

Nieuwsbrief - OR updates

Nummer 7, 2021

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:143](#) 29-01-2021

Van Andel q.q./Paardensport Vereniging 'Hilversum'

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:583](#) 02-03-2021

Ontslagbesluit bestuurder Stichting Islamitisch Onderwijs (Haga Lyceum) houdt stand; uitleg statuten

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:358](#) 02-03-2021

United Brands Management Holding/Shoot Holding

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:534](#) 23-02-2021

Good leaver of bad leaver?

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:395](#) 16-02-2021

Dreiging met ontslag door meerderheidsaandeelhouder wegens onvrede over gevolgde strategie van bestuur geen reden tot treffen voorlopige voorzieningen

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:432](#) 08-02-2021

OMC International Beheer en OMC Aromatherapy Systems

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:338](#) 02-02-2021

Bestuurder MW Woningbouw niet persoonlijk aansprakelijk

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:332](#) 02-02-2021

Mercator/Vermont

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:2457](#) 18-03-2021

Privacy First/Staat der Nederlanden

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:1191](#) 16-03-2021

Aspirant-lid/Vereniging van Letselschadeadvocaten

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:2510](#) 10-03-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens tegenstrijdig belang

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:891](#) 10-03-2021

Friesland Campina/Melkveehouder

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:1994](#) 03-03-2021

Facemed/Ankates c.s.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:1780](#) 26-02-2021

Lawton Advocaten/Stichting Gerard van Slobbe

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:1318](#) 24-02-2021

Geen aansprakelijkheid wegens schending Beklamel-norm vanwege reële kans op afwending van het faillissement

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:809](#) 16-02-2021

Ongedaanmaking opzegging bestuurder slaagt niet

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2021:967](#) 06-01-2021

Ontslag bestuurders Stichting JDA Verkeer en Veiligheid

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2020:915](#) 15-01-2020

X/Pro Juventus

Annotatie

[De economische realiteit in de SNS Reaal-beschikkingen](#)

F. Eikelboom en M. Krekels

RECHTSPRAAK

Mercator/Vermont

Mercator en Vermont zijn een calloptie overeengekomen waarmee Mercator de helft van de certificaten van de aandelen in Centitank Holding kan kopen als bepaalde schulden zijn afgelost. In een andere overeenkomst is bepaald dat de betreffende schulden dienen te worden afgelost binnen vijf jaar. Mercator stelt dat zij de calloptie mag uitoefenen, omdat de periode van vijf jaar is verstreken, en dat de vervulling van de voorwaarde is belet door een herfinanciering. Het hof overweegt dat de overeenkomst niet aldus mag worden gelezen en dat Vermont de vervulling van de voorwaarde ook niet is belet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Vermont Investments B.V. ('Vermont') houdt alle certificaten van de door een STAK gehouden aandelen in Contitank Holding B.V. ('Contitank Holding'). Contitank Holding is bestuurder en enige aandeelhouder van Contitank OG B.V. ('Contitank OG') en Contitank B.V. ('Contitank'). Contitank Holding, Contitank OG en Contitank vormen tezamen de Contitank-groep. Vermont heeft een lening afgesloten bij INO B.V. ('INO'), die vervolgens is overgenomen door Contitank OG. Vermont en Contitank zijn overeengekomen dat bepaalde exploitatiekosten uit het verleden voor rekening van Contitank komen. Mercator B.V. ('Mercator') en Vermont zijn overeengekomen dat zij gaan samenwerken en dat zij de intentie hebben in de toekomst het tankenpark via Contitank OG en Contitank te beheren en exploiteren.

Met alle bovengenoemde partijen zijn verschillende overeenkomsten gesloten, waaronder een calloptie tussen Mercator en Vermont, die zijn vervat in één notariële akte. In de calloptie staat onder andere dat Mercator het recht heeft de calloptie uit te oefenen indien en zodra de schulden tussen Contitank OG en INO en tussen Contitank en Vermont geheel zijn afgelost. In een andere overeenkomst is bepaald dat de hoofdsom van de schulden ter beschikking is gesteld aan Contitank OG en Contitank door INO en Vermont voor een periode van maximaal vijf jaar. Na precies vijf jaar deelt Mercator Vermont mede dat Mercator de calloptie uitoefent vanwege het verstrijken van de periode van vijf jaar. Vermont reageert hierop dat niet is

voldaan aan de voorwaarden voor het uitoefenen van de calloptie en dat medewerking hiertoe niet wordt verleend. Enige tijd daarvoor heeft Contitank OG haar schuld geherfinancierd bij ABN AMRO en is Vermont met ABN AMRO overeengekomen dat haar vordering op Contitank wordt achtergesteld ten aanzien van de vordering van ABN AMRO op Contitank OG.

In eerste aanleg en in hoger beroep vordert Mercator primair dat Vermont dient te worden veroordeeld tot nakoming van haar verplichting tot verkoop en levering van de helft van de certificaten van de aandelen in Contitank Holding en subsidiair dat Contitank bijkomend moet worden veroordeeld tot aflossing van haar schuld aan Vermont.

De rechtbank heeft geoordeeld dat Mercator onvoldoende heeft onderbouwd dat Contitank in staat was haar schuld aan Vermont af te lossen en heeft de vorderingen afgewezen.

In hoger beroep voert Mercator aan dat zij de calloptie mocht uitoefenen omdat de periode van vijf jaren was verstreken. Volgens Mercator volgt uit de betreffende bepalingen dat de schulden binnen die periode dienden te zijn afgelost of geherfinancierd. Daarbij stelt zij dat de schuld van Contitank OG aan INO is afgelost omdat deze is geherfinancierd. Ook stelt zij dat de schuld van Contitank op Vermont moet worden beschouwd als vervuld op grond van artikel 6:23 BW, omdat de vervulling van de voorwaarde is belet door deze schuld achter te stellen. Vermont heeft een en ander betwist.

Het hof overweegt in de eerste plaats dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de stelplicht en bewijslast op Mercator rusten en vervolgt met een verwijzing naar het *Haviltex*-arrest. Het hof oordeelt dat uit de bewoordingen van de overeenkomst niet kan worden afgeleid dat de calloptie kan worden uitgeoefend bij het verstrijken van de periode van vijf jaar en dat Mercator onvoldoende heeft gesteld om tot een andere conclusie te komen. Mercator mocht niet verwachten dat zij kon meedelen in de winst door uitoefening van de calloptie als het niet zou lukken om het risicodragend kapitaal binnen vijf jaar uit de onderneming van de Contitank-groep te halen. Daar komt bij dat de overeenkomst met de termijnbepaling weliswaar in dezelfde notariële akte is vevat, maar dat Mercator geen partij is bij die overeenkomst.

Voorts overweegt het hof ten aanzien van artikel 6:23 BW dat redelijkheid en billijkheid niet verlangen dat de voorwaarde voor het uitoefen van de calloptie is vervuld door het achterstellen van de vordering van Vermont op Contitank. Niet valt in te zien waarom ook deze schuld niet mocht worden geherfinancierd en Mercator heeft niet toegelicht waarom dit anders is. De schuld van Contitank zou juist groter zijn geweest als deze niet zou zijn geherfinancierd. Daarbij wordt gewezen op het feit dat de moedermaatschappij van Vermont

zich hoofdelijk of als borg heeft moeten verbinden aan de betaling van de schuld.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank, veroordeelt Mercator in de kosten van het geding en wijst het meer of anders gevorderde af.

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

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:332

Zaaknummer: 200.248.287/01

Rechters: A.L.M. Keirse, H. Struik en L.W. Louwerse

Advocaten: K. Watanabe en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 6:23 BW

RECHTSPRAAK

Van Andel q.q./Paardensport Vereniging 'Hilversum'

Een overgenomen vennootschap ontvangt een belastingaanslag met betrekking tot een herinvesteringsreserve. De uitleg die het hof heeft gegeven van de garanties in de koopovereenkomst om vast te stellen of de verkoper of de koper het risico van een dergelijke aanslag draagt, wordt door de Hoge Raad bevestigd. De Hoge Raad casseert niettemin het arrest van het hof op basis van diens uitleg van enkele fiscale aspecten.

Tot 1997 exploiteerde Paardensport Vereniging 'Hilversum' ('PSH') via Drafcentrum Hilversum B.V. ('Drafcentrum') een draf- en renbaan in Hilversum. In 1997 besloot de gemeente Hilversum om Drafcentrum te onteigenen van de percelen waarop de draf- en renbaan werd geëxploiteerd tegen een schadeloosstelling van € 13.613.406. Om te voorkomen dat Drafcentrum in dat jaar een hoge belastingaanslag voor gemaakte winst zou ontvangen, werd er in overleg met de belastinginspecteur een herinvesteringsreserve ter hoogte van € 7.136.603 in de boeken van Drafcentrum opgenomen. Deze herinvestering diende, na een éénmalige verlenging, uiterlijk in 2003 te hebben plaatsgevonden. Zo niet, dan zou er alsnog vennootschapsbelasting over de behaalde winst betaald dienen te worden.

Tussen 1997 en 2003 voert Drafcentrum gesprekken met de gemeente Almere over het exploiteren van een draf- en renbaan in die gemeente, zonder dat dit uiteindelijk tot besluitvorming van de gemeente Almere leidt.

Op 31 december 2003 besluit Drafcentrum om voor € 12.565.194 aan participaties in vastgoedprojecten van A (waaronder mede begrepen de tot dezelfde groep als A behorende vennootschappen) te kopen. Direct na deze transactie wordt in de fiscale balans van Drafcentrum de herinvesteringsreserve tot een bedrag van € 6.788.469 afgeboekt op voornoemde koopsom. Op dezelfde dag verkoopt PSH al haar aandelen in Drafcentrum aan A voor een bedrag van € 6.649.070. In de koopovereenkomst is bepaald dat PSH er jegens A voor instaat dat de voornoemde herinvesteringsreserve is gevormd en dat het vervangingsvoornemen met betrekking tot deze herinvesteringsreserve tot de koop van de

participaties in de vastgoedprojecten volledig is gehandhaafd. Expliciet is opgenomen dat PSH geen garantie afgeeft voor wat betreft het adequaat benutten van de herinvesteringsreserve en voorts garanderen A en Drafcentrum jegens PSH dat zij zich met betrekking tot de herinvesteringsreserve zullen houden aan hetgeen daaromtrent in artikel 3:54 Wet IB 2001 – of anderszins – is bepaald.

Op 11 augustus 2004 fuseert Drafcentrum als verdwijnende vennootschap met A.

Op 17 februari 2007 legt de belastinginspecteur A (als rechtsopvolger van Drafcentrum) een aanslag voor de vennootschapsbelasting voor het jaar 2003 op ter hoogte van € 2.780.510. De grondslag voor deze aanslag is tweeledig: allereerst concludeert de belastinginspecteur dat er feitelijk sinds eind 2002 bij het bestuur van Drafcentrum geen haalbaar voornemen meer bestond om het gereserveerde bedrag daadwerkelijk te herinvesteren. Daarnaast concludeert de inspecteur dat de aankoop van de participaties in vastgoedprojecten door Drafcentrum enkel en alleen het doel had om de vrijval van de herinvesteringsreserve te doen voorkomen en dat daarom vanuit fiscaal perspectief dient te worden geoordeeld dat de verkoop van aandelen door PSH aan A eerder heeft plaatsgevonden dan de herinvestering door Drafcentrum in deze vastgoedprojecten.

A wordt in juli 2013 failliet verklaard en wordt in deze vertegenwoordigd door haar curator. A vordert een bedrag ter hoogte van € 2.780.570 van PSH op basis van een schending van de in de tussen A en PSH gesloten koopovereenkomst opgenomen garanties met betrekking tot de herinvesteringsreserve.

Een aanzienlijk deel van de conclusie van A-G Wattel (ECLI:NL:PHR:2020:546) en van onderhavig arrest heeft betrekking op de fiscale aspecten van dit geschil, zoals het handhaven van een herinvesteringsvoornemen en de fiscale toelaatbaarheid van de hierboven uiteengezette constructie (verkopen vastgoed aan vennootschap en terugkopen van aandelen in de vennootschap). Een gedetailleerde bespreking van deze fiscale aspecten – hoe interessant ook – ligt buiten het bestek van deze samenvatting. De Hoge Raad oordeelt dat een deel van de klachten tegen het oordeel van het hof hieromtrent slaagt, vernietigt het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden en verwijst naar het Hof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

Er zijn ook klachten gericht tegen de uitleg die het hof heeft gegeven van de garanties in de koopovereenkomst. De Hoge Raad volgt het hof in diens conclusie dat partijen in de koopovereenkomst het risico met betrekking de herinvesteringsreserve als volgt hebben vastgelegd: *‘Enerzijds draagt PSH als verkoper het risico van het bestaan van de herinvesteringsreserve op 31 december 2003 (de transactiedatum), met andere woorden het risico*

dat die reserve op grond van art. 3:54 Wet IB 2001 door Drafcentrum met succes volledig kan worden afgeboekt op de aanschafprijs van de op 31 december 2003 aangekochte onroerende zaken indien het uiteindelijke belang in Drafcentrum op de transactiedatum niet zou zijn gewijzigd. Anderzijds draag [A] als koper het risico voor de gevolgen die op grond van art. 15e Wet VPB voortvloeien uit de overdracht van de aandelen in de Drafcentrum op de transactiedatum.’ De tegen deze uitleg gerichte klachten van zowel PSH als A worden zonder verdere toelichting door de Hoge Raad verworpen.

P. van der Heide, april 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 29-01-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:143

Zaaknummer: 19/03242 en 19/03245

Rechters: G. de Groot, C.A. Streefkerk, P.M.F. van Loon, T.H. Tanja-van den Broek en E.F. Faase

Advocaten: T.T. van Zanten en A.E.H. van der Voort Maarschalk

Wetsartikelen: 3:54 Wet IB 2001 en 15e Wet Vpb

RECHTSPRAAK

Good leaver of bad leaver?

In het kader van een gefaseerde aandelenoverdracht hebben de verkopende aandeelhouders zich verplicht nog enige tijd aan de doelvennootschap verbonden te blijven. Als gevolg van gedragingen van de kopende aandeelhouder gaan (de sleutelpersonen van) de verkopende aandeelhouders over tot voortijdige opzegging van hun overeenkomsten met de doelvennootschap. Zowel de rechtbank als het hof oordelen dat de aangevoerde gronden voor de voortijdige opzegging onvoldoende zijn om verkopers aan te merken als good leavers.

Feitencomplex

Tussen appellanten (als (mede)verkopers) en geïntimeerde (als koper) is een aandelenkoopovereenkomst tot stand gekomen. De koopovereenkomst ziet op de aandelen in twee afzonderlijke (doel)vennootschappen, die zich bezighouden met de handel in, en het prepareren, bewerken en verwerken van huiden en vellen van dieren.

Partijen zijn overeengekomen dat geïntimeerde de aandelen gedurende enkele jaren in meerdere tranches zal overnemen van appellanten. In de aandeelhoudersovereenkomst is bepaald dat appellanten tot drie jaar na de eerste (tranche) levering van aandelen als manager respectievelijk werknemer van de onderneming verbonden zullen blijven aan de doelvennootschappen. Deze afspraak is versterkt met een *good leaver/bad leaver*-regeling. Bij een vrijwillige opzegging van de management-/arbeidsovereenkomst door de sleutelpersonen binnen de overeengekomen periode moeten appellanten worden aangemerkt als *bad leavers*, tenzij deze opzegging is gelegen in (aan geïntimeerde of de doelvennootschappen toe te rekenen) feiten en omstandigheden waardoor van appellanten in redelijkheid niet kan worden verlangd dat zij de management-/arbeidsovereenkomst langer voortzetten. Als appellanten als *bad leavers* moeten worden aangemerkt, zal een korting op de koopprijs van de resterende aandelen worden toegepast.

Tussen geïntimeerde en een van de doelvennootschappen bestond reeds voorafgaand aan de

aandelentransactie een langjarige commerciële relatie. Geïntimeerde handelt in kalveren en heeft een eigen slachthuis. Zij verkoopt kalfsvellen aan een van de doelvennootschappen. In de aandelenkoopovereenkomst is een *business as usual*-bepaling opgenomen, waarin is bepaald dat de doelvennootschap en geïntimeerde hun bestaande handelsrelaties, contacten en prijsafspraken op gebruikelijke wijze de komende jaren zullen voortzetten.

