

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 12, 2023

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:2023:567](#) 14-04-2023

Enquête Steenfabriek De Rijswaard B.V.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:558](#) 14-04-2023

M.A.C. ID B.V. c.s./PlantLab Groep B.V. c.s.

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:1299](#) 25-04-2023

Deelnemers in beleggingsfonds/De Nieuwe Veste B.V. en De Veste B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:846](#) 06-04-2023

Enquête Ergo Buildings B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1244](#) 10-01-2023

Sprint BidCo B.V./Overige aandeelhouders van Accell Group B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:1917](#) 31-05-2023

Curator van Pre-Active B.V./Bestuurder

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:1882](#) 24-05-2023

Van der Hel q.q./Bestuurders van Megahome.nl Beheer B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:4220](#) 12-05-2023

Vordering tegen ontbonden vennootschap Telemarketing Solutions B.V.

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:3015](#) 03-05-2023

Curator van Prima Zorg & Welzijn B.V./Vermeend commissaris

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:2949](#) 26-04-2023

Curator van Stichting Enforsa/Bewise BVBA c.s.

RECHTSPRAAK

M.A.C. ID B.V. c.s./PlantLab Groep B.V. c.s.

Een van de certificaathouders van een onderneming kondigt zijn terugtreden aan onder de voorwaarde dat de certificaathoudersovereenkomst, op grond waarvan hij zijn certificaten dient aan te bieden tegen de intrinsieke waarde van de met die certificaten corresponderende aandelen, geen effect heeft. Nadat de overige certificaathouders akkoord gaan met deze voorwaarde, ontdekken zij dat de uittredende certificaathouder ondertussen een concurrerende onderneming aan het opzetten was en daarvoor relaties/klanten en medewerkers van de onderneming benaderde. In navolging van de rechtbank vernietigt het hof de toezeggingen van de certificaathouders op grond van dwaling en veroordeelt de uittredende certificaathouder tot betaling van schadevergoeding. Ook de bestuurder van de onderneming is aansprakelijk naar het oordeel van het hof. De uittredende certificaathouder en de bestuurder van de onderneming stellen cassatieberoep in. Zij klagen in cassatie dat het hof de hoge drempel voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW heeft miskend, met name nu voor de uittredende certificaathouder geen non-concurrentiebeding of relatiebeding gold en hij slechts besprekingen voerde met enkele relaties. De A-G overweegt dat het persoonlijk ernstig verwijt is gelegen in het 'heimelijk' achter de klanten/relaties en medewerkers van de onderneming aangaan. A-G Drijber concludeert dat de klachten falen. 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 lid 1 RO.

Feiten

De oprichters ('de Oprichters') van PlantLab Group B.V. ('PlantLab') houden ieder, middels hun houdstermaatschappijen, 25% van de certificaten in PlantLab. De Oprichters zijn ieder bestuurder van de stichting administratiekantoor ('STAK') en hun houdstermaatschappijen ('de Certificaathouders') zijn bestuurders van PlantLab. In de certificaathoudersovereenkomst wordt opgenomen dat indien een certificaathouder binnen vijf jaar zijn certificaten wenst te verkopen, wordt aangesloten bij de intrinsieke waarde van de met die certificaten corresponderende aandelen, zoals blijkt uit de alsdan als laatst vastgestelde jaarrekening van PlantLab (artikel 4.1). Voorts wordt overeengekomen dat indien een van de Oprichters defungeert (i.e. het vrijwillig of onvrijwillig eindigen van de arbeidsrelatie of managementrelatie), de daaraan verbonden certificaathouder gehouden is zijn certificaten aan de overige certificaathouders aan te bieden (artikel 6.1). Partijen komen daarnaast geheimhouding overeen (artikel 8.1).

Nadat er een vertrouwensbreuk ontstaat tussen een van de Oprichters ('Oprichter A') en de overige Oprichters, schrijft Oprichter A op 14 december 2014 aan de overige Oprichters dat hij zijn functies binnen PlantLab per direct neerlegt. Aan zijn terugtreden verbindt Oprichter A de voorwaarde dat de certificaathoudersovereenkomst, op grond waarvan hij zijn certificaten dient aan te bieden tegen de intrinsieke waarde van de met die certificaten corresponderende aandelen, geen effect heeft op zijn terugtreden ('de Voorwaarde'). Diezelfde dag benadert Oprichter A een vertegenwoordiger van een Zuid-Afrikaans bedrijf waarmee PlantLab op dat moment een samenwerking onderzoekt, genaamd UFF Agri Asset Management ('UFF'). De overige Oprichters gaan op 15 januari 2015 per e-mail akkoord met de Voorwaarde, maar bereiken geen overeenstemming over een redelijke prijs voor de certificaten van de houdstermaatschappij van Oprichter A, MAC ID B.V. ('MAC'). Ondertussen richt Oprichter A een nieuwe onderneming op, genaamd Plenty50 B.V. ('Plenty50'), waarmee zij wederom UFF benadert.

In oktober 2015 starten PlantLab, de overige Oprichters en de overige Certificaathouders ('PlantLab c.s.') een procedure tegen Oprichter A, MAC, MAC Beheer B.V. (aandeelhouder van MAC) en Plenty50 ('MAC c.s.'). Zij vorderen (i) MAC c.s. te verbieden om bedrijfsinformatie van PlantLab openbaar te maken en verder te spreken met UFF over een mogelijke samenwerking, (ii) een verklaring voor recht dat MAC c.s. aansprakelijk is jegens PlantLab voor de door haar geleden schade, (iii) schadevergoeding, (iv) een verklaring voor recht dat de aanvaarding door de Oprichters van de Voorwaarde onder dwaling tot stand is gekomen, (v) vernietiging van de Voorwaarde en (vi) MAC te veroordelen haar certificaten overeenkomstig de certificaathoudersovereenkomst aan te bieden aan de overige Certificaathouders, tegen betaling van de intrinsieke waarde per 14 december 2014.

Eerste aanleg

De rechtbank gebiedt MAC alle vertrouwelijke gegevens en informatie aangaande PlantLab geheim te houden, verklaart voor recht dat de aanvaarding van de Voorwaarde onder invloed van dwaling tot stand is gekomen en vernietigt die aanvaarding.

Hoger beroep

MAC c.s gaan in hoger beroep. Het hof concludeert allereerst dat sprake is van dwaling, nu PlantLab c.s. een onjuiste voorstelling van zaken had toen de e-mail van 15 januari 2015 werd verstuurd en voldoende aannemelijk is dat zij bij een juiste voorstelling van zaken die mededeling niet zouden hebben gedaan. Voorts staat volgens het hof vast dat Oprichter A zijn functie als bestuurder op 14 december 2014 definitief heeft neergelegd, zodat hij gedefungeerd is in de zin van artikel 6.1 van de certificaathoudersovereenkomst en moet worden aangesloten bij de intrinsieke waarde van de certificaten. Het hof wijst de vorderingen van PlantLab c.s. gebaseerd op onrechtmatige concurrentie af, maar wijst de vorderingen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid toe. Het hof overweegt dat de heimelijk verrichte activiteiten van Oprichter A met betrekking tot contacten en medewerkers van PlantLab evident in strijd zijn met de verplichting tot behoorlijke taakvervulling ex artikel 2:9 BW. Daarnaast is volgens het hof sprake van strijd met de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW). Het hof oordeelt dat MAC daarmee aansprakelijk is tegenover PlantLab en dat Oprichter A naast MAC hoofdelijk aansprakelijk is op grond van artikel 2:11 BW. Het hof overweegt tot slot dat het gebod dat de rechtbank aan MAC heeft opgelegd om bedrijfsgeheimen van PlantLab geheim te houden, te algemeen geformuleerd is en vernietigt dit gebod. Het hof is wel van oordeel dat MAC c.s. hun geheimhoudingsplicht hebben geschonden en aansprakelijk zijn voor de schade die PlantLab daardoor heeft geleden. Het hof verwijst naar de schadestaat.

