon.

## **Noten**

[1] Zie [www.ru.nl/nieuws-agenda/nieuws/vm/2020/oktober/stichting-katholieke-universiteit-verliest/](http://www.ru.nl/nieuws-agenda/nieuws/vm/2020/oktober/stichting-katholieke-universiteit-verliest/).

[2] Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Leeuwarden) 9 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3938, r.o. 3.3.

[3] In r.o. 3.2 van HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1531 heeft de Hoge Raad – onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis – overwogen dat het begrip ‘wet’ in art. 2:2 lid 2 BW verwijst naar bepalingen van fundamentele aard of ‘sterk dwingend recht’, waarbij is gedacht aan ‘zeer zwaarwegende dwingendrechtelijke bepalingen’.

[4] Asser/Rensen 2-III 2017/394.

[5] HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574 (Cordial).

[6] HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574 (Cordial).

[7] Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:BD7709 (TCA), r.o. 3.4.

[8] Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA7430 (Dialog), r.o. 3.1 en Hof Amsterdam (OK) 11 augustus 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU0630 (CallActive), r.o. 3.2.

[9] Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8666 (Fuse), r.o. 3.3-3.4.

[10] Dit wordt anders nadat de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in werking is getreden.

[11] Ook dit wordt anders nadat de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in werking is getreden.

[12] Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/220 en P.J. Dortmund, Van der Heijden/Van der Grinten. Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/257. Vgl. art. 2:298 lid 1 BW nadat de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in werking is getreden.

[13] Asser/Rensen 2-III 2017/345.

[14] Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:866, JOR 2014/126 (Servatius).

[15] Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/222. Al verdient het opmerking dat art. 2:9 BW niet in de schakelbepaling van art. 2:300a BW is opgenomen.

[16] Vgl. art. 2:9a lid 2 BW nadat de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in werking is getreden.

[17] HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138, JOR 2002/5 (Skygate). Vgl. HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7067, JOR 2011/115 (Inter Acces) en HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1652, JOR 2014/263.

[18] F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (IVOR nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 252.

[19] Dat de Bisschoppenconferentie het predicaat 'katholiek' van SKU inmiddels heeft ingetrokken, spreekt boekdoelen.

ANNOTATIE

## **De rol van de fairness opinion in de uitkoopprocedure**

***L.H.J. Baijer***

***Noot bij Hof Amsterdam (OK) 14 januari 2020,  
ECLI:NL:GHAMS:2020:300 (Fortuna).***

*Bij een op 14 januari 2020 gewezen arrest hebben minderheidsaandeelhouders in de uitkoopprocedure van Fortuna succesvol verzet ingesteld tegen het arrest van 30 oktober 2018 en hebben zij tevens de subsidiair gevorderde uitkoopprijs aangevochten. In deze noot bespreekt de auteur de rol van de fairness opinion in deze uitkoopprocedure.*

### **1 Inleiding**

Op 2 oktober 2018 heeft de Ondernemingskamer (hierna: OK) bij verstekarrest overwogen dat zij op grond van door uitkoper Fortbet Holding Limited (hierna: Fortbet) verstrekte informatie (waaronder een door KPMG opgestelde *fairness opinion*) zonder deskundigenbericht kon vaststellen dat de prijs van EUR 7,83 per aandeel een billijke prijs was op de peildatum.<sup>[1]</sup> Vervolgens heeft de OK op 30 oktober 2018 (met verbetering op 1 november 2018) eindarrest gewezen en deze subsidiaire vordering van Fortbet toegewezen.<sup>[2]</sup>

Tegen deze beslissing is een groep minderheidsaandeelhouders (hierna: de opposanten) succesvol in verzet gekomen, hetgeen heeft geleid tot het arrest van 14 januari 2020.<sup>[3]</sup> Opposanten hebben de prijs uit het arrest van 2 oktober 2018 bestreden en gewezen op een indicatieve waardering in een door hen overlegd deskundigenrapport. Uit dit rapport volgde dat een veel hogere prijs zou moeten worden gehanteerd als uitkoopprijs. Dit deed bij de OK twijfel rijzen over de eerder vastgestelde prijs. De fairness opinion van KPMG die Fortbet had ingebracht, heeft die twijfel niet kunnen wegnemen. Onduidelijk was op welke informatie die fairness opinion was gestoeld. De OK vond verder dat onvoldoende gegevens beschikbaar waren op basis waarvan zijzelfstandig de prijs kon bepalen. De OK verwachtte niet dat het overleggen van extra stukken Fortuna Entertainment Group N.V. (hierna: Fortuna) daartoe alsnog in staat zou stellen. De OK heeft derhalve een deskundige benoemd om onderzoek te doen naar de prijs per peildatum van 9 maart 2018.

Nu de fairness opinion(s) in onderhavig geval blijkbaar niet voldoende gewicht in de schaal kon(den) leggen voor de definitieve vaststelling van de prijs van de aandelen zonder benoeming van een onafhankelijke deskundige, zal ik in deze noot stilstaan bij de rol en het nut van de fairness opinion in de uitkoopprocedure.

De Fortuna-zaak is interessant omdat het een groep aandeelhouders voor het eerst gelukt is succesvol verzet in te stellen tegen een bij verstek gewezen uitkooparrest.[4] Terecht stellen Schotel en Schepel in de VCL-bundel in dat kader de vraag: had heropening van de uitkoopprocedure voorkomen kunnen worden?[5] Zij zien daarvoor namelijk grofweg drie wegen:

volledige openheid van zaken geven;  
actiever publiciteit geven aan het uitkooparrest; en  
een arrest op tegenspraak bewerkstelligen.[6]

In deze noot laat ik de mogelijkheden 2 en 3 rusten, maar bespreek ik optie 1 in het licht van de fairness opinion en hoe Fortbet wellicht succesvol(ler) had kunnen zijn met haar fairness opinion (uiteraard op basis van de beperkte feiten die uit het arrest blijken).

Hieronder volgt eerst een korte samenvatting van de verschillende aanverwante procedures (par. 2), en daarna een korte uiteenzetting over wat een fairness opinion is (par. 3). Vervolgens bespreek ik de rol en het nut van een dergelijke opinie in een uitkoopprocedure, en hoe dat zich in deze procedure vertaalt (par. 4). De bijdrage eindigt met een samenvatting (par. 5).

## **2 Achtergrond en andere procedures**

Fortuna is al vele malen eerder onderwerp geweest van een procedure bij de OK. Totdat de OK arrest wees in de zaak in januari 2020, wees de OK de afgelopen jaren twee beschikkingen in een enquêteprocedure en drie arresten in de uitkoopprocedure.[7] Hieronder zet ik deze procedures kort uiteen, omdat de feiten uit deze procedures ook relevant zijn voor de bespreking van het onderhavige arrest.

## 2.1 Enquêteprocedure

Fortuna is een Nederlandse vennootschap die zich bezighoudt met kansspelen in Centraal- en Oost-Europa. In de enquêteprocedure had de OK onmiddellijke voorzieningen getroffen vanwege gebrekkige informatievoorziening aan de aandeelhouders omtrent een voorgenomen overname door Fortuna van vier Roemeense vennootschappen van Fortbet. Fortbet had vóór die transactie een openbaar bod gedaan op de aandelen in Fortuna, die op de beurs in Praag en Warschau werden verhandeld (en die onderwerp zijn van de uitkoopprocedures). Dit openbaar bod werd niet gesteund door het bestuur van Fortuna. Na de getroffen onmiddellijke voorzieningen is het informatieniveau opgekrikt, zijn de voorzieningen beëindigd en heeft Fortbet uiteindelijk in samenspraak met Fortuna een nieuw (verbeterd) openbaar bod uitgebracht. Dat was succesvol. De beursnoteringen zijn nadien beëindigd.

## 2.2 Uitkoopprocedure

In de uitkoopprocedure vorderde Fortbet primair een uitkoopprijs van EUR 7,17 en subsidiair een uitkoopprijs van EUR 7,83. Ter ondersteuning voor de primaire uitkoopprijs heeft Fortbet een fairness opinion van KPMG overgelegd, die KPMG aan zowel het bestuur als de raad van commissarissen (hierna: RvC) had uitgebracht.[8] Uit die fairness opinions bleek dat zowel in februari 2018 als op 9 maart 2018 (de relevantie van die datum wordt hierna duidelijk) de biedprijs van EUR 7,17 fair was vanuit financieel oogpunt. Aan Franklin Templeton Investments (hierna: Templeton), een 10,61%-aandeelhouder van Fortbet die ook de hierboven genoemde enquête had verzocht, is echter een hogere prijs betaald, namelijk EUR 7,83 per aandeel door middel van een zogenoemde *block transaction*,[9] die op 9 maart 2018 op de beurs van Warschau heeft plaatsgevonden. Dat is de reden waarom Fortbet KPMG een aanvullende fairness opinion heeft laten uitbrengen op 14 juni 2018. Volgens Fortbet is die hogere prijs enkel betaald omdat Templeton een unieke strategische positie had,[10] hetgeen voor andere minderheidsaandeelhouders niet gold. Templeton kon in beginsel namelijk een uitkoopprocedure voorkomen,[11] en zij had bovendien toegang tot de enquêteprocedure.[12] Daarom zou ten aanzien van de overige minderheidsaandeelhouders – conform de fairness opinion van KPMG – bij de biedprijs van EUR 7,17 moeten worden aangesloten. Mocht de OK niet meegaan in die redenering, dan volgt a fortiori uit de fairness opinion van KPMG dat de subsidiair gevorderde uitkoopprijs van EUR 7,83 in ieder geval kan worden gevolgd.

De OK oordeelde vervolgens dat zij op basis van de op dat moment verstrekte informatie de primaire vordering niet kon toewijzen. Dat zat volgens de OK voornamelijk in de geringe acceptatiegraad van het (tweede) bod en een geringe premie boven op de beurskoers. In dat licht zijn de overige gegevens waarop Fortbet zich heeft beroepen – namelijk de *position statement* van het bestuur en de RvC en de fairness opinions van KPMG – ontoereikend om de

primaire vordering direct toe te wijzen. Voor die vordering zou een deskundige moeten worden benoemd.

Wat de OK daarna deed, was bijzonder. De OK gaf aan dat zij de subsidiaire vordering wél aanstonds zonder het gelasten van een deskundigenbericht kon toewijzen en gaf Fortbet dat in overweging in het tussenarrest van 2 oktober 2018.[13] Fortbet koos voor die route.

Op 30 oktober 2018 heeft de OK de gedaagden bij verstek veroordeeld de door elk van hen gehouden aandelen in Fortuna aan Fortbet over te dragen en de prijs van de over te dragen aandelen per 9 maart 2018 vastgesteld op EUR 7,83 per aandeel ex rente.[14]

Fortbet dacht door te kunnen pakken en heeft vervolgens op 2 november 2018 het verstekarrest openbaar betekend op grond van artikel 54 lid 4 Rv. Op 3 november 2018 heeft Fortbet een advertentie in het Financieele Dagblad geplaatst, de consignatie bekendgemaakt, en heeft zij de prijs van EUR 7,94 per aandeel betaalbaar gesteld per 16 november 2018. De advertentie bevat de aanzegging dat de prijs met rente voor alle aandelen in Fortuna die niet uiterlijk op 16 november 2018 aan Fortbet zijn overgedragen op 19 november 2018 zal worden geconsigneerd overeenkomstig artikel 2:92a lid 8 BW.

Op 7 november 2018 is een uittreksel van het voormelde exploit bekendgemaakt in de Staatscourant, met vermelding dat afschriften van het exploit en het arrest kunnen worden verkregen bij mr. Drenth (raadsman van Fortbet).

Op 19 november 2018 heeft Fortbet vervolgens een bedrag van EUR 14.112.270,16 gestort in de consignatiekas. Een aantal aandeelhouders, de opposanten, heeft bij exploit van 19 januari 2019 verzet ingesteld tegen het arrest van de OK van 30 oktober 2018 en verzocht Fortbet alsnog niet-ontvankelijk te verklaren, dan wel de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen op EUR 13,30 per aandeel op peildatum 20 juni 2018, althans op EUR 12,96 per aandeel op peildatum 9 maart 2018.

Opposanten beriepen zich op een in hun opdracht uitgebracht rapport, waarin de waarde van een aandeel Fortuna per 9 maart 2018 is berekend op een bedrag tussen EUR 11,26 en EUR 14,08. Dit is overigens een aanzienlijk hogere prijs dan die prijs waarvoor ongeveer 85% van de aandeelhouders zijn aandelen eerder al had aangeboden, namelijk voor een prijs van EUR 7,17 na het openbaar bod. Ook is de prijs aanzienlijk hoger dan die waarvoor aandeelhouder Templeton zijn belang van 10,61% heeft aangeboden (eerdergenoemde EUR 7,83).

### **3 De fairness opinion**

#### **3.1 Wat is een 'fairness opinion'?**

Er is geen eenduidige omschrijving te geven van wat een fairness opinion is of wat die precies inhoudt. In het kader van openbare biedingen spreekt het Besluit openbare biedingen Wft (Bob) van '[e]n bij een derde ingewonnen schriftelijk advies over de redelijkheid van een openbaar bod'.<sup>[15]</sup> Parijs geeft als omschrijving: '[h]et oordeel van een bank over de "redelijkheid en evenwichtigheid" van het bod van de aandeelhouders van de doelvennootschap'.<sup>[16]</sup>

### 3.2 Wie verstrekken fairness opinions?

In het kader van een openbaar bod met een Nederlandse doelvennootschap zijn dit vaak de Nederlandse grootbanken (ABN AMRO, ING, Rabobank) en zakenbanken (Van Lanschot Kempen, NIBC), alsook (Angelsaksische) *investments banks* als Lazard, Bank of America Merrill Lynch, J.P. Morgan, Morgan Stanley, Rothschild, Citi Bank en het voormalige Lehman Brothers. Verder geven onafhankelijke *valuators* als Houlihan Lokey en Duff & Phelps fairness opinions af. Na analyse van jurisprudentie met betrekking tot de uitkoopprocedure blijkt dat het voornamelijk de *corporate finance*-afdelingen van de *Big Four*-kantoren (KPMG, Deloitte, EY en PwC) zijn die een fairness opinion afgeven bij uitkoopprocedures.<sup>[17]</sup>

### 3.3 Vereisten aan de fairness opinion

Nederlandse wet- en regelgeving stelt geen vereisten waaraan (de totstandkoming van) een fairness opinion moet voldoen. Op grond van onderdeel 5 van bijlage G Bob moet in het geval van een openbaar bod enkel de naam van de verstrekker, zijn hoedanigheid, de andere functies die hij vervult en de strekking van zijn advies in de 'standpuntbepaling' staan, wanneer een fairness opinion wordt overgelegd in het kader van een openbare bieding.

