

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 15, 2022

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:2022:857](#) 10-06-2022

Verkoper van onroerend goed/CAI B.V. c.s.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:852](#) 10-06-2022

Inbreng landbouwgrond in commanditaire vennootschap

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:629](#) 22-04-2022

Bestuurders van Stichting Bewaarder IJzerhart Financial Arbitrage
Funds/Investeerders

Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:1734](#) 08-06-2022

Enquête Omines Services

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:1668](#) 02-06-2022

Concernenquête Betap Holding B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:4362](#) 31-05-2022

Melkveehouder/Drents Overijsselse Coöperatie Kaas U.A.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287](#) 28-04-2022

Enquête Flevo Berry Holding

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:876](#) 22-03-2022

Allgo Spaander B.V. c.s./Bestuurders

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:216](#) 19-01-2022

Enquête Prien Holding B.V. en Gravier E. Beheer B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:2981](#) 17-06-2022

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending Beklamel-norm

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2022:2966](#) 11-05-2022

Bestuurder/Stichting Pensioenfonds Horeca & Catering

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:2144](#) 04-05-2022

Aansprakelijkheid feitelijk beleidsbepalers Carigna-groep

Annotatie

[De Flevo Berry Holding- en Omines Services-beschikkingen](#)

S.L. Haanschoten

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid feitelijk beleidsbepalers Carigna-groep

Onderhavige zaak vloeit voort uit een geschil waarin een vennootschap is veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding. Eiser heeft die schade niet kunnen verhalen en stelt nu de feitelijke beleidsbepalers aansprakelijk voor de als gevolg hiervan geleden schade. De rechtbank oordeelt dat gedaagden kunnen worden aangemerkt als feitelijke beleidsbepalers en daarnaast dat gedaagden als feitelijke beleidsbepalers een ernstig verwijt kan worden gemaakt en dus aansprakelijk gehouden kunnen worden voor de geleden schade.

Inleiding

Deze zaak is een uitvloeisel van een geschil tussen eiser en Carigna Investments N.V. ('Carigna'). Carigna is veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan eiser. Eiser heeft geprobeerd de uitspraak waarbij Carigna is veroordeeld, op vermogensbestanddelen van Carigna te executeren. Dit is hem niet gelukt. In deze procedure moet de vraag worden beantwoord of eiser gedaagde 1 en gedaagde 2 kan aanspreken tot vergoeding van door hem gestelde schade, als gevolg van het uitblijven van betaling door Carigna.

Het antwoord op de vraag of een bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als hiervoor bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Aansprakelijkheid zal zich onder meer kunnen voordoen als de bestuurder wist of heeft behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich daarnaast ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Deze maatstaf is ook van toepassing wanneer een feitelijke beleidsbepaler wordt aangesproken.

Feitelijk beleidsbepalers?

Om tot aansprakelijkheid van gedaagde 1 en gedaagde 2 te kunnen komen, moet worden onderzocht of zij feitelijk beleidsbepalers van Carigna zijn. In dit verband acht de rechtbank de volgende punten van belang:

Gedaagde 1 is oprichter van de groep bedrijven waarvan Carigna deel uitmaakt ('de Groep'). Gedaagde 1 hield kantoor in Londen, waar het hoofdkantoor van de Groep was gevestigd. Hier ontving Carigna ook haar post. De rechtspersoon-bestuurders van Carigna waren niet meer dan brievenbusmaatschappijen.

De aandelen van de bestuurders van Carigna werden voor 99% gehouden door de houdstermaatschappij van de activa en trusts van de familie van gedaagde 1. Gedaagde 1 was bestuurder van deze houdstermaatschappij.

De bestuurder van Carigna op Curaçao is meerdere keren vervangen, met als gevolg dat Carigna uit het handelsregister werd uitgeschreven. In dat geval werd als het postadres van Carigna het adres opgegeven van het hoofdkantoor van de Groep in Londen.

In verschillende uitspraken van binnenlandse en buitenlandse rechters, onder andere het CBB, is gedaagde 1 aangewezen als feitelijk beleidsbepaler van de Groep, danwel van Carigna zelf.

In een internetbron wordt gedaagde 1 door meerdere ex-werknemers van de Groep aangewezen als de feitelijke eigenaar en leidinggevende van de Groep.

In de eerdergenoemde uitspraak van het CBB wordt, naast gedaagde 1 ook gedaagde 2 aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler. Het feit dat gedaagde 2 geen partij bij deze procedure was, doet niet af aan de feitelijke motivering van de uitspraak van het CBB.

Gedaagde 1 en gedaagde 2 hebben onvoldoende ingebracht tegen de door eiser aangedragen feiten. Van hen mocht bijvoorbeeld worden verwacht dat zij inzichtelijk zouden maken wie dan wel het beleid binnen Carigna bepaalde. De rechtbank concludeert dan ook dat zowel gedaagde 1 als gedaagde 2 feitelijk beleidsbepalers zijn geweest van Carigna.

Aansprakelijk?

Carigna voldoet de vordering van eiser niet en biedt hiervoor ook geen verhaal. Gedaagden worden door de rechtbank aansprakelijk bevonden voor de schade die eiser als gevolg hiervan lijdt. Daartoe acht de rechtbank de volgende feiten van belang:

Eiser is de procedure tegen Carigna in 1999 aangevangen. De vordering is door de rechtbank toegewezen, in hoger beroep bekrachtigd en het cassatieberoep daartegen is verworpen. In de daaropvolgende schadestaatprocedure heeft de kantonrechter het schadebedrag vastgesteld.

Dit vonnis is doorgestuurd aan het kantoor in Londen. Dit vonnis is bekrachtigd in hoger beroep en daarna in kracht van gewijsde gegaan. Ook dit is aan Carigna betekend. Carigna heeft hierna de vordering echter niet voldaan. Het faillissementsverzoek dat door eiser tegen Carigna was ingesteld is afgewezen, omdat Carigna alsnog een steunvordering betaalde. Eiser heeft aangetoond dat, steeds als Carigna in rechte wordt aangesproken, zij stelt geen vermogen te hebben. Wanneer Carigna zelf als eiseres optreedt, blijkt dat zij eindeloos kan procederen en gebruikmaakt van vertragingstactieken. Ook is het moeilijk gebleken Carigna aan te spreken omdat zij zo nu en dan uit en dan weer in het register wordt geschreven, zij niet op aanschrijvingen reageert en er geen verhaalsmogelijkheden zijn.

Gedaagden waren vanaf het begin op de hoogte van de vordering van eiser op Carigna. Gelet op het feit dat gedaagden worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepalers, moet worden aangenomen dat zij het in hun macht hebben om de wijze te bepalen waarop Carigna omgaat met eiser's vordering. Van gedaagden mocht dan ook worden verwacht dat zij voorzieningen zouden treffen om bij een veroordelende uitspraak Carigna de vordering te laten voldoen. Dit is echter niet gebeurd, terwijl andere schuldeisers van Carigna wel worden voldaan.

Gedaagden hebben naar voren gebracht dat Carigna in 2004 haar activiteiten heeft moeten staken en sindsdien geen omzet meer genereert. Ook na 2004 is Carigna in diverse procedures opgetreden als eisende partij, waarmee kosten gemoeid zijn. Gedaagden hebben hiervoor geen deugdelijke verklaring gegeven. Hieruit blijkt dat Carigna ook na 2004 over financiële middelen beschikte of kon beschikken.

Op basis van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat gedaagden als feitelijk beleidsbepalers wisten of behoorden te begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade van eiser. Hiervan kan hen persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. Zij zijn daarom aansprakelijk voor de schade die eiser als gevolg hiervan heeft geleden.

E.J. Glazener, juli 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-05-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:2144

Zaaknummer: C/13/701021 / HA ZA 21-392

Rechters: P.J. van Eekeren

Advocaten: H.J. Bos en R.M.T. van den Bosch

Wetsartikelen: 6:162 BW

ANNOTATIE

De Flevo Berry Holding- en Omines Services-beschikkingen

S.L. Haanschoten

De Flevo Berry Holding- en Omines Services-beschikkingen vallen op vanwege het college dat de OK geeft over belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang. De kernoverwegingen zijn hetzelfde, maar in Omines Services corrigeert de OK een vergissing die in Flevo Berry Holding was geslopen. Dit heeft de OK ertoe bewogen alle kernoverwegingen nog eens integraal in Omines Services te herhalen.

Achtergrond van de uitspraken

Tegenstrijdig-belangzaken komen met regelmaat bij de OK voor en daardoor zijn de regels die bij dergelijke situaties gelden in tal van beschikkingen neergelegd en uitgediept. De eerste vraag die daarom opkomt, is waarom de OK het nodig heeft geacht dit college te geven. In de literatuur is in dit verband zelfs al gesproken van ‘overbodigheid’ (zie Leijten in zijn noot bij de beschikkingen, JOR 2022/175, par. 1).

Zo ver wil ik niet gaan. Ik sluit niet uit dat de reden gevonden kan worden in het feit dat de OK tegenstrijdig belang van oudsher anders toetste dan de ‘gewone’ civiele rechter. Dit zit zo. Reeds vanaf 1928 bepaalde de wet dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang de vennootschap niet mocht vertegenwoordigen (laatstelijk neergelegd in art. 2:146/256 BW (oud)). Deze regel zag dus op de externe verhoudingen van de vennootschap. De OK dient echter te oordelen over de juistheid van het beleid, hetgeen ziet op de interne verhoudingen van de vennootschap. De OK toetste daarom tegenstrijdig-belangzaken niet aan het vertegenwoordigingsverbod, maar aan de mate van zorgvuldigheid die door de bestuurder al dan niet in acht is genomen bij de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van een overeenkomst waarbij belangenverstrengeling een rol kan spelen (zie De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2019/68, par. 3.1). Deze regels hebben hun oorsprong in de *Linders/Hofstee*-beschikking uit 1983 (ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007) en zijn in latere jurisprudentie verder uitgewerkt.

Deze verschillende toetsingskaders konden goed naast elkaar bestaan. Dit veranderde in 2012,

toen het vertegenwoordigingsverbod werd omgezet in een onthoudingsverbod (art. 2:129/239 lid 6 BW), op grond waarvan een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Het onthoudingsverbod verhoudt zich moeizaam met de zorgvuldigheidsregels van de OK. Indien een bestuurder van de wet niet mee mag doen aan de beraadslaging en besluitvorming, is het merkwaardig als die bestuurder van de OK wel mee mag doen onder het betrachten van extra zorgvuldigheid (zie ook De Jongh, 'Twee eeuwen tegenstrijdig belang', oratie Rotterdam, 2019, p. 63).

Ik vermoed daarom dat de OK met deze beschikkingen heeft geprobeerd om haar eigen, sinds 1983 voortgezette lijn, te harmoniseren met het sinds 2012 geldende wettelijke systeem. Dat de OK dit doet in een beschikking waarin wanbeleid wordt geconstateerd, kan eveneens geen toeval zijn. De kernoverwegingen zijn dan in beginsel toetsbaar in cassatie, hetgeen lastiger kan zijn indien geen wanbeleid is vastgesteld.

Verschil tussen belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang

De OK ziet het begrip tegenstrijdig belang als een 'bijzondere vorm' van belangenverstrengeling. Alleen bij een tegenstrijdig belang dient de bestuurder zich te onthouden van beraadslaging en besluitvorming. Het begrip is uitgewerkt in het *Bruil*-arrest (HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033) en latere uitspraken en wordt door de OK als volgt samengevat: de situatie waarin een bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen (direct of indirect) dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft of zal laten leiden door het belang van de vennootschap en haar onderneming.