MAC c.s. stellen cassatieberoep in.

Conclusie A-G Drijber

A-G Drijber concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. MAC c.s. klagen in cassatie, voor zover relevant, dat het hof de hoge drempel voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW miskent, met name nu voor Oprichter A geen non-concurrentiebeding of relatiebeding gold en hij slechts besprekingen voerde met enkele relaties. De A-G overweegt dat het persoonlijk ernstig verwijt is gelegen in het 'heimelijk' achter de klanten/relaties en medewerkers van PlantLab aangaan. Deze activiteiten zijn volgens het hof evident in strijd met de verplichting tot behoorlijke taakvervulling, aldus de A-G. Voorts overweegt de A-G dat het hof, in de context van artikel 2:8 BW, van belang acht dat Oprichter A als aanvoerder van

het marktteam in een bijzondere vertrouwenspositie met betrekking tot relaties en prospects van PlantLab verkeerde. Deze schendingen van artikel 2:8 BW dienen volgens de A-G in het arrest mede ter invulling van de norm van artikel 2:9 BW.

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 lid 1 RO.

L.L. Bakker, juni 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 14-04-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:558

Zaaknummer: 22/00503

Rechters: M.V. Polak, T.H. den Tanja-van Broek, H.M. Wattendorff, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons

Advocaten: R.P.J.L. Tjittes, H. Boom, J.W.M.K. Meijer en G.J. Harryvan

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:9 BW, 81 RO en 6:228 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Steenfabriek De Rijswaard B.V.

OK; enquête. De meerderheid van de certificaathouders van een familiebedrijf heeft een enquêteverzoek ingediend naar het beleid en de gang van zaken naar het familiebedrijf, haar moedermaatschappij en de stichting administratiekantoor (STAK). De verzoekers hebben zorgen over de governance van het familiebedrijf, de informatievoorziening en de beperkte betrokkenheid in benoemingsprocessen van commissarissen en bestuurders. De OK is van oordeel dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juiste gang van zaken van het familiebedrijf en haar moedermaatschappij. Er wordt een commissaris door de OK benoemd die de rol van voorzitter zal vervullen binnen de raad van commissarissen bij zowel het familiebedrijf als bij de moedermaatschappij. In cassatie komen onder andere het familiebedrijf en haar moedermaatschappij op tegen het oordeel van de OK. Verzoekers klagen dat de OK het tweede vereiste voor de bevoegdheid van een concernenquête uit hoofde van de SNS-beschikking van de Hoge Raad onjuist heeft toegepast. De klacht behelst dat de moedermaatschappij het beleid of de gang van zaken van het familiebedrijf ten aanzien van de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, mede moet hebben bepaald om bevoegd te kunnen zijn om een concernenquête te verzoeken. Volgens A-G Assink is het voldoende als dat ter zake van één of meer onderwerpen het geval is. Daarnaast zou het handelen van de STAK ten onrechte zijn betrokken in het oordeel van de OK, omdat zij niet valt onder de personen die krachtens de wet en de statuten betrokken zijn (kring van betrokkenen) bij het familiebedrijf zoals bepaald in artikel 2:8 lid 1 BW. Tot slot zou de informatie- en consultatieplicht

ten opzichte van certificaathouders minder ver strekken dan de OK heeft geoordeeld. A-G Assink oordeelt dat de klachten falen gezien de omstandigheden van het geval waarin sprake is van een besloten familiebedrijf, het de taak van het bestuur van de STAK is om ook de belangen van de certificaathouders te dienen, en sprake is van dubbelfuncties en informatieasymmetrie. A-G Assink concludeert dat alle klachten falen. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

Beschikking OK

Deze zaak draait om het familiebedrijf Steenfabriek De Rijswaard B.V. ('Steenfabriek'). Alle aandelen in het kapitaal van de Steenfabriek worden gehouden door een beheer- en beleggingsmaatschappij ('Holding' en gezamenlijk met Steenfabriek als 'Steenfabriek c.s.') waarvan de aandelen worden gehouden door een stichting administratiekantoor ('STAK') die certificaten heeft uitgegeven aan vier certificaathouders. Drie van hen zijn broers ('de Broers') (zij houden gezamenlijk de meerderheid van de certificaten) en de vierde certificaathouder is een zoon van een van de broers ('de Zoon'). Er zijn problemen ontstaan in de relaties tussen de Broers en de Zoon als certificaathouders. De broers voelen zich buitengesloten en uiten zorgen over de governance-structuur van het familiebedrijf. De belangen van de Broers zouden onvoldoende gerespecteerd worden. Zo zouden zij structureel buitenspel gezet worden, zeer beperkte informatie krijgen over het beleid en de gang van zaken (zoals de kwartaalcijfers, de gasprijs, het dividendbeleid en het beleggingsbeleid van Steenfabriek c.s.) en onvoldoende betrokken worden bij de benoeming van bestuurders en commissarissen. Zowel de raad van commissarissen ('RvC') als het bestuur van Steenfabriek vinden dat deze zorgen onnodig zijn, nu zij stellen dat al voldoende informatie wordt verschaft.

De Broers hebben een verzoekschrift ingediend bij de OK met het verzoek onderzoek te doen naar het beleid en de gang van zaken van Steenfabriek c.s. Daarnaast wordt verzocht onmiddellijke voorzieningen te treffen, zoals het benoemen van een commissaris bij Steenfabriek c.s. en het overdragen van aandelen van STAK aan een OK-functionaris. De OK wijst het verzoek toe in haar beschikking van 3 februari 2022 (tevens de bestreden beschikking in cassatie). Zij concludeert dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juiste gang van zaken van Steenfabriek c.s. en beveelt een onderzoek over de periode vanaf het moment waarop de Zoon bestuurder werd van Holding. Ook worden onmiddellijke

voorzieningen getroffen.

Informatievoorziening certificaathouders

De OK overweegt, onder verwijzing naar ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*), ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ1776 (*Muntal*), ECLI:NL:GHAMS:2013:2461 (*Pierson*) en ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (*Bosal*), dat de zorgvuldigheidsverplichting van Steenfabriek c.s. jegens de Broers met zich brengt dat de Zoon en de voorzitter van de RvC van Holding en Steenfabriek (die tevens bestuurder is van de STAK) de Broers als certificaathouders ruimhartig van informatie moeten voorzien. De informatieverstrekking aan de Broers in zijn algemeenheid dient gedetailleerder en controleerbaarder plaats te vinden dan is gedaan, aldus de OK. De OK stelt dat, juist daar waar de persoonlijke verhoudingen door achterdocht worden geregeerd, een ruimhartige, feitelijke en verifieerbare informatieverschaffing cruciaal is. De OK acht het bovendien onaannemelijk dat het verstrekken van de gevraagde feitelijke onderbouwing onevenredig belastend is voor de onderneming.