In de praktijk wordt de volledige fairness opinion opgenomen, omdat de betrokken investment banks daarop staan, maar ook omdat daarin alle voorbehouden en(aansprakelijkheids)beperkingen zijn opgenomen.<sup>[18]</sup>

Uit de Océ-beschikking kan worden opgemaakt dat in het kader van een openbaar bod de doelvennootschap kan volstaan met publicatie van de verkorte inhoud van de fairness opinion.<sup>[19]</sup> Uit een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) naar aanleiding van het openbaar bod op H.E.S. Beheer volgt dat de aan de fairness opinion ten grondslag liggende gegevens niet in het geheel gepubliceerd behoeven te worden.<sup>[20]</sup> Dit is ook in lijn met de nota van toelichting behorend bij het Bob over onderdeel 1.12 van bijlage A (voor de bieder),<sup>[21]</sup> waarbij Parijs ervan uitgaat<sup>[22]</sup> dat dit ook geldt voor de doelvennootschap (onderdeel 5 van bijlage G Bob).<sup>[23]</sup>

### 3.4 Welke informatie wordt beoordeeld?

De verstrekker van een fairness opinion zal *high-level* aangeven welke informatie hij heeft gebruikt om tot het oordeel te komen dat een transactie 'fair from a financial point of view' is, wat meestal het oordeel zou zijn.[24] Dit is de eigenlijke opinie. De informatie die wordt beoordeeld, is allerhande publiekelijk verkrijgbare informatie, alsook niet-publieke informatie die is verkregen na interviews met het management en beoordeling van andere informatie die door de doelvennootschap toegankelijk wordt gemaakt. Het proces dat zich 'achter' de opstelling van de fairness opinion afspeelt, lijkt in die zin op een (vereenvoudigd) *due diligence*-onderzoek. Doorgaans bevat een fairness opinion ook assumpties en kwalificaties omtrent de geraadpleegde informatie en beoordeling daarvan door de partij die de fairness opinion afgeeft.

### **3.5 Functie fairness opinion**

Fairness opinions worden gevraagd bij de meest uiteenlopende transacties.[25] De fairness opinion in Nederland vervult echter vooral een prominente rol bij het openbaar bod, waarbij het *market practice* is dat het bestuur en/of de RvC van een doelvennootschap in het kader van het openbaar bod één of meer fairness opinions vragen.[26] Eigen analyse van 102 openbare biedingen opgenomen in het Register openbare biedingen[27] wijst uit dat dit in ieder geval in ongeveer 75% van de openbare biedingen in de periode lopend van 2001 tot en met medio 2015 het geval is geweest.[28]

Belangrijkste functies zijn verder (1) een gemotiveerde standpuntbepaling door het bestuur over het bod, (2) het overtuigen van aandeelhouders in te gaan op het bod, (3) het verkleinen van een informatieachterstand voor (kleine(re)) aandeelhouders, (4) het voldoen aan de toezichthoudende taak van de RvC, (5) hulpmiddel voor stemadviseurs, (6) rechtvaardiging voor onderhandse transacties en (7) ondersteuning voor de vaststelling van een billijke prijs bij uitkoopprocedures bij de OK.[29]

### **3.6 Kritiek**

Geregeld wordt kritiek geuit op fairness opinions. Die kritiek komt neer op (1) twijfel aan de onafhankelijkheid van de verstrekker,[30] (2) intransparantie bij de totstandkoming van een fairness opinion[31] en (3) twijfel aan de objectiviteit van de fairness opinion zelf.[32] Daarnaast wordt een fairness opinion ook duur geacht.[33] Voor een nadere uiteenzetting over fairness opinions verwijs ik naar het eerdergenoemde (voortreffelijke) proefschrift van Parijs.[34]

## **4 De rol van de fairness opinion in Fortuna**

Wehrmeijer, Kouchi en ik hebben eerder ook specifiek stilgestaan bij de rol van de fairness

opinion in de uitkoopprocedure.[35] We kwamen tot de slotconclusie dat fairness opinions een aanmerkelijke rol kunnen spelen in de uitkoopprocedure bij de OK en ook een relevante functie kunnen vervullen bij de prijsbepaling in de uitkoopprocedure. De OK kan echter ten aanzien van een fairness opinion, enkel afgegeven ter ondersteuning van een *faire* biedprijs, ook oordelen dat de prijs niet direct kan worden bepaald voor de resterende minderheidsaandelen. Dat geldt in het bijzonder indien op een later moment aandelen zijn verkocht tegen een hogere prijs (zoals bijvoorbeeld in het geval van Fortuna door de transactie met Templeton). Wij hebben toen aanbevolen om fairness opinions, wanneer deze beschikbaar zijn, te overleggen bij de OK (in uitkoop- en enquêteprocedures). Geconcludeerd kan namelijk worden dat dit geen ‘tick the box’-exercitie is, nu in de meeste gevallen de OK wel waarde lijkt te hechten aan het overleggen van een beschikbare fairness opinion, maar eveneens de afgegeven fairness opinions kritisch beoordeelt en overigens ook kan beoordelen, nu twee raden zitting nemen bij de OK.[36] Dat is ook hier het geval.[37]

In het onderhavige arrest vechten opposanten zowel de prijs als de peildatum per 9 maart 2018 aan. De OK ziet echter – met verwijzing naar Unit4[38] – geen reden om af te wijken van de peildatum zijnde het moment van betaalbaarstelling onder het bod, mits de bieder dan ten minste 95% van het geplaatst kapitaal (en ten minste 95% van de stemrechten) van de doelvennootschap houdt.[39] De discussie spitst zich vervolgens toe op de vraag of de prijs van EUR 7,83 per aandeel (de prijs die Templeton betaalde en de subsidiaire vordering) de juiste is, vooral in het licht van een stijging van omzet en resultaat in het einde van het eerste kwartaal van 2018. De OK wijst er vervolgens op dat zij juist en volledig geïnformeerd moet worden om zowel de prijs van de over te dragen aandelen vast te kunnen stellen, alsook ter bescherming van de minderheidsaandeelhouders. Daarbij is zij afhankelijk van informatie van de uitkoper. De OK overweegt (r.o. 5.3):

‘De Ondernemingskamer heeft de wettelijke taak (artikel 2:92a lid 5 BW) de prijs vast te stellen die de over te dragen aandelen op de peildatum hebben. Daartoe is zij afhankelijk van informatie afkomstig van partijen die nodig is om de prijs te kunnen vaststellen dan wel om te bepalen of daartoe eerst een deskundigenonderzoek naar de prijs zou moeten worden gelast. In het geval verstek is verleend – in welk geval toetsing van de gevorderde prijs plaatsvindt ter bescherming van de niet-verschenen minderheidsaandeelhouder(s) – worden de voor de vaststelling van de prijs relevante gegevens slechts door de uitkoper verstrekt. De Ondernemingskamer moet erop kunnen vertrouwen dat de verstrekte informatie juist en volledig is en de uitkoper is op de voet van artikel 21 Rv verplicht de relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. In het onderhavige geval heeft de Ondernemingskamer bij haar arrest van 2 oktober 2018 overwogen dat zij op grond van door Fortbet verstrekte informatie zonder deskundigenbericht kan vaststellen dat de prijs van € 7,83 per aandeel een

billijke prijs is op de peildatum.'

De opposanten wijzen in hun verzetdagvaarding erop dat (1) uit het rapport een hogere prijs volgt,[40] en (2) dat niet uitgegaan mag worden van de aanvullende fairness opinion van KPMG van 14 juni 2018, aangezien moet worden betwijfeld of KPMG voor het opmaken daarvan juist en volledig is geïnformeerd door Fortbet. Voor zover daarvan wel sprake is, heeft Fortbet in strijd met artikel 21 Rv verzuimd de daaraan ten grondslag liggende stukken in het geding te brengen. Evenmin kan worden uitgegaan van de prijs waarvoor de aandelen door Templeton aan Fortbet zijn overgedragen. De voorwaarden en beweegredenen van partijen die aan de overdracht ten grondslag hebben gelegen, zijn op geen enkele wijze kenbaar en te controleren. Opposanten hebben in het bijzonder naar voren gebracht dat noch KPMG, noch Templeton de cijfers van Fortuna over het eerste kwartaal van 2018, die een zeer sterke stijging van de omzet en het resultaat tonen, heeft meegewogen.

Fortbet heeft klaarblijkelijk (r.o. 5.5) niet weersproken dat zij door middel van een *Regulatory Announcement* (r.o. 2.8) op 16 mei 2018 bekend heeft gemaakt dat de omzet en het resultaat sterk zijn gestegen in het eerste kwartaal van 2018, terwijl deze informatie wel van groot belang is voor de prijsbepaling. De peildatum is immers gelegen drie weken voor het einde van het eerste kwartaal van 2018. Het wordt de OK niet duidelijk waarom zij dit onvermeld heeft gelaten bij het opstellen van haar uitkoopdagvaarding. Fortbet heeft de vraag van opposanten of KPMG de cijfers van Fortuna over het eerste kwartaal van 2018 heeft meegenomen bij het opstellen van de fairness opinion onbeantwoord gelaten. Uit de fairness opinion komt niet naar voren of deze cijfers in aanmerking zijn genomen door KPMG bij het opstellen daarvan, aldus de OK. Ook de vraag van opposanten of de cijfers over het eerste kwartaal van 2018 een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van de prijs waarvoor Templeton haar aandelen in Fortuna aan Fortbet heeft overgedragen, heeft Fortbet niet beantwoord. Evenmin heeft Fortbet zich voldoende uitgelaten over meer algemene vragen van opposanten over de onderhandelingen tussen Fortbet en Templeton die aan de totstandkoming van de prijs ten grondslag lagen. Fortbet heeft niet kunnen volstaan met wijzen op de reputatie van Templeton, de lengte van de onderhandelingen, de omvang van het belang dat Templeton in Fortuna had, en de omstandigheid dat Templeton zich eerder als actieve aandeelhouder heeft opgesteld (door het doen van een enquêteverzoek) toen zij in haar ogen te weinig informatie ontving.

Het voorgaande brengt de OK tot het volgende oordeel (r.o. 5.6):

'Het voorgaande heeft bij de Ondernemingskamer twijfel doen rijzen over de bij het versterkarrest vastgestelde uitkoopprijs van € 7,83 per aandeel. Deze twijfel wordt versterkt door het Sman-rapport en kan niet worden weggenomen door de fairness opinion van KPMG

van 14 juni 2018. Volgens Fortbet is die fairness opinion “(...) gestoeld op een zeer grote hoeveelheid actuele (interne en externe) informatie over de vennootschap”, maar welke informatie dat is, blijkt noch uit de fairness opinion, noch uit de stellingen van Fortbet. Daarbuiten zijn er onvoldoende gegevens beschikbaar op basis waarvan de Ondernemingskamer zelfstandig de prijs van de aandelen in Fortuna kan bepalen. De Ondernemingskamer verwacht niet dat het overleggen van extra stukken haar daartoe alsnog in staat zal stellen. De Ondernemingskamer acht het derhalve nodig dat een deskundige wordt benoemd om onderzoek te doen naar de prijs van de aandelen in het kapitaal van Fortuna per 9 maart 2018.’

Dit alles verdient een aantal opmerkingen.

*Ten eerste* lijkt het zeer onwaarschijnlijk dat KPMG de kwartaalcijfers en de informatie uit de Regulatory Announcement niet in haar beoordeling heeft meegenomen. Helaas is de aanvullende fairness opinion van 14 juni 2018 niet online te raadplegen en kunnen we daarom niet met zekerheid vaststellen welke informatie KPMG beoordeeld heeft. Uit de fairness opinion van KPMG van 7 februari 2018,[41] alsook uit eerdere fairness opinions van 29 mei 2017[42] en 9 juni 2017[43] in het kader van een transactie met Fortbet (die onderwerp waren van de enquêteprocedure), blijkt echter dat KPMG consequent ‘certain publicly available financial and other information’ heeft bekeken, alsook ‘certain internal reports and financial forecasts with respect to Fortuna’s business operations, earnings, cash flow, assets, liabilities and prospects, prepared by the management’, en dat zij, zoals gebruikelijk is bij het opstellen van een fairness opinion, interviews heeft gehouden met het management van Fortuna over ‘past and current business operations and financial condition [sic] and expectations for the future relating to Fortuna’s strategic and financial development’. Hieruit zou op te maken kunnen zijn dat KPMG (jaar)cijfers heeft bekeken. Dat niet uit de fairness opinion onomstotelijk valt vast te stellen óf KPMG inderdaad de kwartaalcijfers of deze *Public Announcement*[44] in haar beoordeling heeft meegenomen, komt evenwel door de enigszins onduidelijke formulering die KPMG hanteert. Wat is erop tegen om op te nemen dat je kwartaalcijfers hebt bekeken?

Onduidelijk is of Fortbet KPMG heeft gevraagd om de rol van de kwartaalcijfers in de totstandkoming van de fairness opinion nader uiteen te zetten bij de OK. Het is namelijk niet ongebruikelijk dat een verstrekker van een fairness opinion verantwoording aflegt tijdens een (buitengewone) algemene vergadering van aandeelhouders. Het volgt echter niet uit het arrest of KPMG nader heeft verklaard over haar rol als de verstrekker van de fairness opinion.

*Ten tweede* bestaat geen expliciete plicht op grond van biedingsregels de door de opposanten verlangde informatie naar voren te brengen. Op basis van de Océ-beschikking[45] hebben

aandeelhouders enkel recht op aanvullende informatie die doorgaans aan aandeelhouders zal worden verstrekt. Daar vallen de onderliggende rapporten voor de totstandkoming van de fairness opinion niet onder. Dat neemt echter niet weg dat op Fortbet tóch een verplichting zou kunnen rusten om extra informatie over te leggen, al was het maar op grond van de verplichting van artikel 21 Rv om de zaak volledig en naar waarheid naar voren te brengen. Dat voeren de opposanten dan ook aan. Of Fortbet artikel 21 Rv heeft geschonden, blijft echter onduidelijk. Zoals hierboven ook aangegeven, lijkt het echter onwaarschijnlijk dat KPMG deze cijfers níét heeft meegenomen in haar beoordeling.

*Ten derde* lijkt de verwachting van de OK dat het overleggen van extra stukken Fortbet niet in staat zal stellen zelfstandig de prijs te bepalen wat kort door de bocht. Immers, KPMG zou kunnen worden gehoord over of zij de kwartaalcijfers in haar beoordeling heeft meegenomen. Ook had bijvoorbeeld Templeton kunnen worden gehoord over haar rol en de besprekingen. Wellicht had dit alles ook ondervangen kunnen worden door verklaringen over te leggen van KPMG en/of Templeton.

Verder had Fortbet al kunnen anticiperen en had zij een (aanvullend) waarderingsrapport kunnen opvragen. Temeer nu een verdubbeling van de aandelenprijs – ondanks de sterk gestegen resultaten – weinig realistisch lijkt en het voor de leek onduidelijk is hoe deze minderheidsaandeelhouders – los van de Regulatory Announcement – aan betrouwbare informatie hebben kunnen komen die geleid heeft tot deze waardering. Dit is echter wel een waardevolle aangelegenheid, en hoeft niet af te doen aan de snelheid van de procedure.