Geschil

Bij de eerste (trache) aandelenoverdracht is de bestuurder en commercieel directeur van geïntimeerde toegetreden tot het bestuur van de doelvennootschappen. Langs deze weg is geïntimeerde erachter gekomen dat de doelvennootschap de kalfsvellen bij geïntimeerde tegen lagere bedragen inkoopt dan bij haar concurrenten. Geïntimeerde heeft de medeaandeelhouders van de doelvennootschappen hiermee geconfronteerd en het standpunt ingenomen dat geïntimeerde een bedrag van circa € 300.000 te vorderen heeft van de doelvennootschap.

Appellanten hebben in deze (verkort weergegeven) gang van zaken aanleiding gezien hun managementovereenkomst respectievelijk arbeidsovereenkomst met de doelvennootschappen op te zeggen. Zij stellen zich op het standpunt dat door het handelen van geïntimeerde van hen niet langer kon worden verlangd dat zij de management-/arbeidsovereenkomst continueren. In de ogen van appellanten moeten zij daarom worden aangemerkt als *good leavers* en is geïntimeerde gehouden de resterende aandelen van appellanten ineens over te nemen, zonder korting op de koopprijs. Geïntimeerde verzet zich daartegen. Zij stelt zich op het standpunt dat appellanten kwalificeren als *bad leavers* en dat op de koopprijs van de resterende aandelen wel de overeengekomen korting moet worden toegepast.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de vorderingen van appellanten afgewezen en de (tegen)vorderingen van geïntimeerde (grotendeels) toegewezen.

Het hof

Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of appellanten moeten worden aangemerkt als *good leavers* of *bad leavers*. Het hof stelt voorop dat partijen met de *good leaver/bad leaver*-regeling (en de daaraan gekoppelde staffelkorting) in de aandelenkoopovereenkomst hebben beoogd een hoge drempel op te werpen tegen een voortijdige opzegging door appellanten van hun overeenkomsten met de doelvennootschap. Het hof volgt geïntimeerde in haar stelling dat zelfs als de stellingen van appellanten juist zijn en als wordt aangenomen dat geïntimeerde de *business as usual*-bepaling in de aandelenkoopovereenkomst heeft geschonden, dit niet automatisch betekent dat appellanten kwalificeren als *good leavers*. Er

moet dan nog steeds apart worden getoetst of de aan geïntimeerde verweten feiten en omstandigheden voldoen aan de hoge drempel van het tenzij-deel van de *good leaver/bad leaver*-regeling.

Het hof oordeelt dat géén van de door appellanten aangevoerde gronden de toets van het tenzij-deel doorstaan en dat deze gronden dus niet kunnen leiden tot een opzegging waarbij appellanten als *good leavers* moeten worden aangemerkt. Daartoe is volgens het hof van belang dat niet is gebleken dat geïntimeerde daadwerkelijk voor een bedrag van € 300.000 een vordering bij de doelvennootschap heeft neergelegd door middel van een sommatie, ingebrekestelling of rechtsvordering. Bovendien had een van de appellanten als medebestuurder van de vennootschap een dergelijke vordering van geïntimeerde kunnen pareren en was een gerechtelijke procedure volgens het hof vrijwel zeker in het voordeel van de vennootschap beslecht. De prijzen waren immer in normale en vrije onderhandelingen tussen de vennootschap en geïntimeerde overeengekomen. De vermeende vordering van geïntimeerde, zelfs als zij deze daadwerkelijk bij de vennootschap zou hebben neergelegd, levert daarom naar het oordeel van het hof geen grond op voor opzegging die de toets van het tenzij-deel van de *good leaver/bad leaver*-regeling kan doorstaan.

Ook de overige door appellanten aangevoerde gronden kunnen de voortijdige opzegging van hun overeenkomsten niet dragen. Door de informatie over prijzen en concurrenten van de vennootschap te delen met geïntimeerde en op basis daarvan het prijsbeleid van de vennootschap ter discussie te stellen in het voordeel van geïntimeerde, heeft de bestuurder/commercieel directeur van geïntimeerde weliswaar in strijd gehandeld met het vennootschappelijk belang en met zijn verantwoordelijkheid als bestuurder. Dit kan evenwel geen grond vormen voor voortijdige opzegging door appellanten, omdat de bestuurder/commercieel directeur van geïntimeerde geen partij is bij de aandelenkoopovereenkomst. Ook het in strijd met artikel 2:8 BW (redelijkheid en billijkheid) gebruikmaken van deze (prijs)informatie door geïntimeerde, is naar het hof onvoldoende om de voortijdige opzegging van de management- en arbeidsovereenkomst door appellanten te rechtvaardigen. Geïntimeerde zou immers als aandeelhouder via de aandeelhoudersvergadering op enig moment, in enigerlei vorm en mate informatie verkrijgen over de bedrijfsvoering bij de doelvennootschap. Bovendien geldt dat appellanten als medeaandeelhouders en als bestuurder van de vennootschap in de positie verkeerden om geïntimeerde en haar bestuurder aan te spreken op hun gedragingen. Nu de verweten gedragingen uiteindelijk niet hebben geleid tot een concrete beleidswijziging bij de vennootschap en geïntimeerde in het kader van de aandelentransactie evident belang heeft bij een voortdurende betrokkenheid van appellanten bij de ondernemingen van de doelvennootschappen, vormde het handelen van geïntimeerde naar het oordeel van het hof

niet voldoende grond voor voortijdige opzegging door appellanten van hun overeenkomsten.

Het hof komt daarom tot de conclusie dat de gronden die appellanten hebben aangevoerd voor hun voortijdige opzegging van de management-/arbeidsovereenkomst de toets van het tenzij-deel van de *good/bad leaver*-regeling niet kunnen doorstaan. Appellanten kwalificeren niet als *good leavers*.

Daarmee falen de grieven van appellanten. Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis van de rechtbank.

M.C.J. Peeters, april 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 23-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:534

Zaaknummer: 200.261.204.01

Rechters: J.I.M.W. Bartelds, S.C.H. Molin en B.E.L.J.C. Verbunt

Advocaten: F.J. Hordijk en M.A. Geuze

Wetsartikelen: 2:8 BW en 2:239 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

X/Pro Juventus

Een ontslagen statutair bestuurder, tevens werknemer, verzoekt de kantonrechter om (ontslag)vergoedingen. De kantonrechter beslist dat de bestuurder rechtsgeldig is benoemd en ontslagen door de algemene vergadering, maar dat de arbeidsovereenkomst zonder redelijke grond is beëindigd. De kantonrechter wijst de verzoeken om een transitievergoeding en een contractuele beëindigingsvergoeding toe.

Verzoekster ('X') heeft sinds 1 november 2016 voor Pro Juventus gewerkt. Zij is begonnen als manager zorgbeleid. Gaandeweg heeft zij meer bestuurstaken op zich genomen. Per 1 januari 2019 is zij bestuurder van Pro Juventus geworden. De arbeidsovereenkomst is daarop aangepast. Tijdens een aandeelhoudersvergadering van Pro Juventus op 24 juli 2019 is besloten X te ontslaan als bestuurder. De arbeidsovereenkomst is op diezelfde datum opgezegd met inachtneming van de contractuele opzegtermijn tegen 1 november 2019. In deze procedure verzoekt X betaling van de transitievergoeding, een billijke vergoeding en de contractuele beëindigingsvergoeding.

Anders dan X stelt, oordeelt de kantonrechter allereerst dat X statutair bestuurder is geweest. De algemene vergadering van Pro Juventus heeft een rechtsgeldig besluit genomen tot benoeming van X als statutair bestuurder. Vaststaat dat X ook heeft gewerkt als bestuurder van Pro Juventus. Zij heeft zich naar het team gepresenteerd als opvolgster van de vorige bestuurder, zich als bestuurder ingeschreven in het Handelsregister en zij ondertekende haar e-mails met 'bestuurder'. Ook verrichtte zij daadwerkelijk de bestuurderstaken van Pro Juventus. Tot slot wijst de arbeidsovereenkomst die X op 31 december 2018 heeft getekend ook op een benoeming tot statutair bestuurder.

Omdat X statutair bestuurder was, geldt geen preventieve toets. De algemene vergadering heeft besloten X te ontslaan als bestuurder en dat ontslag brengt de beëindiging van de arbeidsovereenkomst mee. Niettemin dient Pro Juventus een redelijke grond voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te hebben. Pro Juventus formuleert het verwijt dat zij X maakt op die manier dat X haar een dringende reden voor ontslag heeft gegeven, te weten

het in ernstige mate de bekwaamheid of geschiktheid blijken te missen tot de arbeid waarvoor zij zich heeft verbonden. Dat is geen ontslaggrond die in genoemd artikel 7:669 BW is opgenomen. De kantonrechter is van oordeel dat het te ver gaat om X als bestuurder simpelweg af te rekenen op het niet hebben gehaald van de omzetdoelstelling. Van een voldragen e-grond is derhalve geen sprake. Evenmin is de d-grond van toepassing. Niet alleen omdat disfunctioneren niet aannemelijk is gemaakt, maar ook omdat gesteld noch gebleken is dat Pro Juventus X tijdig van het gestelde disfunctioneren in kennis heeft gesteld en dat zij haar in de gelegenheid heeft gesteld haar functioneren te verbeteren. Tot slot is evenmin voldaan aan de h-grond. X kan dus in beginsel aanspraak maken op vergoedingen. Het verzoek tot betaling van de transitievergoeding voldoet aan de wettelijke voorwaarden en X valt geen (ernstig) verwijt te maken. Uitgaande van de bedingen in de arbeidsovereenkomst veroordeelt de kantonrechter Pro Juventus tevens tot betaling van een contractuele beëindigingsvergoeding van zes maandsalarissen. Het verzoek om een billijke vergoeding boven de contractuele vergoeding wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 15-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:915

Zaaknummer: 8146351 \ EJ VERZ 19-385

Rechters: C.H. de Haan

Advocaten: W.F. Seijbel en Y. Schrader

Wetsartikelen: 2:241 BW, 2:244 BW, 7:673 BW en 7:669 BW

RECHTSPRAAK

Ontslag bestuurders Stichting JDA Verkeer en Veiligheid

De rechtbank beslist in deze procedure dat de stichtingbestuurders ontslagen worden, omdat zij zich allen schuldig hebben gemaakt aan wanbeheer ex artikel 2:298 lid 1 BW. Als gevolg van die beslissing heeft de stichting geen bestuur meer.

In 2016 hebben verzoeker ('A') en de gerkwestreerden ('B' en 'C') de stichting JDA Verkeer en Veiligheid ('de Stichting') opgericht en zijn zij tot bestuurders van de Stichting benoemd. De Stichting houdt zich kort gezegd bezig met het bemiddelen en voorzien in verkeersregelaars.

Op enig moment wenste B de organisatiestructuur van de Stichting te wijzigen naar die van een besloten vennootschap. De beoogde nieuwe structuur hebben de bestuurders met elkaar besproken. Tijdens dit overleg is onenigheid tussen de bestuurders ontstaan en direct na het overleg heeft A een bericht verzonden aan de WhatsApp-groep van de Stichting, waarin hij onder meer aangeeft dat de werkzaamheden van de Stichting per direct gestaakt zijn. B en C hebben daarop een besloten vennootschap opgericht die de eerder aan de Stichting verbonden onderneming heeft voortgezet en hebben de klanten van de Stichting daar met zoveel woorden over geïnformeerd.

Bij wijze van voorlopige voorziening heeft de rechtbank B en C als bestuurders geschorst en A tot tijdelijk bestuurder benoemd. In de onderhavige procedure verzoekt A om B en C met onmiddellijke ingang als bestuurders van de Stichting te ontslaan en doen B en C het tegenverzoek om A als bestuurder van de Stichting te ontslaan.

Onder verwijzing naar het bepaalde van artikel 2:298 lid 1 BW oordeelt de rechtbank dat B en C zich schuldig hebben gemaakt aan wanbeheer door op eigen houtje – zonder een daartoe strekkend bestuursbesluit en tegen de uitdrukkelijke wil van A in – de aan de Stichting verbonden onderneming, die (van oorsprong) was gelieerd aan de eenmanszaak van A, feitelijk over te hevelen en voort te zetten in de door B en C opgerichte vennootschap. De rechtbank stipt verder aan dat het op de weg van B en C had gelegen mitigerende maatregelen te treffen om uit de na de bestuursvergadering ontstane impasse te komen, bijvoorbeeld door het verzoek in te dienen om A als stichtingbestuurder te schorsen. Dat is, zo constateert de

rechtbank, niet gebeurd.

Over het verzoek van B en C om A te ontslaan als bestuurder oordeelt de rechtbank dat ook A zich schuldig heeft gemaakt aan wanbeheer. De rechtbank overweegt daartoe dat door de melding van A dat de Stichting met onmiddellijke ingang was gestopt, zonder dat een daartoe strekkend bestuursbesluit was genomen, en daarnaast ook door alle passen die nog op naam stonden van zijn eenmanszaak per direct terug te verlangen (zonder welke passen de verkeersregelaars niet konden werken), A zich schuldig heeft gemaakt aan het wanbeheer. Daarnaast, zo vervolgt de rechtbank, weegt mee dat A zich enerzijds heeft onttrokken aan zijn verantwoordelijkheden als bestuurder, terwijl hij anderzijds niet formeel zijn functie als bestuurder heeft neergelegd of stappen heeft ondernomen om uit de bestuurlijke impasse te geraken die mede door hemzelf was veroorzaakt.

De rechtbank ontslaat zowel A als B en C als stichtingbestuurders, met als gevolg dat er geen bestuurders meer zullen zijn bij de Stichting. Het handelsregister van de Kamer van Koophandel zal dienovereenkomstig op de voet van artikel 2:302 BW worden geïnformeerd door (de griffier van) de rechtbank.

M.J. van de Graaf, april 2021

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 06-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2021:967

Zaaknummer: C/02/374675 / HA RK 20-155

Rechters: A.J.P. Schild

Advocaten: D. Hensen, L.G.C.M. de Wit en S. van Hemert

Wetsartikelen: 2:298 lid 1 BW en 2:302 BW

RECHTSPRAAK

Privacy First/Staat der Nederlanden

Privacy First vordert dat de uit hoofde van de AMLD4 en AMLD5 geïmplementeerde nationaalrechtelijke bepalingen, die een verplichting tot registratie en de (gedeeltelijke) mogelijkheid tot inzage van UBO-gegevens in het UBO-register behelzen, buiten werking worden gesteld, omdat zij inbreuk maken op het (Europees gewaarborgde) grondrecht van UBO's op bescherming van hun privacy en persoonsgegevens. Privacy First verzoekt de rechter om prejudiciële vragen aan het HvJEU te stellen over de verenigbaarheid van deze regelgeving met enkele relevante Europese grondrechten. Ook vordert Privacy First dat de geïmplementeerde nationaalrechtelijke bepalingen omtrent het UBO-register in de tussentijd buiten werking worden gesteld. De voorzieningenrechter oordeelt dat wel voldoende aanleiding bestaat tot twijfel aan de rechtsgeldigheid van het verplicht voorgeschreven (deels) openbare karakter van het UBO-register, maar gaat in dit kader niet over tot het stellen van prejudiciële vragen, omdat onlangs een vergelijkbare vraag is voorgelegd aan het HvJEU. Hierdoor ontbreekt het Privacy First aan voldoende belang. Wat betreft de registratieplicht gaat de voorzieningenrechter niet over tot het stellen van vragen vanwege onvoldoende onderbouwing door Privacy First.

Stichting Privacy First ('Privacy First') vordert dat de verplichting om de gegevens over de Ultimate Beneficial Owner ('UBO') aan het Handelsregister aan te leveren op grond van artikel 15a Handelsregisterwet en het recht van eenieder om gegevens over de UBO in het Handelsregister in te zien op grond van artikel 15a lid 2 Handelsregisterwet buiten werking worden gesteld/buiten toepassing worden verklaard/worden geschorst (primaire vordering).

Subsidiair en meer subsidiair vordert Privacy First dat het gevorderde bij tussenvonnis voorlopig wordt toegewezen en dat prejudiciële vragen worden gesteld aan het HvJEU over de verenigbaarheid van de vierde Anti-Money Laundering Directive ('AMLD4') en de herziene vierde Anti-Money Laundering Directive ('AMLD5') met i) het Handvest van de grondrechten van de EU, ii) de in het Verdrag betreffende de EU neergelegde beginselen van subsidiariteit en evenredigheid en iii) de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Na beantwoording van deze vragen kan dan het primair gevorderde toegewezen worden, aldus Privacy First.