Betrokkenheid certificaathouders bij benoemingsprocedures

Daarnaast overweegt de OK dat de gang van zaken omtrent de herbenoeming van de bestuurder van Holding, de opvolging van een commissaris bij Holding en Steenfabriek en de benoeming van een commissaris bij Steenfabriek de nodige vragen op. De Broers zijn daar als certificaathouders niet van tevoren bij betrokken, terwijl de zorgvuldigheidsverplichting van Steenfabriek c.s. jegens de Broers als certificaathouders wel met zich brengt dat de Broers tijdig van tevoren worden betrokken bij belangrijke besluiten met betrekking tot Steenfabriek c.s. Ondanks het verzoek van de Broers zijn zij echter niet betrokken bij de benoemingsprocedures.

Onmiddellijke voorzieningen

De OK beslist dat een commissaris wordt benoemd als voorzitter van de RvC van Steenfabriek en Holding. De huidige voorzitter van de RvC van Steenfabriek wordt geschorst.

Conclusie A-G Assink

Er is een cassatieberoep ingesteld tegen de beschikkingen van de OK door Holding, Steenfabriek, de oorspronkelijke leden van de RvC van zowel Holding als Steenfabriek en het oorspronkelijke bestuur van de STAK, Holding en Steenfabriek.

Een van de klachten gaat over het tweede in de SNS-beschikking neergelegde vereiste dat Holding het beleid of de gang van zaken van Steenfabriek ten aanzien van de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, mede moet hebben bepaald om bevoegd te

kunnen zijn om een concernenquête te verzoeken. Het onderdeel klaagt dat de OK dit vereiste heeft miskend, althans onvoldoende heeft gemotiveerd dat aan dit vereiste is voldaan, ofwel blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. A-G Assink ('A-G') stelt voorop dat aan dit tweede vereiste voor een concernenquête volgens de Hoge Raad is voldaan als de vennootschap het beleid of de gang van zaken van de rechtspersoon ten aanzien van één of meer van de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, ten minste mede heeft bepaald. Een andere opvatting zou volgens de A-G neerkomen op een absolute, 'alles of niets'-benadering wat betreft de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken. Door een andere benadering te hanteren zouden verzoekers hun verzoeken restrictief opstellen uit angst voor niet-ontvankelijkheid. Volgens de A-G heeft de OK het tweede vereiste voor een enquêteprocedure onderkent en toegepast. Het onderdeel faalt.

Verzoekers tot cassatie ('Verzoekers') klagen daarnaast dat het oordeel van de OK onjuist is, omdat volgens hen de STAK en de certificaathouders niet vallen onder de personen die 'krachtens de wet en de statuten' betrokken zijn bij de Steenfabriek, zoals bedoeld in artikel 2:8 lid 1 BW. Daarom kan het handelen of nalaten van STAK jegens de certificaathouders niet worden toegerekend aan Steenfabriek, en kan het geen reden vormen om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken. Het onderdeel betoogt dat de norm van artikel 2:8 BW zich niet uitstrekt tot dit specifieke handelen of nalaten, en dat de handelwijze van STAK ten opzichte van de certificaathouders daarom niet onderwerp kan zijn van een enquête naar het beleid en de gang van zaken van Steenfabriek. Dat STAK indirect enig aandeelhouder is van de Steenfabriek brengt volgens de Verzoekers niet mee dat die rechtspersoon behoort tot de kring van de betrokkenen als bedoeld in artikel 2:8 lid 1 BW. Volgens de A-G geeft de OK aan dat het in dit specifieke geval passend is om STAK en de certificaathouders op grond van artikel 2:8 lid 1 BW gelijk te stellen met personen die betrokken zijn bij de organisatie van Steenfabriek volgens de wet en de statuten. Dit heeft ermee te maken dat sprake is van een certificeringsconstructie met een beperkt aantal bekende certificaathouders uit de familie. Daarnaast zijn er zekere dubbelrollen binnen de vennootschappelijke structuur van onder anderen een van die familieleden. Gelet hierop getuigt dit oordeel van de OK volgens de A-G niet van een onjuiste rechtsopvatting.

Ook klagen de Verzoekers over de interpretatie van de zorgvuldigheidsverplichting die in artikel 2:8 BW is neergelegd en de daaruit voortvloeiende informatie- en consultatieplicht. De certificaathouders zouden voldoende informatie kunnen krijgen en hebben verkregen. Daarbij wordt gezegd dat STAK voor deze aangelegenheid niet onder het enquêterecht valt en dat de certificaathouders ingestemd hebben met de governance-regeling die getroffen is. Volgens de A-G strekt de informatievoorziening aan de certificaathouders onder deze omstandigheden verder dan de Verzoekers stellen. Die omstandigheden betreffen onder andere het feit dat

sprake is van een besloten familiebedrijf, de taak van het bestuur van de STAK om ook de belangen van de certificaathouders te dienen, de aanwezigheid van dubbelfuncties en informatieasymmetrie. Bovendien heeft de OK in de ogen van de A-G op een juiste wijze toepassing gegeven aan de zorgvuldigheidsnorm die uit artikel 2:8 lid 1 BW voortvloeit ter passende bescherming van de kenbare, gerechtvaardigde belangen van de certificaathouders. De klacht faalt.

Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep nu de klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van de beschikking van de OK, en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

J. Bruinsma, juni 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 14-04-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:567

Zaaknummer: 22/01670

Rechters: M.J. Kroeze, C.E. Du Perron, C.H. Sieburgh, S.J. Schaafsma en G. de Groot

Advocaten: B.F.L.M. Schim, F.E. Vermeulen, J.W.H. van Wijk en J.W. de Jong

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:350 BW en 81 RO

RECHTSPRAAK

Enquête Ergo Buildings B.V.

OK; enquête. Twee aandeelhouders in een vastgoedvennootschap raken in onmin met elkaar nadat een van de aandeelhouders als enig bestuurder verschillende transacties aangaat tegen onzakelijke voorwaarden. Bij het aangaan van die transacties heeft deze aandeelhouder-bestuurder tevens een tegenstrijdig belang. Verder wordt door de andere bestuurder geklaagd over een gebrekkige informatievoorziening. De aandeelhouder die niet bestuurder is en bovendien een minderheid van de aandelen houdt, start daarom een enquêteprocedure bij de OK en verzoekt om een onderzoek naar de gang van zaken bij de vastgoedvennootschap. Daarnaast wordt verzocht om schorsing van de aandeelhouder-bestuurder en de aandelen van de aandeelhouder-bestuurder bij een beheerder onder te brengen. De verzoeken worden vrijwel volledig door de OK toegewezen omdat de aandeelhouder-bestuurder de verhoogde zorgvuldigheidsplicht die op hem rust als enig bestuurder en meerderheidsaandeelhouder heeft geschonden. De OK gelast een onderzoek.

Achtergrond

Ergo Buildings B.V. ('Ergo') is een vennootschap die zich bezighoudt met het ontwikkelen van vastgoed en de exploitatie en het beheer daarvan. Middellijk aandeelhouders van Ergo zijn Aandeelhouder 1 (17%) en Aandeelhouder 2 (83%). Enig middellijk bestuurder van Ergo is Aandeelhouder 2.

Tussen de aandeelhouders van Ergo ontstaat onenigheid nadat Aandeelhouder 2 verschillende misstanden wordt verweten. Aandeelhouder 1 stelt onder meer dat Aandeelhouder 2 als bestuurder van Ergo een vastgoedtransactie is aangegaan onder voorwaarden die niet

marktconform zijn en waarbij Aandeelhouder 2 bovendien een tegenstrijdig belang had. Verder zou Aandeelhouder 1 niet goed zijn geïnformeerd en zou Ergo aan haar door Aandeelhouder 2 verstrekte leningen sneller aflossen dan de leningen die door Aandeelhouder 1 aan Ergo zijn verstrekt. Ergo zou daarbij ook een hogere rente betalen voor de leningen die ze is aangegaan met Aandeelhouder 2.