Indien een bestuurder géén tegenstrijdig belang heeft in de zin van de wet, mag hij dus deelnemen aan de besluitvorming en beraadslaging. Echter, indien wel sprake is van (een reëel risico op) belangenverstrengeling van de bestuurder, dan dient hij volgens de OK op grond van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW de nodige zorgvuldigheid te betrachten in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de desbetreffende transactie waarbij de belangenverstrengeling mee kan spelen. Op deze manier heeft de OK de oude, op *Linders/Hofstee* gebaseerde zorgvuldigheidsnorm en de thans geldende wettelijke onthoudingsregel met elkaar geharmoniseerd.

Wanneer sprake is van belangenverstrengeling legt de OK in deze beschikkingen niet uit. Wel verwijst zij onder andere naar de *Zwagerman*-beschikking (HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*)), waarin de Hoge Raad spreekt over 'ontoelaatbare verstrengeling van belangen'. Leijten betoogt in zijn noot bij *Flevo Berry Holding* en *Omines Services* dat dit op hetzelfde neerkomt als tegenstrijdig belang, zoals uitgelegd in het *Bruil*-

arrest en dat belangenverstrengeling dus niet iets anders of ruimer is dan tegenstrijdig belang (JOR 2022/175, par. 6).

Ik denk dat het verschil gezocht moet worden in de achtergrond van enerzijds het wettelijke tegenstrijdig belang en anderzijds de door de OK ontwikkelde zorgvuldigheidsregels bij belangenverstrengeling. Zoals De Jongh in zijn hiervoor aangehaalde oratie beschrijft, heeft het wettelijke tegenstrijdig belang zijn origine in de verhouding tussen de aandeelhouder en het bestuur. Een bestuurder is een soort rentmeester van het vermogen van de vennootschap (oftewel van de aandeelhouder) en tegenstrijdig-belangregels werden ingevoerd om te voorkomen dat het bestuur misbruik kon maken van het in hem gelegde vertrouwen.

De zorgplichtjurisprudentie, die met name sinds *Zwagerman* een grote opkomst heeft gemaakt binnen het ondernemingsrecht, heeft een andere achtergrond. Daar draait het om de bescherming van een partij die niet of minder goed in staat is om zijn eigen belangen te beschermen, zoals minderheidsaandeelhouders of werknemers. Zoals de Hoge Raad in *Zwagerman* oordeelde, en de OK in de *Flevo Berry Holding*- en *Omines Services*-beschikkingen ook weergeeft, is de uitwerking van de zorgvuldigheidsplicht afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Relevante factoren zijn of sprake is van een meerderheids- en minderheidsaandeelhouder, of de meerderheidsaandeelhouder tevens bestuurder is, en of sprake is van 'besloten verhoudingen' (bijv. een familievennootschap of een joint venture). Onder dergelijke omstandigheden kan volgens zowel de OK als de Hoge Raad eerder dan in andere gevallen sprake zijn van de mogelijkheid van een vermenging van belangen van de vennootschap en van bij de vennootschap betrokken personen – doorgaans de bestuurder/meerderheidsaandeelhouder. Op grond van die zorgplicht dient het bestuur maatregelen te nemen om de belangen van degenen die door zijn handelen nadeel kunnen ondervinden zoveel mogelijk te beschermen. Zo kan de inschakeling van een deskundige derde gewenst zijn. Ook kan geboden zijn dat het bestuur ruimhartig openheid betracht. Dit kan zelfs zover gaan dat de minderheidsaandeelhouder zelf een individueel informatierecht heeft buiten het bestek van de algemene vergadering (zie o.a. de *Fuelplants*-beschikking, OR 2020-0113).

Ik denk daarom dat de OK in *Flevo Berry Holding* en *Omines Services* bedoelt te zeggen dat de zorgvuldigheidsregels al in acht moeten worden genomen indien sprake is van omstandigheden waarbij een *verhoogd risico* bestaat dat belangen zouden kunnen worden vermengd, niet dat daadwerkelijk sprake moet zijn van (ontoelaatbare) belangenverstrengeling of een wettelijk tegenstrijdig belang. De zorgvuldigheidsregels zijn er immers voor bedoeld de andere partijen, doorgaans de minderheidsaandeelhouders, tegen dat risico van belangenverstrengeling te beschermen.

Artikel 2:239 lid 6 BW ook van toepassing op beslissingen

Vervolgens overweegt de OK dat een geconflieeerde bestuurder niet aan de beraadslaging en besluitvorming mag deelnemen van besluiten, 'ongeacht of de artikelen 2:14-16 BW van toepassing zijn'. De OK doelt hier op het onderscheid dat in de literatuur wordt gemaakt tussen besluiten in formele zin van Boek 2 BW en overige besluiten, ook wel 'beslissingen' genoemd (zie o.a. conclusie A-G Timmerman in *NJ 2011/55 (Silver Lining/Perstorp)*). Alleen besluiten met rechtsgevolg, zoals de wijziging van statuten of de uitkering van dividend, zijn besluiten in formele zin. Besluiten waarin wel de wil van het bestuur wordt gevormd maar die geen rechtsgevolg hebben, zijn dat niet. Denk aan het besluit om een bepaalde transactie aan te gaan. Met louter het nemen van dat besluit is de transactie zelf nog niet aangegaan, dit vereist een vertegenwoordigingshandeling. Een dergelijk besluit, dat dus ook wel wordt aangeduid als een beslissing, valt niet onder het regime van de artikelen 2:14-16 BW.

De OK meent dat deze discussie voor wat betreft de tegenstrijdig-belangregels irrelevant is. Ook bij 'beslissingen' acht de OK artikel 2:239 lid 6 BW van toepassing. Dit vind ik terecht en het sluit ook aan bij de bewoording van artikel 2:239 lid 6 BW, dat in algemene termen spreekt van 'beraadslaging en besluitvorming'. Dat hoeft inderdaad niet alleen te zien op besluiten in formele zin.

De OK verwijst bij deze overweging onder meer naar de *Eetcafé de Stip*-beschikking (OR 2021-0182), een uitspraak die in de literatuur amper is opgepikt. In deze zaak was een aandeelhouder/bestuurder eigenaar van een pand dat werd gehuurd door de vennootschap. Als eigenaar van het pand zegde zij eenzijdig de huurovereenkomst met de vennootschap op, om vervolgens als bestuurder namens de vennootschap met deze beëindiging in te stemmen. De OK oordeelde dat deze bestuurder op grond van artikel 2:239 lid 6 BW niet had mogen beslissen over de instemming met de opzegging van de huurovereenkomst.

Hoewel ik de uitkomst van de zaak bevredigend vond, uit ik wel enige bedenkingen bij de redenering door de OK. De instemming met de beëindiging van een huurovereenkomst lijkt mij namelijk op zichzelf noch een besluit noch een beslissing, maar een daad van vertegenwoordiging. Dat valt hoe dan ook buiten het bestek van artikel 2:239 lid 6 BW. Mijns inziens behoeft een daad van vertegenwoordiging niet vooraf te worden gegaan aan een beslissing van het bestuur. Bovendien kan een bestuurder van een tweehoofdig bestuur in beginsel in het geheel niet in zijn eentje besluiten (of beslissingen) nemen.

De verwijzing naar Intergamma

Ten slotte verwijst de OK in *Flevo Berry Holding* en *Omines Services* naar *Intergamma* (OR 2018-0017), wanneer zij overweegt dat afhankelijk van de omstandigheden, geboden kan zijn

dat de geconflicteerde bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding van de desbetreffende transactie, dat hij daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd of dat hij (een deel van) zijn portefeuille tijdelijk overdraagt aan een medebestuurder. Dat is op het eerste gezicht verwarrend. In *Intergamma* werd juist beslist dat (in het geval van die uitspraak) een commissaris op grond van artikel 2:8 BW zich onder bepaalde omstandigheden moet onthouden van beraadslaging en besluitvorming, zelfs als hij *niet* een tegenstrijdig belang heeft in de zin van artikel 2:250 lid 5 BW. Nu past de OK gedragsregels die zij heeft geformuleerd voor een bestuurder/commissaris *zonder* tegenstrijdig belang (zoals bij *Intergamma*) toe op bestuurders met *wel* een tegenstrijdig belang. De OK spreekt immers over een geconflicteerde bestuurder.

Heel vreemd is het echter allemaal niet. Als een geconflicteerde bestuurder niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming, is het niet ondenkbaar dat hij onder omstandigheden ook zou moeten afzien van voorbereidingshandelingen en dat hij minder dan normaal wordt geïnformeerd. Dergelijke informatie kan immers concurrentiegevoelig zijn.

Conclusie

In *Flevo Berry Holding* en *Omines Services* is de OK op zoek gegaan naar een manier om de van oudsher door haar gehanteerde zorgvuldigheidsregels bij tegenstrijdig-belangzaken te harmoniseren met de wettelijke onthoudingsregel. Alleen wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang zoals bedoeld in artikel 2:129/239 lid 6 BW, dient een bestuurder zich te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Maar ook als een bestuurder geen formeel tegenstrijdig belang heeft, is niet gezegd dat hij kan handelen zoals hij wil. Indien sprake is van bijzondere omstandigheden die het risico verhogen dat de bestuurder zijn persoonlijke belangen vermengt met die van de vennootschap, bijvoorbeeld omdat de bestuurder tevens meerderheidsaandeelhouder is, dient hij de nodige zorgvuldigheid te betrachten jegens degenen – doorgaans de minderheidsaandeelhouder(s) – die nadeel van zijn handelen kunnen ondervinden.

RECHTSPRAAK

Inbreng landbouwgrond in commanditaire vennootschap

Een van de partijen bij een cv, de stille vennoot, heeft bij de oprichting daarvan landbouwgronden ingebracht. Bij het eindigen van de vennootschap vordert een van de beherend vennoten bij de eindafrekening betaling van een deel van de waardevermeerdering van de landbouwgronden. De overige twee vennoten stellen dat met de inbreng van de landbouwgronden niet is beoogd de waardemutatie daarvan te verdelen bij het eindigen van de vennootschap. In eerste aanleg wordt de eisende vennoot in het gelijk gesteld en wordt zijn vordering grotendeels toegewezen. In hoger beroep vernietigt het hof de uitspraak van de rechtbank. Het hof overweegt dat de rechtbank de Haviltex-maatstaf niet of verkeerd heeft toegepast en oordeelt dat de gesloten vennootschapsovereenkomst die ten grondslag ligt aan de cv, geen aanknopingspunten biedt om aan te nemen dat het de bedoeling van partijen was om de waardestijging te verdelen. De Hoge Raad oordeelt dat het hof bij de uitleg van de vennootschapsovereenkomst onvoldoende rekening heeft gehouden met de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en verwijst de zaak terug.