Privacy First stelt dat de Europese wetgever met de AMLD4 en AMLD5 inbreuk maakt op de Europeesrechtelijk gewaarborgde grondrechten van UBO's op bescherming van hun privacy en persoonsgegevens. Hierbij haalt Privacy First aan dat de European Data Protection Supervisor ('EDPS') adviseerde dat de beoogde ruime publieke toegankelijkheid niet proportioneel is en dat de Autoriteit Persoonsgegevens eveneens zeer kritisch heeft geadviseerd, maar dat de Europese wetgever deze adviezen heeft genegeerd. Privacy First stelt in het verlengde daarvan dat de Nederlandse implementatiewetgeving rondom de verplichting tot het opnemen van privacygevoelige gegevens van UBO's in het UBO-register en rondom de (deels) openbare toegankelijkheid van deze gegevens buiten werking moet worden gesteld, omdat deze wetgeving onmiskenbaar onverbindend is vanwege strijd met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Daaraan voegt Privacy First toe dat het HvJEU tot dit oordeel zou komen op grond van de huidige jurisprudentie en het feit dat nog geen gegevensbeschermingseffectbeoordeling heeft plaatsgevonden en dat het feit dat het HvJEU hierover nog geen oordeel heeft gegeven niet in de weg staat aan een dergelijke toetsing door de kantonrechter. Privacy First stelt verder dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor het maken van een legitieme inbreuk op de grondrechten van privacy en bescherming van persoonsgegevens. Het bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering is weliswaar een legitiem doel, maar het bestaan van een dwingende maatschappelijke noodzaak voor deze inbreuk op de betreffende grondrechten is onvoldoende aangetoond. Hierdoor is de inbreuk niet proportioneel. Privacy First stelt voorts een spoedeisend belang bij haar vordering te hebben, omdat het UBO-register inmiddels wordt gevuld met privacygevoelige gegevens en deze eenmaal openbaar gemaakte gegevens niet met terugwerkende kracht vertrouwelijk kunnen worden gemaakt. Ook stelt zij dat het aanstonds koppelen van nationale UBO-registers meebrengt dat de kans op een datalek en misbruik van gegevens aanzienlijk wordt vergroot. Daarbij stelt zij dat de spoedeisendheid zowel het belang bij handhaving van het recht op privacy van iedere Nederlandse UBO-registerkandidaat, als het eigen belang bij de verwerking van haar eigen UBO's betreft.

De voorzieningenrechter passeert het betoog van de Staat dat Privacy First geen spoedeisend belang heeft en overweegt dat het Privacy First niet kan worden verweten dat zij de

inwerkingtreding heeft afgewacht alvorens een procedure te starten.

De voorzieningenrechter overweegt voorts dat de buitenwerkingstelling van artikel 15a en 21 Handelsregisterwet ervoor zou zorgen dat de Staat niet langer voldoet aan zijn verplichting tot het inrichten van een UBO-register op grond van artikel 30 AMLD5. Zolang de AMLD5 van kracht is, kan de Staat niet in een positie worden gebracht waarin hij evident in strijd met de richtlijn handelt. Ook oordeelt de voorzieningenrechter dat voor hem in dit kort geding geen ruimte bestaat voor een oordeel over de rechtmatigheid van AMLD4 en AMLD5, waarbij hij overweegt dat artikel 15 en 21 Handelsregisterwet een directe vertaling vormen van dwingend voorgeschreven bepalingen uit AMLD4 en AMLD5.

De voorzieningenrechter oordeelt verder dat aanleiding bestaat voor twijfel aan de rechtsgeldigheid van het door AMLD5 verplicht voorgeschreven (deels) openbare karakter van het UBO-register, waarbij groot gewicht wordt toegekend aan het eerdergenoemde kritische advies van de EDPS. De voorzieningenrechter gaat in dit geval echter niet over tot het stellen van prejudiciële vragen, omdat de arrondissementsrechtbank van Luxemburg onlangs reeds grotendeels overeenkomende prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJEU. Het ontbreekt Privacy First hierdoor aan voldoende belang bij haar vordering tot het stellen van prejudiciële vragen met betrekking tot het (deels) openbare karakter van het UBO-register. Daarnaast oordeelt de voorzieningenrechter dat de vordering tot het stellen van prejudiciële vragen over de verplichting tot het registreren van UBO-gegevens in het UBO-register evenmin toewijsbaar is, omdat Privacy First onvoldoende heeft onderbouwd dat aanleiding bestaat voor twijfel aan de effectiviteit van het UBO-register bij het voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering. Ook is de stelling dat een aanzienlijke kans bestaat op datalekken door de koppeling van nationale UBO-registers niet aannemelijk en onvoldoende onderbouwd.

De voorzieningenrechter wijst de vordering van Privacy First af en veroordeelt Privacy First in de kosten van het geding.

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

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 18-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:2457

Zaaknummer: C-09-604682-KG ZA 20-1232

Rechters: G.H.I.J. Hage en S.J. Hoekstra-van Vliet

Advocaten: O.M.B.J. Volgenant, G.J. Zwenne, T. Gillhaus en F.F. Blokhuis

Wetsartikelen: 30 AMLD5, 15a Handelsregisterwet, 21 Handelsregisterwet, 8 EVRM, 5 VEU, 7 EU-Handvest, 8 EU-Handvest, 16 EU-Handvest en 52 EU-Handvest

RECHTSPRAAK

United Brands Management Holding/Shoot Holding

Het hof wijst de vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid van de (indirect) bestuurder op grond van onrechtmatige daad en/of artikel 2:9 BW af op grond van verleende decharge en onvoldoende onderbouwing van de vordering.

Urban Fashion Holding B.V. (huidige naam is United Brands Management Holding B.V.) ('Fashion Holding'), Shoot Holding BV ('Shoot Holding') en Urban Trends Holding B.V. ('Urban Trends Holding') zijn allen bestuurder en aandeelhouder van Urban Trends Trading B.V. ('Urban Trading'), Urban Trends Vastgoed B.V. ('Urban Vastgoed'), Blue Blood Holding B.V. ('BBH') en Urban Trends International B.V. Fashion Holding is door de andere aandeelhouders geschorst omdat Fashion Holding, althans haar bestuurder, zou hebben gefraudeerd. Kort daarna is Fashion Holding als bestuurder van de voormelde vennootschappen ontslagen en is de managementovereenkomst tussen Urban Trading en Fashion Holding opgezegd.

Urban Trading heeft vervolgens Fashion Holding gedagvaard en schadevergoeding gevorderd. Door de rechtbank is deze vordering afgewezen omdat de vordering onvoldoende was onderbouwd en niet was komen vast te staan dat Urban Trading schade had geleden. De rechtbank heeft wel vastgesteld dat de bestuurder van Fashion Holding commissiegelden heeft ontvangen en dat heeft verzwegen voor Urban Trading en dat dit onrechtmatig was, maar de rechtbank vond dat onvoldoende was onderbouwd dat Fashion Holding daarvan een verwijt te maken valt.

Lopende de procedure bij de rechtbank is een bedrijfspand van Urban Vastgoed verkocht en zijn met de opbrengst de hypothecaire leningen van Shoot Holding en Urban Trends Holding volledig afgelost, alsmede een schuld van Urban Vastgoed aan Urban Trading uit hoofde van rekening courant waarvoor eveneens een hypotheek op het bedrijfspand als zekerheid was gevestigd. De door Fashion Holding verstrekte (niet gesecureerde) lening is niet afgelost. Nadien is Shoot Holding afgetreden als bestuurder. Urban Trends Holding was nog de enige bestuurder. Vervolgens heeft Urban Trading de voorraden verkocht aan een 100%-deelneming

van Urban Trends Holding en haar activiteiten beëindigd. Een half jaar later is Urban Trading gefailleerd.

Fashion Holding is van mening dat door Shoot Holding en Urban Trends Holding, alsmede hun bestuurders, onrechtmatig is gehandeld jegens Fashion Holding door Fashion Holding zonder goede reden als bestuurder te schorsen, vervolgens te ontslaan en de managementovereenkomst te beëindigen. Daarnaast is onrechtmatig gehandeld door te bewerkstelligen dat Urban Trading niet aan de betalingsverplichtingen jegens Fashion Holding voldeed. Ook stelt Fashion Holding dat jegens Urban Trading onrechtmatig is gehandeld door stelselmatig de eigen belangen boven die van Urban Trading te plaatsen, onzakelijke transacties aan te gaan met gelieerde ondernemingen en niet te verhinderen dat door Urban Trading aan de gelieerde ondernemingen werd geleverd, terwijl de gelieerde ondernemingen onvoldoende gefinancierd waren. Fashion Holding heeft de vorderingen van Urban Trading van de curator gekocht.

Fashion Holding vordert een schadevergoeding van Shoot Holding en Urban Trends Holding, alsmede van hun bestuurders. Urban Trends Holding en haar bestuurder zijn in eerste aanleg niet verschenen. De eis tegen hen is daarom toegewezen. Jegens Shoot Holding en haar bestuurder is de vordering afgewezen omdat hen als bestuurder van Urban Trading geen ernstig verwijt gemaakt kon worden.

Het hof is van oordeel dat Shoot Holding op het moment van de schorsing, het ontslag en de beëindiging van de managementovereenkomst gerechtvaardigd ervan mocht uitgaan dat sprake was van ernstige verdenkingen jegens Fashion Holding, zodat de besluiten om haar te schorsen en te ontslaan niet onrechtmatig waren, ook omdat niet of onvoldoende is onderbouwd dat het ontslag en de beëindiging van de managementovereenkomst onderdeel van een vooropgezet plan waren. De gebreken aan het besluitvormingsproces waarop Fashion Holding een beroep doet, leiden niet tot nietigheid, maar tot vernietigbaarheid, echter de vernietiging is nimmer ingesteld als vordering, waardoor de besluiten inmiddels onaantastbaar zijn.

Doordat Fashion Holding en haar bestuurder zeer nauw met elkaar verbonden waren, is het hof van oordeel dat Shoot Holding en haar bestuurder geen verwijt kan worden gemaakt dat zij geen onderscheid hebben gemaakt tussen Fashion Holding en haar bestuurder en om die reden ook de betaling van dividend en een pensioenverplichting hebben opgeschort. Dat Shoot Holding wel een dividenduitkering heeft ontvangen en Fashion Holding als gevolg van het latere faillissement niet, maakt nog niet dat daarmee Shoot Holding of haar bestuurder een ernstig verwijt te maken valt. Shoot Holding en haar bestuurder mochten immers rekening houden met de ernstige verdenkingen jegens Fashion Holding, althans haar bestuurder.

De vorderingen van Fashion Holding jegens Shoot Holding, die Fashion Holding had overgenomen van de curator, worden afgewezen omdat Shoot Holding van Urban Trading decharge heeft gekregen en Fashion Holding bovendien betrokken is geweest bij de oprichting van een aantal gelieerde ondernemingen en daardoor ook kennis had van de wijze waarop de gelieerde ondernemingen waren gefinancierd.

De stelling van Fashion Holding dat Shoot Holding een ernstig verwijt te maken is omdat de voorraden van Urban Trading tegen te lage prijzen zijn verkocht, wordt afgewezen omdat Shoot Holding ten tijde van de verkoop geen bestuurder was en Fashion Holding onvoldoende heeft gesteld en onderbouwd dat Shoot Holding feitelijk bestuurder zou zijn geweest. De decharge staat ook in de weg aan het toewijzen van de vordering op grond van het feit dat Shoot Holding onrechtmatig gehandeld zou hebben jegens Urban Trading door afstand te doen van een hypotheekrecht van Urban Trading in verband met de herfinanciering van het bedrijfspand van Urban Vastgoed. De herfinanciering is evenmin onrechtmatig jegens Fashion Holding.

Het hof wijst om deze redenen alle vorderingen af en bekrachtigt de uitspraak van de rechtbank.

J.W.P. Tulfer, april 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-03-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:358

Zaaknummer: 200.265.663/01

Rechters: J.M.T. van der Hoeven-Oud, M.J. van der Ven en L.G. Verburg

Advocaten: P.J.M. Boomaars en A.S. Frommelt

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Dreiging met ontslag door meerderheidsaandeelhouder wegens onvrede over gevolgde strategie van bestuur geen reden tot treffen voorlopige voorzieningen

OK; enquête. De meerderheidsaandeelhouder van een vennootschap is het oneens met de strategie en dreigt het bestuur te ontslaan. De vennootschap verzoekt een enquête en verzoekt bij wijze van onmiddellijke voorziening dat de aandelen van de meerderheidsaandeelhouder aan een beheerder worden overgedragen. De OK wijst het verzoek tot een onmiddellijke voorziening af en bepaalt dat het verzoek voor het overige op een later moment behandeld zal worden.

Het gaat in dit geschil om de verhouding tussen het bestuur en de algemene vergadering. Broekman Group BV ('BMG') is een familiebedrijf waarvan de aandelen voor 74% gehouden worden door Geuco BV. A is bestuurder van Geuco, maar geen bestuurder van BMG. Dat zijn D en E (en later C), die allen op hun beurt weer aandeelhouders zijn van Geuco.

Tussen A, in zijn hoedanigheid van bestuurder van Geuco (en dus meerderheidsaandeelhouder van BMG) en de bestuurders van BMG ontstaan diverse meningsverschillen over de te volgen strategie. Zo menen de bestuurders dat BMG bepaalde bedrijfstakken dient af te stoten om het bedrijf financieel gezonder te maken, hetgeen A een erg slecht idee vindt. Aan de andere kant wil A dat BMG een overeenkomst aangaat met een bepaalde 'debt advisor', waar de bestuurders weer helemaal niets in zien. Een en ander leidt ertoe dat A geen vertrouwen meer heeft in de bestuurders van BMG en voornemens is hen in een algemene vergadering te ontslaan.

BMG heeft een enquêteprocedure aanhangig gemaakt en verzoekt de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening (onder andere) dat de door Geuco gehouden aandelen worden overgedragen aan een beheerder. Hieraan wordt onder meer ten grondslag gelegd dat A zijn bevoegdheden als aandeelhouder misbruikt door het ontslag van de bestuurders aan te

kondigen.

De OK behandelt in dit arrest alleen het verzoek tot de onmiddellijke voorziening. De OK stelt voorop dat voor een onmiddellijke voorziening alleen plaats is indien er naar haar voorlopig oordeel gegronde redenen bestaan te twijfelen aan een juist beleid en er zwaarwegende redenen zijn die maken dat de toestand van de vennootschap het treffen van die onmiddellijke voorziening vereist. Verder neemt de OK als uitgangspunt dat het bestuur weliswaar verantwoordelijk is voor het beleid en het bepalen van de strategie, maar dat daartegenover staat dat de algemene vergadering die zich daarmee niet kan verenigen te allen tijde bevoegd is de bestuurders te ontslaan, tenzij dit onder de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Van dergelijke omstandigheden is niet gebleken, mede in het licht dat A een drietal goedgekwalificeerde personen bereid heeft gevonden om als bestuurder van BMG benoemd te worden.

De OK wijst het verzoek tot een onmiddellijke voorziening af en bepaalt dat het verzoek voor het overige op een later moment behandeld zal worden.

S.L. Haanschoten, april 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:395

Zaaknummer: 200.289.364/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en A.W.H. Vink

Advocaten: J.W. de Groot, K. van der Graaf, E.E.U. Vroom en O.J.W. Schotel

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

RECHTSPRAAK

OMC International Beheer en OMC Aromatherapy Systems

OK; enquête. Patstelling op bestuurs- en aandeelhoudersniveau. Gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. De OK beveelt een onderzoek, maar houdt de benoeming van een onderzoeker aan om te bezien of door de aanstelling van een bestuurder een oplossing van het geschil kan worden bereikt.