Tegen die achtergrond start Aandeelhouder 1 een enquêteprocedure bij de OK, met het verzoek om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Ergo. Daarnaast verzoekt Aandeelhouder 1 om als onmiddellijke voorziening – kort gezegd – Aandeelhouder 2 als bestuurder te schorsen en te vervangen, de aandelen van Aandeelhouder 2 over te dragen aan een beheerder en de kosten van het onderzoek hoofdelijk te laten voorschieten door Aandeelhouder 2 en zijn eigen vennootschap.

Oordeel OK

De OK gaat in haar beschikking in op de verschillende gronden die Aandeelhouder 1 heeft aangedragen. Ten aanzien van het betoog dat sprake zou zijn van een tegenstrijdig belang bij het aangaan van de vastgoedtransactie, komt het OK tot het oordeel dat van een tegenstrijdig belang inderdaad sprake was. Bij de vastgoedtransactie werd Ergo – als verkopende partij – vertegenwoordigd door Aandeelhouder 2 als (indirect) bestuurder van Ergo, terwijl Aandeelhouder 2 tegelijkertijd zowel voor zichzelf in privé als namens zijn eigen vennootschap optrad als de kopende partij. Gelet op de tegengestelde belangen tussen de koper en de verkoper was Aandeelhouder 2 naar het oordeel van de OK geconflicteerd, zodat hij als indirect bestuurder van Ergo een verhoogde zorgvuldigheidsplicht jegens Ergo in acht diende te nemen. Omdat Aandeelhouder 2 hier naar het oordeel van de OK geen blijk van had gegeven, levert de vastgoedtransactie een gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

Ook het betoog van Aandeelhouder 1 ten aanzien van de informatievoorziening slaagt. In een situatie als de onderhavige, waarin slechts een van de beide aandeelhouders ook bestuurder is en op verschillende momenten sprake was van tegenstrijdige belangen, brengt de zorgvuldigheidsverplichting van Aandeelhouder 2 jegens Aandeelhouder 1 naar het oordeel van de OK mee dat laatstgenoemde ruimhartig van informatie wordt voorzien. De OK oordeelt dat Aandeelhouder 2 daarin is tekortgeschoten, zodat er reden is om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij Ergo te twijfelen.

Ten aanzien van de verschillend afgeloste geldleningen voert Aandeelhouder 2 aan dat het hem vrij staat te bepalen wie wordt betaald en wie niet, dat alle betaalde rente en aflossingen in de jaarrekeningen zijn verwerkt en dat niet valt in te zien wat er op dit punt nog te

onderzoeken zou zijn. De OK overweegt dat Aandeelhouder 2 daarmee miskent dat hij als bestuurder van Ergo, met de keuze voor de verschillende rentevergoedingen en de wijze van aflossen, zichzelf en de aan hem gelieerde vennootschappen bevoordeelt. Zonder nadere uitleg, die niet wordt gegeven, moet het er dan voor gehouden worden dat Aandeelhouder 2 de belangen van Aandeelhouder 1 in strijd met de uit hoofde van artikel 2:8 BW op haar rustende zorgvuldigheidsplicht veronachtzaamt, aldus de OK. Dit levert dan ook een grond op voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Ergo.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Ergo en zal een nader aan te wijzen persoon benoemen om het onderzoek te verrichten. Daarnaast schorst de OK de vennootschap van Aandeelhouder 2, via welke vennootschap hij indirect bestuurder is van Ergo en zal de OK daarvoor in de plaats een nader aan te wijzen bestuurder benoemen die bevoegd is Ergo zelf te vertegenwoordigen. Tot slot worden de middellijk gehouden aandelen van Aandeelhouder 2 in Ergo, op één aandeel na, ten titel van beheer overgedragen aan een beheerder. De kosten van het onderzoek en de te benoemen bestuurder en beheerder komen voor rekening van Ergo.

A. El Allaoui, juni 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 06-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:846

Zaaknummer: 200.318.402/01 OK

Rechters: J.M. de Jongh, C.C. Meijer, A.W.H. Vink, F. van der Wel en E. Eeftink

Advocaten: R.A.J.C. Huijs, H.G.A.M. Spoormans en F.L.A. Roosmale Nepveu

Wetsartikelen: 2:239 lid 6 BW en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Vordering tegen ontbonden vennootschap Telemarketing Solutions B.V.

De wederpartij van een door turboliquidatie ontbonden bv vordert betaling van provisies uit een agentuurovereenkomst, maar wordt niet-ontvankelijk verklaard. Een vennootschap die niet bestaat, kan geen partij zijn in een procedure.

Telemarketing Solutions B.V. ("TS") heeft in het verleden een agentuurovereenkomst gesloten en deze enkele maanden later opgezegd. De wederpartij heeft TS in september 2022 gedagvaard en stelt nog recht te hebben op betaling van provisies. TS is echter in augustus 2022 door middel van turboliquidatie ontbonden vanwege het ontbreken van baten en dit is voorafgaand aan de dagvaarding ook in het handelsregister geregistreerd.

De kantonrechter oordeelt dat de wederpartij niet-ontvankelijk is in zijn vordering. Een vennootschap die niet bestaat, kan geen partij zijn in een procedure. Pas wanneer de vereffening door middel van de procedure van artikel 2:23c BW is heropend, kan de wederpartij desgewenst alsnog zijn vordering jegens TS instellen.

K.H. Boonzaaijer, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 12-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:4220

Zaaknummer: 10150664

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: W.P. Groenendijk en W. Suttorp

Wetsartikelen: 2:19 BW, 2:19 lid 4 BW en 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Sprint BidCo B.V./Overige aandeelhouders van Accell Group B.V.

OK; uitkoopprocedure. Nadat zij middels een openbaar bod in de zin van artikel 5:74 Wft meer dan 95% van de aandelen in een onderneming verschaft, vordert een aandeelhouder in een uitkoopprocedure ex artikel 2:359c BW dat de gezamenlijke andere aandeelhouders worden veroordeeld hun aandelen aan haar over te dragen. De OK oordeelt dat is voldaan aan de vereisten vervat in artikel 2:359c BW en dat de biedprijs ten tijde van de betaalbaarstelling van het bod vermoed wordt een billijke prijs te zijn, zodat de uitkoopprijs per peildatum kan worden vastgesteld op de biedprijs. De OK wijst de vordering van de aandeelhouder toe.

Feiten

Sprint BidCo B.V. ('Sprint BidCo') is opgericht als een *special purpose vehicle* om een openbaar bod uit te brengen op de aandelen van Accell Group N.V. (thans een bv) ('Accell Group'). Sprint Bidco wordt indirect gecontroleerd door Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P., een wereldwijde investeringsmaatschappij. Accell Group drijft een onderneming gericht op ontwerp en productie van fietsen, fietsonderdelen en fietsaccessoires.