Het is niet ongebruikelijk dat een uitkoper alvast een waarderingsrapport laat opstellen dat de uitkoopprijs ondersteunt. In de uitkoopprocedures Batenburg[46] en Globalworth Poland Real Estate[47] hebben de uitkopers waarderingsrapporten overgelegd, wat uiteindelijk de snelheid van de procedures ten goede is gekomen.[48] In het geval van Batenburg omdat – zoals ook het geval was in het arrest van 2 oktober 2018 inzake Fortuna – de uitkoper primair vorderde dat aangesloten moest worden bij de prijs van het openbaar aangekondigd bod en subsidiair aansluiting gezocht moest worden bij de subsidiair gevorderde prijs die was gebaseerd op het waarderingsrapport. In het geval van Globalworth Poland Real Estate had de uitkoper zijn huiswerk gedaan en kon de OK leunen op een uitgebreid overzicht van voorafgaande transacties, de beurskoers sinds de beursgang en een uitgebreid rapport van Deloitte.[49] Fortbet had eveneens een (aanvullend) rapport kunnen laten opstellen, temeer nu haar primaire vordering was afgewezen en er twijfel bestond over de koopprijs.[50]

Hoewel het uiteindelijke resultaat van de fairness opinion gering lijkt (de zin: ‘We consider the bid fair from a financial point of view’ met twee (of meer) pagina’s aan *disclaimers*, *assumptions* en *qualifications*), heb ik een aantal jaren geleden in het kader van mijn scriptie

vijf jaar geleden uit verschillende interviews met investment bankers begrepen dat voor een fairness opinion bij een transactie tot EUR 50 miljoen al snel 200 tot 300 uur gemoeid is voor de totstandkoming daarvan.[51] In het geval van een lastigere transactie loopt dat al snel op tot 600-700 uur. Afhankelijk van de teamgrootte zijn partijen al snel een maand bezig met het opstellen van een fairness opinion. Er wordt op gewezen dat accountants vaak ook verklaringen moeten afgeven over de getrouwheid van de beoordeelde cijfers. Vanzelfsprekend is de fairness-opinionverstrekker echter afhankelijk van de informatie die de vennootschap hem geeft en of die informatie compleet is. Dit is dan ook de reden dat de verstrekkers uitgaan van de assumptie dat de door hun cliënt verstrekte informatie juist, volledig en accuraat is. Óf Fortuna juiste en volledige informatie heeft verstrekt aan KPMG, blijft echter onduidelijk.

Tot slot nog het volgende. Het is een open deur, maar deze discussie had waarschijnlijk niet gespeeld als duidelijk was geweest welke informatie KPMG exact had gebruikt om tot haar oordeel te komen. In zoverre zullen een bestuur en/of RvC er dus in een voortraject goed aan doen om hun bank of adviseur te vragen goed uiteen te zetten op welke informatie zijn oordeel is gebaseerd, zodat de fairness opinion ook bruikbaar is in een opvolgende uitkoopprocedure na een openbaar bod.

## **5 Samenvatting**

De OK moet erop kunnen vertrouwen dat de verstrekte informatie juist en volledig is, en de uitkoper is op de voet van artikel 21 Rv verplicht de relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Bij de OK is twijfel gerezen over de uitkoopprijs door een door opposanten overgelegd waarderingsrapport. De twijfel kon niet worden weggenomen door het overleggen van door KPMG afgegeven fairness opinions in het kader van het openbaar bod, omdat onduidelijk is of KPMG de sterk gestegen omzet en resultaat in het eerste kwartaal van 2018 in haar oordeel had meegenomen, en op welke informatie de fairness opinions exact waren gebaseerd.

Dat de OK in onderhavige zaak de uitkoopprijs niet kan bepalen op de fairness opinions die overgelegd worden en zij daarom een onafhankelijk deskundige aanwijst, lijkt een logische uitkomst. De antwoorden van Fortbet laten té veel vragen onbeantwoord. Deze vragen hadden waarschijnlijk kunnen worden voorkomen als de fairness opinion duidelijker indicaties zou bevatten op welke informatie die is gebaseerd en Fortbet aanvullende verklaringen overgelegd zou hebben, dan wel een aanvullend waarderingsrapport.

## **Noten**

[1] Hof Amsterdam (OK) 2 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3538, JOR 2019/10 m.nt.

Josephus Jitta.

[2] Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4037, JOR 2019/10 m.nt. Josephus Jitta; Hof Amsterdam (OK) 1 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4199.

[3] Hof Amsterdam (OK) 14 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:300, JOR 2020/33 m.nt. Josephus Jitta.

[4] Hof Amsterdam (OK) 2 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3538, JOR 2019/10 m.nt. Josephus Jitta; O.J.W. Schotel & J.M. Schepel, Kroniek uitkoop en geschillenregeling, in: Y. Borrius e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2019-2020 (VDHI nr. 158), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 215. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 14 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:300, JOR 2020/33 m.nt. Josephus Jitta.

[5] Schotel & Schepel 2020, p. 217.

[6] Schoten & Schepel 2020, p. 217.

[7] Hof Amsterdam (OK) 24 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1626, JOR 2017/163 m.nt. Josephus Jitta; Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2901, JOR 2018/7 m.nt. Van der Schrieck; Hof Amsterdam (OK) 2 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3538, JOR 2019/10 m.nt. Josephus Jitta; Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2018, JOR 2019/10 m.nt. Josephus Jitta. Zie ook A. Spaargaren & A.S. van der Heide, Fortuna: een 'commissaris' zonder raad van commissarissen maar met bevoegdheid, MvO, afl. 10-11, p. 245-249.

[8] Bestudering van het Register Openbare Biedingen van de AFM leert dat het overigens gangbaar is dat de RvC ook afzonderlijk van het bestuur een fairness opinion verzoekt. Zie ook G.A. ter Neuzen, De rol van de raad van commissarissen bij een openbaar bod, V&O 2008, afl. 11, p. 233; Y.A. Wehrmeijer, L. Kouchi & L.H.J. Baijer, De fairness opinion en de uitkoopprocedure, in: Y. Borrius e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019 (VDHI nr. 157), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 235.

[9] Een *block transaction* of *block trade* is de verkoop van een groot aantal effecten in één keer.

[10] Zij kon in beginsel een uitkoop door Fortuna voorkomen en had toegang tot de enquêteprocedure.

[11] Zie Hof Amsterdam (OK) 2 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3538, JOR 2019/10 m.nt. Josephus Jitta, r.o. 3.10. Hieruit volgt dat Fortbet ten tijde van het uitbrengen van het bod 80,18% van de aandelen in het geplaatst kapitaal van Fortuna hield en na afloop van de aanmeldingstermijn 85,23%. Templeton hield ten tijde van het bod 10,06% en de andere aandeelhouders 9,76%. Indien Templeton haar aandelen dus niet zou hebben aangeboden, zou de ondergrens van 95% uit art. 2:201a BW voor het succesvol instellen van een vordering tot uitkoop sowieso niet zijn gehaald.

[12] Zie art. 2:345 BW jo. art. 2:346 lid 1 sub b BW, dat – kort gezegd – bepaalt dat de houder van (certificaten van) aandelen bevoegd is tot het verzoeken tot het gelasten van een enquête. Zie over de ontvankelijkheid van Fortuna ook Q.L.C.M. Bongaerts, Toegang tot enquête voor kapitaalverschaffers – de evaluatie geëvalueerd, MvO 2018, afl. 10-11, p. 301-305.

[13] Hof Amsterdam (OK) 2 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3538, JOR 2019/10 m.nt. Josephus Jitta, r.o. 3.11-3.12.

[14] Met een verbetering op 1 november 2018, zie Hof Amsterdam (OK) 1 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4199.

[15] Onderdeel 1.12 van bijlage A Bob en onderdeel 5 van bijlage G Bob.

[16] S. Parijs, Fairness opinions, in: M.P. Nieuwe Weme, G. van Solinge, R.P. ten Have & L.J. Hijmans van den Bergh (red.), Handboek openbaar bod, Deventer: Kluwer 2008, p. 706-707.

[17] Wehrmeijer, Kouchi & Baijer 2019, par. II.2.8.

[18] Zie ook C.J.C. de Brauw, Overnames van beursvennootschappen (VDHI nr. 143), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 9.9.4.17.6.

[19] Hof Amsterdam (OK) 3 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM0597, JOR 2010/153 (Océ/Hermes), r.o. 3.4.

[20] Zie ook CBB 12 september 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:348) over de inhoud van het biedingsbericht van 1908 Acquisition B.V. en daarover M.F. Noome, De inhoud van het biedingsbericht naar aanleiding van CBB 12 september 2014 (Hestya Energy/H.E.S. Beheer), V&O 2014, afl. 11, p. 168.

[21] Stb. 2007, 329; NvT Bob, p. 53.

[22] Parijs 2008, p. 706.

[23] Stb. 2007, 329; NvT Bob, p. 45.

[24] Een 'unfairness opinion' is een uiterst zeldzaam fenomeen, maar doet zich voor in de enquêteprocedure inzake Fortuna. Het bestuur van Fortuna was het aanvankelijk niet eens met het eerste bod, en heeft op 29 mei 2017 een 'unfairness opinion' van KPMG verkregen, dat oordeelde dat het bod vanuit een financieel oogpunt niet *fair* was voor de aandeelhouders. Na het overeenkomen van een *merger protocol* tussen Fortbet en Fortuna oordeelde KPMG wél dat het bod 'fair from a financial point of view' was. Het enige andere bekende voorbeeld is de unfairness opinion bij het openbaar bod op Libertel. Zie het Offer Document openbaar bod van Vodafone Group plc op Vodafone Libertel N.V., p. 19. Zie ook S. Parijs, Aansprakelijkheid van overnemers voor 'inadequate' biedingen en de rol van fairness opinions, *Ondernemingsrecht* 2005/15. Hij spreekt in dit kader over een unfairness opinion, alhoewel dat in mijn ogen te ver voert; zie ook G. van Solinge, *Ondeugende dochters*, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 201.

[25] Parijs 2008, p. 706.

[26] Wehrmeijer, Kouchi & Baijer 2019, par. II.2.2. Zie ook De Brauw 2017, par. 9.9.4.17.6.

[27] Te raadplegen op <http://www.afm.nl/nl-nl/professionals/registers/meldingenregisters/openbare-biedingen>.

[28] In 76 van 102 gevallen hadden het bestuur en/of de RvC één of meer fairness opinions gevraagd.

[29] Wehrmeijer, Kouchi & Baijer 2019, par. II.2.9.

[30] Zie o.a. Hof Amsterdam (OK) 27 september 2007, JOR 2008/12 m.nt. Brink en Parijs 2008, p. 715.

[31] S.M. Davidoff, Fairness opinions, *American University Law Review* (55) 2006, p. 1560.

[32] S. Parijs, *Fairness opinions and liability* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005 (hierna:

Parijs 2005a), met verwijzing naar nadere literatuur in voetnoot 10.

[33] R.J. Giuffra, Jr., Investment bankers' fairness opinions in corporate control transactions, *The Yale Law Journal* (96) 1986, p. 120; A. Damodaran, Fairness opinions: Fix them or flush them!, *Wall Street Oasis* 24 september 2016.

[34] Parijs 2005a. Zie ook Wehrmeijer, Kouchi & Baijer 2019, p. 225 e.v.

[35] Wehrmeijer, Kouchi & Baijer 2019, p. 238-245.

[36] Zie art. 66 lid 2 Wet RO. Naast drie raadsheren bestaat de OK ook uit twee raden, deskundigen uit de praktijk, niet zijnde rechterlijke ambtenaren.

[37] In dit geval waren de raden bijv. respectievelijk een hoogleraar Financial Accounting/partner van EY en een oud-bestuurder van verschillende beursfondsen, thans commissaris van o.a. ABN AMRO en Royal HaskoningDHV.

[38] Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2775 (Unit4), JOR 2015/234 m.nt. T. Salemink. Zie ook O.J.W. Schotel, De OK kiest voor een historische peildatum bij uitkoopprocedures, *MvO* 2015, afl. 3, alsook de gevolgde conclusie van A-G Assink bij Sirowa, Parket bij de Hoge Raad 8 mei 2020, ECLI:NL:PHR:2020:450, r.o. 3.26, alsook HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1745.

[39] Hof Amsterdam (OK) 14 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:300, JOR 2020/33 m.nt. Josephus Jitta, r.o. 5.1.

[40] Zie Hof Amsterdam (OK) 14 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:300, r.o. 5.4.

[41] Zie [www.feg.eu/public/ec/10/ef/777821\\_1418893\\_Fortuna\\_Position\\_Statement\\_final.pdf](http://www.feg.eu/public/ec/10/ef/777821_1418893_Fortuna_Position_Statement_final.pdf), Annexure 1.

[42] Zie [www.fortunagroup.eu/public/1f/45/5f/761479\\_1321040\\_EUI\\_1201468011\\_1\\_FEG\\_Position\\_Statement\\_2\\_6\\_2017.PDF](http://www.fortunagroup.eu/public/1f/45/5f/761479_1321040_EUI_1201468011_1_FEG_Position_Statement_2_6_2017.PDF), Annexure 1.

[43] Zie [www.fortunagroup.eu/public/e8/da/98/762356\\_1327664\\_\\_2017\\_06\\_20\\_](http://www.fortunagroup.eu/public/e8/da/98/762356_1327664__2017_06_20_)

KPMG\_|Fairness\_OpinionFortbe\_RO\_Entities\_9.\_6.\_2017.pdf.

[44] Zie

[www.feg.eu/public/71/d7/6d/836587\\_1456515\\_\\_2018\\_05\\_16\\_Fortuna\\_Q1\\_2018\\_eng\\_final.pdf](http://www.feg.eu/public/71/d7/6d/836587_1456515__2018_05_16_Fortuna_Q1_2018_eng_final.pdf).

[45] Hof Amsterdam (OK) 3 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM0597, JOR 2010/153 (Océ/Hermes), r.o. 3.4.

[46] Hof Amsterdam (OK) 10 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4020 (Batenburg). Zie par. 2.5 van de Position Statement van 16 november 2015: 'In particular, the Financial Adviser was not asked to and did not make statement as to the fairness of the Offer Price or a recommendation as to whether Shareholders should accept or reject the Offer.' De Position Statement is te raadplegen op [www.afm.nl/downloadregisterfile.aspx?type=openbare-biedingen&enc=W3+45r/EgSt+MtL1GWvLPJcBf/UFxnUqKGBh3QkqSdUMBjYy9PGRlrBTtojUioxH6ZJDKIyIPq3rocIZtCrQXoJQ8Okx936](http://www.afm.nl/downloadregisterfile.aspx?type=openbare-biedingen&enc=W3+45r/EgSt+MtL1GWvLPJcBf/UFxnUqKGBh3QkqSdUMBjYy9PGRlrBTtojUioxH6ZJDKIyIPq3rocIZtCrQXoJQ8Okx936)

+HzvfVi2VUrwFh1E5gpIpfHch4F85DmueL71plsickts3mk09Nef/vdooZbvk6LjOGrRUOSeYqWnlAQzEW1kTIwNWc2I61fwT.

[47] Hof Amsterdam (OK) 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4019 (Globalworth Poland Real Estate). Zie p. 4 van de Position Statement: 'The Board of Directors has not commissioned the preparation of an external fairness opinion/report by a third party in connection with the Tender Offer', te raadplegen op [www.afm.nl/downloadregisterfile.aspx?type=openbare-biedingen&enc=W3+45r/EgSt+MtL1GWvLPJcBf/UFxnUqKGBh3QkqSdUMBjYy9PGRlrBTtojUioxH6ZJDKIyIPq3rocIZtCrQXoJQ8Okx936](http://www.afm.nl/downloadregisterfile.aspx?type=openbare-biedingen&enc=W3+45r/EgSt+MtL1GWvLPJcBf/UFxnUqKGBh3QkqSdUMBjYy9PGRlrBTtojUioxH6ZJDKIyIPq3rocIZtCrQXoJQ8Okx936)+

HzzvfVi2VUrwFh1E5gpIpfHch4F85DmueL71plsickts3mk09Nef/vdooZbvk6LjOGrRUOSeYqWnlAQzEW1kTIwNWc2I61fwT.