A en B zijn bestuurders van en ieder voor de helft aandeelhouder in OMC International B.V. OMC International is op haar beurt enig bestuurder en aandeelhouder van OMC Aromatherapy Systems B.V. (tezamen met OMC International: 'OMC c.s.'). OMC c.s. drijven een onderneming die zich bezighoudt met de ontwikkeling, verkoop en installatie van geursystemen om het binnenklimaat van verzorgings-, verpleeg- en ziekenhuizen te verbeteren, alsmede met de ontwikkeling van cosmetica. Tussen A en B zijn zowel privé als zakelijk geschillen ontstaan die niet alleen hebben geleid tot een echtscheiding, maar ook tot deze gang naar de OK. Zij kunnen niet tot een verdere samenwerking komen en hebben onder meer onenigheid over de vraag welke accountant de jaarrekeningen zou moeten controleren en opstellen.

A en B stellen beiden dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij OMC c.s. Over en weer verzoeken zij de OK de ander te schorsen als (indirect) bestuurder en de aandelen die die ander houdt in OMC International ten titel van beheer over te dragen aan een door de OK te benoemen derde.

De OK stelt vast dat beide partijen onderkennen dat sprake is van een patstelling op bestuurs- en aandeelhoudersniveau, maar dat zij van mening verschillen aan wie dit te wijten is. De OK overweegt dat door deze patstelling de bedrijfsvoering en het bestendig succes van de onderneming onder druk staan. De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van OMC c.s., maar houdt de aanwijzing van een onderzoeker vooralsnog aan om te bezien of door de aanstelling van een bestuurder als onmiddellijke voorziening een oplossing van het geschil kan worden bereikt. De OK volgt partijen niet in hun suggestie de rol van de

bestuurder te beperken tot situaties waarin zij niet in onderling overleg tot besluitvorming kunnen komen, omdat het aan de bestuurder is te bepalen op welke wijze hij invulling geeft aan zijn taken en verantwoordelijkheden. Deze bestuurder mag het ook tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling te beproeven.

J. Tromp, april 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:432

Zaaknummer: 200.286.150/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, C. Smits-Nusteling en V.G. Molenaar

Advocaten: J.W.H. Kempen en J.O.I. Leliveld

Wetsartikelen: 2:350 BW en 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder MW Woningbouw niet persoonlijk aansprakelijk

Een bestuurder van een vennootschap heeft een opdracht aangenomen toen de bank hem al had bericht dat de tegoeden van de vennootschap zouden worden bevroren. Daarmee staat (nog) niet vast dat hij wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou voldoen. Er wordt (net) geen bestuurdersaansprakelijkheid aangenomen.

X is indirect bestuurder van MW Woningbouw B.V., een vennootschap waarin een bouwbedrijf wordt geëxploiteerd ('MW Woningbouw'). Eind 2017 wisselt X namens MW Woningbouw van administratiekantoor. Het nieuwe administratiekantoor concludeert dat er veel mis is met de financiële administratie. De eerder aan de bank gepresenteerde cijfers geven (met name vanwege de post 'onderhanden werk' die veel te rooskleurig is opgenomen) een onjuist beeld van de financiële situatie waarin MW Woningbouw verkeert. MW Woningbouw heeft een financiering bij de Rabobank, die als gevolg van de penibele financiële situatie in gevaar dreigt te komen. Het nieuwe administratiekantoor heeft banden met de Rabobank en stelt voor dat een plan van aanpak wordt opgesteld, en accurate financiële overzichten. Op 12 januari 2018 laat de Rabobank mondeling weten dat zij de rekening zal gaan bevriezen in afwachting van dit plan van aanpak en de overzichten.

Op 12 januari 2018 tekent X tevens namens MW Woningbouw een intentieverklaring op grond waarvan hij voor eisers een verbouwing zal uitvoeren. In het kader van die opdracht verbindt MW Woningbouw zich ertoe een architect en constructeur in te huren. Eisers krijgen op 12 januari 2018 ook direct een factuur ter hoogte van € 13.856,91. Van dit bedrag moeten de architect en constructeur worden ingehuurd, en het dient voorts ter vergoeding van reeds geleverde diensten. Op 15 januari 2018 heeft de Rabobank het krediet van MW Woningbouw bevroren. Eisers hebben vervolgens de intentieverklaring beëindigd, en MW Woningbouw eerst telefonisch en later bij brief van hun gemachtigde verzocht en gesommeerd om de betaalde € 13.856,91 terug te betalen. Hieraan heeft MW Woningbouw geen gehoor gegeven.

Op 8 februari is het faillissement van MW Woningbouw uitgesproken. De overige vennootschappen in de groep (die aandeelhouder en respectievelijk bestuurder van MW Woningbouw waren) zijn op 19 februari 2018 ook gefailleerd. X is als indirect bestuurder van een van de andere vennootschappen in de groep (in een andere procedure) persoonlijk aansprakelijk gehouden voor een verplichting die door die vennootschap was aangegaan. Eisers hebben een vordering op de boedel van de failliete vennootschappen. Zij wendden zich daarnaast tot X. Zij stellen dat zij schade lijden omdat zij nu een nieuwe constructeur en architect moeten inhuren, en omdat zij boeterente moeten betalen aan de gemeente voor het later afnemen van de kavel. Zij stellen dat X bij het tekenen van de intentieverklaring wist dat MW Woningbouw haar verplichtingen niet zou nakomen, en dat X daarom aansprakelijk is voor hun schade uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

De kantonrechter overweegt dat onvoldoende blijkt dat X wist dat MW Woningbouw haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen, of dat hij daaraan had moeten twijfelen. De vorderingen van eisers worden derhalve afgewezen. Eisers gaan in hoger beroep. X verschijnt in hoger beroep niet. Het hof schrijft een heldere uitspraak waarin zij het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid, en met name de Beklamelnorm, toepast.

Het hof overweegt dat het gaat om een benadeling van schuldeisers van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van hun vordering. Bestuurder X kan naast de vennootschap aansprakelijk zijn jegens deze schuldeisers indien hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dat verwijt kan hem gemaakt worden als hij bij het aangaan van de intentieovereenkomst wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat MW Woningbouw niet aan haar verplichting zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden (de Beklamelnorm). Een ernstig persoonlijk verwijt kan daarnaast nog op grond van andere omstandigheden worden aangenomen. Het hof overweegt dat persoonlijke aansprakelijkheid in dit geval kan worden aangenomen als de volgende twee vragen positief kunnen worden beantwoord:

Wist X bij het tekenen van de intentieverklaring, of bij het uitsturen van de factuur (of behoorde hij te weten) dat MW Woningbouw het geld kort na ontvangst niet aan de architect en constructeur zou kunnen betalen? Dan wist hij immers dat de werkzaamheden niet meer zouden kunnen worden geleverd; en

Wist X bij het tekenen van de intentieverklaring en het uitsturen van de factuur (of behoorde hij te weten) dat MW Woningbouw geen verhaal zou bieden voor de hieruit voortvloeiende schade?

Het hof overweegt dat de norm die de rechtbank heeft aangelegd (redelijke twijfel) niet voldoende is om tot persoonlijke aansprakelijkheid te komen.

Het hof overweegt dat de zaak 'op het randje' is. MW Woningbouw verkeerde op 12 februari 2018 in ernstige financiële problemen. Het was redelijkerwijs te betwijfelen of MW Woningbouw aan haar verplichtingen uit de intentieovereenkomst zou kunnen voldoen. Er was echter nog een mogelijkheid om het vertrouwen van de bank te herwinnen. De situatie was ernstig, maar niet hopeloos. Eisers kunnen de vereiste wetenschap derhalve niet aantonen. Andere omstandigheden die moeten leiden tot een persoonlijk ernstig verwijt, zijn onvoldoende gesteld. Het vonnis van de rechtbank wordt bekrachtigd.

J. Wareman, april 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:338

Zaaknummer: 200.266.179/01

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

Advocaten: J. Faas

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Lawton Advocaten/Stichting Gerard van Slobbe

Onbevoegde vertegenwoordiging. Twee (vermeende) bestuurders van een stichting vertegenwoordigen de stichting ten opzichte van een contractspartij bij het aangaan van een overeenkomst. De (vermeende) bestuurders staan ingeschreven in het Handelsregister als bestuurders van de stichting, maar de contractspartij weet dat gereede twijfel bestaat over de vraag of deze informatie wel juist is. De contractspartij mag daarom in dit geval niet vertrouwen op de gegevens die staan ingeschreven in het Handelsregister. Het beroep van de stichting op onbevoegde vertegenwoordiging slaagt en het beroep van de contractspartij op derdenbescherming faalt. De rechtbank oordeelt dat geen overeenkomst tot stand is gekomen.

Twee (vermeende) bestuurders van de Stichting Gerard van Slobbe ('de Stichting') geven een opdracht namens de Stichting aan Lawton Advocaten ('Lawton') om de Stichting te adviseren over een gerezen geschil tussen hen en voormalige bestuurders van de Stichting.

Na het eerste contact met de twee (vermeende) bestuurders raadpleegt Lawton het Handelsregister, waarin de twee (vermeende) bestuurders als bestuurders van de Stichting staan ingeschreven. Meteen daarna raakt Lawton er echter van op de hoogte dat tussen de twee (vermeende) bestuurders enerzijds en de overige voormalige bestuursleden anderzijds een ernstig verschil van opvatting bestond en dat de twee (vermeende) bestuurders verwachtten als bestuurslid te worden ontslagen op de dag van het eerste contact met Lawton en dat zij de overige voormalige bestuurders hadden uitgeschreven uit het Handelsregister.

Lawton gaat desalniettemin met de opdracht aan de slag en stuurt haar declaraties aan de Stichting. In deze procedure vordert Lawton betaling door de Stichting van openstaande facturen voor geleverde diensten.

De Stichting verweert zich met de stelling dat de overeenkomst van opdracht tussen Lawton

en de Stichting nooit tot stand is gekomen omdat de Stichting bij het aangaan van de opdracht niet rechtsgeldig is vertegenwoordigd. Lawton beroept zich op derdenbescherming, omdat de twee (vermeende) bestuurders als bestuurder van de Stichting stonden ingeschreven in het Handelsregister en zij op de juistheid van die gegevens heeft mogen vertrouwen bij het aangaan van de overeenkomst van opdracht met de Stichting.

In een incident stelt de kantonrechter vast dat de Stichting geen (rechtsgeldig benoemd) bestuur had ten tijde van het eerste contact van de twee (vermeende) bestuurders met Lawton en bij het aangaan van de opdracht met Lawton, en dat de twee (vermeende) bestuurders dus geen bestuurders van de Stichting meer waren. Volgens de kantonrechter is het aannemelijk dat Lawton bij het eerste contact met de twee (vermeende) bestuurders van de Stichting daarvan geen weet had. Volgens de kantonrechter staat echter vast dat Lawton, in verband met de feiten waarmee Lawton al bekend was geworden vóór het verzenden van de opdrachtbevestiging aan de Stichting, niet met voldoende zekerheid kon aannemen dat de drie uitgeschreven bestuurders toen waren gedefungeerd, althans dat daarover ten minste twijfel bestond. Nu enkel het (gehele) bestuur van de Stichting of de voorzitter van het bestuur tot vertegenwoordiging van de Stichting bevoegd was, had Lawton volgens de kantonrechter moeten onderzoeken of de andere drie uitgeschreven bestuurders nog in functie waren.

Lawton was daarom volgens de kantonrechter niet te beschouwen als onkundig in de zin van artikel 2:6 lid 3 BW en aan Lawton komt daarom geen derdenbescherming toe. Het beroep van de Stichting op onbevoegde vertegenwoordiging slaagt, de overeenkomst van opdracht is niet tussen de Stichting en Lawton tot stand gekomen en de vordering van Lawton tot betaling van de onbetaald gebleven facturen, wordt afgewezen.

C.W. Kuipers, april 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:1780

Zaaknummer: 8263966 CV \ EXPL 20-1510

Rechters: I.K. Rapmund

Advocaten: J.D.M. Oude Grote Bevelsorg en S.A.A.C. van Gassen

Wetsartikelen: 2:6 BW, 2:292 BW en 25 Handelsregisterwet 2007

RECHTSPRAAK

Aspirant-lid/Vereniging van Letselschadeadvocaten

Een aspirant-lid vordert van een specialisatievereniging om haar toe te laten als gewoon lid, ondanks dat zij niet voldoet aan een van de daarvoor gestelde eisen. Het bestuur heeft dit verzoek afgewezen, waarna eiseres zich heeft gewend tot een via de statuten van de vereniging ingesteld onafhankelijk orgaan (Commissie van Bijstand, CvB). De voorzieningenrechter oordeelt dat het besluit van de CvB tegen de toelating moet worden getoetst overeenkomstig de wettelijke bepalingen omtrent de vaststellingsovereenkomst, nu het gaat om een vaststelling die haar grondslag vindt in de statuten. De rechtbank oordeelt dat het besluit niet onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid en wijst de vordering van eiseres af.

Eiseres ('de Advocate') is begin 2018 beëdigd als advocaat en wenst lid te worden van de Vereniging van Letselschadeadvocaten LSA ('LSA'). De statuten van LSA bepalen onder meer dat LSA een gewoon en een aspirant-lidmaatschap kent voor advocaten die door opleiding en ervaring deskundigheid bezitten op het gebied van persoonsschade. Deze deskundigheid dient ten genoegen van het bestuur aannemelijk te worden gemaakt. Tevens bepalen de statuten dat beroep tegen besluiten van het bestuur kan worden ingesteld bij de Commissie van Bijstand (CvB), bestaande uit niet-leden van de vereniging.

Verder beschikt LSA over een huishoudelijk reglement waarin nadere eisen en voorwaarden zijn gesteld aan de toelating als (aspirant-)lid. Het huishoudelijk reglement bepaalt onder meer dat advocaten ten minste vijf jaar moeten zijn ingeschreven op het tableau om te worden toegelaten als lid, jaarlijks tenminste 500 zaaksgebonden uren moeten besteden aan personenschadezaken en de Grotius-opleiding personenschade met goed gevolg moeten hebben afgerond.

Na het behalen van de Grotius-opleiding, maar voordat zij kon voldoen aan het vereiste om vijf jaar op het tableau te zijn ingeschreven, heeft de Advocate het bestuur verzocht haar

aspirant-lidmaatschap om te zetten in een lidmaatschap. Wegens het niet voldoen aan laatstgenoemde vereiste heeft het bestuur haar verzoek afgewezen. De Advocate is hiertegen in beroep gegaan bij het CvB, waarbij zij onder meer stelde dat zij al sinds 2011 werkzaam is in de letselschadepraktijk en sinds 2014 een eigen kantoor heeft. Het CvB heeft dit beroep afgewezen.

De Advocate vordert in kort geding om het besluit tot weigering als gewoon lid en de ongegrondverklaring van het beroep te schorsen en haar toe te laten als gewoon lid van de LSA.

Nadat de voorzieningenrechter vaststelt dat de Advocate een spoedeisend belang heeft bij haar vordering (indien zij een bodemprocedure zou moeten afwachten heeft zij nauwelijks meer belang bij een voorlopige voorziening, omdat zij tegen die tijd ook voor het gewone lidmaatschap in aanmerking komt op basis van de eisen van LSA), dient allereerst te worden beoordeeld of het besluit van het bestuur en de uitspraak van de CvB ter beoordeling staan van de rechter en zo ja, hoe vervolgens moet worden getoetst. De voorzieningenrechter stelt vast dat de wettelijke bepalingen omtrent de vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 e.v. BW) overeenkomstig moeten worden toegepast op het besluit van het CvB, nu het gaat om een vaststelling die haar grondslag vindt in de statuten. De beslissing van het CvB is dan op grond van artikel 7:904 lid 1 BW vernietigbaar als de gebondenheid aan die beslissing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Volgens de voorzieningenrechter heeft het CvB de vereisten voor omzetting van het aspirant-lidmaatschap in een normaal lidmaatschap beoordeeld in het licht van de statuten en het huishoudelijk reglement en daarmee tevens rekening gehouden met de standpunten van de Advocate. De beslissing is zorgvuldig en begrijpelijk. Dat hieruit volgt dat de Advocate tot zij aan de vijf-jareneis voldoet enkel letselschadezaken kan behandelen met behulp van een kantoorgenoot, maakt deze beoordeling niet onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van de Advocate af.