Achtergrond en geschil

Een onder huwelijkse voorwaarden getrouwd echtpaar (beiden beherend vennoten) en de moeder van de echtgenote (stille vennoot) zijn een samenwerking in een landbouwbedrijf begonnen door de oprichting van een commanditaire vennootschap. De akte ter oprichting van de cv ('de Vennootschapsovereenkomst') bevat onder meer de bepaling dat de inbreng van de moeder bestaat uit landbouwgronden ter waarde van ongeveer een half miljoen euro. Daarnaast is in de Vennootschapsovereenkomst bepaald dat de vennootschap eindigt

wanneer – kort gezegd – een van de echtgenoten de gezamenlijke woning verlaat. Die laatste omstandigheid doet zich anderhalf jaar na het sluiten van de Vennootschapsovereenkomst voor: de man van het echtelijk paar verlaat de echtelijke woning. Per die datum eindigt de cv en kort daarop wordt de cv voortgezet onder een andere naam. In de Vennootschapsovereenkomst is verder bepaald dat de gedefungeerde vennoot de tegenwaarde van zijn aandeel uitbetaald krijgt bij het voortzetten van de cv door de overige vennoten. Op het moment dat de cv is geëindigd, blijkt de waarde van de door de moeder ingebrachte grond na waardering door een taxateur met ruim zes ton te zijn gestegen.

Eerste aanleg en hoger beroep

In eerste aanleg vordert de man een verklaring voor recht dat de overige twee vennoten (zijn ex-vrouw en haar moeder) gehouden zijn de waardevermeerdering van de grond tussen de partijen te verdelen en dat met dit saldo rekening dient te worden gehouden bij het opstellen van de slotbalans en bij de te plegen verdeling. De moeder en dochter brengen hier tegenin dat bij het aangaan van de Vennootschapsovereenkomst partijen niet de bedoeling hebben gehad dat de man enig voordeel zou hebben van een eventuele waardestijging van de grond. De rechtbank verwerpt dit verweer en overweegt dat het op de weg van de moeder en dochter had gelegen om dit uitdrukkelijk in de Vennootschapsovereenkomst op te nemen. De rechtbank kent de man daarom een deel van de waardevermeerdering toe.

In hoger beroep wordt de uitspraak van de rechtbank vernietigd. De discussie komt neer op de vraag of de Vennootschapsovereenkomst dwingend bewijs biedt dat de man recht heeft op een aandeel in de waardestijging van het perceel. Het hof oordeelt dat de Vennootschapsovereenkomst voor meer dan één uitleg vatbaar is. Het hof overweegt daarbij dat de Vennootschapsovereenkomst moet worden uitgelegd aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf, welke maatstaf de rechtbank naar het oordeel van het hof heeft miskend. De Vennootschapsovereenkomst zelf is dan ook geen dwingend bewijs in de zin van artikel 157 Rv. De man kreeg daarom de opdracht om feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat partijen in de Vennootschapsovereenkomst zijn overeengekomen dat de man bij zijn uittreden recht heeft op een aandeel in de waardestijging van de landbouwgrond. Naar het oordeel van het hof was hij er niet in geslaagd om dit te bewijzen. Het hof overweegt, na zelf de *Haviltex*-maatstaf toe te passen, dat uit de feiten en omstandigheden niet is gebleken dat partijen in de Vennootschapsovereenkomst zijn overeengekomen dat de moeder de economische eigendom van haar perceel in de cv heeft ingebracht en dat de man bij het uittreden uit de cv aanspraak heeft op de waardevermeerdering daarvan. Het hof vernietigt de uitspraak van de rechtbank en de vordering van de man wordt alsnog afgewezen.

Cassatie

In cassatie wordt door de man onder meer geklaagd over een onjuiste verdeling van de stelplicht en bewijslast en toepassing van een onjuist criterium voor het aannemen van inbreng van de economische eigendom. Deze klachten worden door de Hoge Raad van de hand gewezen. De Hoge Raad oordeelt dat de door het hof gehanteerde uitgangspunten ten aanzien van die klachten juist is. Wel gaat de Hoge Raad mee in de klacht van de man dat het hof ten onrechte niet alle omstandigheden heeft meegewogen bij de uitleg van de Vennootschapsovereenkomst. Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft het hof de bepalingen uit de Vennootschapsovereenkomst niet kenbaar in zijn oordeelsvorming betrokken, zodat de uitspraak van het hof onvoldoende is gemotiveerd. Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat het hof bij de uitleg van de Vennootschapsovereenkomst ten onrechte geen rekening heeft gehouden met feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de periode na de ondertekening daarvan. De zaak wordt terugverwezen naar het hof.

A. El Allaoui, juli 2022

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 10-06-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:852

Zaaknummer: 20/04377

Rechters: M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.H. Sieburgh, A.E.B. ter Heide en K. Teuben

Advocaten: J. van Duijvendijk-Brand en F.J.L. Kaptein

Wetsartikelen: 157 Rv, 19 WvK en 7A:1662 BW

RECHTSPRAAK

Concernenquête Betap Holding B.V.

OK; enquête. Deze zaak gaat over een conflict tussen de twee broers als gezamenlijk (indirect) bestuurders en certificaathouders van een familieconcern. De verstandhouding tussen de broers is ernstig verstoord, waardoor zowel op bestuursniveau als op aandeelhoudersniveau een impasse is ontstaan. Volgens de OK staat de huidige situatie in de weg aan een adequaat functioneren van het bestuur en de algemene vergadering als organen van het familiebedrijf. Hierdoor zijn er gegronde redenen om te twijfelen aan het beleid en de gang van zaken van het concern. Ook is naar het oordeel van de OK voldaan aan de vereisten uit de SNS-beschikking voor het toewijzen van een concernenquête. De OK gelast daarom een concernenquête. Bij wijze van onmiddellijke voorzieningen schorst de OK beide broers als bestuurders, zal de OK een onafhankelijk bestuurder benoemen en zal de OK een beheerder benoemen die de rechten en bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders van de moederverenootschap zal uitoefenen

Inleiding

In deze zaak oordeelt de OK over een verzoek tot het bevelen van een concernenquête naar het beleid en de gang van zaken van het familiebedrijf Betap Holding B.V. ('Betap Holding') en al haar (klein)dochtervennootschappen (gezamenlijk 'Betap-concern'). Alle aandelen van Betap Holding worden gehouden door de Stichting Administratiekantoor Betap ('STAK'), waarvan twee broers gezamenlijk bestuurder zijn en tevens ieder 50% van de certificaten houden. Verder zijn de broers ook gezamenlijk bestuurders van alle vennootschappen in het concern, waardoor zij gezamenlijk bevoegd zijn om alle vennootschappen van het Betap-concern te vertegenwoordigen.

Op een gegeven moment zijn tussen de broers spanningen ontstaan, wat een escalatie in de familieverhoudingen tot gevolg heeft gehad. Sindsdien vindt tussen de broers praktisch geen overleg meer plaats. De besluitvorming op zowel bestuursniveau als op aandeelhoudersniveau wordt hierdoor ernstig belemmerd. Bij verzoekschrift van 31 januari 2022 heeft één broer ('Broer 1') dan ook de OK verzocht om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van het Betap-concern. Tegen dit verzoek heeft de andere broer ('Broer 2') gemotiveerd verweer gevoerd, zowel in eigen naam, als namens de STAK (gezamenlijk 'Broer 2 c.s.'). Broer 2 c.s. hebben de OK verzocht om Broer 1 niet-ontvankelijk te verklaren, althans het verzoek af te wijzen.

Verzoek

Aan het concernenquêteverzoek legt Broer 1 ten grondslag dat er gegronde redenen zijn tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij het Betap-concern. Hoofdzakelijk stelt Broer 1 dat de ontstane impasse op verschillende wijzen een negatieve weerslag heeft op het gehele Betap-concern. Zo lukt het niet meer om de strategie van de vennootschappen vast te stellen, is er geen overleg op bestuurlijk niveau meer mogelijk en kan de algemene aandeelhoudersvergadering van Betap Holding ('AVA') niet meer naar behoren functioneren.

Hoewel Broer 2 c.s. niet betwisten dat er sprake is van een ernstige verstoring in onderlinge verhoudingen, verzoeken zij toch de OK om Broer 1 niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoek, althans het verzoek af te wijzen. Hiertoe dragen zij allereerst een aantal verschillende ontvankelijkheidsverweren aan. Deze worden allemaal door de OK verworpen. Verder voeren Broer 2 c.s. het inhoudelijke verweer dat niet is voldaan aan het tweede vereiste uit de SNS-beschikking. Voor het toewijzen van een concernenquête is immers vereist dat de moedervennootschap het beleid of de gang van zaken van de (klein)dochtervennootschappen heeft bepaald, voor zover dit ook de onderwerpen betreft die aan het enquêteverzoek ten grondslag liggen. Volgens Broer 2 c.s. is hiervan geen sprake.

Beoordeling

Alvorens in te gaan op de vraag of het concernenquêteverzoek kan worden toegewezen, oordeelt de OK over de ontvankelijkheid van de STAK in zijn verweren. Broer 1 heeft de OK verzocht om de STAK niet-ontvankelijk te verklaren, omdat de STAK in beginsel alleen vertegenwoordigd kan worden door beide broers gezamenlijk. Volgens hem kan Broer 2 dus niet zelfstandig namens de STAK een verzoekschrift indienen. Dit standpunt wordt door de OK echter niet gevolgd. Volgens de OK volgt uit de strekking van het enquêterecht dat een gezamenlijk bevoegd bestuurder in een dergelijke situatie toch zelfstandig namens de STAK verweer kan voeren. Zou dit niet zo zijn, dan kon de STAK immers geen verweer voeren. Het

standpunt van Broer 1 wordt dus verworpen.

Vervolgens komt de OK toe aan de beoordeling van het verzoek. De OK stelt voorop dat de verhoudingen tussen de broers ernstig verstoord zijn, waardoor het bestuur en de AVA niet adequaat meer kunnen functioneren. Dit levert volgens de OK gegronde redenen op om aan het beleid en de gang van zaken van het Betap-concern te twijfelen. Daarnaast is de OK van oordeel dat ook voldaan is aan het vereiste voor het toewijzen van een concernenquête, inhoudende dat de moeder vennootschap het beleid of de gang van zaken moet hebben bepaald ten aanzien van de onderwerpen die aan het verzoek ten grondslag liggen. De moeder vennootschap(en) hebben immers de ondeugdelijke samenstelling van het bestuur van de (klein) dochter vennootschappen – steeds bestaande uit de twee broers – in stand gelaten. De OK oordeelt daarom dat aan het vereiste van de SNS-beschikking is voldaan.

Beslissing

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van het Betap-concern. De OK acht het tevens noodzakelijk om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Beide broers worden door de OK geschorst als bestuurders van het Betap-concern en in hun plaats zal een onafhankelijke bestuurder worden aangesteld. Daarnaast zal door de OK ook een beheerder worden aangewezen die tijdelijk in de plaats van de STAK de bevoegdheden van de AVA zal uitoefenen. De aanwijzing van een onderzoeker wordt voorlopig aangehouden om te bezien of een minnelijke regeling tussen de broers kan worden getroffen.

J.K.G. Meijer, juli 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:1668

Zaaknummer: 200.305.971/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, D. Kingma, A.J.C.C.M. Loonen en S. ten Have

Advocaten: J. Verhoeven en L.P. Quist

Wetsartikelen: 2:350 lid 1 BW en 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders van Stichting Bewaarder IJzerhart Financial Arbitrage Funds/Investeerders

Bestuurders van een beleggingsstichting hebben toezeggingen gedaan aan investeerders in hun fonds, terwijl zij ten tijde van de toezegging – naar het oordeel van het hof – al wisten dan wel behoorden te weten dat de stichting deze toezeggingen niet kon nakomen. De bestuurders gaan in cassatie tegen dit arrest waarbij zij als bestuurders aansprakelijk zijn gehouden voor het bedrag van de toezeggingen. Zij klagen dat onduidelijk is hoe het hof heeft kunnen vaststellen dat de bestuurders op de hoogte waren of hadden kunnen zijn van de penibele financiële situatie van het fonds. A-G Assink concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G en verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO.