[48] Het overleggen van een aanvullend waarderingsrapport was ook een van de *take aways* in Wehrmeijer, Kouchi & Baijer 2019, par. II.2.11.4.1.

[49] Hof Amsterdam (OK) 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4019, r.o. 3.9 en 3.11. Zie ook Schotel & Schepel 2020, p. 212.

[50] Hof Amsterdam (OK) 2 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3538, JOR 2019/10 m.nt.

Josephus Jitta, r.o. 3.11. Zie ook Wehrmeijer, Kouchi & Baijer 2019, par. II.2.11.4.1.

[51] Dit waren bankiers werkzaam bij o.a. Leonardo & Co (thans Houlihan Lokey), Van Kempen & Co (thans Van Lanschot Kempen) en verschillende Nederlandse grootbanken, zoals ING en ABN AMRO.

RECHTSPRAAK

## Oogcontact Almelo/Thuiszorg Multihulp

***OK; enquête. De OK constateert gegronde redenen om aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij thuiszorgorganisatie Multihulp te twifelen. Multihulp heeft geen raad van commissarissen – het benoemingsbesluit is buiten vergadering genomen en vervolgens niet schriftelijk vastgelegd, waardoor het nietig is –, waardoor het vereiste onafhankelijke toezicht op het bestuur ontbreekt. Er is mogelijk ook sprake van een tegenstrijdig belang, waarbij volgens de statuten juist dan een potentiële rol is weggelegd voor de raad van commissarissen. De OK beveelt een onderzoek en benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde als bestuurder van Multihulp.***

Thuiszorg Multihulp BV ('Multihulp') is een multiculturele zorgorganisatie die gespecialiseerd is in het bieden van thuiszorg in de eigen taal en met aandacht voor de culturele achtergrond van de zorgbehoevende. Oogcontact Almelo BV ('Oogcontact') (25%), A (25%) en Beter Thuis Wonen Holding B.V. ('BTWH') (50%) zijn aandeelhouders van Multihulp. BTWH is tevens enig bestuurder van Multihulp. BTWH is daarnaast ook aandeelhouder en bestuurder van een zestal andere zorgondernemingen die thuiszorgdiensten verlenen ('de BTW-groep'), waaronder Beter Thuis Wonen Thuiszorg ('BTWT').

De statuten van Multihulp bepalen dat er een raad van commissarissen ('RvC') is, bestaande uit twee personen, van wie één op voordracht van de cliëntenraad. Verder volgt uit de statuten dat het bestuur voor verschillende besluiten de voorafgaande goedkeuring nodig heeft van zowel de AVA als de RvC. Ook is de RvC verantwoordelijk voor de besluitvorming over zaken waarbij een belangenverstrengeling aan de orde kan zijn.

Tussen Multihulp en BTWH is een managementovereenkomst gesloten, op grond waarvan BTWH jegens Multihulp aanspraak heeft op betaling van een *management fee*. Multihulp sluit voorts met BTWT een dienstverleningsovereenkomst en een onderaannemingsovereenkomst.

In het geding staat vast dat BTWT als eigen vergoeding 10% mag inhouden op de aan Multihulp te betalen zorggelden.

Oogcontact uit verschillende bezwaren over de gang van zaken binnen Multihulp. Zij heeft daarin met name aan de orde gesteld: het gebrek aan marktconformiteit van de doorbelastingen vanuit BTWT aan Multihulp, het ontbreken van een RvC en het bestaan van een tegenstrijdig belang tussen BTWH en Multihulp. Voorts heeft Oogcontact acht maatregelen voorgesteld. BTWH heeft (een deel van) de bezwaren als ongegrond van de hand gewezen.

### **Enquêteverzoek**

Oogcontact heeft daarop de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Multihulp. Oogcontact stelt dat er gegronde redenen zijn om te twifelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij Multihulp. Daarbij heeft zij tevens – samengevat – verzocht bij wijze van onmiddellijke voorziening voor de duur van het geding een derde persoon te benoemen tot bestuurder van Multihulp.

### **RvC**

De OK verneemt dat de RvC buiten vergadering door een mondeling unaniem besluit van alle (toenmalige) aandeelhouders is benoemd. Schriftelijke vastlegging van het besluit heeft echter niet plaatsgevonden. De OK overweegt dat niet is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste dat krachtens artikel 2:238 lid 2 BW geldt voor stemuitbrenging in geval van besluitvorming buiten vergadering. Het besluit buiten vergadering tot benoeming van de RvC van Multihulp moet daarom als nietig worden beschouwd.

Dat brengt mee dat moet worden aangenomen dat Multihulp geen RvC heeft, waardoor het vereiste onafhankelijke toezicht op haar bestuur ontbreekt. Dit vormt een gegronde reden om aan een goede gang van zaken te twifelen. Dat geldt temeer nu de aandeelhouders van Multihulp geen actie hebben ondernomen nadat Oogcontact op het ontbreken daarvan had gewezen.

### **Tegenstrijdig belang bestuurder Multihulp**

De OK constateert voorts dat de belangen van (de aandeelhouders van) BTWH en haar 100% dochterondernemingen (zoals BTWT) enerzijds en die van Multihulp anderzijds niet parallel lopen. Daarom kan in redelijkheid worden betwijfeld of BTWH en haar aandeelhouders zich bij haar/hun handelen namens Multihulp uitsluitend laat/laten leiden (of zal/zullen laten leiden) door het belang van Multihulp en de aan haar verbonden onderneming.

Bij overeenkomsten tussen Multihulp en BTWH/BTWT dient BTWH als bestuurder van Multihulp aan bepaalde wettelijke en statutaire zorgvuldigheidseisen te voldoen. Zo moeten de belangen van Multihulp enerzijds en die van BTWH/BTWT anderzijds zorgvuldig gescheiden worden gehouden en dient er een hoge mate van transparantie te worden betracht. Volgens de OK lijkt het deels aannemelijk dat deze zorgvuldigheidseisen niet voldoende in acht zijn genomen. Ook dit levert een gegronde reden op om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen.

### **Te hoge vergoedingen, te hoge overhead**

Verder plaatst Oogcontact vraagtekens bij onder andere de marktconformiteit van de vergoedingen van Multihulp aan BTWT, de veel te hoge overheadkosten en de marktconformiteit van de *management fee*. De OK is van oordeel dat de onduidelijkheid die is gebleken over de hoogte van de overhead en de kostenposten die daarbij door Multihulp in aanmerking worden genomen (r.o. 3.7 en 3.8) en over de activiteiten die voor de *management fee* daadwerkelijk worden uitgevoerd (r.o. 3.10), gegronde redenen vormen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken, die mede een onderzoek rechtvaardigen.

### **Slotsom**

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Multihulp. De OK benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde als bestuurder van Multihulp, aan wie in het bestuur van Multihulp een doorslaggevende stem toekomt, die zelfstandig bevoegd is Multihulp te vertegenwoordigen en zonder wie Multihulp niet kan worden vertegenwoordigd. De OK gaat ervan uit dat de aandeelhouders van Multihulp thans een RvC zullen benoemen, zodat een daarop gerichte voorziening vooralsnog niet noodzakelijk wordt geacht. De te benoemen bestuurder mag het bovendien tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven.

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

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 15-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:3621

**Zaaknummer:** 200.276.105/01 OK

**Rechters:** C.C. Meijer, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, M.N. Hoogendoorn en E. Eeftink

**Advocaten:** H.P. Plas en E.N. Mulder

**Wetsartikelen:** 2:350 lid 1 BW, 2:349a lid 2 BW, 2:345 BW, 2:250 BW, 2:238 lid 2 BW en 2:14 BW

RECHTSPRAAK

## **Vicepresident Henk/AMTA – Nietigheid/vernietigbaarheid besluit opzegging lidmaatschap, verjaring**

***Een voormalig lid van een motorvereniging vordert de verklaring voor recht dat het besluit tot ontzetting uit het lidmaatschap niet door het bevoegde orgaan is genomen. Het hof wijst deze vordering toe, omdat niet de algemene ledenvergadering maar het bestuur op grond van de statuten bevoegd is tot opzegging van en ontzetting uit het lidmaatschap. Het hoger beroep tegen het besluit van het bestuur tot opzegging van het lidmaatschap wordt afgewezen, onder andere omdat de verjaringstermijn voor vernietiging is verstrekken.***

Gedaagde, Asgardians Motor Tour Association ('AMTA'), is een vereniging voor veteranen en (oud-)militairen met de doelstelling met leden te toeren op hun motor. Het bestuur van AMTA bestaat uit een voorzitter, een secretaris en een penningmeester. Daarnaast zijn er nog vijf andere leden, die volgens de statuten en het door AMTA gehanteerde reglement bestuurlijke functies hebben binnen de vereniging. Appellant, Vicepresident Henk, is één van deze vijf leden. Het bestuur en de vijf leden gezamenlijk vormen het kader ('het Kader'). In artikel 4 van de statuten van AMTA staat dat het lidmaatschap onder andere eindigt door opzegging door de vereniging of ontzetting. Zowel opzegging als ontzetting van een lid geschiedt op grond van de statuten door het bestuur.

Op 6 april 2018 heeft de voorzitter van AMTA een vergadering belegd voor het Kader met uitzondering van Vicepresident Henk en een ander Kaderlid: Captain/Capt at Arms Martin. In de vergadering is gesproken en gestemd over de beëindiging van het lidmaatschap van Vicepresident Henk en Capt at Arms Martin. De zes leden van het Kader hebben unaniem voor het per direct beëindigen van het lidmaatschap van beide leden gestemd. De notulen van de bestuursvergadering zijn niet aan Vicepresident Henk of Capt at Arms Martin bekendgemaakt.

Op 9 april 2018 is een uitnodiging voor een algemene ledenvergadering ('ALV') gezonden aan

de leden. Vanwege een fout in de uitnodiging is op 16 april 2018 een hersteluitnodiging verzonden. Op 26 april 2018 heeft een ALV plaatsgevonden in afwezigheid van Vicepresident Henk en Capt at Arms Martin. Op de agenda van de ALV stond de bespreking van en stemming over de ontzetting van Vicepresident Henk respectievelijk Capt at Arms Martin. In de ALV hebben alle aanwezige leden voor de ontzetting van Vicepresident Henk en Capt at Arms Martin gestemd. Op 27 april 2018 zijn de notulen van de vergadering aan de ontzette leden gezonden en bij brief van 28 april 2018 zijn zij door het bestuur van AMTA geïnformeerd over hun ontzetting.

Vicepresident Henk vordert in hoger beroep verklaringen voor recht die inhouden dat het besluit om hem uit het lidmaatschap te ontzetten niet rechtsgeldig is en dat door AMTA jegens hem onrechtmatig is gehandeld en voorts de veroordeling van AMTA tot vergoeding van de door hem als gevolg van het onrechtmatig handelen van AMTA geleden schade. In eerste aanleg heeft de rechtbank de vorderingen van Vicepresident Henk afgewezen.

Het hof oordeelt dat krachtens artikel 4 van de statuten van AMTA zowel de opzegging van het lidmaatschap als de ontzetting van het lid uit het lidmaatschap door het bestuur van de vereniging geschieden. Deze bevoegdheid kan aan een ander orgaan worden overgedragen, maar daarvan is niet gebleken. Dit brengt volgens het hof mee dat het besluit van de ALV van 26 april 2018 om Vicepresident Henk uit het lidmaatschap te ontzetten niet rechtsgeldig is, omdat de ALV niet bevoegd was een dergelijk besluit te nemen. Het oordeel van de rechtbank dat het besluit van 26 april 2018 door het bestuur is genomen, vindt volgens het hof geen steun in de notulen van de ALV en in de brief van 28 april 2018. De gevorderde verklaring voor recht dat het besluit van 26 april 2018 nietig is, acht het hof toewijsbaar.

De nietigheid van het besluit van 26 april 2018 leidt er naar het oordeel van het hof echter niet toe dat het lidmaatschap van Vicepresident Henk niet is geëindigd. Voorafgaand aan de ALV heeft het bestuur een besluit genomen om het lidmaatschap van Vicepresident Henk per direct te beëindigen. Gelet op de gekozen bewoordingen in de notulen is het hof van oordeel dat geen sprake is van ontzetting, maar van opzegging van het lidmaatschap met onmiddellijke ingang. Het feit dat Vicepresident Henk pas via de conclusie van antwoord in eerste aanleg, op 15 augustus 2018, kennis heeft genomen van de inhoud van de notulen van de vergadering van 6 april 2018 brengt hierin volgens het hof geen verandering. De termijn van één jaar voor de vernietiging van besluiten als bedoeld in artikel 2:15 lid 5 BW vangt immers pas aan op het moment dat de betrokkene kennis van het besluit heeft genomen. Vicepresident Henk heeft aldus geen nadeel ondervonden van de late kennisname van het besluit. Nu de vernietiging van het besluit van 5 april 2018 pas voor het eerst na eisenwijziging bij memorie van grieven van 5 november 2019 is gevorderd, is de termijn van één jaar na 15 augustus 2018 verstreken. De mogelijkheid om vernietiging te vorderen, was daarmee

inmiddels vervallen.

Tot slot wijst het hof de vordering van Vicepresident Henk dat handhaving van het besluit van 6 april 2018 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is af, vanwege onvoldoende toelichting en ondersteuning door feitenmateriaal. Hetzelfde geldt voor de vordering van schadevergoeding op grond van onrechtmatig handelen.

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

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

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

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:2941

**Zaaknummer:** 200.266.405/01

**Rechters:** P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, E.E. van Tuyll Serooskerken-Röell en H. Struik

**Advocaten:** M. van Weeren en M.L.A. Verleun

**Wetsartikelen:** 2:8 BW, 2:15 lid 5 BW, 2:35 BW, 2:14 lid 1 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

## **Reas Travel Group/Stichting Garantiefonds Reisgelden**

***Vordering van een deelnemer van Stichting Garantiefonds Reisgelden tegen het besluit van het bestuur van de stichting dat de door de deelnemer afgegeven bankgarantie wordt bevroren. De voorzieningenrechter oordeelt dat het bestuur in het licht van de Covid-19 pandemie in redelijkheid tot dit besluit heeft kunnen komen.***

Reas Travel Group B.V. ('Reas') is actief op het gebied van reisbemiddeling en levert door haar bij derden ingekochte pakketreizen aan consumenten. Reas is als deelnemer aangesloten bij Stichting Garantiefonds Reisgelden ('SGR'). SGR heeft onder meer als doel het doen van uitkeringen aan consumenten die pakketreisovereenkomsten hebben gesloten met deelnemers van SGR, indien deze consumenten geldelijke schade lijden als gevolg van het wegens financieel onvermogen niet presteren van een deelnemer.

In het SGR Deelnemersreglement ('het reglement') zijn de rechten en verplichtingen met betrekking tot het deelnemerschap opgenomen. Nadere regels zijn opgenomen in een uitvoeringsregeling ('de regeling'). In het reglement zijn onder meer verplichtingen opgenomen betreffende de solvabiliteit van en zekerheidsstellingen door de deelnemers. In de regeling is onder meer vastgelegd op welke gronden de deelnemers een bankgarantie moeten verstrekken aan SGR.