T.M. Goudzwaard, april 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 16-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:1191

Zaaknummer: C/13/697275 / KG ZA 21-116

Rechters: R.A. van Dudok Heel

Advocaten: A.J.F. de Jager en G.J. Verduijn

Wetsartikelen: 7:904 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Geen aansprakelijkheid wegens schending Beklamel-norm vanwege reële kans op afwending van het faillissement

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de Beklamel-norm wordt afgewezen, omdat ten tijde van het aangaan van de verplichtingen een reële kans bestond dat het faillissement zou worden afgewend. Een door de curator verleende kwijting stond niet aan aansprakelijkheid in de weg omdat schuldeisers een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad zelf geldend kunnen maken, ongeacht of de curator een bestuurder ten behoeve van de schuldeisers uit hoofde van onrechtmatige daad heeft aangesproken. De kwijting was bovendien verleend door de boedel. Met die kwijting door de boedel is de bestuurder volgens de rechtbank niet ook gekwetten jegens de afzonderlijke schuldeisers.

De BV in casu kocht eieren in bij pluimveehouders en verkocht deze door aan ondernemingen in de voedingsverwerkende industrie. De aandelen in de BV werden aanvankelijk door twee holdingmaatschappijen gehouden, ieder voor 50%. Deze holdingvennootschappen waren ook bestuurders van de BV. Per 1 januari 2017 was slechts een van die holdingmaatschappijen bestuurder.

De BV leed reeds in 2014 en 2015 verlies. In de jaarrekeningen was opgenomen dat het onzeker was of de BV zou kunnen blijven voortbestaan. De financieel adviseur van de BV wees eind 2016 op de risico's van bestuurdersaansprakelijkheid wegens het aangaan van verplichtingen in het zicht van faillissement. De situatie verbeterde niet. Op 6 maart 2017 werd de kredietfaciliteit opgezegd, met een opzegtermijn van drie maanden. De BV kon wel nog tot 6 juni 2017 over het krediet beschikken, omdat de blokkering van de bankrekening plaatsvond op 7 juni 2017.

Voor de aflossing van de schuld bij de bank werd een afspraak gepland op 13 juni 2017. Tot die tijd zou de kredietfaciliteit weer worden opengesteld. Dit gesprek heeft de BV niet mogen

baten. De kredietfaciliteit werd namelijk nog diezelfde dag geblokkeerd, terwijl de BV wel nog verplichtingen is aangegaan met een drietal leveranciers voor een totaalbedrag van € 162.009,78. De BV werd op eigen verzoek failliet verklaard op 26 september 2017.

Zowel de holdingmaatschappijen als hun bestuurders werden door de curator aangesproken voor het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 en 2:9 BW. Slechts de holdingmaatschappijen werden (bij verstek) veroordeeld, de bestuurders van de holdingmaatschappijen voerden verweer en werden niet veroordeeld. Na afloop van de procedure werd een schikking getroffen tussen de curator en de (indirect) bestuurders: zij zouden afzien van de proceskostenveroordeling, terwijl de boedel niet in hoger beroep zou gaan en kwijting zou verlenen.

De indirect bestuurder werd vervolgens aansprakelijk gesteld door bovenvermelde leveranciers op grond van onrechtmatige daad. De leveranciers voerden aan dat de bestuurder op de hoogte had moeten zijn van de financiële toestand van de BV. Daarnaast wist of had de bestuurder volgens hen moeten weten dat hij vanaf de opzegging van het krediet onrechtmatig zou handelen als hij nog verplichtingen zou aangaan namens de BV. De bestuurder zou bovendien een ernstig verwijt gemaakt kunnen worden gelet op de waarschuwingen omtrent het aangaan van verplichtingen in het zicht van faillissement.

Zowel een beroep op het gezag van gewijsde van het eerder gewezen vonnis als de verleende kwijting mag de bestuurder niet baten. De rechtbank overweegt dat schuldeisers een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad zelf geldend kunnen maken, ongeacht of de curator een bestuurder ten behoeve van de schuldeisers uit hoofde van onrechtmatige daad heeft aangesproken. De kwijting was bovendien verleend door de boedel. Met die kwijting door de boedel is de bestuurder volgens de rechtbank niet ook gekweten jegens de afzonderlijke schuldeisers.

De bestuurder voerde daarnaast als verweer aan dat de situatie van de BV alom bekend was en dit ook volgde uit de gepubliceerde jaarrekeningen. Leveranciers wisten dat zij een risico liepen. Daarnaast hadden zich in 2016 onverwachte wijzigingen in prijsnoteringen en een salmonellaprobleem voorgedaan. Deze problematiek was eveneens alom bekend. Pogingen van de bestuurder ten spijt, is men er niet in geslaagd om aan deze problemen het hoofd te bieden. Een poging om de BV voort te zetten door middel van een overname was volgens de bestuurder reëel, net als een van een grote debiteur verwachte betaling.

Dat het faillissement op een gegeven moment onafwendbaar was, neemt volgens de rechtbank niet weg dat de bestuurder heeft geprobeerd het faillissement af te wenden toen daartoe nog een reële mogelijkheid bestond. Voor de vraag of de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld

moet daarom ook de omstandigheid worden meegewogen dat het faillissement kon worden afgewend toen de verplichtingen werden aangegaan.

Vanaf eind 2016 moet het voor de bestuurder duidelijk zijn geweest dat er een risico op bestuursaansprakelijkheid was ontstaan en de situatie nijpend was toen de bank het krediet opzegde. Op zichzelf stond dat niet in de weg aan het aangaan van nieuwe verplichtingen. Zolang er nog een reële kans was voor de BV, kan de bestuurder het aangaan van die verplichtingen niet worden verweten, aldus de rechtbank. Deze leveranciers hadden zich op basis van de jaarrekeningen en de in markt bekende omstandigheden bovendien op de hoogte kunnen stellen van de situatie van de vennootschap. De opstelling van de bank, de potentiële overname en het feit dat een grote debiteur in gesprek was met haar bank om haar vordering te voldoen maakt dan ook dat die reële kans er was. Bovendien is de schuldenlast van de BV door het beleid van de bestuurder juist afgenomen. De rechtbank oordeelt daarom dat de bestuurder niet aansprakelijk is.

M.Y.J. Smeets en J.E. van Nuland, april 2021

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 24-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:1318

Zaaknummer: C/05/366875

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: T.M.M. Ross en H.J. Ligtenbarg

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Friesland Campina/Melkveehouder

De rechtbank oordeelt dat het bestuur van Friesland Campina U.A. het lidmaatschap van een lid heeft mogen beëindigen. Het besluit is terecht genomen, nu niet is gebleken dat het lid aan de vereisten voor lidmaatschap kon blijven voldoen. Ondanks meerdere mogelijkheden om tot herstel te komen, bleef het lid in gebreke, waardoor het opzeggingsbesluit terecht is genomen. Onvoldoende is gebleken dat het bestuur het besluit in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft genomen.

Zuivelcoöperatie Friesland Campina U.A. ('Friesland Campina') houdt zich bezig met de inkoop van melk bij haar leden, zijnde melkveehouders. Eisers (tezamen: 'de Melkveehouder') zijn echtgenoten en exploiteren samen een melkveehouderij en waren lid van Friesland Campina. Friesland Campina heeft het lidmaatschap van de Melkveehouder opgezegd, waardoor de Melkveehouder geen melk meer aan Friesland Campina kan leveren.

De Melkveehouder betwijfelt of er überhaupt een opzeggingsbesluit is genomen en stelt dat het opzeggingsbesluit – voor zover het besluit is genomen – nietig is wegens strijd met de statuten, dan wel vernietigbaar wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW). Tevens vordert de Melkveehouder een verklaring voor recht dat het lidmaatschap onverminderd voortduurt, alsmede veroordeling van Friesland Campina tot vergoeding van de door hem geleden schade.

De rechtbank stelt vast dat er wel degelijk een opzeggingsbesluit is genomen. Dat de Melkveehouder geen afschrift heeft gekregen van de notulen van de bestuursvergadering waarin dat besluit is genomen, doet daar niet aan af. Het opzeggingsbesluit is tevens op de juiste wijze aan de Melkveehouder medegedeeld. De Melkveehouder voert aan dat dit niet het geval is, nu de opzeggingsbrief niet is verstuurd door het bestuur, maar door een gevolmachtigde en dat de volmachtverlening niet is aangetoond. De rechtbank is echter van oordeel dat uit het niet inschrijven van de volmacht in het handelsregister niet kan worden

afgeleid dat er geen sprake is van een geldige volmacht.

De rechtbank oordeelt dat het opzeggingsbesluit op basis van de statuten is genomen. Voldoende is gesteld dat de Melkveehouder onvoldoende betrokken is geweest bij de uitvoering van de melkveehouderij om te voldoen aan het daarover in de statuten bepaalde. Nu Friesland Campina de melkinname op juiste gronden had gestopt, voldeed de Melkveehouder niet meer aan de statutaire vereisten.

Overigens had Friesland Campina het lidmaatschap ook mogen opzeggen op grond van de bepaling dat de Melkveehouder regelmatig zijn verplichtingen niet nakwam. Friesland Campina mocht de melkinname beëindigen nu de Melkveehouder niet voldeed aan de door Friesland Campina in dat kader opgestelde regelgeving. De melk afkomstig van de Melkveehouder voldeed herhaaldelijk niet aan de vastgestelde kwaliteitseisen. Dat de kwaliteit niet voldeed, is meermaals gebleken uit onderzoeken van een externe en geaccrediteerde beoordelingsinstantie. Bovendien is de Melkveehouder meermaals een herstelperiode opgelegd, waarin geen verbetering is aangetoond. De melkinname is meermaals opgeschort in overeenstemming met de reglementen, en de opgestelde verbeteringsplannen zijn niet nagekomen. Toen geen structurele verbeteringen plaatsvonden mocht Friesland Campina de melkinname terecht beëindigen.

De rechtbank oordeelt voorts dat het opzeggingsbesluit niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. De Melkveehouder heeft in dit kader aangevoerd dat de opzegging niets te maken had met de bedrijfsvoering, maar enkel met het feit dat de echtgenote een vooraanstaande belangenbehartiger in de melkveehouderijsector is. Zij is woordvoester en bestuurder van de stichting Farmers Defence Force. Volgens de Melkveehouder is dit de werkelijke reden dat het lidmaatschap is opgezegd, niet de bedrijfsvoering. Vanwege de werkzaamheden van de echtgenote meent de Melkveehouder dat hem en zijn vrouw opzegbescherming toekomt, vergelijkbaar met die van een werknemer die lid is van een ondernemingsraad. De rechtbank stelt echter vast dat uit de feiten blijkt dat Friesland Campina de belangen van de Melkveehouder op een juiste manier heeft afgewogen en hem meerdere kansen tot herstel heeft gegeven, die hij niet heeft opgepakt. Uiteindelijk heeft Friesland Campina de kwaliteit van de melk terecht zwaarder laten wegen dan het belang van de Melkveehouder om melk te blijven leveren.

De rechtbank wijst de vorderingen af.

T.M. Goudzwaard, april 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:891

Zaaknummer: C/16/499860 / HA ZA 20-210

Rechters: A.F. Hermans

Advocaten: J.L.M. Wonders, D.J.C. Storm en G.D. te Biesebeek

Wetsartikelen: 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Ongedaanmaking opzegging bestuurder slaagt niet

Kort geding. Vordering van bestuurder die managementovereenkomst zou hebben opgezegd tot terugkeer als bestuurder en toegang tot de gebouwen van de vennootschap. De voorzieningenrechter wijst de vordering af. De medeaandeelhouders hebben de verklaringen en gedragingen van eiseres zo mogen begrijpen dat eiseres daadwerkelijk de organisatie wilde verlaten.

‘Eiser 2’ is bestuurder en enig aandeelhouder van ‘Eiseres 1’. Eiseres 1 is tezamen met ‘Gedaagde 2’ en ‘Gedaagde 3’ bestuurder van ‘Gedaagde 1’ en samen met nog een vierde partij vormen zij alle aandeelhouders van ‘Gedaagde 1’. Eiseres 1 voert op basis van een managementovereenkomst bestuurswerkzaamheden uit voor Gedaagde 1.

Op 22 september 2020 heeft Eiser 2 overleg met de (achterliggende personen van) Gedaagde 2 en Gedaagde 3, waarin Eiser 2 aankondigt de organisatie per eind 2020 te verlaten. Op 13 oktober 2020 kondigt Eiser 2 per e-mail een aandeelhoudersvergadering aan om de ‘ontstane situatie’ te bespreken. Op 18 oktober 2020 laat Eiser 2 weten bij deze vergadering aanwezig te zijn. Van deze aandeelhoudersvergadering zijn notulen opgesteld die op 23 oktober 2020 aan alle aandeelhouders worden gecirculeerd. De notulen maken melding van de bevestiging van Eiser 2 van de mondelinge opzegging van zijn managementovereenkomst per 31 december 2020 en een unaniem aangenomen besluit voorbij te gaan aan de opzeggingsformaliteiten van deze overeenkomst. Daarnaast is ook gesproken over de overname en overnameprijs van de aandelen van Eiser 2. Pas als de waardering van de aandelen wordt besproken geeft Eiser 2 aan dat hij juridisch advies in wil winnen en zijn besluit tot uittreden wil heroverwegen. De overige aandeelhouders achten heroverweging een gepasseerd station, nu zijn opzegging al is aanvaard.

Bij e-mail van 30 oktober 2020 deelt Eiser 2 aan alle aandeelhouders mee dat er geen sprake is van een opzegging van zijn managementovereenkomst, noch dat hier ooit sprake van is geweest. Bij brief van 18 november 2020 reageren de overige aandeelhouders dat dit niet juist is: zijn opzegging is juist uitdrukkelijk besproken en erkend op de

aandeelhoudersvergadering; de waardering van zijn aandelen is daarnaast duidelijk omschreven in de aandeelhoudersovereenkomst waarvan zij ervan uitgingen dat Eiser 2 daar kennis van had genomen voor zijn opzegging. Tot slot melden de aandeelhouders hem aan zijn opzegging te zullen houden en vanaf 31 december 2020 geen managementvergoeding meer te zullen betalen. Per 1 januari 2021 is Eiser 2 de toegang tot het systeem van de onderneming ontnomen en toegang tot de gebouwen van de onderneming ontzegd.

Eiseres 1 c.s. vordert dat Gedaagde 1 c.s. zullen toestaan dat Eiseres 1 c.s. haar functie, taken en werkzaamheden als bestuurder van Gedaagde 1 kan uitvoeren, met alle middelen die zij normaliter tot haar beschikking heeft, tegen betaling van de maandelijks verschuldigde managementvergoeding en rectificatie van het bericht dat de samenwerking met Eiseres 1 c.s. is beëindigd.

Volgens de voorzieningenrechter zijn partijen in geschil of er sprake is van een door Eiser 2 aangekondigd vertrek, met alle gevolgen van dien. De voorzieningenrechter komt tot het oordeel dat de aandeelhouders/bestuurders van Gedaagde 1 er gerechtvaardigd op hebben mogen vertrouwen dat Eiser 2 de relatie met Gedaagde 1 c.s. heeft opgezegd en met de kennelijke bedoeling deze definitief en compleet te beëindigen. De voorzieningenrechter acht de stilte van de kant van Eiser 2 van belang: de ondubbelzinnige mededeling per e-mail van 13 oktober 2020 dat Eiser 2 de onderneming per 31 december 2020 gaat verlaten heeft Eiser 2 niet gecorrigeerd. Het eerste moment dat Eiser 2 ageerde, was nadat de waardering van zijn aandelen ter sprake kwam. Vervolgens bleef het weer een week stil vanuit Eiser 2 na verzending van de notulen van de aandeelhoudersvergadering, waarin de bespreking van de opzegging door Eiser 2 duidelijk en ondubbelzinnig was opgenomen. In zijn e-mail van 30 oktober 2020 geeft Eiser 2 aan dat de notulen niet in lijn zijn met het besprokene, terwijl Eiser 1 c.s. ter zitting verklaard heeft dat de notulen wél een correcte weergave vormen, maar dat er sprake is geweest van één groot misverstand. Dat Eiser 2 er naar eigen zeggen vanuit ging dat de opzegging enkel zag op zijn positie als '*strategy director*' sluit volgens de voorzieningenrechter niet aan op de gebeurtenissen voor en tijdens de aandeelhoudersvergadering. Er was voor de overige aandeelhouders/bestuurders geen enkele aanleiding om van een dergelijk misverstand uit te gaan. Eiser 2 heeft meerdere gelegenheden gehad en voorbij laten gaan om het ontstane beeld te corrigeren.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

J.J. Trommel, april 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 16-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:809

Zaaknummer: C/16/515308 / KL ZA 21-3

Rechters: D.M. Staal

Advocaten: R.S.A. Essed en H.C.W. Geffroy

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens tegenstrijdig belang

Vennootschap spreekt voormalig bestuurder aan voor de schadelijke gevolgen van een transactie waarbij de bestuurder een tegenstrijdig belang had en het in verband daarmee binnenhalen van een klant vanuit een andere vennootschap. De rechtbank acht de bestuurder persoonlijk aansprakelijk, maar laat de vennootschap toe tot bewijslevering ten aanzien van de geleden schade.