Inleiding en procesverloop

IJzerhart Financial Arbitrage Fund ('het Fonds') is een fonds voor gemene rekening. Twee investeerders ('de Investeerders') hebben elk voor € 300.000 in het fonds deelgenomen. Door de toetreding tot het Fonds is tussen elk van de Investeerders een overeenkomst tot stand gekomen met Stichting Bewaarder IJzerhart Financial Arbitrage Funds ('de Stichting') als bewaarder en HDR Investment Solutions B.V. ('HDR Investment') als beheerder. Het ingelegde geld zou worden gebruikt voor het uitvoeren en behalen van winst uit dividend arbitrage. Voor de toetreding is gecorrespondeerd over de financiering van het Fonds. Begin september 2013 verliest de Stichting via diens connecties de toegang tot de *clearing*-faciliteiten van ED&F voor nieuwe beleggingstransacties, een belangrijk onderdeel voor de fiscale en juridische structuren van het Fonds. Op 6 mei 2014 wordt aan de Investeerders medegedeeld dat alle kosten waar mogelijk zouden worden bevroren. Ook wordt een toezegging gedaan dat een bedrag van (minimaal) € 205.000 aan de Investeerders gezamenlijk zou worden

terugbetaald bij beëindiging van hun deelneming in het Fonds. Het eindresultaat in juni 2015 is echter dat niets van de inleg van de Investeerders over is. Deze inleg blijkt achteraf ook als *seed capital* te zijn gebruikt om de handelsstructuur operationeel te houden die rondom het Fonds was opgezet.

De Investeerders hebben een vordering tegen de (middellijk) bestuurders van de Stichting ('de Bestuurders') ingesteld op grond van onrechtmatige daad in combinatie met artikel 2:11 BW. De Bestuurders zijn tekortgeschoten in de nakoming van de verbintenissen uit hoofde van de voorwaarden van het Fonds – dat wil zeggen: het ten onrechte gebruiken van voor beleggingsdoeleinden geormerkt geld voor financiering van de operatie/overhead – en de belofte tot terugbetaling van € 205.000 en de bevroering van alle kosten. Subsidiair hebben de Bestuurders door voornoemde handelingen onrechtmatig gehandeld.

Bij vonnis van 6 juni 2018 heeft de rechtbank Amsterdam alle vorderingen afgewezen. Bij arrest van 15 december 2020 heeft het gerechtshof Amsterdam het vonnis van de rechtbank vernietigd en de Stichting en de Bestuurders veroordeeld tot betaling van € 205.000 aan de Investeerders.

Het beroep in cassatie

De Bestuurders gaan in cassatie. Het cassatieberoep ziet voor zover relevant op de wetenschap van de Bestuurders bij de toezegging dat de Stichting niet aan die toezegging zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Het is volgens de Bestuurders onduidelijk hoe het hof heeft kunnen vaststellen dat het de Bestuurders duidelijk moet zijn geweest dat zich een penibele financiële situatie voordeed waarover de Investeerders niet zijn ingelicht, en dat het daarmee onnavolgbaar is hoe het hof heeft kunnen oordelen dat de Bestuurders ter zake een ernstig verwijt treft.

De conclusie van de A-G

In zijn conclusie merkt A-G Assink op dat het hof duidelijk toepassing geeft aan de zogenoemde Beklamel-norm voor externe bestuurdersaansprakelijkheid op de voet van artikel 6:162 BW. Komt in een concreet geval vast te staan dat de situatie zich voordoet dat een bestuurder bij het namens de stichting aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de Stichting niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden – een kernonderdeel van Beklamel-aansprakelijkheid – dan levert dat in beginsel het voor vestiging van die bestuurdersaansprakelijkheid vereiste persoonlijk ernstig verwijt aan het adres van de ex artikel 6:162 BW aangesproken bestuurder op, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling van de betrokken derde niet zo'n

persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden. Of sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt hangt immers af van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard en de ernst van de normschending.

In dit geval is het hof volgens de A-G terecht tot de conclusie gekomen dat de Bestuurders wisten of behoorden te weten dat de Stichting niet aan haar betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen ten tijde van de toezegging.

Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep nu de klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest van het hof, en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

A.C. Frentz, juli 2022

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 22-04-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:629

Zaaknummer: 21/01148

Rechters: A.E.B. ter Heide, T.H. den Tanja-van Broek en mr. drs. F.J.P. Lock

Advocaten: R.L.M.M. Tan en J.H. van Gelderen

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Melkveehouder/Drents Overijsselse Coöperatie Kaas U.A.

Een coöperatie zegt het lidmaatschap van een lid op, nu het lid een groot deel van zijn producten niet langer aan de coöperatie levert. Het lid stelt dat de opzegging onrechtmatig was, nu in de statuten niet letterlijk is opgenomen dat het hem verboden zou zijn een groot deel van zijn producten aan derden te leveren. Het hof oordeelt dat een dergelijke taalkundige uitleg de maatstaven van redelijkheid en billijkheid miskent en dat de coöperatie voldoende grond had om het lidmaatschap op te zeggen.

Feiten en procesverloop

Appellant ('de Melkveehouder') leverde vanuit Duitsland melk aan de Drents Overijsselse Coöperatie Kaas U.A. ('DOC Kaas'), in eerste instantie op basis van een leveringsovereenkomst, later als lid van DOC Kaas. DOC Kaas heeft het lidmaatschap van de Melkveehouder opgezegd, een transactiesom voortvloeiende uit een eerdere fusie tussen DOC Kaas en een andere coöperatie ('de Transactiesom') verrekend met de nog aan het lid te betalen facturen voor geleverde melk ('het Melkgeld') en tevens beslag laten leggen ter zekerheid van betaling van deze vorderingen.

In de statuten van DOC Kaas is onder meer opgenomen dat leden verplicht zijn al de in hun bedrijf gewonnen melk te leveren aan DOC Kaas. Verder is opgenomen dat een uittredend lid verplicht is een uittredingsvergoeding te betalen.

De rechtbank heeft geoordeeld dat DOC Kaas redelijkerwijs gerechtigd was het lidmaatschap van de Melkveehouder op te zeggen, nu de Melkveehouder zijn bedrijf verpacht heeft aan een derde en minder melk aan DOC Kaas levert dan waartoe de Melkveehouder op grond van de statuten en de lidmaatschapsovereenkomst gehouden zou zijn. Ook mocht DOC Kaas de diverse openstaande bedragen met elkaar verrekenen.

De Melkveehouder vordert in hoger beroep kort gezegd de nietigverklaring danwel

vernietiging van het besluit van het bestuur om het lidmaatschap op te zeggen en tevens uitbetaling van het Melkgeld nu volgens de Melkveehouder dit geld niet met de Transactiesom had mogen worden verrekend.

Oordeel

Het hof acht zich bevoegd van de vorderingen kennis te nemen nu DOC Kaas in Nederland is gevestigd en ook ten aanzien van de beslaglegging voldoende vaststaat dat het Handlungsort mede in Nederland is gelegen. Ten aanzien van een bijkomende vordering ten aanzien van Duitse omzetbelasting acht het hof zich bevoegd nu dit voldoende verknocht is met de overige vorderingen.

De Melkveehouder betoogt in de kern dat het lidmaatschap niet had mogen worden opgezegd nu in de statuten niet met zoveel woorden is opgenomen dat het verboden zou zijn het bedrijf te verpachten en het grootste deel van zijn melk niet aan DOC Kaas te leveren. Het hof stelt dat deze taalkundige redenering miskent dat bij de uitleg van statuten een strikt taalkundige lezing niet kan volstaan, maar dat ook de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een rol spelen, waarbij de diverse belangen van de betrokkenen moeten worden verdisconteerd. Ook op grond van de redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 2:8 BW hadden partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de andere partij, in dit geval het gerechtvaardigde belang van DOC Kaas om van een gestage stroom melk te worden voorzien door haar leden. DOC Kaas was dan ook gerechtigd om het lidmaatschap te beëindigen.

Het hof stelt echter vast dat de door DOC Kaas verrichte verrekening een statutaire basis mist, nu deze verbintenis niet duidelijk voortvloeit uit de statuten en daarom nietig is. De beslaglegging is volgens het hof onrechtmatig nu DOC Kaas zonder steekhoudende argumenten het bieden van alternatieve zekerheden heeft geweigerd.

Ten aanzien van de beweerdelijk teveel betaalde Duitse omzetbelasting acht het hof zich onvoldoende voorgelicht en geeft zij partijen de mogelijkheid om zich hier bij akte over uit te laten.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en houdt de beslissing aan om partijen akte te laten nemen omtrent de Duitse omzetbelasting.

T.M. Goudzwaard, juli 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-05-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:4362

Zaaknummer: 200.274.981/01

Rechters: P.S. Bakker, D.H. de Witte en W.F. Boele

Advocaten: K.C. Adam en D.J. de Jongh

Wetsartikelen: 2:8 lid 1 BW, 6:162 BW, 2:14 BW, 2:15 BW en 2:53 BW

RECHTSPRAAK

Verkoper van onroerend goed/CAI B.V. c.s.

De verkoper van een pand spreekt de bestuurder van de koper aan wegens het niet nakomen van de koopovereenkomst. De rechtbank en het hof wijzen de vordering af. In cassatie klaagt de verkoper onder meer over de te strenge toepassing van het Beklamel-criterium door het hof. A-G Assink ziet in de casus geen (bijzondere) omstandigheden die aanleiding zouden kunnen geven de door de verkoper betoogde lichtere maatstaf tot uitgangspunt te nemen, nu dat ook niet zo snel kan worden aangenomen nu daarmee noemenswaardig zou worden afgeweken van de klassieke 'Beklamel'-maatstaf. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G en verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO.

Feiten

Verweerder 2 in cassatie is CAI B.V. ('de Koper'). De Koper exploiteert een onderneming die handelt in onroerend goed. Verweerder 3 in cassatie is bestuurder en enig aandeelhouder van CAI B.V. ('de Bestuurder'). Eiser in cassatie is een vastgoedhandelaar en eigenaar van een pand ('de Verkoper'). De Koper koopt het pand van de Verkoper voor € 1,8 miljoen. Zij sluiten daartoe een koopovereenkomst. Achteraf blijkt het de bedoeling van de Koper te zijn geweest het pand door te verkopen aan verweerder in cassatie 1, Bricks & Concrete B.V., om daarmee de koopsom aan de Verkoper te voldoen. De doorverkoop mislukt, omdat twee opschortende voorwaarden in de doorverkoopovereenkomst niet in vervulling zijn gegaan. De Koper komt haar verplichtingen jegens de Verkoper niet na en biedt geen verhaal voor de door de Verkoper geleden schade. De Verkoper spreekt de Bestuurder aan op grond van onrechtmatige daad.

Procesverloop

De rechtbank wijst de vordering af en de Verkoper gaat in hoger beroep. Het hof bekrachtigt

het vonnis in eerste aanleg. Volgens het hof is niet vast komen te staan dat de Bestuurder, ten tijde van het aangaan van de koopovereenkomst, wist of behoorde te weten dat de Koper deze niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden (Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*)). Centraal daarbij staan de twee opschortende voorwaarden in de doorverkoopovereenkomst die niet in vervulling zijn gegaan, waardoor de Koper het pand niet kon doorverkopen en geen verhaal bood voor de Verkoper. De Bestuurder had ten tijde van het aangaan van de koopovereenkomst niet hoeven veronderstellen dat deze opschortende voorwaarden niet in vervulling zouden gaan. Daarbij heeft de Bestuurder vertrouwd op door de Verkoper verstrekte informatie, waardoor zij vertrouwen had dat de opschortende voorwaarden in vervulling zouden gaan. Deze informatie bleek onjuist te zijn. De Bestuurder mocht er echter op vertrouwen dat deze informatie juist was, ook al had hij de Verkoper niet ingelicht over het belang van deze informatie voor een doorverkoop. De Koper treft weliswaar een verwijt, maar de Bestuurder kan geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, aldus het hof. De Verkoper gaat in cassatie.