Op basis van het reglement, de regeling en de jaarcijfers van de deelnemer van het voorgaande jaar stelt SGR normaal gesproken jaarlijks de hoogte van de te verstrekken bankgarantie vast. SGR heeft in de zomer van 2020 besloten de bestaande bankgaranties van al haar deelnemers voorlopig niet te verhogen of te verlagen. SGR zag zich tot dit besluit genoodzaakt door de situatie waarin zij, als gevolg van de Covid-19 pandemie, ermee heeft ingestemd dat de deelnemers, ter voorkoming van acute liquiditeitsproblemen, aan reizigers vouchers konden uitgeven die gedekt waren onder de SGR-garantieregeling, zonder daarvoor extra zekerheden te ontvangen.

Reas heeft zich verzet tegen het handhaven van de bankgarantie en stelt dat SGR jegens haar

in verzuim is en onrechtmatig handelt. Reas vordert SGR te gebieden de afgegeven garantie vrij te geven, tegen gelijktijdige verstrekking van een lagere bankgarantie op basis van de jaarrekening van Reas over 2019.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat moet worden beoordeeld of SGR op grond van het reglement de bevoegdheid had het besluit te nemen de bankgaranties te bevrozen, zonder daarbij, voorafgaand, de belangen van de individuele deelnemers af te wegen. Vervolgens wordt getoetst of het bestuur in redelijkheid tot dit besluit heeft kunnen komen, waarbij rekening dient te worden gehouden met de wijze van totstandkoming van het besluit.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft SGR op het eerste gezicht een afgewogen inschatting gemaakt van het totale financiële risico dat zij in 2020 liep door de uitgifte van de vouchers. Hierbij heeft SGR de gegevens van haar twintig grootste deelnemers (goed voor 70% van het risico) vergeleken. Voldoende aannemelijk is dat het praktisch onmogelijk was in korte tijd alle deelnemers financieel door te lichten en individuele besluiten te nemen. Als gevolg van de Covid-19 pandemie steeg het risico van SGR van 10% op de risicodragende omzet tot 50 of 60% van de jaaromzet, waarmee voldoende aannemelijk is dat haar risico op een liquiditeitstekort aanzienlijk toenam en de dekkingsgraad ontoereikend begon te worden.

Op basis van deze omstandigheden mocht SGR de bestaande zekerheden in stand houden. Dat SGR daarbij aansluiting heeft gezocht bij de huidige zekerheden en niet bij zekerheden uit eerdere jaren, is naar voorlopig oordeel logisch in het kader van het bevrozingsbesluit en niet onredelijk. Nu de bijzondere omstandigheden snelle actie vereisten, maakt de omstandigheid dat een toelichting op het besluit pas later volgde, niet dat het besluit niet of gebrekkig tot stand is gekomen.

Op basis van hetgeen door partijen is aangedragen, ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding de bankgarantie van Reas alsnog te verlagen en wijst hij de vorderingen van Reas af.

*T.M. Goudzwaard, maart 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 02-02-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2021:747

**Zaaknummer:** C/10/609284 / KG ZA 20-1122

**Rechters:** A.F.L. Geerdes

**Advocaten:** J.A. Tersteeg en J.M.L.G. de Jong

**Wetsartikelen:**

RECHTSPRAAK

## **Ankibe en 3Dames/Mega Windforce Holding en Rikus c.s. III**

***OK; enquête. Vervolg op OR 2019-0136 en OR 2020-0048.  
Aandeelhouders stellen dat de enquêteprocedure en onmiddellijke  
voorzieningen niet meer noodzakelijk zijn en dat de OK-bestuurder  
het biedingsproces gebrekkig en oneerlijk heeft doen verlopen. De OK  
oordeelt dat de OK-bestuurder in redelijkheid kwam tot de transactie  
met de financieringsverstrekker en dat de transactie moet worden  
voltooid. De OK beëindigt de enquêteprocedure en heft de  
onmiddellijke voorzieningen op met ingang van de dag na voltooiing  
van de transactie.***

Vervolg op de uitspraken ECLI:NL:GHAMS:2019:2754 (OR 2019-0136) en ECLI:NL:GHAMS:2019:4229 (OR 2020-0048). Mega Windforce Holding B.V. ('MWF') is een start-up die zich bezighoudt met het ontwikkelen van een innovatieve asloze windturbine. BRainmaker B.V. en Forest Wing B.V. ('BRainmaker c.s.') en Rikus B.V. ('Rikus') houden gezamenlijk 58,3% van de aandelen in MWF. Ankibe B.V. en 3Dames B.V. ('Ankibe c.s.') houden gezamenlijk 41,7% van de aandelen in MWF. De natuurlijke personen achter BRainmaker c.s. en Rikus c.s. zijn tevens de bestuurders van MWF. Bij beschikking van 29 juli 2019 heeft de OK Willemse benoemd tot tijdelijk bestuurder van MWF met beslissende stem en als zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd zonder wie de vennootschap niet kan worden vertegenwoordigd. Bij beschikking van 27 november 2019 heeft de OK het verzoek van Willemse tot schorsing van alle medebestuurders en overdracht van alle aandelen ten titel van beheer toegewezen vanwege het onmogelijk maken van collegiaal overleg door de medebestuurders.

All Fours B.V. c.s. ('All Fours c.s.') en Stichting Wervelwind ('Wervelwind') zijn door de OK toegelaten als belanghebbenden in de procedure, omdat zij als verschaffers van risicodragend vermogen van MWF worden beschouwd.

Ankibe c.s. stellen dat het conflict binnen MWF dat aanleiding was voor de onderhavige procedure, is opgelost en dat gronden en noodzaak voor de onmiddellijke voorzieningen niet langer bestaan, omdat BRainmaker c.s. hun aandelen aan Ankibe c.s. hebben verkocht en dat de natuurlijke personen achter BRainmaker c.s. ontslag hebben genomen als bestuurders van MWF. Ook stellen Ankibe c.s. onder meer dat MWF de kosten van de onmiddellijke voorzieningen niet meer kan dragen en dat het biedingsproces gebrekkig en oneerlijk is verlopen.

De OK oordeelt dat Willemse, namens MWF, via een georganiseerd proces heeft onderzocht welke mogelijkheden tot financiering er zijn, waarbij hij zich eerst richtte op de aandeelhouders en de aandeelhouders een duidelijke en niet onredelijk korte termijn stelde en hen voorzag van een omschrijving van de informatie die een financieringsvoorstel in ieder geval diende te bevatten. Het financieringsvoorstel van Ankibe c.s. was tijdig gedaan, maar hier kon begrijpelijkerwijs geen vervolg aan worden gegeven vanwege de gesignaleerde knelpunten. Het financieringsvoorstel van Rikus was niet tijdig gedaan en Willemse heeft een verlaat financieringsvoorstel ontoereikend en onvoldoende concreet bevonden.

Na het afwijzen van de financieringsvoorstellen van Ankibe c.s. en Rikus richtte Willemse zich op het voorstel van Wervelwind, waarbij zich de vraag laat stellen of Willemse de aandeelhouders op de hoogte had moeten stellen van het voorstel en op het mogelijke gevolg dat hun aandelenbelang aanzienlijk zou verwateren. De OK oordeelt dat het op de hoogte stellen in de gegeven omstandigheden niet noodzakelijk was, mede vanwege het belang van MWF om op korte termijn een voorschotbetaling te kunnen krijgen. De daaraan gekoppelde exclusiviteit van onderhandelingen was voorts ook redelijk en in het belang van MWF, omdat Wervelwind slechts hierdoor een uitgewerkt voorstel kon doen en de aandeelhouders eerder steeds onvoldoende bereid of in staat bleken in de noodzakelijke financiering te voorzien.

De OK oordeelt voorts dat Willemse tot een redelijke waardering van de vennootschap kwam. Willemse hoefde de vennootschap niet te laten waarderen, omdat nog grote onzekerheid bestaat over de commerciële exploitatie van een windmolen en de opbrengsten daarvan. De waardering is voldoende beredeneerd door een vergelijking te maken met eerder genoemde bedragen.

Verder overweegt de OK dat de verkoop van de aandelen aan Ankibe c.s. niet meebracht dat de verkrijging van financiering uitsluitend aan Ankibe c.s. zou moeten worden overgelaten. Ook oordeelt de OK dat het ontbreken van een cap op de conversiekoers in de Convertible Loan Agreements ('CLA') niet is te beschouwen als een omissie in de CLA's, vooral gelet op de onderhandelingspositie van de CLA-houders omdat zij eerder bereid waren financiering te verstrekken. De OK oordeelt voorts dat het artikel uit de statuten waaruit voortvloeit dat de

algemene vergadering telkens kan besluiten het voorkeursrecht uit te sluiten of te beperken zolang de aandelen onder OK-beheer zijn, tevens toepassing vindt in het geval van de transactie met Wervelwind.

De OK oordeelt dat Willemse in redelijkheid heeft besloten tot het aangaan van een overeenkomst met Wervelwind en dat de daarin voorziene emissie niet in strijd is met artikel 2:8 BW, ondanks de verwatering van het aandelenbelang. Een en ander wordt gerechtvaardigd door de moeizame voorgeschiedenis, de dringende financieringsbehoefte en het gebrek aan tijdig voorgestelde alternatieven.

Het verzoek van Rikus tot het gelasten van een onderzoek over de periode na de eerste beschikking van 26 juli 2019 wordt afgewezen, omdat niet is gebleken van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken in die periode.

De OK beëindigt de enquêteprocedure, heft de onmiddellijke voorzieningen op met ingang van de dag na de datum waarop de uitgifte van nieuwe aandelen aan Wervelwind en All Fours c.s. is voltooid en veroordeelt Ankibe B.V., 3Dames B.V. en Rikus B.V. in de kosten van het geding.

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

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

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

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:3764

**Zaaknummer:** 200.262.496/02 OK en 200.262.496/03 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, J.M. de Jongh, M.N. Hoogendoorn en E. Eeftink

**Advocaten:** E. Stegerhoek, K. Watanabe, L.M. Graal, F.R. Duijn en B.W. Brouwer

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

RECHTSPRAAK

## **Ontslag bestuurder stichting administratiekantoor wegens wanbeheer**

***Op verzoek van een aantal certificaathouders ontslaat de rechtbank de enig bestuurder van een stichting administratiekantoor wegens wanbeheer als bedoeld in artikel 2:298 BW.***

Partijen zijn allen certificaathouders van zowel Stichting S&V als Stichting Diependaal en aldus op gelijke wijze gerechtigd tot hetgeen ten titel van beheer door beide stichtingen wordt gehouden. Tot het vermogen behoren aandelen in de Luxemburgse vennootschap M&J Corporation SA ('de Vennootschap'). Beide stichtingen zijn een zogenoemde stichting administratiekantoor. Tussen de stichtingen bestaat onduidelijkheid over de vraag of de aandelen in de Vennootschap op enig moment van Stichting S&V zijn overgedragen aan Stichting Diependaal en of deze stichting als eigenaar van de aandelen van de Vennootschap heeft te gelden.

Verweerster was bestuurder van Stichting S&V en is sinds 1 februari 2014 enig bestuurder van Stichting Diependaal. Het bestuur van S&V wordt thans gevormd door onafhankelijke bestuurders die door de rechtbank zijn benoemd.

De procedure gaat over het verzoek van enkele certificaathouders tot ontslag van verweerster als bestuurder van Stichting Diependaal. Verzoekers stellen samengevat dat verweerster als bestuurder van Stichting Diependaal elke vorm van medewerking aan de bedrijfsvoering en de besluitvorming binnen de Vennootschap heeft geweigerd en dat verweerster daardoor de belangen van de gezamenlijke certificaathouders heeft geschonden. Daarbij wijzen de verzoekers op de bevindingen van de huidige bestuurders van Stichting S&V die in een eerdere gerechtelijke procedure zijn aangesteld en op de omstandigheid dat het trustkantoor IQEQ haar werkzaamheden als trustbestuurder van de Vennootschap heeft opgezegd vanwege de bestaande impasse. Hierdoor heeft verweerster zich volgens verzoekers schuldig gemaakt aan wanbeheer in de zin van artikel 2:298 lid 1 BW. Zij verzoeken de rechtbank verweerster te ontslaan als bestuurder en Stichting S&V te benoemen als bestuurder van Stichting Diependaal.

Verweerster en belanghebbenden (eveneens certificaathouders) voeren verweer en stellen samengevat dat de door verzoekers aangevoerde gronden voor ontslag het verzoek niet kunnen dragen en dat de toepassing van artikel 2:298 lid 1 BW niet wordt gerechtvaardigd met het enkele doel uit een impasse te komen. Tevens wijzen zij erop dat de statuten van Stichting Diependael bepalen dat verweerster niet zonder haar instemming kan worden ontslagen als bestuurder van Stichting Diependael door de vergadering van certificaathouders. Ook zouden de statuten geen kwaliteitseisen aan de bestuurder stellen.

De rechtbank stelt voorop dat op grond van artikel 2:239 lid 5 BW, een bestuurder van een stichting (naar analoge toepassing) bij zijn handelen het belang van de stichting heeft te dienen en niet zijn persoonlijke belangen. Daarbij wordt door de rechtbank ook gewezen op het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen dat onder meer voorziet in de toevoeging van artikel 2:291 lid 3 BW, inhoudende dat de bestuurders van een stichting zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Bij het belang van de stichting dient een bestuurder ook acht te slaan op het in de statuten opgenomen statutaire doel van de stichting.

Mede gelet op de doelomschrijving van Stichting Diependael ligt het naar het oordeel van de rechtbank op de weg van verweerster om zich bij haar handelen als bestuurder te richten op een zorgvuldige wijze van beheer van de aandelen van de Vennootschap in het belang van alle certificaathouders. Gelet daarop kon van verweerster worden gevergd dat zij ervoor zou zorgdragen dat Stichting Diependael steeds tijdig haar medewerking zou verlenen aan alle voor het welvaren van de Vennootschap benodigde aandeelhoudersbesluiten. Door na te laten aldus te handelen, heeft verweerster naar het oordeel van de rechtbank feitelijk geweigerd mee te werken aan de besluitvorming die nodig is voor het vaststellen van de jaarrekeningen van de Vennootschap vanaf 2015. Dit heeft geleid tot een crisissituatie bij de Vennootschap met als gevolg dat onder meer het trustkantoor haar bestuursfunctie bij de Vennootschap heeft neergelegd. De rechtbank komt tot de conclusie dat verweerster zich als bestuurder van Stichting Diependael schuldig heeft gemaakt aan wanbeheer, zoals bedoeld in artikel 2:298 lid 1 BW.

Ten aanzien van het verzoek om Stichting S&V te benoemen als bestuurder van Stichting Diependael, is door verweerster en belanghebbenden verweer gevoerd in de zin dat daarmee de complexiteit van de impasse zou worden miskend. Ook bestrijden zij de 'neutraliteit' van de door de rechtbank benoemde bestuurders van Stichting S&V. De rechtbank blijkt niet gevoelig voor de argumenten van verweerster en belanghebbenden. De rechtbank ziet geen reden te twijfelen aan de onafhankelijkheid van de bij Stichting S&V aangestelde bestuurders, die dienen te handelen in het belang van de gezamenlijke certificaathouders, en benadrukt de noodzaak van een oplossing om de impasse te doorbreken.

Gelet op het voorgaande ontslaat de rechtbank verweester als bestuurder van Stichting Diependael wegens wanbeheer en benoemt Stichting S&V als bestuurder van Stichting Diependael. De rechtbank bepaalt dat Stichting S&V als bestuurder van Stichting Diependael gemachtigd is al het nodige te doen om beide stichtingen met elkaar te laten fuseren indien dat door (het bestuur van) Stichting S&V in het belang van alle betrokkenen wordt geoordeeld.