DistriRail B.V. ('DistriRail') is een expeditie- en vervoerbedrijf dat onder meer goederen per spoor laat vervoeren. Partner in Rail B.V. ('PIR') is actief in de logistieke en transportsector, onder meer als agent voor spoorvervoer. Touax Rail Limited ('Touax') is een verhuurder van spoorwagons voor goederenvervoer. Persoon B ('de Bestuurder') is een van de bestuurders van DistriRail en (indirect) aandeelhouder van DistriRail. De Bestuurder is bovendien (indirect) bestuurder en houder van 50% van de aandelen van PIR.

Touax leaset spoorwagons aan DistriRail, die moeite heeft de spoorwagons operationeel te gebruiken, waardoor zij verliezen lijdt op de spoorwagons. Het leasecontract wordt vervolgens op naam van PIR gezet. DistriRail, die wordt vertegenwoordigd door de Bestuurder, verstrekt daarbij aan Touax ten gunste van PIR een garantie voor de nakoming door PIR van het leasecontract. PIR leaset de spoorwagons vervolgens aan Hannibal S.P.A. ('Hannibal'). Daarna treedt de Bestuurder af als bestuurder van DistriRail en draagt hij zijn (indirecte) aandelenbelang in DistriRail over aan een medeaandeelhouder. Daarbij wordt aan de Bestuurder decharge verleend en finale kwijting. In de correspondentie tussen partijen wordt vastgelegd dat deze finale kwijting niet geldt voor zaken die bij de koper niet bekend zijn. PIR komt haar verplichtingen jegens Touax onder het leasecontract niet na en DistriRail wordt onder de garantie aangesproken. DistriRail hoeft uiteindelijk niets onder de garantie te betalen, maar maakt wel kosten in verband met diverse procedures.

DistriRail spreekt de Bestuurder in rechte aan voor de door haar geleden schade ten gevolge van (i) de jegens haar ingestelde aanspraak onder de garantie (kosten voor verweer) en (ii) het feit dat Hannibal door PIR is binnengehaald als klant en niet door DistriRail. De rechtbank

overweegt dat de Bestuurder een tegenstrijdig belang had bij het verstrekken van de garantie namens DistriRail. Hij had op grond van artikel 2:239 lid 6 BW de besluitvorming aan zijn medebestuurders moeten overlaten, die van niets wisten. De Bestuurder heeft hierdoor zijn taak onbehoorlijk vervuld en is aansprakelijk voor de dientengevolge geleden schade. Wegens onbekendheid van zijn medebestuurders met de garantie, kunnen de verstrekte decharge en finale kwijting de Bestuurder niet baten. De rechtbank overweegt echter dat DistriRail – per saldo – alleen schade heeft geleden wanneer kan worden vastgesteld dat DistriRail zelf Hannibal als klant had kunnen binnenhalen, omdat anders de verliezen wegens het niet operationeel kunnen gebruiken van de spoorwagens de kosten voor verweer zouden overstijgen. Deze vraag is ook relevant voor het tweede verwijt. De rechtbank stelt vast dat wanneer deze vraag positief kan worden beantwoord, de Bestuurder zijn taak ernstig onbehoorlijk heeft vervuld, door Hannibal vanuit PIR te bedienen en niet vanuit DistriRail. De rechtbank acht voorshands aannemelijk dat de koper niets afwist van de kwestie Hannibal, waardoor het aan de Bestuurder is tegenbewijs te leveren. Hierdoor komt aan de Bestuurder – behoudens tegenbewijs – ten aanzien van deze kwestie geen beroep op decharge en finale kwijting toe.

DistriRail krijgt als eiser die zich op de rechtsgevolgen beroept de bewijsopdracht voor de stelling dat Hannibal door DistriRail als klant binnengehaald had kunnen worden. De Bestuurder wordt in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren dat de koper niet van de kwestie Hannibal op de hoogte was.

B.J. Hermans, april 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:2510

Zaaknummer: C/10/584311

Rechters: N. Doorduijn

Advocaten: V.R. Pool en K.G.A.P. Boemaars

Wetsartikelen: 2:239 lid 6 BW

RECHTSPRAAK

Ontslagbesluit bestuurder Stichting Islamitisch Onderwijs (Haga Lyceum) houdt stand; uitleg statuten

Een niet-uitvoerende bestuurder van de Stichting Islamitisch Onderwijs ontslaat achtereenvolgens zijn enige mede niet-uitvoerende bestuurder en de enige uitvoerende bestuurder. De uitvoerende bestuurder vecht zonder succes zijn ontslag aan bij de kantonrechter in eerste aanleg en in hoger beroep. Het hof legt de statuten van de stichting uit en maakt een strikt onderscheid tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. De uitvoerende bestuurder hoefde hierdoor niet te worden betrokken bij het ontslag van de niet-uitvoerende bestuurder.

Geïntimeerde, de Stichting Islamitisch Onderwijs ('SIO'), bestuurt in Amsterdam een school voor voortgezet onderwijs op Islamitische grondslag, het Cornelius Haga Lyceum. SIO heeft één uitvoerende bestuurder, de directeur-bestuurder, die tevens de dagelijkse leiding verzorgt. Dit is appellant ('de Directeur-bestuurder'). SIO heeft daarnaast twee niet-uitvoerende (toezichthoudende) bestuurders ('het Algemeen bestuur'), bestaande uit X en Y.

In de statuten van SIO staat dat een bestuurslid wordt ontslagen in een vergadering waarin alle overige 'bestuursleden' aanwezig zijn. Onder meer door een negatief rapport van de Inspectie van het Onderwijs ontstaat een bestuurscrisis bij SIO. De Directeur-bestuurder wordt gedurende een bestuursvergadering van 25 mei 2020 geschorst door Y, als enig ter vergadering aanwezig bestuurslid. Daaropvolgend wordt X door Y ontslagen op 27 mei 2020. Op 2 juni 2020 wordt de Directeur-bestuurder op staande voet ontslagen door Y. Hierna is Y het enige overgebleven bestuurslid. Tussen SIO en de Directeur-bestuurder worden diverse procedures gevoerd. De Directeur-bestuurder vecht zonder succes het schorsings- en ontslagbesluit aan bij de kantonrechter. Hij gaat in hoger beroep.

In hoger beroep komt de vraag aan de orde of in SIO's statuten met de term 'bestuursleden' in het kader van een ontslagbesluit wordt bedoeld de leden van het bestuur of (alleen) de leden

van het Algemeen bestuur. Dat heeft gevolgen voor de rechtsgeldigheid van het ontslag van X en het daaropvolgende ontslag van de Directeur-bestuurder. Het hof stelt voorop dat bij de vraag hoe bepalingen uit de statuten moeten worden uitgelegd, naast de tekst van de betreffende bepalingen, ook belang gehecht moet worden aan de overige tekst van de statuten, de wettekst en bedoelingen van de wetgever, alsmede de reglementen van de rechtspersoon. Het hof betreft ook de aannemelijkheid van de (rechts)gevolgen waartoe de onderscheidende interpretaties leiden in de weging, alsmede de vraag in hoeverre deze rechtsgevolgen redelijk zijn. Uit de wet – waaronder de Wet op het voortgezet onderwijs – alsmede uit SIO's statuten en reglementen volgt volgens het hof duidelijk een strikte scheiding tussen het Algemeen bestuur en de Directeur-bestuurder. In het verlengde daarvan acht het hof het onaanvaardbaar dat de Directeur-bestuurder deelneemt aan besluitvorming aangaande benoeming en ontslag van leden van het Algemeen bestuur. Het ontslagbesluit van X is hierdoor geldig, waardoor het daaropvolgende ontslagbesluit van de Directeur-bestuurder geldig is. De rechtsgeldigheid van het schorsingsbesluit van de Directeur-bestuurder is hierdoor niet meer van belang.

B.J. Hermans, april 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-03-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:583

Zaaknummer: 200.280.218/01

Rechters: T.S. Pieters, A.S. Arnold en G.C. Boot

Advocaten: D.A. Siddiqui en S.L.D. van den Brink

Wetsartikelen:

ANNOTATIE

De economische realiteit in de SNS Reaal-beschikkingen

F. Eikelboom en M. Krekels

Noot bij HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 en ECLI:NL:HR:2020:479 (Concernenquête SNS Reaal en dochtervennootschap SNS Bank).

In een tweetal beschikkingen van 3 april 2020 liet de Hoge Raad zich voor de tweede maal uit over de maatstaf voor het toewijzen van een concernenquête. Zoals uit deze bijdrage blijkt, gebruikte de Hoge Raad deze gelegenheid om de maatstaf uit de Landis-beschikking te herformuleren en versimpelen. Deze beschikkingen worden nader geduid.

1 Inleiding

1.1 Het door de wetgever geschapen kader

De artikelen 2:345 lid 2, 2:346 en 2:347 BW bevatten een limitatieve opsomming van de enquêtebevoegden.[1] In artikel 2:346 lid 1, aanhef en onder b en c, BW wordt daarbij voor houders van aandelen of certificaten van aandelen een kapitaalseis gesteld. Die kapitaalseis ziet op aandelen of certificaten van aandelen die rechtstreeks worden gehouden in de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft. Naar de letter van de wet zijn houders van aandelen of certificaten van aandelen niet bevoegd tot het uitlokken van een enquête bij een andere vennootschap dan de vennootschap waarin zij hun aandelen of certificaten houden. De realiteit is echter anders.

1.2 Wat voorafging in de rechtspraak

Toen de onderhavige beschikkingen met betrekking tot tot SNS Reaal N.V. (hierna: SNS Reaal)[2] en SNS Bank N.V. (hierna: SNS Bank).[3] werden gewezen, was het bijna twintig jaar geleden dat de Ondernemingskamer voor het eerst een concernenquête toestond. Dat gebeurde in de Bot Bouw Groep-beschikking.[4] Hoewel de concernenquête inmiddels ingeburgerd is, werd dit indertijd gezien als een gedurfde, zelfs controversiële, ontwikkeling.[5] De Ondernemingskamer koos voor deze aanpak, omdat de doeleinden en de daarmee verband houdende reikwijdte van het enquêterecht in dit geval slechts – volledig –

tot hun recht kunnen komen indien het te bevelen onderzoek zich mede uitstrekt tot de dochtervennootschappen, aldus de Ondernemingskamer.[6]

Het duurde vervolgens vijf jaar voordat de Hoge Raad zich kon uitlaten over de concernenquête. In de tussentijd was het toewijzen van concernenquêtes uitgegroeid tot vaste jurisprudentie.[7] De Hoge Raad zette het sein op groen voor de concernenquête in de Landis-beschikking.[8] De belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad waren de volgende:

‘3.3.4 Er bestaat, nu kapitaalverschaffers en werknemers wat hun toegang tot het middel van een enquête betreft zoveel mogelijk gelijk dienen te worden behandeld, geen grond de uit het vorenstaande blijkende opvattingen van de regering, die erop neerkomen dat de wet ruimte biedt voor wat in de literatuur wel wordt aangeduid als “een bevoegdheidsdoorbraak” en dat het in de eerste plaats aan de ondernemingskamer is om – zonodig – aan de ontwikkelingen op dat punt vorm te geven, niet ook tot uitgangspunt te nemen bij de beantwoording van de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden aandeelhouders (waaronder hier mede certificaathouders worden begrepen) van de moedermaatschappij bevoegd zijn een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een (100%) dochtermaatschappij in te dienen. Uitgangspunt daarbij moet tevens zijn dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat het bij de toepassing daarvan uiteindelijk vooral aankomt op de economische werkelijkheid (vgl. HR 6 juni 2003, R 02/078, NJ 2003, 486, rov. 3.5.2).

3.3.5 Die economische werkelijkheid hield in dit geval naar het in cassatie onbestreden oordeel van de ondernemingskamer in dat Landis en haar drie 100% dochtermaatschappijen tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden en dat er wat de samenstelling van de onderscheiden besturen betreft sprake was van een vrijwel volledige personele unie. In dit oordeel ligt besloten dat binnen de dochtermaatschappijen geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid, en dat derhalve het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappijen de belangen van VEB c.s. als aandeelhouders van Landis evenzeer en op gelijke wijze raakten als het beleid en de gang van zaken van Landis zelf.’

De Hoge Raad begint zijn motivering met de gelijkschakeling van werknemersorganisaties en aandeelhouders. Naar onze mening is dat punt van ondergeschikt belang. De kern zit hem in de driedelige redenering van de Hoge Raad die daarop volgt. In een meer logische volgorde gezet, komt deze hierop neer: (1) de economische werkelijkheid staat voorop in de enquêteprocedure; (2) daarom kunnen aandeelhouders in de moeder verzoeken om een enquête bij de dochter, indien het beleid en de gang van zaken van de dochter de belangen van de aandeelhouders van de moeder evenzeer en op gelijke wijze raken als die van de moeder zelf; en (3) dat aan die eis was voldaan vanwege het bestaan van een groep, namelijk een

economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding, en een volledige personele unie van besturen.

1.3 Analyse

Wat opvalt aan de rechtvaardiging van de concernenquête is dat gebruik wordt gemaakt van de combinatie van vage termen zoals de 'strekking van het enquêterecht' en de 'economische werkelijkheid'. Deze economische realiteit moet blijkbaar worden onderscheiden van andere werkelijkheden, waaronder de juridische werkelijkheid dat de lijst van enquêtebevoegden in artikel 2:346 BW limitatief is bedoeld. Dat de economische realiteit leidend is, volgt volgens de Hoge Raad uit de strekking van het enquêterecht.[9] Assink noemt dit kritisch een 'bezweringsformule'. [10] Assink meent dat de Hoge Raad een gemakkelijk excuus gebruikt om voorbij te gaan aan het limitatieve karakter van artikel 2:346 BW om uit te kunnen komen bij een gewenste uitkomst.

Waarom de concernenquête een gewenste uitkomst is, komt naar voren in de Bot Bouw Groep-beschikking. De Ondernemingskamer oordeelt dat het niet toestaan van een concernenquête in de weg staat aan het volledig realiseren van de doeleinden van het enquêterecht. Dat oordeel is ook vaag geformuleerd, maar laten we eens kijken naar waar het toe leidt wanneer een concernenquête niet tot de mogelijkheden behoort. Hoe moet je dan omgaan met de kwesties waarin thans een concernenquête wordt bevolen, bijvoorbeeld in het geval het beleid en de gang van zaken met betrekking tot (klein)dochtervennootschappen gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen?

Ten eerste zal soms informatie moeten worden onderzocht die alleen aanwezig is bij een (klein)dochtervennootschap. De onderzoeker dient dan medewerking te vragen aan de desbetreffende vennootschap. Wanneer de medewerking wordt geweigerd, kan een machtiging van de Ondernemingskamer worden gevraagd.[11] Tegen die machtiging staat cassatie open.[12]

Ten tweede kan het beperken van de enquêteprocedure tot de topholding aanleiding geven tot discussies en procedures over de geheimhoudingsplicht van de onderzoeker. Het is de onderzoeker verboden om hetgeen blijkt bij het onderzoek verder bekend te maken dan zijn opdracht met zich brengt.[13] Als de enquêteprocedure alleen ziet op de topholding kan er discussie ontstaan over de vraag of informatie over (klein)dochtervennootschappen voldoende raakvlakken heeft met het onderwerp van het onderzoek om deze bekend te maken via het onderzoeksverslag. Ook daarover kan worden geprocedeerd.

De hierboven geschetste discussies en procedures kunnen het onderzoek (ernstig) compliceren en vertragen.[14] Dat verhoudt zich slecht tot de voortvarendheid waarmee een

enquêteprocedure moet worden gevoerd.[15] Bovendien heeft het iets artificieels wanneer in een enquêteprocedure rekening wordt gehouden met de juridische verschillen tussen de verschillende entiteiten in het geval de groepsvennootschappen feitelijk als één organisatie functioneren en geen daadwerkelijke invulling geven aan hun (juridische) zelfstandigheid.