Sprint BidCo heeft een openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft uitgebracht op alle uitstaande aandelen in Accell Group voor een biedprijs van € 58 per aandeel (*cum dividend*), betaalbaar in contanten. Gedurende de aanmeldingstermijn is circa 73,53% van het geplaatste kapitaal aangemeld. Vanwege overeenkomsten met verschillende aandeelhouders waarin zij zich onherroepelijk hebben gecommitteerd (een deel van) de door hen gehouden aandelen onder het uit te brengen bod aan te bieden (*irrevocable undertakings*) bedraagt het totale percentage aangemelde en toegezegde aandelen circa 77,8%. Vervolgens heeft Sprint BidCo het bod gestand gedaan met aankondiging van een na-aanmeldingstermijn. Gedurende laatstgenoemde termijn is nog eens 21,12% van het geplaatste kapitaal aangemeld en tezamen

met via onderhandse beurstransacties verkregen aandelen, hield Sprint BidCo op de dag van finale betaalbaarstelling circa 96,9% van de aandelen in Accell Group. Vervolgens is de beursnotering beëindigd en is Accell Group omgezet in een bv.

Vordering

In een uitkoopprocedure bij de OK vordert Sprint BidCo, primair op de voet van artikel 2:359c BW, dat de gezamenlijke andere aandeelhouders ('Gedaagden') worden veroordeeld hun aandelen in Accell Group aan Sprint BidCo over te dragen tegen een vast te stellen prijs van € 58 per aandeel.

Beoordeling voorwaarden artikel 2:359c BW

De OK overweegt dat Accell Group ten tijde van het uitbrengen van het openbaar bod een vennootschap was waarvan de aandelen waren toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt, zodat de vordering op basis van artikel 2:359c BW kan worden gebaseerd. Nu tegen Gedaagden verstek is verleend, dient de OK op grond van artikel 2:359c lid 5 BW ambtshalve te onderzoeken of (i) Sprint BidCo een openbaar bod heeft uitgebracht, (ii) Sprint BidCo als (indirect) aandeelhouder voor eigen rekening minstens 95% van het geplaatste kapitaal van Accell Group verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van Accell Group vertegenwoordigt en of (iii) de vordering is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders.

De OK stelt vast dat Sprint BidCo een openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft heeft uitgebracht. Wat betreft het door Sprint BidCo verschaft percentage van het geplaatste kapitaal van Accell Group overweegt de OK dat Sprint BidCo op de dag van de dagvaarding een percentage van 96,9% van de aandelen in Accell Group hield en dat volgens de statuten één aandeel recht geeft op het uitbrengen van één stem in de algemene vergadering. Daarmee verschaft Sprint BidCo ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van Accell Group en vertegenwoordigt zij ten minste 95% van de stemrechten in Accell Group. De OK overweegt verder dat ook aan het derde vereiste is voldaan, nu Sprint BidCo de andere aandeelhouders deugdelijk heeft gedagvaard. De dagvaarding is voorts ingesteld binnen de door artikel 2:359c BW vereiste termijn van drie maanden na afloop van de termijn voor aanvaarding van het bod.

Vaststelling billijke prijs

De OK overweegt dat Sprint BidCo daarmee heeft voldaan aan de vereisten uit lid 1 en 2 van artikel 2:359c BW en dat de OK derhalve uit hoofde van artikel 2:359c lid 6 BW een billijke prijs moet vaststellen voor de over te dragen aandelen. Daarbij haalt de OK het bepaalde uit de

tweede volzin van artikel 2:359c lid 6 BW aan, waarin is bepaald dat indien een vrijwillig openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft is uitgebracht, de waarde van de bij het bod geboden tegenprestatie geacht wordt een billijke prijs te zijn, mits ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had. Op grond van Hof Amsterdam (OK) 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1203 (*Royal Reesink*) tellen bij de berekening van de acceptatiegraad van het bod niet de aandelen mee die worden of werden gehouden door (rechts)personen die in een wezenlijk andere positie verkeren dan houders van aandelen die door acceptatie van het bod slechts hun belang in de doelvennootschap verkopen tegen de onder het bod geboden tegenprestatie. In dat kader beslist de OK dat de overgenomen aandelen van onder andere twee bestuurders van Accell Group en van een aandeelhouder die mede-initiatiefnemer was van het openbaar bod, buiten de berekening van de acceptatiegraad worden gehouden. De aandelen die zijn verkregen via de (overige) *irrevocable undertakings* worden wel meegerekend.

Sprint BidCo stelt zich op het standpunt dat de biedprijs onder het vrijwillig openbaar bod van € 58 per aandeel een billijke prijs is voor de over te dragen aandelen, omdat meer dan 90% van de aandelen waarop het openbaar bod betrekking had, tegen die prijs is verworven. De OK gaat daar in mee en overweegt dat de acceptatiegraad – bij bovengenoemde berekeningswijze – van de biedprijs 96,52% bedraagt en Sprint BidCo derhalve ten minste 90% van de aandelen waarop het bod betrekking had, heeft verworven. De OK overweegt daarop dat de biedprijs van het bod van € 58 per aandeel vermoed wordt een billijke prijs te zijn.

Oordeel

De OK wijst de vordering van Sprint BidCo toe en veroordeelt Gedaagden het onbezwaarde recht op de door ieder van hen gehouden aandelen in het kapitaal van Accell Group tegen een prijs van € 58 in contanten per aandeel aan Sprint BidCo over te dragen.

K.H. Boonzaaijer, juni 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1244

Zaaknummer: 200.315.701/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, J.M. de Jongh, A.P. Wessels, D.E.M. Aleman en A.G. Thomassen

Advocaten: D.J.F.F.M. Duynstee en T. Drenth

Wetsartikelen: 2:359c BW en 5:74 Wft

RECHTSPRAAK

Curator van Pre-Active B.V./Bestuurder

Het faillissement van een bv die een zorgonderneming dreef, is opgeheven bij gebrek aan baten. De voormalig curator van de bv wilde in faillissement kennelijk de bestuurder aansprakelijk stellen, maar zag daarvoor onvoldoende verhaalsmogelijkheden. Na opheffing van het faillissement ontstonden alsnog verhaalsmogelijkheden op de bestuurder. Nadat de curator heeft verzocht de vereffening te heropenen (art. 2:23c BW) en hij is benoemd tot vereffenaar, stelt hij de bestuurder aansprakelijk (art. 2:9 BW) en vordert hij oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod (art. 106a Fw). De rechtbank wijst de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering toe, omdat de administratie niet voldoet, de bestuurder grote bedragen aan de bv heeft onttrokken, geen jaarrekeningen zijn opgesteld en niet is voldaan aan fiscale verplichtingen. De rechtbank legt geen civielrechtelijk bestuursverbod op. Als reden daarvoor voert de rechtbank aan dat de feiten waarvoor het bestuursverbod wordt gevorderd, de oplegging van fiscale vergrijpboeten, zich hebben voorgedaan voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. De rechtbank hoeft daarom niet in te gaan op de vraag of een vereffenaar überhaupt wel bevoegd is een bestuursverbod te vorderen.

In deze zaak wordt een bestuurder van Pre-Active B.V., een vennootschap die een zorgonderneming exploiteerde ('de BV'), aangesproken op de voet van artikel 2:9 BW. Opmerking verdient daarbij dat het faillissement op een eerder moment is opgeheven bij gebrek aan baten. Toen er alsnog verhaalsmogelijkheden ontstonden op de bestuurder, kon het faillissement niet heropend worden omdat geen slotuitdelingslijst was opgesteld. De

curator heeft daarom eerder verzocht de vereffening te heropenen in de zin van artikel 2:23c BW, welk verzoek de rechtbank heeft toegewezen.