De beschikking wordt (ambtshalve) uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

*M.C.J. Peeters, februari 2021*

---

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

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

**ECLI:** ECLI:NL:RBZWB:2020:6776

**Zaaknummer:** C/02/373175/ HA RK 20-120

**Rechters:** A.J.P. Schild

**Advocaten:** C.C.C.A.M. Kuijken en J. Verhoeven

**Wetsartikelen:** 2:298 BW

## RECHTSPRAAK

### **Appellant/Vereniging van volkstuinders**

***Het bestuur van de vereniging van volkstuinders heeft het lidmaatschap van appellante opgezegd wegens niet-nakoming van de lidmaatschapsverplichtingen. Appellante heeft niet binnen een jaar na de dag waarop zij van het opzeggingsbesluit kennis heeft genomen of daarvan is verwittigd, op grond van artikel 2:15 BW een vordering tot vernietiging daarvan ingesteld. Hierdoor moet het opzeggingsbesluit als rechtsgeldig worden aangemerkt. Het hof overweegt ten overvloede dat ook een inhoudelijke toetsing appellante niet had kunnen baten. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter in eerste aanleg waarin de vorderingen van de vereniging zijn toegewezen.***

Appellante maakt sinds 1 juli 2006 gebruik van het volkstuinpark te Amsterdam, een afdeling van de vereniging van geïntimeerde ('BVV'). Aan de tussen partijen gesloten huurovereenkomst is onverbrekelijk het lidmaatschap van BVV verbonden. Op basis van de op dit lidmaatschap van toepassing verklaarde reglementen dient ieder lid in de maanden maart tot en met november tien maal twee uur per week 'algemeen werk' te verrichten. Op het onttrekken aan dit werk staat een boete van € 25. De statuten van de vereniging bepalen dat het lidmaatschap kan worden opgezegd als een lid in strijd handelt met de statuten, een reglement of een besluit.

Ten aanzien van Appellante wordt melding gemaakt van meerdere incidenten en ook van een achterstand in werkbeurten. Appellante zou bovendien haar tuin niet onderhouden op de voorgeschreven wijze. De tuchtcommissie van BVV heeft aan Appellante een geldboete van € 200 opgelegd. Ook BVV heeft meerdere boetes opgelegd aan Appellante wegens achterstallige werkbeurten. Op een gegeven moment heeft het bestuur van de afdeling Amsterdam bij het bondsbestuur van BVV een aanvraag ingediend om het lidmaatschap van Appellante te beëindigen. Naar aanleiding van die aanvraag heeft een gesprek plaatsgevonden met Appellante en haar zoon, waarin Appellante nog een laatste kans is gegeven en afspraken zijn gemaakt over het onderhoud en de werkbeurten. Toen Appellante zich vervolgens niet

aan deze afspraken hield heeft BVV per brief van 12 oktober 2017 het lidmaatschap van Appellante definitief opgezegd. Bij brief van haar advocaat heeft Appellante zich tegen de opzegging verzet.

In eerste aanleg heeft BVV veroordeling van Appellante tot betaling van lopende jaarlasten en ontruiming van het door haar gehuurde gevorderd onder verbeurte van een dwangsom en met machtiging van BVV om het gehuurde inclusief beplanting en opstallen over te dragen aan een nieuwe gebruiker. De kantonrechter heeft de vorderingen van BVV toegewezen. Volgens de kantonrechter had Appellante op grond van artikel 2:15 BW het opzeggingsbesluit kunnen vernietigen door een vordering in te dienen bij de rechtbank Amsterdam binnen een jaar na de dag waarop zij van het opzeggingsbesluit kennis heeft genomen of daarvan is verwittigd. Nu Appellant dat niet heeft gedaan moet de opzegging volgens de kantonrechter als rechtsgeldig worden aangemerkt en is het lidmaatschap definitief geëindigd.

Tegen die beslissing gaat Appellante in hoger beroep. Volgens Appellante was voor haar niet kenbaar dat een opzeggingsbesluit was genomen noch op welke gronden dit besluit rustte. Het hof gaat hier niet in mee. Volgens het hof vereisen de wet of de statuten niet dat een besluit separaat kenbaar moet worden gemaakt. BVV was aldus vrij het besluit op te nemen in haar brief van 12 oktober 2017. Dat Appellante een en ander ook heeft begrepen, blijkt volgens het hof uit de reactie van haar advocaat waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar de opzegging van haar lidmaatschap. Hierop stuiten ook de overige grieven van Appellante af.

Het hof merkt ten overvloede nog op dat een eventuele inhoudelijke toetsing van het opzeggingsbesluit Appellante ook niet had kunnen baten. Op basis van de feiten kan immers niet anders worden geconcludeerd dan dat Appellante zich herhaaldelijk niet aan de op basis van het reglement geldende regels heeft gehouden en ook na waarschuwing haar verplichtingen niet deugdelijk nakwam, aldus het hof.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter en veroordeelt Appellante in de kosten van het geding in hoger beroep.

*D.E. Mandigers, maart 2021.*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 27-10-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:2917

**Zaaknummer:** 200.248.648/01

**Rechters:** E.E. van Tuyll Serooskerken-Röell, P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten en H. Struik

**Advocaten:** R.G.E. de Vries en F.J. Ringnalda

**Wetsartikelen:** 2:15 BW, 2:15 lid 5 BW, 2:34a BW en 2:35 lid 2 BW

## RECHTSPRAAK

### Schorsing bestuurder in kort geding

***In kort geding wordt de schorsing van een bestuurder en de benoeming van een ander tot (tijdelijk) bestuurder gevorderd. De voorzieningenrechter oordeelt dat schorsing van een bestuurder in kort geding slechts mogelijk is indien wordt voldaan aan de criteria op grond waarvan de OK een bestuurder kan schorsen. In kort geding geldt daarom de eis dat sprake moet zijn van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen. De voorzieningenrechter oordeelt dat hieraan niet is voldaan; de bestuurder wordt niet geschorst.***

Unit17 is een vennootschap waarvan de aandelen (indirect) worden gehouden door A en Gedaagde. Gedaagde is ook bestuurder van Unit17. A hield zich bezig met de administratie en Gedaagde met de in- en verkoop van refurbished elektronica. A heeft haar aandelen overgedragen aan haar schoonzus (Eiser) waarbij A van Eiser een volledige volmacht ontving voor het uitoefenen van de aandeelhoudersrechten. A bleef haar werkzaamheden uitvoeren.

Begin 2019 zijn A en Gedaagde benaderd door B die aandeelhouder en bestuurder is van Minpex, een onderneming die zich bezighield met dezelfde activiteiten als Unit17. A en Gedaagde zijn gevraagd voor Minpex te komen werken. A en Gedaagde hebben dat gedaan. Na uitbreken van de coronacrisis is B zich samen met een aantal samenwerkingspartners gaan bezighouden met de handel in mondkapjes. Omdat Unit17 beschikte over een vergunning als bedoeld in artikel 23 Wet Omzetbelasting is, met toestemming van Gedaagde als bestuurder van Unit17 en tegen een vergoeding van € 0,02 per verkocht medisch hulpmiddel, de handel in de mondkapjes via Unit17 gelopen. A zou daarbij de administratie verzorgen, waarbij de geldstromen via een aparte bankrekening van Unit17 zouden lopen.

Door B is aan Gedaagde verklaard dat de inkomsten tegenvielen. Nadat Gedaagde echter had geconstateerd dat er betalingen van meerdere miljoenen vanaf de aparte bankrekening van Unit17 aan partijen waren betaald die zijn gelieerd aan A en B, heeft Gedaagde de

bankrekening geblokkeerd en het resterende saldo van € 230.000 in het belang van Unit17 gestald op haar privé-bankrekening. Dit bedrag is daarna ook terugbetaald aan Unit17. Namens Unit17 zijn ten laste van A, B en de samenwerkingspartners van B beslagen gelegd.

Eiser vordert in kort geding dat Gedaagde als bestuurder van Unit17 wordt geschorst, Gedaagde gedurende de schorsing geen bestuurshandelingen mag verrichten, Gedaagde de bankpassen en administratie van Unit17 moet overhandigen en A wordt benoemd tot (tijdelijk) bestuurder. Volgens Eiser heeft Gedaagde de bestuurstaken verwaarloosd en de belangen van Unit17 achtergesteld bij de belangen van Gedaagde, doordat de blokkade van de bankrekening de handel in de mondkapjes heeft stilgelegd en gelden zijn onttrokken aan het vermogen van Unit17.

Gedaagde betwist dat zij als bestuurder onbehoorlijk heeft gehandeld. Het overboeken van het saldo was ter veiligheid van Unit17 en het bedrag is ook terugbetaald. De blokkade van de bankrekening heeft plaatsgevonden vanwege de zeer grote en onverklaarbare betalingen aan gelieerde partijen van A en B. Ondanks dat A de boekhouding verzorgde, is A niet bereid geweest inzage of een verklaring aan Gedaagde te verstrekken.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat hij een bestuurder slechts kan schorsen indien wordt voldaan aan de omstandigheden waaronder de OK in het kader van een voorlopige maatregel een bestuurder kan schorsen. Er dient derhalve sprake te zijn van een situatie waarin getwijfeld kan worden aan een juist beleid of juiste gang van zaken. De voorzieningenrechter is van oordeel dat hieraan niet is voldaan, althans dat Eiser dat onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Er zijn tussen partijen geen schriftelijke afspraken gemaakt en Gedaagde was slechts zijdelings betrokken bij de handel in de mondkapjes, hetgeen door (de advocaat van) Eiser ook is erkend.

De handel in mondkapjes bracht aanzienlijke risico's mee voor Unit17. Doordat bovendien aanzienlijke betalingen waren verricht aan partijen die aan A en B zijn gelieerd én A geen bevredigend antwoord kon of wilde geven op vragen van Gedaagde, heeft Gedaagde geen onredelijke afweging gemaakt door de bankrekening te bevriezen, het saldo veilig te stellen en de beslagen te leggen. Volgens de voorzieningenrechter is er geen aanleiding te vermoeden dat Gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan wanbeleid en dus ook geen grond om Gedaagde als bestuurder te schorsen.

*J.W.P. Tulfer, maart 2021*

**Instantie:** Rechtbank Oost-Brabant

**Datum uitspraak:** 28-01-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBOBR:2021:294

**Zaaknummer:** 363416/KG ZA 20-601

**Rechters:** W. Schoorlemmer

**Advocaten:** J.J. Dingemans, C.A. Mascini en F.L.A. Roosmale Nepveu

**Wetsartikelen:** 2:9 lid 1 BW, 2:349a lid 2 BW, 2:355 BW en 2:356 BW

RECHTSPRAAK

## **Aansprakelijkheid maatschap en individuele maten voor een schuld van de maatschap**

***Een schuldeiser stelt een openbare maatschap en haar maten aansprakelijk voor een schuld van de maatschap. De rechtbank oordeelt dat maten in beginsel hoogstens aansprakelijk zijn voor gelijke delen. Dat ligt anders voor een aantal maten die zich borg hebben gesteld.***

Zie OR 2021-0090.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

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

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2020:12396

**Zaaknummer:** C/10/586902 / HA ZA 19-1113

**Rechters:** C. Bouwman

**Advocaten:** J.J. Dekker en R. van Biezen

**Wetsartikelen:** 7A:1679-1681 BW

## RECHTSPRAAK

### **Aansprakelijkheid maatschap en individuele maten voor een schuld van de maatschap**

***Een schuldeiser stelt een openbare maatschap en haar maten aansprakelijk voor een schuld van de maatschap. De rechtbank oordeelt dat maten in beginsel hoogstens aansprakelijk zijn voor gelijke delen. Dat ligt anders voor een aantal maten die zich borg hebben gesteld.***

In twee samenhangende zaken procedeert een uitgetreden maat en voormalig partner ('de Uitgetreden maat') tegen een partnermaatschap ('de Maatschap') en twee (te onderscheiden) groepen maten. De vorderingen zien op de financiële afwikkeling van de partnerovereenkomst en daarmee verband houdende aanspraken van de Uitgetreden maat. De Uitgetreden maat heeft eerder geprocedeerd tegen (enkel) de Maatschap, waarbij het hof de Maatschap bij arrest heeft veroordeeld tot betaling. Het krachtens het arrest te betalen bedrag is op initiatief van de Uitgetreden maat, de aangesproken Maatschap en een groep maten omgezet in een lening. Deze groep maten heeft zich borg gesteld voor de terugbetaling van de lening ('de eerste groep maten'). De Hoge Raad vernietigde het arrest en verwees naar het hof. Het verwijzingshof wees de vorderingen toe met een iets hoger bedrag. In onderhavige procedures vordert de Uitgetreden maat nakoming van de leningsovereenkomst en spreekt zij naast de Maatschap diverse maten aan. Onder deze maten bevinden zich, naast de eerste groep maten, ook maten die de leningsovereenkomst niet mede hebben ondertekend ('de tweede groep maten').

De rechtbank oordeelt dat de Maatschap én de eerste groep maten hoofdelijk verbonden zijn het gehele gevorderde bedrag te voldoen. Dat de Hoge Raad het arrest van het hof in de eerdere zaak tegen de Maatschap – op basis waarvan de leningsovereenkomst is gesloten – heeft vernietigd, doet niets af aan de verplichtingen onder de leningsovereenkomst. Dat een betalingsverplichting bestaat, die is omgezet in een lening, volgt ook uit de uitspraak van het verwijzingshof in de eerdere zaak tegen de Maatschap.

Wat de aansprakelijkheid van de tweede groep maten betreft, stelt de rechtbank voorop dat

een schuldeiser van een maatschap de openbare maatschap kan dagvaarden en bij een toewijzing van de vorderingen, zich kan verhalen op het afgescheiden maatschapsvermogen. Naast de Maatschap kunnen de individuele maten in rechte worden betrokken die ten tijde van het ontstaan van de verplichting maat waren, met dien verstande dat zij voor gelijke delen aansprakelijk zijn (vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840).

Van een deel van de tweede groep maten stelt de rechtbank vast dat zij ten tijde van de uittreding van de Uitgetreden maat (hetgeen het ontstaansmoment is van de betreffende betalingsverplichting) geen maten waren, waardoor zij niet aansprakelijk zijn. De vorderingen op deze maten worden afgewezen. De overige maten in de tweede groep maten waren weliswaar maat op het moment van uittreding van de Uitgetreden maat, maar onduidelijk is hoeveel maten destijds aan de Maatschap waren verbonden. De rechtbank kan hierdoor de hoogte van het per maat te betalen gelijke deel niet vaststellen en stelt de Uitgetreden maat in de gelegenheid zich hierover nader uit te laten.

*B.J. Hermans, februari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

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

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2020:12407

**Zaaknummer:** C/10/596755 / HA ZA 20-472

**Rechters:** C. Bouwman

**Advocaten:** J.J. Dekker en D.H.J. Hooreman

**Wetsartikelen:** 7A:1679-1681 BW

## RECHTSPRAAK

### Smidtje/Lovers

***Hoger beroep in het kader van een aandelentransactie inzake vennootschappen die een onderneming op het gebied van rondvaartboten exploiteren. De koper stelt dat de verkoper een mededelingsplicht dan wel garantie heeft geschonden aangaande de staat en gereedheid van de boten. Het hof wijst een vergoeding van de maximale contractuele boetes toe, maar wijst de meer- of anders gevorderde schade af.***

Appellanten, eveneens eisers in eerste aanleg, zijn Smidtje Exploitatie B.V. ('Smidtje'), Rederij Lovers B.V., Lovers Transportainment B.V. en Amsterdamse Watertaxi Centrale B.V. (gezamenlijk, 'de Vennootschappen'). Geïntimeerden, eveneens gedaagden in eerste aanleg, zijn Lovers Beheer B.V., Quinten Lovers Vastgoed B.V. en [X], directeur-grootaandeelhouder van Lovers Beheer B.V. (gezamenlijk, 'Lovers'). De Vennootschappen exploiteren een onderneming op het gebied van rondvaarten in Amsterdam en tot de vloot van de Vennootschappen behoren een viertal boten.