Aldus bezien is de concernenquête mogelijk, omdat het praktisch is. Wanneer we deze gedachte doortrekken, heeft het minder zin om de grenzen van de concernenquête te zoeken in de dogmatiek. Vragen over de mogelijkheden van de concernenquête – waarvan de Landis-beschikking vele openliet – zullen dan ook in de raadkamer op basis van praktische overwegingen worden beantwoord. Natuurlijk speelt ook mee dat de wetgever ruimte heeft gelaten voor een extensieve uitleg van het enquêterecht in concernverhoudingen,[16] maar dat is in onze ogen niet doorslaggevend voor de in de rechtspraak gemaakte keuzes.

2 Het begin van de SNS-concernenquête

De Vereniging van Effectenbezitters (hierna: VEB) en overige verzoekers (hierna: VEB c.s.) hebben de Ondernemingskamer verzocht om een concernenquête bij SNS Reaal, SNS Bank en SNS Property Finance B.V. (hierna: Property Finance).[17] Verzoekers waren, voor zover hier van belang, aandeelhouders van het beursgenoteerde SNS Reaal, maar niet van SNS Bank en Property Finance. SNS Bank was indertijd een volle dochter van SNS Reaal en Property Finance van SNS Bank.[18]

SNS Reaal, SNS Bank, Property Finance en de Staat der Nederlanden (hierna: SNS Reaal c.s. of de Staat c.s.) hebben zich onder meer op het standpunt gesteld dat VEB c.s. niet-ontvankelijk zijn in hun verzoek voor zover dit is gericht tegen SNS Bank, omdat het verzoek niet zou voldoen aan de vereisten voor een concernenquête. Voorafgaand aan de onderhavige beschikkingen was al een aantal beschikkingen gewezen door de Ondernemingskamer en de Hoge Raad. Daarin is vastgesteld dat VEB c.s. ontvankelijk waren in hun enquêteverzoek met betrekking tot SNS Reaal en dat – voor zover er al een concernenquête zou worden toegestaan – Property Finance daarin niet kon worden betrokken.[19] De vraag stond nog open of ook SNS Bank in de enquêteprocedure kon worden betrokken.

3 Het oordeel van de Ondernemingskamer

Bij beschikking van 26 juli 2018 oordeelde de Ondernemingskamer dat VEB c.s. ontvankelijk waren in hun enquêteverzoek ten aanzien van SNS Bank.[20] Het verweer van SNS Reaal c.s. dat een concernenquête alleen zou kunnen worden bevolen indien SNS Bank in geen enkel opzicht ten aanzien van SNS Reaal een zelfstandig bestuursbeleid had gevoerd, werd verworpen.

De Ondernemingskamer stond daarbij ook in algemene zin stil bij uitleg van de Landis-beschikking.[21] In de uitleg van de Ondernemingskamer was bepalend voor de toelaatbaarheid van een concernenquête of het beleid en de gang van zaken van SNS Bank de belangen van de aandeelhouders van SNS Reaal ‘evenzeer en op gelijke wijze raken als de gang van zaken van SNS Reaal zelf en dat dat ook het geval kan zijn indien SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van een eigen beleid’.[22]

Volgens ons was met die overweging de uitkomst al gegeven. De aandeelhouders van SNS Reaal zijn immers onmiskenbaar geraakt door de problemen bij Property Finance, de dochter van SNS Bank. Het zijn deze problemen die hebben geleid tot de onteigening van de aandeelhouders. De Ondernemingskamer overweegt dit ook met zoveel woorden in r.o. 3.16 (laatste zin) van haar beschikking.

De Ondernemingskamer houdt SNS Reaal en SNS Bank ook een spiegel voor wat betreft het (door hen) gevoerde beleid ten aanzien van Property Finance. SNS Reaal en SNS Bank hebben noch vooraf, noch in de enquêteprocedure een voor de buitenwereld kenbaar onderscheid gemaakt tussen het gevoerde beleid van SNS Reaal en het gevoerde beleid van SNS Bank ten aanzien van Property Finance. Volgens de Ondernemingskamer lijkt dit onderscheid ook niet daadwerkelijk te hebben bestaan.[23] De Ondernemingskamer acht het gekunsteld om daar in de enquêteprocedure wel een onderscheid tussen te maken. Volgens de Ondernemingskamer staat het maken van een onderscheid ook in de weg aan het verkrijgen van openheid van zaken.[24]

Het zijn deze overwegingen die in cassatie worden aangevallen. Naar onze mening zijn deze overwegingen van de Ondernemingskamer reeds voldoende om het toestaan van een concernenquête overtuigend te maken. De Ondernemingskamer baseert haar oordeel echter ook op de nauwe economische en organisatorische banden tussen SNS Reaal en SNS Bank.[25] Zo hield SNS Reaal in de relevante periode alle aandelen in SNS Bank, die op haar beurt alle aandelen in Property Finance hield, bestond er een volledige personele unie tussen de raden van commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank, had gemiddeld de helft van de bestuurders van SNS Reaal in de periode van 2006 tot de onteigening zitting in het bestuur van SNS Bank, waren bestuurders van SNS Reaal en SNS Bank vertegenwoordigd in het centrale risicocomité van Property Finance en in de kredietcommissie, had SNS Reaal ten aanzien van SNS Bank een zogenoemde 403-verklaring afgegeven, en bestond er ook financieel een sterke verbondenheid en afhankelijkheid tussen SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance. Tevens had SNS Reaal in haar jaarverslagen, aandeelhoudersvergaderingen en andere externe communicatie steeds informatie verschaft en verantwoording afgelegd over het gevoerde en te voeren beleid van SNS Bank (inclusief Property Finance) als onderdeel van haar concern.

4 Cassatiemiddelen

De Staat c.s. hebben tegen de beschikking van de Ondernemingskamer van 26 juli 2018 cassatieberoepen ingesteld.[26] De cassatiemiddelen brengen naar voren dat moet zijn voldaan aan drie cumulatieve vereisten om een concernenquête te kunnen toewijzen bij een 100%-dochtervennootschap, namelijk:

De moedervennootschap en haar dochtervennootschap vormen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding.

Wat de samenstelling van de onderscheiden besturen betreft is er sprake van een (vrijwel) volledige personele unie.

Binnen de dochtervennootschap is geen sprake van enig ten opzichte van de moedervennootschap zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid.

Alleen als aan deze eisen zou zijn voldaan, zouden het beleid en de gang van zaken van die dochtervennootschap de belangen van de aandeelhouders van de moedervennootschap evenzeer en op gelijke wijze raken als het beleid en de gang van zaken van de moedervennootschap zelf. De Staat c.s. lijken de Landis-beschikking dus zo te hebben gelezen dat deze casus de enige situatie betreft waarin een concernenquête kan worden bevolen.

Subsidiair verdedigen de Staat c.s. het standpunt dat als voorwaarde voor het kunnen instellen van een concernenquête altijd geldt dat binnen de dochtervennootschap geen sprake is van enig ten opzichte van de moedervennootschap zelfstandig bepaald en gevoerd beleid.

5 De SNS-beschikkingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad stelt voorop dat de wettelijke opsomming van enquêtebevoegden een limitatieve is.[27] Vervolgens geeft de Hoge Raad uitleg aan zijn Landis-beschikking. De Hoge Raad herhaalt dat de wetgever ruimte heeft geboden voor een bevoegdheidsdoorbraak, in de zin dat onder omstandigheden onder houders van aandelen of certificaten van aandelen als bedoeld in artikel 2:346 BW mede te begrijpen zijn houders van aandelen of certificaten van aandelen in de moedervennootschap van de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft. De Hoge Raad herhaalt verder dat de rechter aan rechtsontwikkeling kan doen ten aanzien van de vraag wanneer een concernenquête kan worden bevolen. Het uitgangspunt hierbij dient de economische werkelijkheid te zijn.[28]

De Hoge Raad verduidelijkt dat in de Landis-beschikking sprake was van een op dat geval toegespitst oordeel. Daarin heeft hij niet in algemene zin geoordeeld over de vraag in welke omstandigheden een concernenquête mogelijk is. Met dit oordeel verwerpt de Hoge Raad het

standpunt van de Staat c.s. dat de Landis-beschikking zo moet worden gelezen dat die casus de enige situatie betreft waarin een concernenquête kan worden bevolen. De Landis-beschikking is dus slechts een voorbeeld van een geval wanneer een concernenquête mogelijk is.[29] Dit oordeel van de Hoge Raad is ook in lijn met de conclusie van A-G Timmerman.[30]

Vervolgens formuleert de Hoge Raad twee vereisten voor het aannemen van de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken. Ten eerste is vereist dat sprake is van een groep in de zin van artikel 2:24b BW.[31] De Hoge Raad volgt ook hierin de conclusie van A-G Timmerman.[32] Ten tweede is vereist dat de vennootschap ten aanzien waarvan op grond van artikel 2:346 BW om een enquête kan worden verzocht, het beleid van de andere vennootschap mede heeft bepaald als het gaat om de onderwerpen waarop het enquêteverzoek betrekking heeft.[33]

Daarna komt de Hoge Raad toe aan het beoordelen van onderhavig geval. De Hoge Raad oordeelt dat ten aanzien van SNS Reaal en SNS Bank aan beide voorwaarden is voldaan. De Hoge Raad wijst hierbij op specifieke overwegingen van de Ondernemingskamer. De Hoge Raad geeft een van deze overwegingen een nadere duiding. In de overweging van de Ondernemingskamer dat SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van zelfstandig beleid, ligt volgens de Hoge Raad besloten dat SNS Reaal het beleid van SNS Bank mede heeft bepaald.[34]

6 Implicaties van de SNS-beschikkingen voor de concernenquête

De cassatiemiddelen stonden een starre uitleg van de Landis-beschikking voor. Niet alleen wordt de Landis-beschikking door ons anders gelezen (zie par. 1.2), maar een starre uitleg is ook lastig te rijmen met de praktische motieven die lijken te steken achter het toestaan van de concernenquête[35] (zie par. 1.3). Indien de Hoge Raad was meegegaan in de cassatiemiddelen had dit tot de nodige juridische en procedurele complicaties geleid in de enquêteprocedure (zie par. 1.3). In die zin verbaast het ons dan ook niet dat de cassatiemiddelen niet slagen.

De Landis-beschikking heeft tot veel discussie geleid in de literatuur.[36] De Hoge Raad komt de praktijk enigszins tegemoet door (een deel van) de Landis-maatstaf te verduidelijken, dan wel te vervangen door aan te sluiten bij het groepsbegrip van artikel 2:24b BW.[37]

Tegelijkertijd roepen de (nieuwe) vereisten die de Hoge Raad heeft geformuleerd ook weer vragen op. In de literatuur is erop gewezen dat het groepsbegrip van artikel 2:24b BW vaag is.[38] Daarom is ook wel gepleit om aan te haken bij het begrip dochtermaatschappij in de zin van artikel 2:24a BW, dat meer houvast biedt. De Hoge Raad lijkt echter A-G Timmerman te volgen, die meent dat het enkele feit dat het gaat om een dochtermaatschappij niet voldoende is voor het kunnen instellen van een concernenquête.[39] Door Bartman en Jager wordt

bepleit dat indien sprake is van een dochtermaatschappij (in de zin van art. 2:24a BW), moet worden vermoed dat sprake is van een groepsmaatschappij (in de zin van art. 2:24b BW), tenzij deze dochtervennootschap het tegendeel bewijst.[40] Wij denken echter dat de Ondernemingskamer de handen vrij wil houden om de bewijslast anders te verdelen en zich niet wil binden aan verplichte (bewijs)vermoedens.

Nu aangesloten wordt bij het groepsbegrip van artikel 2:24b BW kan de vraag worden gesteld of een concernenquête ook mogelijk is bij andere (groeps)vennootschappen dan 100%-dochtervennootschappen.[41] Wij menen van wel, omdat een aandelenbezit van 100% niet vereist is voor het aannemen van een economische eenheid en een organisatorische verbondenheid in de zin van artikel 2:24b BW. Het gaat dan niet alleen om een doorbraak naar een kleindochtervennootschap,[42] maar ook om een doorbraak naar een groepsvennootschap waarvan niet alle aandelen worden gehouden binnen de groep.

Daarnaast is er natuurlijk de vraag wanneer een groepsvennootschap dusdanig veel beleidsvrijheid heeft dat niet meer is voldaan aan het vereiste dat de andere vennootschap het beleid van deze groepsvennootschap mede heeft bepaald. Waar de grens ligt, is onduidelijk en zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Het lijkt ons niet nuttig lang stil te staan bij deze vraag. Wij vermoeden namelijk dat wanneer het onpraktisch en gekunsteld is om een groepsvennootschap buiten de enquête te houden, al snel geoordeeld zal worden dat voldaan wordt aan de vereisten die de Hoge Raad heeft geformuleerd in de SNS-beschikkingen.

Het valt verder op dat de Hoge Raad niet met zoveel woorden rept over het oordeel van de Ondernemingskamer dat zij de Landis-beschikking zo begrijpt dat doorslaggevend is of het beleid en de gang van zaken van SNS Bank de belangen van de aandeelhouders van SNS Reaal 'evenzeer en op gelijke wijze raken' als het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal zelf.[43] Dit 'raken'-vereiste uit de Landis-beschikking komt wel aan bod bij de cassatiemiddelen en de bespreking daarvan door A-G Timmerman in zijn conclusie.[44] Het is mogelijk dat de Hoge Raad er automatisch van uitgaat dat de aandeelhouders van de moedervennootschap 'geraakt' worden door de gang van zaken bij de dochtervennootschap als de moedervennootschap het beleid mede heeft bepaald. Het is echter ook mogelijk dat de Hoge Raad voornoemd 'raken'-criterium heeft losgelaten en nu twee nieuwe regels heeft geformuleerd voor het aannemen van de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken. Wij menen dat het 'raken'-criterium thans is verdisconteerd in – en mede invulling geeft aan – het vereiste dat de vennootschap ten aanzien waarvan op grond van artikel 2:346 BW om een enquête kan worden verzocht, het beleid van de andere vennootschap mede heeft bepaald als het gaat om de onderwerpen waarop het enquêteverzoek betrekking heeft.[45] Door deze onderwerpen aan de orde te stellen brengen verzoekers immers tot uitdrukking dat een en ander hen raakt, terwijl (het desbetreffende deel van) het verzoek zal worden afgewezen als

een en ander onvoldoende gewicht heeft.[46]

Een ander punt is dat de term ‘strekking van het enquêterecht’ sinds de Landis-beschikking een andere, ruimere betekenis heeft gekregen in de rechtspraak.[47] Ook in de SNS-beschikkingen wordt deze term weer gebruikt voor het legitimeren van de bevoegdheidsdoorbraak waarmee de concernenquête gepaard gaat. De vraag kan worden gesteld of de verdere ontwikkeling van deze term mogelijkheden biedt voor verdere bevoegdheidsdoorbraken. Zo is in de Slotervaartziekenhuis-beschikking[48] onderkend dat het enquêterecht er mede toe strekt dat de minderheid van de aandeelhouders wordt beschermd tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.[49] Wanneer deze lijn wordt doorgetrokken, kan worden geredeneerd dat er ook ruimte zou moeten zijn voor een bevoegdheidsdoorbraak naar andere vennootschappen die zijn betrokken bij dit (gestelde) misbruik, ook als deze geen deel uitmaken van de groep. Tegen deze redenering pleit echter dat de Hoge Raad voor een bevoegdheidsdoorbraak vooralsnog[50] lijkt te vereisen dat sprake is van groepsvennootschappen als bedoeld in artikel 2:24b BW. Ten aanzien van groepsvennootschappen (als bedoeld in art. 2:24b BW) die bij het misbruik zijn betrokken, is een bevoegdheidsdoorbraak wel mogelijk. Mede gezien de Slotervaartziekenhuis-beschikking verwachten wij dat in dergelijke situaties veelal zal worden aangenomen dat is voldaan aan het criterium dat het beleid van de groepsvennootschappen ten aanzien van dit misbruik (mede) is bepaald door de vennootschap ten aanzien waarvan op grond van artikel 2:346 BW om een enquête kan worden verzocht.