Thans doet de vereffenaar (voorheen curator) het eerdergenoemde beroep op artikel 2:9 BW. Hieraan is ten grondslag gelegd dat o.a. de administratie niet aan de vereisten van artikel 2:10 BW voldoet, de bestuurder grote bedragen aan de BV heeft onttrokken, er geen jaarrekeningen zijn opgesteld en niet is voldaan aan fiscale verplichtingen. Dit alles is als onweersproken of onvoldoende gemotiveerd betwist vast komen te staan en de rechtbank oordeelt dat sprake is geweest van (ernstig verwijtbaar) onbehoorlijk bestuur, voor de schade waarvan de gewezen bestuurder jegens de BV aansprakelijk is.

De vereffenaar vordert ook een bestuursverbod op de voet van artikel 106a lid 1 sub e Fw, nu aan de BV vergrijpboeten zijn opgelegd door de Belastingdienst die inmiddels onherroepelijk zijn. Deze vordering wordt afgewezen, nu deze grondslag voor een bestuursverbod per 1 juli 2016 in de wet is opgenomen en de gewraakte gedragingen van vóór die datum dateren. De rechtbank hoeft daarom niet in te gaan op de vraag of de vereffenaar wel een beroep kan doen op deze bepaling, die deze mogelijkheid blijkens de wettekst slechts openstelt voor het OM of de curator.

Redactie, juni 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 31-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:1917

Zaaknummer: C/08/284969 / HA ZA 22-306

Rechters: A.M. van Diggele

Advocaten: J.F. Schulte en I. Mercanoglu

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:23c BW en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Van der Hel q.q./Bestuurders van Megahome.nl Beheer B.V.

De bestuurders van een gefailleerde bv worden door de curator aansprakelijk gesteld voor saneringskosten die de gemeente Meppel in het faillissement heeft ingediend in verband met asbest dat bij de brand van een boerderij is vrijgekomen. Volgens de curator hadden de bestuurders de boerderij moeten verzekeren of slopen of andere maatregelen moeten nemen om schade te voorkomen. De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af. De brand was het gevolg van brandstichting, terwijl genoeg maatregelen waren genomen door hekken te plaatsen, nutsvoorzieningen af te sluiten en in toezicht te voorzien. De bestuurders hebben daarom niet ernstig verwijtbaar gehandeld.

Feiten en vordering

Op 20 juli 2016 faillieerde Megahome.nl Beheer B.V. ('Megahome') tezamen met andere tot de Megahome groep behorende vennootschappen met benoeming van mr. Van der Hel tot curator. Megahome investeerde in stukken grond met als doel die te verkopen voor woningbouw.

Tot de boedel behoort een perceel in Meppel dat in 2009 door Megahome is gekocht ('het perceel'). Op dit perceel stond een leegstaande boerderij die relatief kort na het faillissement is afgebrand. Megahome had geen opstalverzekering afgesloten, terwijl bij de brand asbest is vrijgekomen die door de gemeente Meppel is gesaneerd. De kosten daarvan ('de saneringskosten') zijn door de gemeente Meppel in het faillissement van Megahome ingediend.

In de procedure die aanleiding vormt voor deze uitspraak vordert de curator betaling van de saneringskosten van Megahome's bestuurder en de voormalig bestuurder die aan het roer stond toen het perceel werd gekocht en nadien feitelijk het beleid is blijven bepalen (tezamen:

‘de Bestuurders’). Volgens de curator kan de Bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt op grond van artikel 6:162 BW, althans artikel 2:9 BW, dat zij de boerderij op het perceel niet hebben verzekerd dan wel hebben gesloopt of andere maatregelen hebben genomen ter voorkoming van schade.

Oordeel rechtbank

De rechtbank stelt voorop dat voor aansprakelijkheid van de Bestuurders sprake moet zijn van zodanig onzorgvuldig handelen dat hen daarvan een persoonlijk ernstig verwijt treft. Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.

Volgens de rechtbank kan de Bestuurders geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt van de schade die de boedel lijdt als gevolg van de brand. Zij hadden op grond van zakelijke afwegingen besloten om geen opstalverzekering af te sluiten voor de boerderij. Deze zou namelijk worden gesloopt. Op dat moment was de boerderij nog niet gesloopt, omdat de instandhouding van de boerderij naar verwachting zou bijdragen aan medewerking van de gemeente voor herontwikkeling van het perceel. Het afsluiten van een opstalverzekering betrof geen wettelijke verplichting, terwijl ook niet is gebleken dat zich schade zou kunnen voordoen die Megahome niet zelf kon dragen of het faillissement met zich kon brengen.

Het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt, namelijk de verspreiding van asbestvezels, was het gevolg van de brand. De brand was niet gelegen in eigenschappen van de boerderij, maar naar zeggen van partijen veroorzaakt door brandstichting. Het risico voor brandstichting was niet zodanig groot dat de Bestuurders een verwijt kan worden gemaakt dat zij de boerderij niet hebben gesloopt, terwijl ook afdoende maatregelen door de Bestuurders waren genomen. De boerderij was afgeschermd door een hek, nutsvoorzieningen waren afgesloten en er werd toezicht gehouden door burens.

Dat de curator niet bekend was met het bestaan van de boerderij tot aan de brand, valt volgens de rechtbank de Bestuurders niet te verwijten. Uit voormelde omstandigheden volgt niet dat er sprake was van een zodanige situatie dat zij zeker hadden moeten stellen dat dit wel het geval was geweest. Verder was aan de curator een lijst verstrekt met onroerende zaken, waarop het perceel was opgenomen met de omschrijving ‘onbebouwd’. Binnen Megahome betekende dit dat het perceel nog niet door Megahome was bebouwd. De curator had daaruit afgeleid dat het perceel in het geheel niet bebouwd was. Niet gesteld of gebleken is dat de Bestuurders zich bewust waren van dit misverstand of dat zij de curator op het verkeerde been hebben gezet.

De rechtbank wijst daarom de vorderingen van de curator af omdat niet is vast komen te staan dat de Bestuurders tegenover de boedel in het faillissement van Megahome aansprakelijk zijn

voor de schade als gevolg van de brand in de boerderij.

M.Y.J. Smeets, juni 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:1882

Zaaknummer: C/08/284722 / HA ZA 22-294

Rechters: D.N.R. Wegerif

Advocaten: J. van der Hel en C.J. van Dijk

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator van Prima Zorg & Welzijn B.V./Vermeend commissaris

De curator stelt een vermeend commissaris aansprakelijk voor het tekort in het faillissement omdat hij geen toezicht zou hebben gehouden op de bestuurder die structureel geld aan de bv zou hebben onttrokken. De rechtbank concludeert dat de commissaris als zodanig nooit is benoemd en dat hij daarom ook niet in die hoedanigheid aansprakelijk kan zijn. De vorderingen van de curator worden zonder inhoudelijke beoordeling afgewezen.

In deze procedure draait het om de aansprakelijkstelling van een vermeende commissaris door de curator in het faillissement van Prima Zorg & Welzijn B.V. ('de Vennootschap'). De curator verwijt de gedaagde onbehoorlijke taakvervulling door het niet houden van toezicht op het eenkoppig bestuur van de Vennootschap dat (volgens de curator) structureel geld aan de Vennootschap onttrok. De curator heeft gedaagde aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 BW jo 2:259 BW, artikel 2:9 BW jo 2:259 BW en artikel 6:162 BW.