Conclusie A-G

A-G Assink stelt in zijn conclusie vast dat de cassatieklachten veelal uitgaan van een onjuiste lezing van het arrest van het hof, waardoor deze feitelijke grondslag missen. De A|G staat verder stil bij de cassatieklacht van de Verkoper dat het hof heeft miskend dat reeds aan het Beklamel-criterium zou zijn voldaan wanneer de Bestuurder ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de doorverkoop niet zou slagen. Door te overwegen dat er geen aanleiding was om te veronderstellen dat de doorverkoop niet zou slagen, heeft het hof een te streng criterium toegepast, aldus de Verkoper. De A-G sluit niet uit dat er onder (bijzondere) omstandigheden aanleiding kan zijn Beklamel-aansprakelijkheid vast te stellen, wanneer de bestuurder 'ernstig rekening ermee moest houden' dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen jegens die schuldeiser zou kunnen voldoen en die schuldeiser evenmin verhaal zou bieden (wat dus leidt tot enige verlaging van de drempel voor het kunnen aannemen van dit verwijt). Deze maatstaf geldt echter niet in algemene zin, omdat deze afwijkt van vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Het beroep van de bestuurder op het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:829, *NJ* 2014/195) gaat niet op, omdat het criterium 'ernstig rekening houden met' in dit geval zag op de vraag in hoeverre de benadeelde schuldeiser een aanspraak op de vennootschap zou hebben en niet op de vraag welke zorgvuldigheidsverplichtingen ten aanzien van deze aanspraak zouden gelden.

Van (bijzondere) omstandigheden die aanleiding zouden kunnen geven de door de Verkoper betoogde maatstaf tot uitgangspunt te nemen, wat niet zo snel kan worden aangenomen nu daarmee noemenswaardig zou worden afgeweken van de klassieke 'Beklamel'-maatstaf, valt in dit geval volgens de A-G niet te spreken.

De A-G concludeert dat de klachten falen en geeft de Hoge Raad in overweging het cassatieberoep op grond van artikel 81 RO af te doen.

Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwierpt het cassatieberoep nu de klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest van het hof, en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

B.J. Hermans, juli 2022

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 10-06-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:857

Zaaknummer: 21/01280

Rechters: F.J.P. Lock, G.C. Makkink en K. Teuben

Advocaten: J. den Hoed en J.H. van Gelderen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Omines Services

OK; enquête. Deze uitspraak betreft de tweede-fasebeschikking in de enquêteprocedure inzake Omines Services. De OK herhaalt in deze beschikking de uitgebreide uiteenzetting van de regels die gelden bij belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang, zoals weergegeven in de Flevo Berry Holding-beschikking, met correctie van een in die beschikking geslopen vergissing.

De minderheidsaandeelhouder verzoekt om een enquête en legt hieraan ten grondslag dat de bestuurder, tevens de meerderheidsaandeelhouder, een tegenstrijdig belang heeft en geen rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de bv. De bestuurder is namelijk ook enig aandeelhouder en bestuurder van een andere vennootschap waarmee de bv regelmatig contracteert. Uit het onderzoeksverslag is wat de OK betreft gebleken dat de bestuurder/meerderheidsaandeelhouder de op haar rustende verplichtingen in het kader van tegenstrijdig belang heeft geschonden. Dit leidt tot het oordeel wanbeleid.

Dit is de tweede-fasebeschikking van de enquêteprocedure inzake Omines Services B.V. ('Omines Services'). Voor de eerste-fasebeschikking van 19 januari 2021 wordt verwezen naar OR 2022-0127.

Feiten

Kort gezegd komen de feiten op het volgende neer. Omines Services is een vennootschap die zich richt op het leveren en beheren van IT-diensten. MBH B.V. ('MBH') is minderheidsaandeelhouder en houdt 49% van de aandelen in Omines Services. NKH B.V. ('NKH') houdt de overige 51% en is daarnaast de enig bestuurder van Omines Services. Omines Services koopt diensten in bij Omines Internetbureau B.V. ('Omines IB'). NKH houdt

alle aandelen in Omines IB en is tevens de enig bestuurder. MBH heeft dus geen (vennootschapsrechtelijke) rol in Omines IB.

Kern van het geschil

Tussen NKH en MBH is een geschil ontstaan over de bedragen die Omines IB voor haar dienstverlening aan Omines Services in rekening heeft gebracht. Volgens MBH staan de gefactureerde bedragen niet in verhouding tot de omvang van de geleverde diensten. MBH meent dat Omines Services daardoor financieel wordt leeggehaald door Omines IB, ten faveure van NKH.

In de eerste-fasebeschikking heeft de OK overwogen dat de belangen van Omines Services en Omines IB niet parallel lopen, waardoor NKH als enig bestuurder van beide vennootschappen tegenstrijdige belangen dient. Gelet op het feit dat NKH geen bijzondere waarborgen of zorgvuldigheidsmaatregelen ter voorkoming van benadeling van Omines Services heeft getroffen, was de OK van oordeel dat het niet aannemelijk is geworden dat NKH in haar rol als bestuurder van Omines Services voldoende oog heeft gehad voor haar tegenstrijdige belang. Ook meende de OK dat vraagtekens geplaatst konden worden bij de deugdelijkheid van de financiële administratie van Omines Services. Om deze redenen heeft de OK een onderzoek gelast.

De onderzoeker heeft in zijn verslag het hiervoor weergegeven oordeel van de OK bevestigd. Hij concludeert dat de urenregistratie van Omines IB inderdaad onvoldoende onderbouwing levert voor de doorbelasting aan Omines Services en dat NKH als bestuurder en (meerderheids)aandeelhouder van beide vennootschappen niet voldaan heeft aan de vereiste zorgvuldigheid die bij tegenstrijdig belang in acht moeten worden genomen.

Uiteenzetting OK regels tegenstrijdig belang

De OK begint haar beslissing met een uiteenzetting van de regels die gelden bij tegenstrijdig belang. Deze overwegingen zijn woordelijk overgenomen uit de *Flevo Berry Holding* -beschikking van 28 april 2022 (OR 2022-0149). Echter, omdat in die beschikking een vergissing was geslopen die de OK in deze uitspraak corrigeert, heeft de OK ervoor gekozen om de overwegingen te herhalen. In het kader van de leesbaarheid zullen deze overwegingen ook in deze samenvatting worden weergegeven.

Uit artikel 2:8 BW vloeit voort dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders. Daarbij wordt onder meer in aanmerking genomen of het gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders of om familierechtelijke verhoudingen tussen de bij de

vennootschap betrokken personen. Onder dergelijke omstandigheden kan eerder dan in andere gevallen sprake zijn van de mogelijkheid van een vermenging van belangen, zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat (de OK verwijst naar HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*) en artikel 3:46 lid 1, aanhef en onder 4, BW). De OK hanteert de term ‘geconflicteerde bestuurder’ voor de bestuurder met, kort gezegd, een tegenstrijdig belang. *[NB: In de Flevo Berry Holding-beschikking heeft de OK overwogen dat de zij de term ‘geconflicteerde bestuurder’ hanteert voor de bestuurder bij wie zich belangenverstrengeling voordoet, maar die overweging berust op een vergissing – SLH].*

Indien bij een transactie een reëel risico op belangenverstrengeling bestaat, is volgens de OK een hogere mate van zorgvuldigheid vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de desbetreffende transactie en bij het sluiten van de overeenkomst waarbij de belangenverstrengeling mee kan spelen. In beginsel dient deze zorgvuldigheid erop te zijn gericht dat de transactie geschiedt onder redelijke en marktconforme voorwaarden en dat de transactie daarmee zakelijk verantwoord is. Daartoe kan inschakeling van deskundige derden gewenst en onder omstandigheden geboden zijn. Indien de transactie is onderworpen aan de goedkeuring van de raad van commissarissen of van de algemene vergadering, dient tijdig alle informatie te worden verschaft die noodzakelijk is voor de beoordeling of de transactie redelijk en billijk is vanuit het oogpunt van het belang van de vennootschap en of voldoende zorgvuldigheid wordt betracht jegens minderheidsaandeelhouders en andere bij de vennootschap en haar onderneming betrokken partijen. De OK verwijst hierbij naar HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun*), OK 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018 (*Butôt*), OK 22 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1604 (*Leaderland*).

Een bijzondere vorm van belangenverstrengeling doet zich volgens de OK voor indien een geconflicteerde bestuurder een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang heeft, dat wil zeggen dat hij te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft of zal laten leiden door het belang van de vennootschap en haar onderneming. De OK verwijst hierbij naar HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4887 (*Versatel II*), HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (*Bruil*), *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 19 en nr. 3, p. 12 en OK 23 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1853 (*FLEXible HR*).

De artikelen 2:8, 2:9 en 2:239 lid 6 BW brengen in dat geval volgens de OK mee dat de geconflicteerde bestuurder tegenover zijn medebestuurders (en in voorkomende gevallen de raad van commissarissen) tijdig een zo groot mogelijke openheid dient te betrachten over (de aard van) het belangenconflict waarmee hij te maken heeft. Ook bij twijfel hierover dient de

bestuurder deze openheid te geven, opdat de medebestuurders en in voorkomende gevallen de raad van commissarissen hem daarover kunnen adviseren. De OK verwijst hierbij naar OK 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007 (*Linders/Hofstee*) en *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 6, p. 11 en 22.

Ongeacht of de artikelen 2:14-16 BW van toepassing zijn op het voorliggende besluit, mag een geconflieeerde bestuurder van de OK niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming (art. 2:8, 2:9 en 2:239 lid 6 BW en OK 26 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2021:878 (*Eetcafé De Stip*)). Afhankelijk van de omstandigheden kan bovendien geboden zijn dat de geconflieeerde bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding van de desbetreffende transactie, dat hij daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd of dat hij (een deel van) zijn portefeuille tijdelijk overdraagt aan een medebestuurder (onder verwijzing naar OK 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930 (*TMG*) en OK 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (*Intergamma*)).

Beslissing OK

Uit het onderzoeksverslag is wat de OK betreft gebleken dat NKH de op haar rustende verplichtingen in het kader van tegenstrijdig belang heeft geschonden. Als geconflieeerde bestuurder had NKH het beleid met betrekking tot de doorbelaste kosten (wat neerkwam op het klakkeloos accepteren van facturen) niet zelf op deze wijze mogen bepalen. Op deze wijze is Omines IB ten onrechte verrijkt ten koste van Omines Services. NKH heeft daarbij gehandeld in strijd met de belangen van Omines Services en heeft verzuimd jegens MBH als minderheidsaandeelhouder de vereiste zorgvuldigheid en transparantie te betrachten. De OK stelt vast dat bij Omines Services mede om deze redenen sprake is van wanbeleid en dat NKH daarvoor verantwoordelijk is.