Op 17 februari 2015 zijn Smidtje, als koper, en Lovers, als verkoper, een tweetal koopovereenkomsten aangegaan met betrekking tot de koop van alle aandelen in de Vennootschappen. De koopovereenkomsten bevatten een specifieke bepaling met betrekking tot de staat en gereedheid van de vier boten. Ten aanzien van twee boten ('boot 1' en 'boot 2') verklaart Lovers dat deze 'per 1 april 2015 volledig operationeel zijn voor het uitvoeren van commerciële rondvaarten'. In de koopovereenkomsten is een boetebeding opgenomen van € 500 per dag voor iedere dag dat de boten niet operationeel zijn met een maximum van € 190.000 per boot. Lovers draagt bovendien alle kosten voor de afbouw van beide boten. Voor de andere twee boten ('boot 3' en 'boot 4') geldt een boete van € 500 per dag met een maximum van € 15.000 per boot voor het niet operationeel zijn na 1 april 2015.

Op 1 april 2015 begeeft de thruster van boot 3 het en loopt de afbouw van boot 1 en boot 2 aanzienlijke vertraging op.

In eerste aanleg vorderen appellanten kort gezegd, voldoening van de overeengekomen boetes, vergoeding van de verbeurde schade en verklaring voor recht dat [X], op grond van onrechtmatige daad hoofdelijk aansprakelijk is. Bij vonnis van 14 februari 2018 veroordeelt de rechtbank Lovers Beheer B.V. tot betaling van in totaal € 237.545,79 aan Smidtje. Voor zover de vorderingen zijn afgewezen komen appellanten tegen dit vonnis op.

In de kern draait het geschil om de vraag of de boten conform de koopovereenkomsten zijn opgeleverd. Met betrekking tot een beroep door appellanten op artikel 7:17 BW (conformiteit), overweegt het hof dat dit beroep onvoldoende is toegelicht: er is slechts in algemene termen verwoord dat de vier boten niet voldoen aan de verwachtingen en in het bijzonder is het beroep onvoldoende concreet gerelateerd aan de gehele vloot die betrokken is bij de overname. Daarnaast betogen appellanten dat Lovers met betrekking tot boot 3 en boot 4 een mededelingsplicht of garantie heeft geschonden aangaande het afwerkingsniveau van deze boten. Lovers stelt dat een *raw version* geleverd zou worden en appellanten stellen op hun beurt dat het afwerkingsniveau vergelijkbaar zou zijn met de andere boten. Zowel voor de bepaling van de reikwijdte van de mededelingsplicht als voor de uitleg van de garantiiebepaling past het hof de *Haviltex*-formule toe. Het hof komt tot een objectieve uitleg, omdat de koopovereenkomsten uitvoerig en gedetailleerd zijn, tot stand zijn gekomen met bijstand van advocaten en er uitgebreid over onderhandeld is. Op basis van deze uitleg hebben partijen een volledig afgebouwd en gekeurd afwerkingsniveau van de boten beoogd, dat geschikt is voor commerciële rondvaarten. Als gevolg van deze uitleg wijst het hof vergoeding van alle materiaalkosten toe, die vereist zijn om tot dit afwerkingsniveau te komen. Ook over de opleverdatum van boot 3 en boot 4 verschillen partijen van mening, wat van belang is voor de hoogte van de in de koopovereenkomst opgenomen boete voor het te laat opleveren van deze boten. Als gevolg van voornoemde uitleg oordeelt het hof dat de opleverdatum de dag is waarop beide boten volledig afgebouwd, gekeurd en operationeel zijn. Het hof wijst de gevorderde maximale contractuele boetes toe. Appellanten betogen voorts dat Lovers gehouden is tot vergoeding van de volledige schade. De in de koopovereenkomst opgenomen maximering geldt volgens hen niet, omdat er sprake is van het bewust niet of onjuist bekendmaken van feiten door Lovers. Dit betoog faalt: de koopovereenkomsten moeten volgens het hof zo worden uitgelegd dat enkel de in de koopovereenkomst gemaximeerde boetes verschuldigd zijn en dat er geen aanspraak bestaat voor vergoeding van de daadwerkelijke schade. De stelling dat geïntimeerden bewust niet of onjuist feiten bekend hebben gemaakt, doet hier niets aan af; Smidtje is zelf akkoord gegaan met de gemaximeerde bedragen, terwijl het bekend was dat er een reëel risico was dat boot 3 en boot 4 niet op tijd operationeel zouden zijn.

Het hof vernietigt het vonnis in eerste aanleg, veroordeelt Lovers tot vergoeding van de

toegewezen schadevergoedingen en wijst af wat meer of anders is verzocht.

*J.J. Trommel, februari 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 20-10-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:2751

**Zaaknummer:** 200.242.280/01

**Rechters:** A.C. Faber, M.M. Korsten-Krijnen en J.B. Huizink

**Advocaten:** I.M.F. van Emstede en A.J. de Vries

**Wetsartikelen:** 7:17 BW

## RECHTSPRAAK

### De Klerk Holding/Cheiron IT c.s.

***Kort geding. Aandeelhoudersregister van een bv is zoekgeraakt. In eerste aanleg wordt één van de aandeelhoudsters op vordering van mede-aandeelhoudsters veroordeeld tot medewerking aan het laten opstellen van een vervangend aandeelhoudersregister. Het hof houdt dit oordeel in stand.***

Het oorspronkelijke aandeelhoudersregister van Inmoves B.V. ('Inmoves') is zoekgeraakt. Aandeelhouders tevens bestuurders [X] en Cheiron IT B.V. ('Cheiron IT c.s.') vorderen in dit kort geding dat de andere aandeelhouder en bestuurder, De Klerk Holding B.V. ('De Klerk'), wordt veroordeeld mee te werken aan het laten opmaken van een vervangend aandeelhoudersregister.

De voorzieningenrechter in eerste aanleg heeft deze vordering van Cheiron IT c.s. toegewezen en het hof laat dit oordeel in stand. Cheiron IT c.s. hebben volgens het hof spoedeisend belang bij hun vordering, gelet op de wettelijke plicht tot het houden van een aandeelhoudersregister en het feit dat het niet (bij)houden daarvan geldt als economisch delict. Daarnaast oordeelt het hof dat De Klerk niet duidelijk heeft gemaakt dat het op te stellen aandeelhoudersregister onjuiste gegevens zal bevatten.

*T.A. Janse, februari 2021*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

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

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:470

**Zaaknummer:** 200.256.513/01

**Rechters:** J.W.M. Tromp, W.A.H. Melissen en H. Struik

**Advocaten:** P.H.J. Körver en V.P. Melens

**Wetsartikelen:** 2:194 BW

## RECHTSPRAAK

### **Geen gelijkstelling eigen economisch belang aan belang aandeelhouder/certificaathouder (Unius/Exodus en SeaVsat)**

***OK; enquête. Drie verzoekers hebben de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Exodus Holding B.V. en SeaVsat B.V. Twee verzoekers worden niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van een economisch belang. De derde verzoeker is inmiddels failliet en de curator heeft het geding niet overgenomen. Exodus Holding B.V. en SeaVsat B.V. worden ten aanzien van deze verzoeker ontslagen van instantie.***

Unius Holding B.V. ('Unius') is de grootaandeelhouder bij Exodus Holding B.V. ('Exodus') en heeft tezamen met STAK Unius Holding ('STAK') en A – de bestuurder en houder van de door de STAK uitgegeven certificaten in Unius – (hierna tezamen 'Unius c.s.') op 9 juli 2020 de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Exodus en bij SeaVsat B.V. ('SeaVsat'). STAK is de enig aandeelhouder en bestuurder van Unius en Exodus is de enig bestuurder en enig aandeelhouder van SeaVsat. Laatstgenoemde vennootschap drijft een onderneming die zich bezighoudt met het leveren van (apparatuur voor) *airtime* en telefonie op maritiem gebied. De OK is verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorziening een bestuurder te benoemen bij Exodus en SeaVsat en het stemrecht op de aandelen in Exodus te schorsen, dan wel een andere noodzakelijke voorziening te treffen. Op 15 juli 2020 is Unius in staat van faillissement verklaard.

Exodus en SeaVsat hebben allereerst het verweer gevoerd dat Unius in staat van faillissement is verklaard en de curator het geding niet wenst over te nemen, zodat ontslag van instantie moet worden verleend. Ten tweede verweren Exodus en SeaVsat zich door te stellen dat A en de STAK niet ontvankelijk zijn, omdat zij als certificaathouder respectievelijk aandeelhouder van Unius niet bevoegd zijn een enquête bij Exodus of SeaVsat te verzoeken, omdat zij niet voldoen aan de eisen van artikel 2:346 BW en derhalve niet enquêtegerechtigd zijn. Evenmin kunnen verzoekers op grond van hun economische belangen gelijkgesteld worden aan

enquêtegerechtigden en op grond daarvan toch ontvankelijk zijn.

Unius c.s. voeren daartegen aan dat het faillissement van Unius nog niet definitief is en dat de enquêteprocedure buiten bezwaar van de boedel kan worden voortgezet. Daarbij voeren A en STAK aan dat hun eigen economisch belang in Exodus en SeaVsat meebrengen dat zij gelijkgesteld dienen te worden met aandeelhouders of certificaaathouders krachtens artikel 2:346 lid 1 sub b BW.

De OK overweegt als volgt. Als uitgangspunt wordt genomen dat Unius failliet is nu in september 2020 Unius door het gerechtshof definitief in staat van faillissement is verklaard. Daarbij heeft de curator verklaard het geding niet over te zullen nemen. In deze omstandigheden hebben Exodus en SeaVsat dan het recht ontslag van de instantie te vragen op grond van artikel 27 lid 2 Faillissementswet. De OK willigt dit verzoek in omdat voortzetting van de procedure voor Exodus en SeaVsat onnodig belastend zal zijn en Unius waarschijnlijk niet in staat zal zijn om eventueel de proceskosten jegens Exodus en SeaVsat te voldoen.

Voor wat betreft het niet-ontvankelijkheidsverweer gaat de OK allereerst in op het *Chinese Workers*-arrest van de Hoge Raad. Daarin is geoordeeld dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat de verschaffer van risicodragend kapitaal met een eigen economisch belang in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaaathouder, voor de toepassing van artikel 2:346 lid 1 sub b BW, dient te worden gelijkgesteld met een aandeelhouder of certificaaathouder.

De vraag is of A en STAK als verschaffer van risicodragend kapitaal een eigen economisch belang hebben in Exodus en/of SeaVsat dat gelijk kan worden gesteld aan het belang van een aandeelhouder of certificaaathouder zoals neergelegd in het *Chinese Workers*-arrest. De OK beantwoordt die vraag ontkennend. De OK stelt daarbij voorop dat Unius de aandelen in Exodus niet uitsluitend ten behoeve van de STAK en A beheert, maar dat zij daarnaast ook zelf nog (ondernemings)activiteiten verricht. Unius is economisch eigenaar van het (voormalig) kantoorpand van SeaVsat en de woning van A. Unius heeft uit dien hoofde een hypothecaire schuld aan de Rabobank. Ook heeft zij een rekening-courantverhouding met SeaVsat. Daarmee heeft Unius volgens de OK een eigen economisch belang bij haar aandeelhouderschap, al helemaal nu zij in staat van faillissement is verklaard en de curator de failliete boedel dient te beheren en vereffenen. Met dien verstande kan niet worden geoordeeld dat het economisch belang van A en STAK als verschaffers van risicodragend kapitaal, op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaaathouder in Exodus en SeaVsat. Aan hen komt daarmee geen bevoegdheid toe tot het

indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête bij die vennootschappen.

Aan een inhoudelijke behandeling van de verzoeken komt de OK niet toe. Exodus en SeaVsat worden ontslagen van instantie ter zake het verzoek van Unius. A en STAK worden in hun verzoeken niet-ontvankelijk verklaard.

*J. Wareman, februari 2021*

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 25-09-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:2522

**Zaaknummer:** 200.280.503/01 OK

**Rechters:** A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, H.J. Vetter, V.G. Moolenaar en G. Boon

**Advocaten:** A.R. de Vlieger en A. Arslan

**Wetsartikelen:** 2:346 BW en 27 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Kwalificatie rechtsverhouding statutair bestuurder niet-beursgenoteerde bank**

***Overeenkomst van ontslagen (ziek gemelde) statutair bestuurder met niet-beursgenoteerde vennootschap, een bank met een balanstotaal van ruim 65 miljard, kwalificeert niet als arbeidsovereenkomst. Niet is gebleken dat het uitgevoerde onderzoek naar het functioneren van de directie onzorgvuldig is uitgevoerd.***

#### **Feiten**

Begin januari 2020 is tussen X ('de Bestuurder') en B N.V., de vierde bank van Nederland, ('de Bank') een overeenkomst gesloten met het opschrift 'Overeenkomst van opdracht statutair bestuurder' op grond waarvan de Bestuurder werkzaam was in de functie van CFO van de Bank. Stichting C is 100% aandeelhouder van de Bank. In het weekend van 8-9 augustus 2020 heeft de raad van commissarissen van de Bank ('de RvC') de Bestuurder medegedeeld dat de RvC had besloten de Bestuurder te willen ontslaan. Op 10 augustus heeft de Bestuurder met twee leden van de RvC gesproken over het ontslag, en op 11 augustus 2020 heeft de RvC een conceptvaststellingsovereenkomst aan de Bestuurder toegezonden en een brief. De Bestuurder heeft zich op 12 augustus 2020 ziekgemeld. Op 5 september 2020 is de Bestuurder ontslagen, met inachtneming van een opzegtermijn van vier maanden. De Bank heeft D en E (hierna: 'de onderzoekers') op 10 september 2020 opdracht gegeven onderzoek te verrichten naar het functioneren van de directie van de Bank en de interactie tussen de leden van de directie en de RvC (hierna: 'het onderzoek'). De onderzoekers hebben het onderzoek uitgevoerd. Op 28 januari 2021 heeft de Bestuurder bewijsbeslag gelegd op de volledige correspondentie die door onderzoekers onderling en met de overige gedaagden is gevoerd en die betrekking heeft op het onderzoek (hierna: 'de correspondentie'). In dit kort geding stelt de Bestuurder zich onder meer op het standpunt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst en hij vanwege het arbeidsrechtelijk opzegverbod bij ziekte niet ontslagen had mogen worden. De Bank is niet beursgenoteerd, maar betoogt dat artikel 2:132 lid 3 BW ruim moet worden toegepast en van toepassing moet worden verklaard op haar rechtsverhouding met de

Bestuurder. Tevens stelt de Bestuurder zich in dit kort geding op het standpunt dat het onderzoek gebrekkig is uitgevoerd vanwege het ontbreken van hoor en wederhoor en dat de onderzoekers hun onderzoek niet in onafhankelijkheid hebben uitgevoerd.