7 Slotopmerking

Twintig jaar geleden stond de Ondernemingskamer voor het eerst een concernenquête toe in de Bot Bouw Groep-beschikking. Indertijd werd dit gezien als een controversiële ontwikkeling. In de Landis-beschikking gaf de Hoge Raad geen algemeen oordeel over de vraag in welke omstandigheden een concernenquête mogelijk is. De Hoge Raad ging niet verder dan een oordeel over de specifieke casus die daar aan de orde was.

Zowel voor als na de Landis-beschikking heeft de Ondernemingskamer vele verzoeken tot het doen gelasten van een concernenquête toegewezen. Dat het gelasten van een concernenquête als controversioneel werd gezien, is nu haast niet meer voor te stellen. In de SNS-beschikkingen heeft de Hoge Raad een meer algemene formulering van vereisten gegeven die nodig zijn voor de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken. De vereisten die de Hoge Raad in de SNS-beschikkingen formuleert, lijken voor de praktijk eenvoudiger toepasbaar en wel zonder dat dit ten koste gaat van de flexibiliteit.

Noten

- [1] HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8831 (De Vries Robbé I).
- [2] SNS Reaal heeft een naamswijziging ondergaan en heet nu SRH N.V.
- [3] SNS Bank heeft een naamswijziging ondergaan en heet nu De Volksbank N.V.
- [4] Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AG3797, JOR 2000/127 m.nt. Van den Ingh (Bot Bouw Groep).
- [5] Zie bijv. de kritische noot van Van den Ingh in JOR 2000/127. Josephus Jitta achtte de concernenquête zonder wetswijziging niet mogelijk, zie zijn noot bij JOR 2002/192, nr. 4.
- [6] De Ondernemingskamer verwees hierbij naar de uitspraak van de Hoge Raad van 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466 (Ogem).
- [7] Aldus annotator Stevens in zijn noot (JOR 2003/282) bij de eerste concernenquête-beschikking die uiteindelijk de Hoge Raad bereikte. Zie voor een overzicht van de desbetreffende rechtspraak R.P. Jager, De concern(genoten)enquête (VDHI nr. 158), Deventer: Wolters Kluwer 2019/7.2.
- [8] HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899 (Landis). Uit zijn noot bij de uitspraak van de Hoge Raad blijkt overigens dat Van den Ingh kritisch blijft over de concernenquête, zie JOR 2005/58.
- [9] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:479 (SNS), r.o. 3.3.
- [10] Zie de noten van Assink bij Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2779, AA20150678 (SNS), p. 684 en HR 11 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:905, AA20140732 (Slotervaartziekenhuis), p. 741-742. Zie kritisch over het gebruik van de term 'economische werkelijkheid', J.M. Blanco Fernández, De rechter en de economische werkelijkheid, Ondernemingsrecht 2015/21.
- [11] Art. 2:351 lid 2 BW. Dat het niet vanzelfsprekend is dat een nauw verbonden vennootschap zonder meer alle informatie moet aanleveren, kan worden afgeleid uit HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0505, NJ 2011/306 (EMBA-II): 'De wettelijke kapitaalseis van art. 2:346, aanhef en onder b, vindt zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat het instellen van een enquête om diverse redenen bezwarend is voor de desbetreffende vennootschap en de met

haar verbonden onderneming. Daarom wordt een minimale steun van het verzoek verlangd, gemeten aan – in gevallen als deze – het bezit van aandelen, of certificaten van aandelen, van de vennootschap.’

[12] Van Wees, in: GS Rechtspersonen, art. 2:351 BW, aant. 4.4.

[13] Art. 2:351 lid 4 BW.

[14] Natuurlijk is denkbaar dat deze complicaties uiteindelijk in de praktijk niet (steeds) opspelen, of dat daar in de rechtspraak (uiteindelijk) een bevredigende oplossing voor wordt gevonden. Dat neemt niet weg dat het ons meer realistisch voorkomt dat, in de gevallen dat de belangen groot genoeg zijn, dit wel kan spelen.

[15] Vgl. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010 (Laurus): ‘Onder deze omstandigheden en mede gelet op de aard van de tweede procedure van de enquête, waarin de wetgever – zoals blijkt uit de citaten uit de wetsgeschiedenis die zijn vermeld onder 3.60 van de conclusie van de Advocaat-Generaal – eveneens spoed geboden achtte, moet worden aangenomen dat de ondernemingskamer niet is gehouden in te gaan op een aanbod tot bewijslevering. Daarom komt aan commissarissen, hoezeer zij ook blijkens het hiervoor overwogene belang hebben bij het desbetreffende oordeel van de ondernemingskamer, in de tweede procedure van de enquête ook niet het recht toe tegenbewijs te leveren tegen voor hen nadelige bevindingen van de door de ondernemingskamer benoemde onderzoekers.’

[16] Kamerstukken II 1991/92, 22400, nr. 3, p. 14.

[17] Property Finance heeft een naamswijziging ondergaan en heet nu Propertize B.V.

[18] De casus behoeft geen introductie bij de lezers van dit tijdschrift. We beperken ons daarom tot de feiten die nodig zijn voor de zelfstandige leesbaarheid van deze bijdrage. Deze komen ook ter sprake in de volgende paragraaf.

[19] Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2779 (SNS). Tegen dit oordeel is geen cassatie ingesteld. Een en ander hing samen met de wijze waarop was geprocedeerd. Zie hierover de noot van Eikelboom bij Hof Amsterdam 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS) (Ondernemingsrecht 2019/41, par. 3.2).

[20] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS).

- [21] HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899 (Landis).
- [22] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS), r.o. 3.14.
- [23] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS), r.o. 3.17.
- [24] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS), r.o. 3.18.
- [25] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS), r.o. 3.15.
- [26] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS) en HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:479 (SNS).
- [27] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS), r.o. 3.1.
- [28] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS), r.o. 3.3.
- [29] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS), r.o. 3.3.
- [30] Timmerman in zijn conclusie bij de hier besproken SNS-beschikkingen (ECLI:NL:PHR:2019:1059), par. 3.28. Zie ook A. van Wees & F. Eikelboom, Overvloed en onbehagen aan het IJdok; kroniek enquêterecht 2017, in: Y. Borrius e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 7.1.1.
- [31] Uiteraard dient de verzoeker ten aanzien van een van de vennootschappen te voldoen aan art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b of c, BW.
- [32] Timmerman in zijn conclusie bij de hier besproken SNS-beschikkingen: ECLI:NL:PHR:2019:1059, par. 3.28.
- [33] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS), r.o. 3.4.
- [34] Het feit dat SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van zelfstandig beleid staat daaraan niet in de weg. Zie ook Timmerman in zijn conclusie (par. 3.59) bij de hier besproken SNS-beschikkingen (ECLI:NL:PHR:2019:1059), r.o. 3.3.

[35] Let wel, de feitenrechter (OK) merkt zelf op dat zij bij de rechtspleging niet goed uit de voeten kan met een enquête die beperkt is tot het niveau van de moederverenootschap. De Hoge Raad lijkt gevoelig voor dat argument. Het siert de Hoge Raad dat hij aldus de rechtspraak in feitelijke instanties steunt, in plaats van dat hij het deze moeilijk maakt om dogmatische redenen.

[36] Zie ook Timmerman in zijn conclusie bij de SNS-beschikkingen (ECLI:NL:PHR:2019:1059), par. 3.13 en de verwijzingen naar de literatuur aldaar.

[37] Art. 2:24b BW luidt als volgt: 'Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.'

[38] Zie Bartman in zijn noot bij de SNS-beschikking van Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018 in JOR 2018/275, nr. 8. Zie ook S.M. Bartman & R.P. Jager, De concernenquête: moeizaam laveren tussen processuele zekerheid en economische werkelijkheid, AA 2020, p. 584.

[39] Timmerman in zijn conclusie bij de hier besproken SNS-beschikkingen (ECLI:NL:PHR:2019:1059), par. 3.33.

[40] Zie noot 38.

[41] Door sommige auteurs werd uit de Landis-beschikking afgeleid dat een concernenquête alleen mogelijk is bij een volle dochtervennootschap. Zie bijv. Maeijer in zijn noot bij HR 4 februari 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AR8899, NJ 2005/127, nr. 3.

[42] Zie ook Timmerman in zijn conclusie bij de Landis-beschikking (ECLI:NL:PHR:2005:AR8899), par. 2.15. Zie hierover ook P.M. Storm, Corporate litigation bij de Ondernemingskamer, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 167.

[43] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, r.o. 3.14.

[44] Timmerman in zijn conclusie bij de hier besproken SNS-beschikkingen (ECLI:NL:PHR:2019:1059), par. 3.33.

[45] Iets dergelijks is eerder, aldus voordat de onderhavige SNS-beschikkingen werden

gewezen, bepleit door Spruitenburg. Zie hierover K. Spruitenburg, De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV (VDHI nr. 153), Deventer: Wolters Kluwer 2018/6.6.

[46] Vgl. Bartman & Jager 2020, p. 584, met verwijzing naar de conclusie van de A-G (ECLI:NL:PHR:2019:1059), par. 3.33 en 3.35.

[47] Zie hierover F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (IVOR nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017/2.2.1.

[48] HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905 (Slotervaartziekenhuis), r.o. 5.3.2.

[49] Denk bijv. aan de situatie dat vennootschappen waarin minderheidsaandeelhouders een (indirect) belang houden onzakelijke transacties aangaan, waardoor de meerderheidsaandeelhouder wordt bevoordeeld, of dat deze vennootschappen niet ageren tegen tekortkomingen door de meerderheidsaandeelhouder.

[50] Hierbij merken wij op dat het oordeel van Hoge Raad in de SNS-beschikkingen niet is uitgesproken ten aanzien van een casuspositie waarbij (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheidsaandeelhouder ten opzichte van minderheidsaandeelhouders centraal stond. Het is nog niet uitgemaakt of in een dergelijke casuspositie ook (strikt) aan het vereiste van art. 2:24b BW wordt vastgehouden.

RECHTSPRAAK

Facemed/Ankates c.s.

Vordering van een aandeelhouder jegens zijn medeaandeelhouder tot gedwongen overname van de aandelen op grond van artikel 2:343 BW. De rechtbank wijst de vordering af, omdat eiser een contractuele aanbodingsverplichting heeft geschonden. Ook de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid wordt afgewezen. De vordering in reconventie tot medewerking aan de aanbidding van de door eiser gehouden aandelen conform de statutaire aanbodingsregeling, wordt toegewezen.

Partijen zijn de personal holdings van drie kaakchirurgen. Eiser is Facemed B.V. ('Facemed'), de holding van kaakchirurg 1 ('Kaakchirurg 1'), die werkzaam is in het Sint Franciscus Gasthuis. Gedaagden, Ankates B.V. ('Ankates') en [naam kaakchirurg 2] praktijk voor kaakchirurgie BV ('Gedaagde 2'), zijn de persoonlijke holdings van kaakchirurg 2 ('Kaakchirurg 2') en kaakchirurg 3 ('Kaakchirurg 3'), die werkzaam zijn in het Vlietland Ziekenhuis en het IJssellandziekenhuis. Het Vlietland Ziekenhuis en het Sint Franciscus Gasthuis zijn gefuseerd in Sint Franciscus Gasthuis & Vlietland ('SFGV').

Facemed en gedaagden hebben MKA-Chirurgen Noordrand Rotterdam ('MKA') opgericht en zijn aandeelhouder en zelfstandig bestuurder. Facemed, Gedaagden en MKA zijn een aandeelhoudersovereenkomst ('de Aandeelhoudersovereenkomst') aangegaan. De eigen praktijken van de Kaakchirurgen zijn niet ingebracht in MKA, maar MKA is gaan contracteren met de twee overgebleven ziekenhuizen.

Kaakchirurg 1 heeft gefraudeerd met declaraties en patiëntendossiers en heeft ter zake van zijn frauduleuze handelen een vaststellingsovereenkomst gesloten met SFGV. Als gevolg hiervan is een onderling geschil ontstaan tussen Kaakchirurg 1 enerzijds en Kaakchirurg 2 en 3 anderzijds. Dit onderlinge geschil en de wijze waarop daarmee is omgegaan door zowel de Kaakchirurgen als het SFGV, heeft geleid tot een opzegging door SFGV van de samenwerkingsovereenkomst met MKA. Facemed is ontslagen als bestuurder van MKA.

Facemed vordert in conventie gedaagden te veroordelen tot overname van de door Facemed gehouden aandelen in MKA tegen een nader vast te stellen koopprijs inclusief billijke verhoging op grond van artikel 2:343 BW en tot betaling van € 1.400.000 schadevergoeding. Aan de schadevergoedingsvordering legt Facemed de stellingen ten grondslag dat MKA een vordering heeft jegens gedaagden vanwege onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:9 BW, dan wel artikel 6:162 BW, omdat gedaagden zich als bestuurders zodanig hebben gedragen dat SFGV de samenwerking met MKA heeft opgezegd en hen daarvan een ernstig verwijt valt te maken. Gedaagden zijn volgens Facemed gehouden de daaruit voor MKA voortvloeiende schade voor 1/3 aan Facemed te vergoeden.

In reconventie vorderen gedaagden, kort samengevat, Facemed te veroordelen medewerking te verlenen aan de aanbieding van de door haar gehouden aandelen in MKA conform de statutaire aanbiedingsregeling bij gebreke waarvan het vonnis op grond van artikel 3:300 BW in de plaats treedt van de medewerking van Facemed.

De rechtbank wijst de vorderingen in conventie af. Volgens de rechtbank kan uit hetgeen in de procedure is gesteld en gebleken niet worden afgeleid dat Facemed door de gedragingen van gedaagden zodanig in haar rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd.

De fraude en het onderlinge geschil hebben ertoe geleid dat de positie van Kaakchirurg 1 binnen een van de ziekenhuizen van SFGV onhoudbaar werd, hetgeen ook blijkt uit de vaststellingsovereenkomst. Kaakchirurg 1 is vervolgens als kaakchirurg in Duitsland aan de slag gegaan, maar heeft daardoor zijn dienstverlening aan MKA beëindigd. Uit artikel 4 lid 1 van de Aandeelhoudersovereenkomst volgt dat het aandeelhouderschap van MKA onlosmakelijk is verbonden met de dienstverlening aan MKA door de aandeelhouder, dan wel de betrokken kaakchirurg. De beëindiging van de dienstverlening betekent tevens beëindiging van het aandeelhouderschap van de betreffende aandeelhouder. De rechtbank is van oordeel dat uit deze bepaling duidelijk een aanbiedingsverplichting voor Facemed blijkt en nu Facemed tot op heden in strijd met de contractuele verplichting en ondanks herhaald verzoek daartoe de aandelen in MKA niet heeft aangeboden, komt Facemed op grond van deze omstandigheden reeds geen beroep toe op artikel 2:343 BW.

Dat Facemed het vanuit een economisch of tactisch perspectief niet aantrekkelijk vindt om de door haar gehouden aandelen aan te bieden, kan volgens de rechtbank niet afdoen aan de contractuele verplichting daartoe. Ook het feit dat de medeaandeelhouders geen afnameplicht hebben, maakt dit niet anders. De positie waarin Facemed verkeert, is vooral het gevolg van de fraude van Kaakchirurg 1. Dat Kaakchirurg 2 en Kaakchirurg 3 in de nasleep van het onderlinge geschil niet steeds tactvol hebben gehandeld, hetgeen kan hebben bijgedragen aan de

beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst tussen MKA en SFGV en het vergroten van de schade van MKA, neemt niet weg dat de schade in ieder geval niet zou zijn ontstaan als Kaakchirurg 1 niet had gefraudeerd. Tegen deze achtergrond kan volgens de rechtbank niet tot de conclusie worden gekomen dat gedaagden onbehoorlijk bestuur kan worden verweten.

Tot slot overweegt de rechtbank dat voor zover de vordering van MKA op gedaagden al zou bestaan, dit niet leidt tot toewijzing van de vordering van Facemed nu deze vordering is gebaseerd op afgeleide schade.

In reconventie oordeelt de rechtbank tot toewijzing van de vorderingen van gedaagden tot afdwingen van de aanbiedingsplicht onder verwijzing naar het oordeel in conventie.

M.M.H.A. Leurs, april 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:1994

Zaaknummer: C/10/574961/HA ZA 19-498

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: R.C. de Mol, Y.A. Wehrmeyer en J.P.M. Borsboom

Wetsartikelen: 2:343 BW, 2:9 BW, 6:162 BW en 3:300 BW