De gedaagde verweert zich tegen de aansprakelijkstelling door zich op het standpunt te stellen dat hij nooit commissaris van de Vennootschap is geweest. De rechtbank gaat mee in dat verweer. De rechtbank concludeert dat de gedaagde nooit commissaris is geweest, omdat hij nooit conform artikel 2:252 BW als zodanig is benoemd. Een besluit daartoe had door de algemene vergadering binnen of buiten vergadering genomen moeten worden. Van een besluit binnen vergadering is niet gebleken; de curator heeft niet kunnen aantonen wanneer een vergadering (onder meer dienende) tot het nemen van een dergelijk besluit is gehouden.

Een besluit buiten vergadering kon blijkens de statuten van de Vennootschap en artikel 2:238 lid 2 BW alleen schriftelijk genomen worden. Het door de bestuurder van de Vennootschap en gedaagde ondertekende formulier waarmee gedaagde als commissaris werd ingeschreven bij de KvK kan als zodanig niet worden aangemerkt. Uit overige omstandigheden volgt dat het

formulier niet als besluit kan worden aangemerkt. De rechtbank haalt een e-mailbericht van de bestuurder aan gedaagde aan, waarin hij opmerkt dat gedaagde weliswaar als commissaris was ingeschreven, maar dat een raad van commissarissen nooit tot stand is gekomen. Bewijzen aangedragen door de curator worden verder met succes door gedaagde betwist. Het betreft een gespreksverslag en een rapport waarbij gedaagde geen rol of invloed had bij het opstellen ervan.

Nu de rechtbank oordeelt dat gedaagde nooit als commissaris is benoemd, worden de vorderingen van de curator afgewezen en volgt geen oordeel over het daadwerkelijke (niet-)handelen dat gedaagde wordt verweten.

W.T.N. Vlasveld, mei 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 03-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:3015

Zaaknummer: C/09/395575 / HA ZA 22-131 (E)

Rechters: R.T. Hermans

Advocaten: E. van der Kolk en M. Hamidy

Wetsartikelen: 2:259 BW, 2:9 BW, 6:162 BW, 2:252 BW en 2:238 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Curator van Stichting Enforsa/Bewise BVBA c.s.

De oud-bestuurder van een failliete stichting en de bv waarvan hij eveneens bestuurder was, worden door de curator aansprakelijk gesteld. De bv had aandelen in een andere vennootschap aan de stichting verkocht, terwijl later bleek dat de bv geen aandeelhouder was van die vennootschap. De oud-bestuurder heeft namens de stichting aan de bv uitkeringen gedaan onder desbetreffende overeenkomst, terwijl hij wist dat de bv de aandelen niet kon leveren. Hiervoor treft hem een ernstig verwijt. De bv heeft de betalingen in ontvangst genomen, terwijl zij wist dat een rechtsgrond daarvoor ontbrak. Zowel de oud-bestuurder als de bv zijn aansprakelijk jegens de stichting.

In deze zaak heeft de curator van Stichting Enforsa ('de Stichting') een oud-bestuurder ('de Bestuurder') en Bewise BVBA ('Bewise') aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:9 BW en 6:162 BW. De Bestuurder was zowel bestuurder van de Stichting als van Bewise.

In 2015 heeft Bewise alle aandelen in Lagotas Investment Fund Srl ('Lagotas') verkocht aan de Stichting in ruil voor obligaties van de Stichting. In de koopovereenkomst verklaarde Bewise eigenaar te zijn van de aandelen in Lagotas. In werkelijkheid was zij echter helemaal geen aandeelhouder. Tevens verkocht Bewise een deel van haar aandelen in Enforsa N.V. Ten aanzien van die laatste transactie was in de koopovereenkomst opgenomen dat in geval van faillissement of aanstelling van een gerechtelijk bestuurder bij de Stichting, de koopovereenkomst onmiddellijk en van rechtswege werd ontbonden. In totaal heeft de Stichting ruim € 605.000 overgemaakt aan Bewise.

Toen in juli 2016 bleek dat Bewise niet de eigenaar was of ging worden van de aandelen in Lagotas, is de Bestuurder geschorst als bestuurder van de Stichting en is een door de rechtbank benoemde bestuurder aangesteld. Vervolgens is de Bestuurder ontslagen. In november 2017 is de Stichting failliet gegaan. Na het faillissement heeft de curator de

aandelen in Enforsa N.V. verkocht aan een derde.

Conventie

De curator stelt de Bestuurder en Bewise aansprakelijk omdat zij de koopovereenkomst ten aanzien van de aandelen in Lagotas hebben gesloten terwijl zij wisten dat Bewise de overeenkomst niet kon nakomen. De rechtbank neemt aan dat de Bestuurder als bestuurder van de Stichting een overeenkomst heeft gesloten met Bewise, terwijl hij wist dat Bewise de aandelen van Lagotas niet kon leveren aan de Stichting. Vervolgens heeft de Bestuurder, aldus de rechtbank, namens de Stichting ook besloten tot het doen van betalingen aan Bewise in het kader van deze overeenkomst. De Bestuurder heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat voor de betaling van de facturen van Bewise door de Stichting een andere rechtsgrond bestond dan de overeenkomst. De Bestuurder heeft hierdoor jegens de Stichting ernstig verwijtbaar en onrechtmatig gehandeld en is aansprakelijk.

Volgens de rechtbank geldt voor Bewise dat zij medewerking heeft verleend aan het onttrekken van ruim € 605.000 aan het vermogen van de Stichting. Aangenomen wordt dat Bewise de betalingen op deze facturen in ontvangst heeft genomen, terwijl zij wist dat een rechtsgrond daarvoor ontbrak. Daarmee heeft ook Bewise naar het oordeel van de rechtbank onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig jegens de Stichting gehandeld en is ook zij aansprakelijk.

Reconventie

In reconventie vordert Bewise een verklaring voor recht dat de curator beschikkingsonbevoegd was om de aandelen in Enforsa N.V. over te dragen, en een schadevergoeding van de curator.

De rechtbank oordeelt dat nu de overeenkomst door het gerechtelijk benoemen van een bestuurder van rechtswege is ontbonden (wat ook niet in geschil is). De vraag is of de aandelen zijn terug geleverd aan Bewise. Volgens het hierop van toepassing zijnde Belgische recht waren de aandelen inderdaad teruggeleverd. De curator was daarmee beschikkingsonbevoegd en Bewise is weer eigenaar van de aandelen van Enforsa N.V.

De curator mocht er echter redelijkerwijs van uitgaan dat de Stichting aandeelhouder was, mede door de verklaring van de voormalig voorzitter van de RvC, de jaarrekeningen en de balans van de Stichting. Van onrechtmatig handelen door de curator is dus niet gebleken en de vordering tot schadevergoeding wordt afgewezen.

S. Zonneveld, mei 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 26-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:2949

Zaaknummer: C/02/394446 / HA ZA 22-69

Rechters: Fleskens

Advocaten: C.A. Mascini en R.J. Henneman

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Deelnemers in beleggingsfonds/De Nieuwe Veste B.V. en De Veste B.V.

Een particulier belegt in privé en via zijn holding in een beleggingsfonds. Wanneer hij grote verliezen maakt door een flinke daling in de waarde van het fonds, spreekt hij de beheerder van dit fonds aan voor de door hem in privé en door zijn onderneming geleden schade. Grondslag hiervoor zou zijn dat de beheerder diens zorgplicht jegens hem en zijn holding zou hebben geschonden. In eerste aanleg wijst de rechtbank alle vorderingen af. Het hof oordeelt echter dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven en dat het vonnis zal worden vernietigd. Het hof oordeelt namelijk dat sprake is van een zorgplichtschending nu de beheerder had moeten inzien dat zowel de particulier als de holding, vertegenwoordigd door de particulier, niet het vereiste inzicht hadden om deze beleggingen te doen. De beheerder had voor de risico's moeten waarschuwen en had deze beleggingen moeten afraden. Op grond hiervan heeft de beheerder onrechtmatig gehandeld, zodat zij op die grond aansprakelijk is.