De door MBH geschetste gang van zaken van Omines Services in de periode na afronding van het onderzoeksverslag valt buiten de onderzoeksperiode en draagt daarom niet bij aan het wanbeleidsoordeel. Wel blijkt daaruit dat NKH voorafgaand aan de behandeling ter zitting van het verzoek van MBH tot het vaststellen van wanbeleid heeft getracht verdere discussies over de onderlinge facturatie tussen Omines Services en Omines IB te voorkomen, terwijl een nieuwe discussie volgens de OK in de rede zou liggen. De manier waarop NKH dat heeft gedaan, door op de algemene vergadering waarbij MBH niet aanwezig was voor de onderneming dergelijke, cruciale besluiten te nemen, zonder dat die vooraf deugdelijk geagendeerd waren, is voor de OK reden die besluiten te vernietigen.

NKH wordt geschorst als bestuurder van Omines Services en in haar plaats zal de OK een tijdelijke bestuurder benoemen.

S.L. Haanschoten, juli 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:1734

Zaaknummer: 200.302.490/01 OK

Rechters: A.J. Wolfs, M.M.M. Tillema, A.W.H. Vink, M.N. Hoogendoorn RA en D.E.M. Aleman

Advocaten: A.A. Leroux en H.J.M. Smelt

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:9 BW, 2:239 lid 6 BW, 2:355 BW en 2:356 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Flevo Berry Holding

OK; enquête. Deze uitspraak betreft de tweede-fasebeschikking in de enquêteprocedure inzake Flevo Berry Holding. De OK geeft in de beschikking een uitgebreide uiteenzetting van de regels die gelden bij belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang.

De zaak gaat over onenigheid tussen bestuurders, volgend op het onderbrengen van de verschillende activiteiten van een aardbeien telende vennootschap in separate vennootschappen. Dit heeft tot gevolg dat een van de twee bestuurders van de vennootschap die de veredelende activiteiten uitvoert (Flevo Berry) nu zowel bestuurder is van een veredelaar als van een vermeerderaar, terwijl de belangen van beide vennootschappen geregeld niet parallel lopen. De OK oordeelt dat sprake is van een tegenstrijdig belang van een van de bestuurders en oordeelt dat sprake is van wanbeleid.

Dit is de tweede-fasebeschikking van de enquêteprocedure inzake Flevo Berry Holding B.V. ('de Holding'). Voor de eerste-fasebeschikking van 21 september 2020 wordt verwezen naar OR 2021-0069.

Feiten

Deze zaak speelt zich af in de productieketen van aardbeien. Daarin zijn drie deelactiviteiten te onderscheiden: het veredelen, het vermeerderen en het telen. Veredelaars ontwikkelen nieuwe aardbeienrassen, vermeerderders kweken – op basis van licenties verleend door veredelaars – aardbeienplanten en aardbeientelers produceren met behulp van die planten aardbeien die zij op de markt brengen. Veredelaars en vermeerderders zijn weliswaar belangrijke handelspartners van elkaar, maar zij hebben ook tegenstrijdige belangen. Veredelaars hebben er belang bij om zo snel mogelijk nieuwe rassen te introduceren om zo hun marktaandeel te vergroten en licentie-inkomsten te genereren, terwijl vermeerderders

juist zo lang mogelijk een ras willen kweken om zo de licentie-uitgaven terug te verdienen. Ook wil een vermeerderaar niet dat de veredelaar zijn licenties aan andere vermeerderaars uitgeeft, omdat de vermeerderaar dan meer concurrenten heeft.

Goossens en Suiker zijn de (indirect) bestuurders van de Holding en tevens de houders van alle aan de aandelen in de Holding verbonden certificaten. De Holding houdt indirect alle aandelen in Flevo Berry B.V. ('Flevo Berry'). Flevo Berry is een entiteit die zich primair bezighoudt met de veredeling van aardbeien (zijnde het ontwikkelen van nieuwe rassen). Goossens houdt tevens alle aandelen in Flevoplant B.V. ('Flevoplant'), die zich juist bezighoudt met het vermeerderen van aardbeien (zijnde het kweken van aardbeien op basis van licenties verleend door veredelaars). Suiker was een werknemer van Flevoplant, waar hij zich bezighield met de veredeling van aardbeienrassen, maar die activiteiten heeft Flevoplant later ondergebracht in een andere groep vennootschappen.

Kern van het geschil

De kern van het geschil is dat Suiker meent dat Goossens, die bestuurder en certificaathouder is van een veredelingsbedrijf (de Holding) en daarnaast enig aandeelhouder en bestuurder van een vermeerderingsbedrijf (Flevoplant), met regelmaat een tegenstrijdig belang heeft. Zo eiste Goossens dat hij gekend werd in elke licentieverlening door Flevo Berry en dat hij daarover zijn goed- of afkeuring kon uitspreken. Hij weigerde zijn medewerking aan een voorgestelde licentieverlening aan een partij die weer een belangrijke leverancier is van Albert Heijn. Suiker voelt zich er ook niet comfortabel bij dat Goossens toegang heeft tot alle bedrijfsinformatie van Flevo Berry, omdat hij vreest dat Goossens die informatie gebruikt in het belang van Flevoplant.

Mede om deze reden heeft de OK in haar eerste-fasebeschikking een onderzoek gelast. De onderzoeker heeft in zijn verslag onder meer geconcludeerd dat Suiker aan Goossens heeft voorgesteld om een directiereglement te maken om mogelijke situaties met tegenstrijdig belang te adresseren, maar dat dit uiteindelijk niet van de grond is gekomen. Naar de mening van de onderzoeker had Goossens zich moeten onthouden van beraadslaging en besluitvorming over licentieverlening door Flevo Berry, omdat hij daarbij een tegenstrijdig belang had.

Uiteenzetting OK regels belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang

De OK begint haar beslissing met een uitgebreide uiteenzetting van de regels die gelden bij belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang. Deze laat zich als volgt samenvatten. Uit artikel 2:8 BW vloeit voort dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders. Daarbij wordt onder meer in

aanmerking genomen of het gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders of om familierechtelijke verhoudingen tussen de bij de vennootschap betrokken personen. Onder dergelijke omstandigheden kan eerder dan in andere gevallen sprake zijn van de mogelijkheid van een vermenging van belangen, zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat (de OK verwijst naar HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*) en artikel 3:46 lid 1, aanhef en onder 4, BW). De OK hanteert de term 'geconflicteerde bestuurder' voor de bestuurder bij wie zich de belangenverstrengeling voordoet. [NB: In de *Omines-beschikking* (OR 2022-0150) heeft de OK opgemerkt dat deze zin berust op een vergissing en dat zij de term 'geconflicteerde bestuurder' hanteert voor de bestuurder met, kort gezegd, een tegenstrijdig belang – SLH].

Indien bij een transactie een reëel risico op belangenverstrengeling bestaat, is volgens de OK een hogere mate van zorgvuldigheid vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de desbetreffende transactie en bij het sluiten van de overeenkomst waarbij de belangenverstrengeling mee kan spelen. In beginsel dient deze zorgvuldigheid erop te zijn gericht dat de transactie geschiedt onder redelijke en marktconforme voorwaarden en dat de transactie daarmee zakelijk verantwoord is. Daartoe kan inschakeling van deskundige derden gewenst en onder omstandigheden geboden zijn. Indien de transactie is onderworpen aan de goedkeuring van de raad van commissarissen of van de algemene vergadering, dient tijdig alle informatie te worden verschaft die noodzakelijk is voor de beoordeling of de transactie redelijk en billijk is vanuit het oogpunt van het belang van de vennootschap en of voldoende zorgvuldigheid wordt betracht jegens minderheidsaandeelhouders en andere bij de vennootschap en haar onderneming betrokken partijen. De OK verwijst hierbij naar HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun*), OK 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018 (*Butôt*), OK 22 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1604 (*Leaderland*).

Een bijzondere vorm van belangenverstrengeling doet zich volgens de OK voor indien een geconflicteerde bestuurder een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang heeft, dat wil zeggen dat hij te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft of zal laten leiden door het belang van de vennootschap en haar onderneming. De OK verwijst hierbij naar HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4887 (*Versatel II*), HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (*Bruil*), *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 19 en nr. 3, p. 12 en OK 23 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1853 (*FLEXible HR*).

De artikelen 2:8, 2:9 en 2:239 lid 6 BW brengen in dat geval volgens de OK mee dat de geconflicteerde bestuurder tegenover zijn medebestuurders (en in voorkomende gevallen de

raad van commissarissen) tijdig een zo groot mogelijke openheid dient te betrachten over (de aard van) het belangenconflict waarmee hij te maken heeft. Ook bij twijfel hierover dient de bestuurder deze openheid te geven, opdat de medebestuurders en in voorkomende gevallen de raad van commissarissen hem daarover kunnen adviseren. De OK verwijst hierbij naar OK 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007 (*Linders/Hofstee*) en *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 6, p. 11 en 22.

Ongeacht of de artikelen 2:14-16 BW van toepassing zijn op het voorliggende besluit, mag een geconflicteerde bestuurder van de OK niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming (art. 2:8, 2:9 en 2:239 lid 6 BW en OK 26 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2021:878 (*Eetcafé De Stip*)). Afhankelijk van de omstandigheden kan bovendien geboden zijn dat de geconflicteerde bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding van de desbetreffende transactie, dat hij daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd of dat hij (een deel van) zijn portefeuille tijdelijk overdraagt aan een medebestuurder (onder verwijzing naar OK 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930 (*TMG*) en OK 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (*Intergamma*)).

Beslissing OK

De OK oordeelt dat vaststaat dat Goossens als indirect bestuurder van Flevo Berry met betrekking tot onderwerpen waarbij vermenging van de belangen van Flevo Berry en Flevoplant of onverenigbaarheid van die belangen aan de orde is, als geconflicteerd moet worden beschouwd en dat uit het onderzoeksverslag is gebleken dat Goossens de diensengevolge op hem rustende verplichtingen met regelmaat heeft geschonden. De gang van zaken binnen Flevo Berry met betrekking tot de besluitvorming over licentieverlening aan derden moet volgens de OK als wanbeleid aangemerkt worden. De OK overweegt daarbij dat beide bestuurders niet in staat zijn gebleken om in het belang van Flevo Berry op een correcte, werkbare en voor hen beiden acceptabele manier om te gaan met de evident aanwezige tegenstrijdige belangen.

De OK had reeds bij wijze van onmiddellijke voorziening een bestuurder bij de Holding benoemd met beslissende stem. Alle partijen zijn het erover eens dat sinds zijn benoeming Flevo Berry goed functioneert. De OK verlengt daarom de aanstelling van de tijdelijke bestuurder voor een periode van twee jaar.

De partijen hebben hiernaast nog meer gronden aangevoerd waaruit wanbeleid zou blijken. De OK oordeelt echter dat het oordeel wanbeleid moet zijn gebaseerd op bezwaren die in de eerste fase naar voren zijn gebracht en vervolgens ten grondslag zijn gelegd aan de beslissing om een enquête te gelasten en/of op bezwaren die voldoende samenhang daarmee vertonen

(HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:316 (*Cordial*)). Mede omdat dit niet het geval is, wijst de OK alle overige aangevoerde gronden af.