### **Oordeel**

*Hoe dient de rechtsverhouding tussen partijen te worden gekwalificeerd?*

Uit de summiere parlementaire toelichting van artikel 2:132 BW volgt dat de wetgever bewust een onderscheid heeft gemaakt tussen de rechtspositie van een bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap, en die van een bestuurder van mkb- en familievennootschappen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft de wetgever met de invoering van artikel 2:132 lid 3 BW de posities van bestuurders op het oog gehad die gelijkgesteld moeten worden met die van de Bestuurder. De Bank is de vierde bank van Nederland met een balanstotaal van ruim 65 miljard euro, die de Nederlandse Corporate Governance Code voor beursvennootschappen toepast. Niet valt in te zien waarom de Bestuurder, als bestuurder van een vennootschap met een dergelijk omvangrijk balanstotaal, wél arbeidsrechtelijke bescherming zou moeten genieten en bestuurders van veel kleinere beursgenoteerde vennootschappen niet. De rechtsverhouding tussen de Bestuurder en de Bank wordt niet aangemerkt als arbeidsovereenkomst. Daarmee staat vast dat de Bestuurder geen beroep kan doen op het opzegverbod tijdens arbeidsongeschiktheid. De overeenkomst tussen de Bestuurder en de Bank is per 1 februari 2021 rechtsgeldig geëindigd. De vordering tot loon(door)betaling wordt afgewezen. Ten overvloede merkt de voorzieningenrechter op dat – als de rechtsverhouding tussen de Bestuurder en de Bank wel als arbeidsovereenkomst zou moeten worden aangemerkt – de vordering tot loon(door)betaling ook zou worden afgewezen omdat de Bestuurder in het kader van deze procedure onvoldoende heeft onderbouwd dat hij arbeidsongeschikt was op het moment van zijn ontslag.

*Is het verrichte onderzoek onafhankelijk verricht?*

De voorzieningenrechter stelt vast dat de Bestuurder geen bewijs heeft overgelegd van zijn stelling dat de onderzoekers aan de leiband liepen van de Bank en Stichting C. Dat de onderzoekers de noodzaak voelden om hun voornemen – inhoudende om van het plan van aanpak af te wijken door de Bestuurder en vier anderen inzage te verlenen in de wezenlijke bevindingen – met de opdrachtgever af te stemmen, vindt de voorzieningenrechter logisch en zorgvuldig. Dat de Bank hieraan een geheimhoudingsverplichting heeft verbonden, komt de voorzieningenrechter – gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder de maatschappelijke positie van de Bank en de aandacht die dit conflict al heeft gegenereerd in de media – niet onredelijk voor en rechtvaardigt niet de conclusie dat de onderzoekers niet

onafhankelijk opereerden. De voorzieningenrechter concludeert dat in deze procedure niet is gebleken dat gedaagden onzorgvuldig tegenover de Bestuurder hebben gehandeld. De vorderingen die zien op het niet verspreiden van het concept- en eindrapport, het doen uitvoeren van een nieuw onderzoek en het verstrekken van het conceptrapport en eindrapport, worden afgewezen. De voorzieningenrechter oordeelt dat het – gelet op de betrokkenheid van de Bestuurder bij het onderzoek en het onderzoeksonderwerp – wel onredelijk zou zijn om de Bestuurder de inzage in het eindrapport te onthouden. Het staat de Bank daarbij vrij om, binnen redelijke grenzen, voorwaarden te stellen aan de Bestuurder en de overige geïnterviewden, bijvoorbeeld op het gebied van geheimhouding, voor zover dit nodig is om de belangen van de Bank te beschermen.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 16-02-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2021:550

**Zaaknummer:** C/16/515796 / KG ZA 21-24

**Rechters:** E.A. Messer

**Advocaten:** E.L. Pasma, E.L. Zetteler, T.S. Jansen, P.G. Vestering, L. Sprengers en H. Kersten

**Wetsartikelen:** 2:132 BW en 7:610 BW

## RECHTSPRAAK

### **Bestuurder/Stichting PSF Verslavingszorg**

***De voorzieningenrechter oordeelt dat de bestuurder van Stichting PSF Verslavingszorg niet is gedefungeerd en dat de nieuwe bestuurders niet rechtsgeldig zijn benoemd. Zij dienen te worden uitgeschreven uit het handelsregister. Gelet op een intern conflict is herinschrijving van de oude bestuurder niet doelmatig, omdat de RvT heeft laten weten haar alsnog te willen ontslaan, en hier ook voldoende reden voor lijkt te zijn. Mocht het tot ontslag komen en de stichting hierdoor zonder bestuur komt te zitten, dan moet de procedure van artikel 2:299 BW worden gevolgd.***

#### **Feiten**

Een van de eisers in dit geding is een professioneel interventionist en ervaringsdeskundige en (enig) bestuurder van Stichting PSF Verslavingszorg ('de Stichting') die is toegelaten als instelling voor medisch specialistische zorg. De Stichting factureerde voor de zorg die geleverd werd vanuit bv's en declareerde die facturen bij zorgverzekeraars. De bij de verzekeraars geïnde bedragen werden vervolgens door de Stichting doorbetaald aan de bv's. De Stichting kent een bestuur en een Raad van Toezicht.

De bestuurder is een intieme/seksuele relatie begonnen met een (inmiddels ex-)cliënt. Zij was niet zijn behandelaar, en heeft later de kortstondige relatie met de cliënt intern gemeld. De advocaat van de zorginstelling heeft aan de medewerkers van de zorginstelling bekendgemaakt dat de bestuurder wegens privéredenen tijdelijk haar uitvoerende werkzaamheden neerlegt en dat haar taken grotendeels worden overgenomen door hemzelf en twee andere personen. In een latere berichtgeving over de kwestie heeft de advocaat eveneens vermeld dat de bestuurder haar werkzaamheden tijdelijk heeft neergelegd. Aansluitend heeft de advocaat een melding gedaan van zogenoemd geweld in de zorgrelatie bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd, die vervolgens een onderzoek heeft bevolen.

Voornoemde twee personen zijn door de bestuurder als bestuurders van de Stichting ingeschreven in het handelsregister. Daarbij heeft zij zichzelf uitgeschreven als bestuurder van de Stichting. De Raad van Toezicht had bij besluit het terugtreden van de bestuurder geaccepteerd en voornoemde twee personen benoemd tot bestuurders.

De Raad van Toezicht heeft een e-mail aan de bestuurder gestuurd, waarin zij wordt verzocht om haar werkzaamheden voor de Stichting niet te hervatten en niet naar de behandellocaties terug te keren. Daarbij meldt de Raad van Toezicht dat voormelde gebeurtenissen meer dan genoeg aanleiding vormen om de bestuurder te ontslaan. De bestuurder is – volgens de Raad van Toezicht – op advies afgetreden.

De bestuurder wilde haar werkzaamheden weer hervatten en had geprobeerd zich weer in te schrijven als bestuurder van de Stichting, maar die wijziging is geweigerd bij de Kamer van Koophandel.

### **Vordering**

Eisers vorderen in conventie samengevat en voor zover hier van belang:

dat de Stichting de bestuurder (opnieuw) als bestuurder in het handelsregister inschrijft; en voornoemde twee personen uit te schrijven als bestuurders van de Stichting.

### **Beoordeling**

De voorzieningenrechter oordeelt dat de bestuurder destijds niet is ontslagen. Ook is niet aannemelijk dat zij zelf ontslag heeft genomen. Voor ontslagname als bestuurder is een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring vereist. Daarbij merkt de voorzieningenrechter expliciet op dat dit temeer geldt in een turbulente situatie zoals die bestond ten tijde van de 'bestuurswisseling'. Een dergelijke verklaring ontbreekt hier. Het enkele feit dat de bestuurder zich heeft uitgeschreven bij het handelsregister is onvoldoende om uit te kunnen gaan van een rechtsgeldige verklaring tot defungeren als bestuurder. Derhalve is eiseres nog steeds bestuurder van de Stichting.

Zij heeft evenmin een bestuursbesluit genomen tot benoeming van voornoemde twee personen als nieuwe bestuurders van de Stichting; zij heeft hen als zodanig slechts ingeschreven in het handelsregister. Het is de voorzieningenrechter niet aannemelijk gebleken dat deze benoemingen rechtsgeldig zijn.

Terzijde merkt de voorzieningenrechter op dat benoeming door de Raad van Toezicht niet mogelijk is, aangezien (i) de bestuurder gelet op het voorgaande geacht wordt bestuurder te

zijn geweest en (ii) de vereiste statutaire bepalingen inzake benoeming van bestuurders niet in acht zijn genomen (waaronder het bindend voordrachtsrecht voor het bestuur door de enig bestuurder).

Daarnaast oordeelt de voorzieningenrechter dat de herinschrijving van de bestuurder als bestuurder van de Stichting niet doelmatig is, omdat de Raad van Toezicht heeft laten weten dat zij de bestuurder alsnog wenst te ontslaan. Gelet op de relatie die zij heeft gehad met de ex-cliënt, lijken er volgens de voorzieningenrechter voldoende redenen aanwezig te zijn voor het aangekondigde ontslag van de bestuurder. Mocht de bestuurder inderdaad komen te defungeren en de Stichting zonder bestuur komen te zitten, dan moet de procedure van artikel 2:299 BW worden gevolgd.

Voornoemde twee personen zijn niet rechtsgeldig benoemd tot bestuurder van de Stichting en dienen derhalve uitgeschreven te worden uit het handelsregister bij de Kamer van Koophandel. Aangezien inschrijving van beide personen dienstig is voor de continuïteit van de onderneming (bijvoorbeeld voor het uitdeclarereren van facturen), zal de vordering tot uitschrijving als bestuurders worden gekoppeld aan de datum van betekening van het vonnis, zodat de bestuurder het tijdstip van hun uitschrijving kan sturen.

## Conclusie

De voorzieningenrechter oordeelt dat de twee nieuwe bestuurders zich binnen twee werkdagen na betekening van het vonnis bij de Kamer van Koophandel uit dienen te schrijven als bestuurder van de Stichting.

*Q.M.J.A. Crul, februari 2021*

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

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

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2020:5639

**Zaaknummer:** C/13/691672 / KG ZA 20-949

**Rechters:** C.M.E. de Koning

**Advocaten:** T.A.M. van den Ende en K. Vaalburg

**Wetsartikelen:** 2:299 BW

## RECHTSPRAAK

### **Handhaving verbodenverklaring Hells Angels**

***Het hof handhaaft de uitspraak van de rechtbank dat de werkzaamheid van de buitenlandse corporatie Hells Angels Motorcycle Club (HAMC) in strijd is met de openbare orde en bekrachtigt de verbodenverklaring en ontbinding van de informele vereniging HAMC Holland in Nederland. Het hof wijst het verzoek af ten aanzien van HAM Corporation, de organisatie die de merkenrechten van de Hells Angels beheert, vanwege onvoldoende grond dat de werkzaamheid van deze organisatie in strijd is met de openbare orde.***

Hells Angels Motorcycle Club ('HAMC'), een buitenlandse corporatie, is een internationale motorclub die zijn oorsprong heeft in de Verenigde Staten rond 1950. HAM Corporation ('HAM Corporation'), een buitenlandse corporatie, is opgericht in 1970 en houdt zich bezig met de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten van HAMC. Hells Angels Motorcycle Club Holland ('HAMC Holland'), een informele vereniging, is de organisatie van de Hells Angels in Nederland.

Het Openbaar Ministerie (OM) heeft gevorderd dat HAMC, HAM Corporation en HAMC Holland in Nederland worden verboden. Reden daarvan is dat de werkzaamheid van deze clubs volgens het OM in strijd is met de openbare orde. De vraag die eerst moet worden beantwoord is of deze clubs als zodanig bestaan en organisaties zijn die op grond van de wet kunnen worden verboden.

Het hof komt, net als de rechtbank, tot de conclusie dat dit inderdaad zo is: HAMC wordt aangemerkt als buitenlandse corporatie en HAMC Holland, de organisatie waarin de Nederlandse charters zijn verenigd, als informele vereniging naar Nederlands recht.

De volgende vraag is of de activiteiten van HAMC en HAMC Holland strijdig zijn met de openbare orde in Nederland. Het hof vindt dat het OM dit voldoende heeft aangetoond. Er is sprake van veelvuldig (soms zeer ernstige) gepleegde geweldsincidenten en wapenbezit

waarbij leden van Hells Angels zijn betrokken, zowel wereldwijd als in Nederland. Het gaat daarbij om een structurele situatie, die niet los kan worden gezien van de cultuur van geweld die bij Hells Angels bestaat. Een belangrijke factor is het gewelddadige imago, waarbij dat geweld op verschillende manieren wordt aangemoedigd en verheerlijkt. Een andere factor is de rivaliteit met andere motorclubs, die regelmatig leidt tot een machtsstrijd en bijbehorende geweldsconfrontaties. De conflicten tussen verschillende motorclubs worden daarbij meer dan eens uitgevochten te midden van het publiek op straat. Intimidatie van (ex-)leden, slachtoffers en getuigen zorgt er verder voor dat het optreden tegen dit geweld door politie en justitie sterk wordt bemoeilijkt.

Het hof is ervan overtuigd dat een verbod van deze organisaties noodzakelijk is. De door de rechtbank uitgesproken verklaring voor recht dat de werkzaamheid van HAMC in strijd is met de openbare orde en de verbodenverklaring en ontbinding van HAMC Holland blijven daarom in stand.

Het hof deelt niet het oordeel van de rechtbank dat HAM Corporation is te beschouwen als een onderdeel van HAMC. HAM Corporation is een vennootschap naar het recht van de Verenigde Staten, die ook zelfstandig naar buiten toe optreedt. De verklaring voor recht ten aanzien van HAMC raakt HAM Corporation niet direct. Het hof ziet onvoldoende grond om aan te nemen dat de werkzaamheid van HAM Corporation zelf in strijd is met de openbare orde. Het verzoek van het OM ten aanzien van HAM Corporation wordt daarom alsnog afgewezen.

Voor de Hells Angels charters in Nederland en hun leden geldt het volgende.

De charters zijn (onder)afdelingen van HAMC Holland, maar hebben zelf ook alle kenmerken van een informele vereniging. Twee charters zijn bovendien georganiseerd in een formele vereniging. Zij zijn dus zelf ook rechtspersonen en vallen daarom niet onder de verbodenverklaring en ontbinding van HAMC Holland. Hetzelfde geldt voor de stichtingen die aan de charters zijn verbonden. Maar dit neemt niet weg dat, als de verklaring voor recht ten aanzien van HAMC en de verbodenverklaring van HAMC Holland onherroepelijk is geworden, de voortzetting van hun activiteiten in Nederland is verboden, ook voor de charters en hun leden. Dit betekent onder meer dat de Hells Angels niet meer in het openbaar hun colors mogen dragen en dat de charters niet meer onder deze naam naar buiten mogen treden.

*K. Becker, februari 2021*

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 15-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2020:10406

**Zaaknummer:** 200.265.259 en 200.265.210

**Rechters:** H.L. Wattel, C.J.H.G. Bronzwaer en S.C.P. Giesen

**Advocaten:** G.G.J.A. Knoops, C.J. Knoops-Hamburger en R.S. van Es

**Wetsartikelen:** 2:20 BW en 10:122 BW