Feiten

De Veste B.V. ('De Veste') en De Nieuwe Veste B.V. ('De Nieuwe Veste') (hierna samen: 'De Veste c.s.') zijn financiële ondernemingen en beheerders van beleggingsfondsen. Zij bieden deelnemingsrechten in professioneel beheerde (sub)fondsen aan potentiële beleggers aan.

De Veste handelt onder een door de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') op grond van artikel 2:65 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) verleende vergunning. De Nieuwe Veste handelt op grond van artikel 2:66a Wft zonder vergunning.

De Veste beheerde (onder andere) de paraplufondsen Da Vinci Retail ('DVR') en Da Vinci

Diversified ('DVD'). Voor DVR en zijn subfondsen Trade Finance Handelsfonds en Esulep Handelsfonds Plus geldt een instapdrempel van € 10.000. Voor DVD en zijn subfondsen Trade Finance en Esulep Trading Fund Plus geldt een instapdrempel van € 100.000. Het beheer van DVD is per 1 oktober 2017 overgegaan naar De Nieuwe Veste.

Een particulier belegger ('de Particulier') besluit in privé en via zijn persoonlijke holding X Beheer B.V. ('X Beheer') in DVD en DVR te investeren.

De Veste kondigt vervolgens aan DVR te sluiten, waarop de beleggingen van de Particulier allemaal overgaan op DVD en de beleggingen in DVR zijn geliquideerd. Op enig moment daalt een subfonds van DVD met 44,76% in waarde. Over deze waardedaling worden de Particulier en X Beheer geïnformeerd. Vervolgens stelt X Beheer De Nieuwe Veste aansprakelijk voor de geleden schade. De Nieuwe Veste wijst alle aansprakelijkheid van de hand, waarna de Particulier en X Beheer in een tweede brief De Nieuwe Veste en De Veste aansprakelijk stellen voor de door hen geleden schade.

Rechtbank

De Particulier en X Beheer vorderen in eerste aanleg dat De Veste c.s. onrechtmatig jegens hen zouden hebben gehandeld. Zij voeren als grondslag voor deze vordering aan dat De Veste c.s. hun zorgplicht zouden hebben geschonden. Met name nu zij onjuist geadviseerd zouden hebben, de ken-uw-klant procedures niet zouden hebben doorlopen en zij het ingelegde vermogen niet als redelijk handelende en redelijk bekwame opdrachtgevers zouden hebben beheerd. De rechtbank wijst alle vorderingen van de Particulier en X Beheer af.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch

In hoger beroep komen de Particulier en X Beheer met vier grieven op tegen het eindvonnis van de rechtbank. De belangrijkste grieven houden in dat wel sprake zou zijn van een schending van de algemeen civielrechtelijke zorgplicht. Daarnaast zouden De Veste c.s. wel tekort zijn geschoten in de nakoming van de overeenkomsten, en daarmee zou dus ook onrechtmatig zijn gehandeld.

Het hof oordeelt dat nu geen grief is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat De Veste c.s. het aan hun toevertrouwde vermogen niet als redelijk handelende en redelijk bekwame opdrachtnemers hebben beheerd, dit oordeel tussen partijen vaststaat.

Het hof behandelt de grieven ten aanzien van de zorgplicht en mogelijke onrechtmatige daad samen. Zij neemt tot uitgangspunt dat tussen partijen een overeenkomst van opdracht tot

stand is gekomen. Artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen; op de opdrachtnemer rust verbintenissenrechtelijk dus in beginsel een zorgplicht. Daarbij is de vraag of de opdrachtnemer heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou gaan. Om te kunnen bepalen tot welke zorg de opdrachtnemer in het concrete geval gehouden is, zal eerst moeten worden vastgesteld waartoe de betreffende overeenkomst verplicht. Dat dient te worden vastgesteld door uitleg van de overeenkomst.

Verder licht zij toe dat op de financiële dienstverlener als opdrachtnemer een bijzondere zorgplicht kan rusten, zowel in de precontractuele fase als gedurende de looptijd van de overeenkomst. Het gaat daarbij om een privaatrechtelijke zorgplicht. Daarnaast moet de op de financiële dienstverlener rustende privaatrechtelijke (bijzondere) zorgplicht worden onderscheiden van de publiekrechtelijke zorgplichten die rusten op een financiële dienstverlener (zoals gedefinieerd in artikel 1:1 Wft) bij het aanbieden en verrichten van een financiële dienst. Bij het bepalen van de bijzondere (privaatrechtelijke) zorgplicht kan wel betekenis worden toegekend aan de inhoud van de publiekrechtelijke regelgeving. Verder overweegt het hof dat het aan de Particulier en X Beheer is om feiten te stellen waaruit blijkt dat sprake is van een bijzondere zorgplicht.

Nu het gaat om een particuliere belegger en een rechtspersoon behandelt het hof de gang van zaken tussen de Particulier en X Beheer afzonderlijk.

Zij komt ten aanzien van de Particulier tot het oordeel dat De Veste c.s. hadden moeten concluderen dat deelneming in DVR ten tijde van de eerste, tweede en derde belegging niet passend was wegens het gebrek aan inzicht van de Particulier in de werking en specifieke risico's van DVR. Dat had De Veste c.s. ertoe moeten brengen om de Particulier in op hem toegesneden concrete, ernstige en niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de specifieke kenmerken en risico's die zijn verbonden aan deelneming in DVR en de Particulier het beleggen daarin te ontraden. Door dat niet te doen hebben De Veste c.s. hun (bijzondere) zorgplicht verzaakt. Het hof oordeelt dat dit al het geval was in de periode voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst van opdracht, en dus in de precontractuele fase. Op grond hiervan hebben De Veste c.s. onrechtmatig gehandeld, zodat zij op die grond aansprakelijk zijn. Deze schending vindt ook plaats nadat de overeenkomst tot stand komt, wat een schending oplevert van de krachtens de overeenkomst van opdracht op hen rustende (bijzondere) zorgplicht.

Ten aanzien van X Beheer stelt het hof vast dat deze vennootschap een midden- en kleinbedrijf is. Een financiële dienstverlener heeft in die verhouding ook een bijzondere zorgplicht. Het hof oordeelt in gelijke zin en overweegt dat De Veste c.s. X Beheer – via haar

vertegenwoordiger, de Particulier – hadden moeten waarschuwen voor de aan het beleggen in DVD verbonden risico's en het doen van deze beleggingen moeten ontraden. Nu zij dit niet heeft gedaan hebben De Veste c.s. hun zorgplicht geschonden en zijn zij op die grond aansprakelijk.

Het hof oordeelt dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven en dat het vonnis zal worden vernietigd. Het hof stelt vast dat nu geen concrete schadeberekeningen door partijen in het geding zijn gebracht, de omvang van de schade geen onderwerp van het debat is. Die kwestie zal dus in een eventuele schadestaatprocedure aan de orde komen.

Y. Boekhout, juni 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 25-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:1299

Zaaknummer: 200.282.246/01

Rechters: B.E.L.J.C. Verbunt, Z.D. van Heesen-Laclé en C.F. Kroes

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en E.L.M. van Kranenburg

Wetsartikelen: 7:404 BW, 4:23 Wft en 6:162 BW