S.L. Haanschoten, juli 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 28-04-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:1287

Zaaknummer: 200.299.898/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, M.N. Hoogendoorn RA en D. Koopmans

Advocaten: H.P. Plas en G.C. Berkhout

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:9 BW, 2:239 lid 6 BW, 2:355 BW en 2:356 BW

RECHTSPRAAK

Allgo Spaander B.V. c.s./Bestuurders

Enkele bestuurders geven uitvoering aan een aandeelhoudersbesluit tot kapitaalvermindering en cessie van regresvorderingen. Hen wordt vervolgens verweten zich daarmee schuldig te hebben gemaakt aan verhaalsfrustratie. De bestuurders voeren aan dat, nu de uitkeringstest de uitkering mogelijk maakte, zij medewerking aan de uitvoering van het aandeelhoudersbesluit niet konden weigeren. Het hof oordeelt, anders dan de rechtbank, dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld nu zij hebben meegewerkt aan de cessie en voorzienbaar was dat door deze cessie de vennootschappen geen verhaal meer konden bieden. Dit is ernstig verwijtbaar en de bestuurders worden alsnog aansprakelijk gehouden.

Feiten

Allgo Spaander B.V. en Allgo Cathrien B.V. ('Allgo c.s.') vormen afzonderlijk met twee vennootschappen ('de Vennootschappen') ieder een vof ('de Vof's'). De Vennootschappen maken onderdeel uit van een groep. In de Vof's worden respectievelijk een hotel en een brasserie geëxploiteerd. In deze zaak worden de (voormalig) bestuurders ('de Bestuurders') van de Vennootschappen aangesproken door Allgo c.s. uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

De panden waarin de ondernemingen van de Vof's worden geëxploiteerd zijn eigendom van de Vennootschappen. Op deze panden is een recht van hypotheek gevestigd, ten gunste van een groep familieleden van de oprichter van de groep, tot zekerheid van terugbetaling van de door hen verstrekte leningen aan één van de Bestuurders die tevens indirect aandeelhouder is van de Vennootschappen ('de Rechtspersoon-Bestuurder').

Er ontstaat een geschil tussen Allgo c.s. en de Vennootschappen over de verplichtingen en financiële rechten in de Vof's. Hierover wordt een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt.

Wegens achterstallige betalingen op de leningen aan de Rechtspersoon-Bestuurder, oefent de groep familieleden hun hypotheekrecht uit. De panden en de inventarissen, handelsnamen en exploitatierechten worden onderhands verkocht aan een deel van de familieleden ('de Kopers'). De instemming met de onderhandse verkoop is blijkens akte verleend onder de opschortende voorwaarde van, onder meer, vestiging van een pandrecht ten behoeve van de familieleden. Bij dezelfde akte is aan de Kopers een pandrecht verleend op de vorderingen van de Vennootschappen op de Kopers tot betaling van de koopprijzen. De Vennootschappen verkrijgen als eigenaren van de panden een regresvordering op de Rechtspersoon-Bestuurder.

Bij arbitraal tussenvonnis is voor recht verklaard dat Allgo c.s. recht hebben op de winstvoorschotten.

De groep laat vervolgens een advies opstellen ten aanzien van het terugbrengen van de rekening-courantverhouding binnen de groep. Op basis van het advies besluit de aandeelhouder van de Vennootschappen met betrekking tot de Vennootschappen tot kapitaalvermindering. De uitkering wegens terugbetaling op de aandelen vindt plaats door middel van cessie van de regresvordering van de Vennootschappen op de Rechtspersoon-Bestuurder aan de aandeelhouder.

In de arbitrageprocedure is bepaald dat de Vennootschappen zijn veroordeeld tot het voldoen van een geldsom aan Allgo c.s. Aan deze betalingsverplichtingen is door de Vennootschappen niet voldaan.

Eerste aanleg

In eerste aanleg stellen Allgo c.s. dat door de handelswijze van de Bestuurders sprake is van verhaalsfrustratie en Allgo c.s. vorderen een verklaring voor recht dat de Bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld en aansprakelijk zijn voor de geleden schade. De rechtbank stelt dat Allgo c.s. onvoldoende hebben aangetoond dat het hotelpand en het brasseriepand voor te lage waarden zijn verkocht en dat bij verkoop tegen reële waarden sprake zou zijn geweest van overwaarde, waarop Allgo c.s. zich konden verhalen. Verder oordeelt de rechtbank dat door de cessie van de regresvordering de verhaalsmogelijkheden van Allgo c.s. in beginsel zijn gefrustreerd. De regresvorderingen waren echter niets waard en daarom is geen sprake van verhaalsfrustratie of onrechtmatig handelen.

Hoger beroep

In hoger beroep stellen Allgo c.s. dat zij zijn gefrustreerd in hun verhaalsmogelijkheden door: (i) de verkoop van de panden en de verpanding van de vorderingen tot betaling van de koopprijs; (ii) de verkoop van de inventaris, handelsnaam en exploitatierechten; en (iii) het

besluit tot kapitaalvermindering, dividenduitkering en de cessie van de regresvorderingen.

Met betrekking tot de eerste twee punten oordeelt het hof dat niet is gebleken dat Allgo c.s. zijn benadeeld of in hun verhaalsmogelijkheden zijn gefrustreerd.

Ten aanzien van het derde punt overweegt het hof dat het hier gaat om kapitaalvermindering met terugbetaling aan de aandeelhouder. Op dat besluit is artikel 2:216 lid 2 tot en met 4 BW van toepassing. In het algemeen geldt dat kapitaalvermindering door vermindering van het bedrag van de aandelen bij statutenwijziging kan plaatsvinden zonder terugbetaling (afstempelen) of met (gedeeltelijke) terugbetaling van de aandeelhouder.

De Bestuurders voeren aan dat uit de uitkeringstest volgt dat uitkering mogelijk was en dat de Bestuurders medewerking moesten verlenen aan de uitvoering van het besluit. Het hof oordeelt dat de Bestuurders miskennen dat dit niet wegneemt dat de Bestuurders door uitvoering te geven aan het besluit, onder omstandigheden, onrechtmatig kunnen hebben gehandeld.

Het hof oordeelt dat na de cessie nagenoeg geen actief in de Vennootschappen resteerde en de verhaalsmogelijkheden van Allgo c.s. in beginsel zijn gefrustreerd. Verder oordeelt het hof dat onvoldoende is gebleken dat de regresvordering geen waarde vertegenwoordigde en dat er in de nabije toekomst ook geen waarde was te verwachten. Daarnaast hebben de Bestuurders onvoldoende duidelijk gemaakt waarom zij hebben meegewerkt aan de cessie, nu dit niet noodzakelijk was. Het hof oordeelt dat voorzienbaar was dat er wegens de lopende arbitrageprocedure de Vennootschappen betalingsverplichtingen aan Allgo c.s. zouden hebben en door de cessie praktisch geen actief in de Vennootschappen resteerde. De Bestuurders hebben in dat kader onrechtmatig gehandeld door zich schuldig te maken aan verhaalfustratie. De Bestuurders kan door deze handelwijze een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en houdt de Bestuurders alsnog aansprakelijk.

Y. Boekhout, juli 2022

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-03-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:876

Zaaknummer: 200.276.658/01

Rechters: W.A.H. Melissen, M. Bijkerk en A.C. Faber

Advocaten: P.F. Keuchenius en B.W. Brouwer

Wetsartikelen: 2:11 BW, 2:216 BW, 2:162 BW en 2:208 lid 6 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending Beklamel-norm

Een bestuurder van een inmiddels gefailleerd distributiebedrijf laat in het zicht van faillissement een garagebedrijf nog meerdere opdrachten uitvoeren. De facturen daarvoor worden niet meer voldaan. Het garagebedrijf stelt de bestuurder daarvoor persoonlijk aansprakelijk met een beroep op schending van de Beklamel-norm. De rechtbank houdt de bestuurder aansprakelijk, nu hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen kon voldoen nu het faillissement al was aangevraagd.

Feiten

Gedaagde was enig bestuurder ('de Bestuurder') van een distributiebedrijf dat meerdere opdrachten verstrekke aan het garagebedrijf van eiser. Op 10 februari 2021 is het faillissement van het distributiebedrijf aangevraagd. Na de faillissementsaanvraag zijn de werkzaamheden nog enkele tijd voortgezet. Op 20 april 2021 is het faillissement van het distributiebedrijf uitgesproken. Op 17 mei 2021 zijn de werkzaamheden definitief gestaakt. Er staan elf facturen open over de periode van 2 maart 2021 tot 14 mei 2021. Negen van deze facturen zien op werkzaamheden uitgevoerd vóór faillissement en twee zien op werkzaamheden uitgevoerd tijdens faillissement.

Eiser stelt de Bestuurder persoonlijk aansprakelijk en vordert betaling van de elf openstaande facturen. De Bestuurder zou de opdrachten namelijk hebben verstrekt terwijl hij wist, dan wel redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat het distributiebedrijf de facturen niet zou kunnen betalen. Dit is een schending van de zogenoemde Beklamel-norm.

Oordeel

De rechtbank oordeelt dat gelet op de feiten de Bestuurder begin maart 2021 had moeten begrijpen dat het distributiebedrijf niet meer aan zijn verplichtingen kon voldoen en geen

verhaal zou kunnen bieden. De Bestuurder erkent namelijk zelf dat vanaf november 2020 betalingsproblemen en -achterstanden ontstonden. De Bestuurder kan niet aantonen dat de boekhouding volledig op orde was en dat er een concreet continuïteitsperspectief was voor het distributiebedrijf. Voorts gaat de rechtbank niet mee in de stelling van de Bestuurder dat hij concrete maatregelen trof om het tij te keren binnen het bedrijf. Enkel gesprekken met externe partijen ten behoeve van financiering acht de rechtbank daarvoor niet voldoende.

Ondanks de onhoudbare situatie waarin het distributiebedrijf zich bevond, verstreekte de Bestuurder de opdrachten aan eiser. De Bestuurder diende echter in de periode vanaf 2 maart 2021 redelijkerwijs te begrijpen dat het distributiebedrijf niet aan zijn verplichtingen jegens eiser kon voldoen, nu het faillissement van het distributiebedrijf al op 10 februari 2021 was aangevraagd. De rechtbank oordeelt dat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt voor de schade van eiser ten gevolge van de oninbaarheid van de negen facturen voor werkzaamheden vóór faillissement. De Bestuurder is dan ook persoonlijk aansprakelijk voor de schade die eiser heeft geleden door de oninbaarheid van deze facturen.

Voor aansprakelijkheid van de Bestuurder voor betaling van de facturen voor de werkzaamheden verricht tijdens faillissement is geen rechtsgrond. De rechtbank is van oordeel dat door publicatie van het vonnis van faillietverklaring eiser zich er niet op kan beroepen dat hij niet op de hoogte was van het faillissement. Verbintenissen die ontstaan na faillietverklaring leiden in beginsel tot aansprakelijkheid van de schuldenaar, in dit geval dus het distributiebedrijf. Voorts was de boedel niet gebaat bij uitvoering van de opdrachten en is de boedel daarom op grond van artikel 23 en 24 Fw niet aansprakelijk. De rechtbank wijst het verzoek tot betaling van de twee facturen omtrent de werkzaamheden na faillietverklaring daarom af.

A.L.M. van Rooij, juli 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 17-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:2981

Zaaknummer: 9631174

Rechters: F.M.Th. Quaadvliet

Advocaten: Broekhuizen, J.J.J. J.J.J. Broekhuizen

Wetsartikelen: 6:162 BW, 23 Fw en 24 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder/Stichting Pensioenfonds Horeca & Catering

Een bestuurder van twee vennootschappen vordert vernietiging dan wel buiteneffectstelling van een dwangbevel tot betaling van achterstallige pensioenpremies van een pensioenfonds. De bestuurder heeft naar het oordeel van de kantonrechter tijdig een melding betalingsonmacht gedaan, zodat het wettelijk vermoeden van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2 van het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 niet opgaat. Ook eerdere berichtgeving van de bestuurder over de financiële situatie van de vennootschappen wordt gezien als een melding betalingsonmacht. Nu het pensioenfonds volgens de kantonrechter voor het overige onvoldoende onderbouwd heeft dat sprake is van onbehoorlijk bestuur, is de bestuurder niet aansprakelijk voor de achterstallige pensioenpremies. De kantonrechter wijst de vordering van de bestuurder toe.

Feiten

Twee vennootschappen ('de BV's'), waarin een Michelinsterrestaurant en een congres-/huwelijkslocatie worden geëxploiteerd, verkeren in financieel zwaar weer. De bestuurder van de BV's ('de Bestuurder') bericht stichting Pensioenfonds Horeca & Catering ('PHC') hierover en vraagt om een betalingsregeling voor de betaling van achterstallige pensioenpremies. Er wordt een betalingsregeling getroffen, maar deze wordt later weer stopgezet door PHC. Een paar maanden later verkoopt de Bestuurder de activa van de BV's, waarbij ook het personeel wordt overgenomen. Korte tijd daarna, in april 2019, doet de Bestuurder een melding betalingsonmacht bij PHC. PHC brengt een dwangbevel aan de Bestuurder uit tot betaling van de achterstallige pensioenpremies over 2017, 2018 en 2019.

De Bestuurder start een procedure tegen PHC bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant en

vordert dat het dwangbevel van PHC wordt vernietigd dan wel buiten effect wordt gesteld, onder ontheffing van de Bestuurder van de verplichting om de in het dwangbevel opgenomen vorderingen te voldoen. De Bestuurder stelt primair als goed bestuurder te hebben gehandeld. Subsidiair is volgens de Bestuurder tijdig de melding betalingsonmacht gedaan, nu hij de melding heeft gemaakt nadat de koopprijs voor de activa van de BV's vaststond. De Bestuurder zou PHC daarnaast al in 2014 en 2015 meerdere keren schriftelijk hebben bericht omtrent betalingsachterstanden en de financiële situatie van de BV's. PHC stelt zich op het standpunt dat de melding betalingsonmacht te laat is ontvangen, zodat volgens haar wordt vermoed dat de betalingsonmacht aan de Bestuurder te wijten is. Daarnaast zou de Bestuurder het werknemersdeel niet hebben doorgestort aan de pensioenfondsen, terwijl dit wel is ingehouden op het loon, zodat volgens PHC ook sprake is van onbehoorlijk bestuur.

Tussenvonnis

In zijn tussenvonnis stelt de kantonrechter voorop dat de bestuurder van een vennootschap die niet de verplichte bijdragen aan het pensioenfonds voldoet op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 hoofdelijk aansprakelijk is voor die bijdragen, als aannemelijk is dat het niet betalen van de bijdragen het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de drie jaar voorafgaand aan de door de vennootschap tijdig verrichte mededeling van betalingsonmacht. Als de betalingsonmacht niet of niet tijdig in de zin van artikel 2 van het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 is medegedeeld, wordt de niet-betaling wettelijk vermoed aan de bestuurder te wijten te zijn.

Onder verwijzing naar het Hoge Raad-arrest *Centavos/Stichting Nieuwenhuis* van 14 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ4104) stelt de kantonrechter de Bestuurder in de gelegenheid te bewijzen dat en op welke datum PHC de melding van betalingsonmacht heeft ontvangen. De kantonrechter stelt de Bestuurder daarnaast in de gelegenheid alle correspondentie tussen de BV's en PHC met betrekking tot de financiële situatie van de BV's over de periode 2014 tot april 2019 over te leggen en daarbij tevens aan te tonen dat over die gehele periode een betalingsachterstand heeft bestaan. Wanneer een melding van betalingsonmacht is gedaan hoeft volgens de Hoge Raad namelijk niet opnieuw een melding van betalingsonmacht te worden gedaan zolang er nog sprake is van een betalingsachterstand (zie HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019), zo overweegt de kantonrechter.

Eindvonnis

De kantonrechter stelt in zijn eindvonnis allereerst vast dat de meldingen van betalingsonmacht voor beide BV's in april 2019 zijn ontvangen en voldoende gespecificeerd zijn, zodat het wettelijk vermoeden van artikel 23 Wet Bpf 2000 voor wat betreft de

pensioenpremie over 2019 niet opgaat.

Met betrekking tot de pensioenpremies over 2017 en 2018 oordeelt de kantonrechter dat uit de overgelegde correspondentie volgt dat PHC al in juni 2015 een bericht van de Bestuurder heeft ontvangen dat naar het oordeel van de kantonrechter gelijkgesteld kan worden aan een melding van betalingsonmacht, en dat voor PHC kenbaar was dat de BV's vanaf dat moment continu een achterstand in premiebetaling hebben gehad. Volgens de kantonrechter is niet gebleken dat PHC op enig moment niet meer uitging van de betalingsonmacht van de BV's, althans PHC heeft erkend dat dit nooit aan de BV's is gemeld. Onder verwijzing naar (onder meer) een arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1976) oordeelt de kantonrechter dat het wettelijk vermoeden dus ook voor de jaren 2017 en 2018 niet opgaat.

PHC heeft naar het oordeel van de kantonrechter niet aannemelijk gemaakt dat er in de drie jaren voorafgaand aan de melding betalingsonmacht sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur (zie HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo*)), zodat het dwangbevel moet worden vernietigd. De kantonrechter wijst de vordering van de Bestuurder toe.

L.L. Bakker, juli 2022

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 11-05-2022

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2022:2966

Zaaknummer: 8460620 CV EXPL 20-1274

Rechters: A.G.M. Zander

Advocaten: Flanderijn incasso & gerechtsdeurwaarders en R. Bom

Wetsartikelen: 23 Wet Bpf 2000 en 2 van het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000

RECHTSPRAAK

Enquête Prien Holding B.V. en Gravier E. Beheer B.V.

OK; enquête. Na afronding van het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij twee verbonden vastgoedvennootschappen, verzoeken de betreffende vennootschappen de OK om vast te stellen dat sprake is geweest van wanbeleid. Het onderzoek heeft betrekking op een beperkt onderwerp en een beperkte periode. Het betreft alleen het verkrijgen van duidelijkheid over de financiële verhoudingen tussen de vastgoedvennootschappen enerzijds en hun dochtervennootschappen en aan de betrokkenen gelieerde (rechts)personen anderzijds. Deze duidelijkheid is gekomen, en de OK meent dat er onvoldoende aanknopingspunten zijn voor het oordeel wanbeleid.

Bij eerdere beschikking (ECLI:NL:GHAMS:2016:583, OR 2016-0105) heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Prien Holding B.V. ('Prien'). Aandeelhouders in Prien zijn Mijn Hoek B.V. ('Mijn Hoek') en een natuurlijk persoon ('Aandeelhouder II'). De persoon achter Mijn Hoek en daarmee indirect aandeelhouder in Prien ('Aandeelhouder I') en Aandeelhouder II zijn tevens ieder 50%-aandeelhouder van Gravier E. Beheer B.V. ('Gravier'), ten aanzien waarvan kort daarna ook door de OK een onderzoek wordt bevolen (ECLI:NL:GHAMS:2016:2259, OR 2016-0196). Bij zowel Prien als Gravier wordt een tijdelijk bestuurder en beheerder van de aandelen aangewezen. Prien en Gravier zijn beiden actief in de vastgoedsector.

Prien heeft enkele (indirecte) deelnemingen in Spanje. Na een onderzoek van de Spaanse belastingdienst wordt een belastingaanslag van € 18 miljoen opgelegd, en wordt in dat kader beslag gelegd op een deel van het onroerende goed dat in Spanje is gelegen. Deze aanslag en beslagen hebben de financiële verhoudingen in Prien verstoord en hebben geleid tot spanningen tussen Aandeelhouder I en Aandeelhouder II. De situatie verslechtert, zowel bij Prien als bij Gravier bestaat onenigheid over een reeks aangelegenheden, waaronder de

gebrekkige administratie, en er ontstaan patstellingen in de aandeelhoudersvergadering.

Bij partijen bestaat de verwachting dat het onderzoek duidelijkheid moet creëren over de financiële verhoudingen tussen partijen en een einde zou kunnen maken aan het onderlinge wantrouwen en de ernstig verstoorde verhouding tussen Aandeelhouder I en Aandeelhouder II, door grondslag te bieden voor de afwikkeling van de onderlinge financiële verhoudingen en te leiden tot een ontvlechting van de door Aandeelhouder I c.s. en Aandeelhouder II gehouden belangen in Prien en Gravier. Mede gezien het beperkte onderzoeksbudget, heeft de OK daarop het onderwerp van het onderzoek uitdrukkelijk beperkt tot de financiële verhoudingen tussen Prien en Gravier enerzijds en hun dochtervennootschappen, Aandeelhouder I en Aandeelhouder II (en gelieerde (rechts)personen) anderzijds.

Nadat het onderzoeksverslag in beide zaken ter inzage is komen te liggen voor belanghebbenden, verzoeken Gravier en de curator van de intussen in staat van faillissement verklaarde Prien de OK onder andere om vast te stellen dat sprake is geweest van wanbeleid bij Prien en bij Gravier en daar verantwoordelijken voor aan te wijzen.

Het onderzoeksverslag bevestigt dat de verhoudingen tussen Aandeelhouder I en Aandeelhouder II ernstig verstoord zijn geraakt als gevolg van de Spaanse belastingaanslag en in dat verband gelegde beslagen op het vermogen van Prien. Ook de niet deugende gang van zaken rondom bepaalde, weliswaar buiten de onderzoeksperiode gedane, investeringen heeft volgens het onderzoek aanzienlijke weerslag gehad op de financiële verhoudingen bij Prien en Gravier tijdens de onderzoeksperiode. De onderzoeker stelt echter, na onderzoek van de financiële administratie van Prien en Gravier, vast dat de jaarrekeningen aan het einde van de onderzoeksperiode de schuldverhoudingen op dat moment juist weergeven.

De OK spreekt zich niet uit over de vraag of er sprake is geweest van wanbeleid in het kader van deze buiten de onderzoeksperiode gelegen investeringen. De OK overweegt verder dat er als gevolg van het onderzoek duidelijkheid is ontstaan over de financiële verhoudingen tussen partijen in de onderzoeksperiode en dat de wijze waarop de financiële verhoudingen zijn vastgelegd op zichzelf niet onjuist is. Mede gezien de beperkte omvang van het onderzoek, zowel in onderwerp als in tijd, biedt het onderzoeksverslag niet genoeg aanknopingspunten om te concluderen dat sprake is geweest van wanbeleid. Alle verzoeken worden door de OK afgewezen. De verwachtingen van partijen ten aanzien van het onderzoek, namelijk de gewenste duidelijkheid en een basis voor de financiële afwikkeling, zijn daarentegen wel waargemaakt.

C.W. van Es, juli 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-01-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:216

Zaaknummer: 200.293.966/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, M.M.M. Tillemans, C.C. Meijer, M.J.R. Broekema en F. van der Wel

Advocaten: B.I. Kraaijpoel, T.V.J. Bil, P.A. Josephus Jitta, M.J. Meermans-de Vries, A.F.J.A. Leijten, R.J. Dekkers, W.D.M. van Tuyl van Serooskerken, M.L. Schönau en K.H.M. de Roo

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:350 BW, 2:353 BW, 2:354 BW en 2:355 BW