

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 13, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1275](#) 01-06-2023

Enquête Oranjewoud N.V & Strukton Groep N.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1119](#) 17-05-2023

Enquête Estro Groep

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:983](#) 18-04-2023

Uitkoopprocedure Fuikebrug B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:653](#) 16-03-2023

Enquête MB-Beheer B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:647](#) 23-02-2023

Enquête Ministerie van Voedingzaken B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:8605](#) 06-06-2023

Stichting Loods4Woods

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:2026](#) 24-05-2023

Kolkman q.q./Indirect bestuurders van De Zwanenhof B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:4204](#) 17-05-2023

Borsboom q.q./Bestuurders van Dudok Groep B.V.

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2023:1676](#) 08-03-2023

Uittreding/uitstoting aandeelhouder Pro-Health B.V.

RECHTSPRAAK

Enquête MB-Beheer B.V.

OK; enquête. De twee aandeelhouders van een joint venture proberen zonder succes tot ontvlechting van hun samenwerking te komen. Daarna ontstaat een impasse in de besluitvorming binnen de joint venture. De ene aandeelhouder vraagt aan de andere aandeelhouder (die tevens bestuurder is) om een aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen. Dat weigert de bestuurder-aandeelhouder. De aandeelhouder die niet tevens bestuurder van de joint venture is, roept vervolgens zelf een algemene vergadering bijeen op een datum waarvan hij weet dat de bestuurder verhinderd is. Op de agenda voor die vergadering staat niet ondubbelzinnig het ontslag van de bestuurder vermeld. Als de bestuurder-aandeelhouder niet verschijnt, ontslaat de andere aandeelhouder hem als bestuurder en benoemt zichzelf als bestuurder. De beweerdelijk ontslagen bestuurder werkt niet mee aan de overdracht van het bestuur van de joint venture. Vervolgens verzoekt de aandeelhouder die de algemene vergadering bijeen had geroepen om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen de vennootschap en uitschrijving uit het handelsregister van de (naar zijn zeggen) ontslagen bestuurder van de vennootschap. De OK wijst het verzoek tot een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen de vennootschap toe. De gang van zaken rondom de algemene vergadering vormt naar het oordeel van de OK gegronde reden om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken die een onderzoek rechtvaardigen. De impasse die tussen de aandeelhouders bestaat, zorgt voor een onwerkbaar situatie binnen de joint venture. Het oordeel van de OK is niet tevens gestoeld op de weigering om het bestuur over te dragen, omdat er diverse gebreken kleven aan het ontslagbesluit. De OK treft onmiddellijke voorzieningen: de

bestuurder wordt geschorst, een onafhankelijke bestuurder wordt benoemd en alle aandelen – op een van beide aandeelhouders na – worden ten titel van beheer overgedragen aan een beheerder.

Daarjo B.V. ('Daarjo') en JTSW B.V. ('JTSW') houden ieder 50% van de aandelen in het kapitaal van MB-Beheer B.V. ('MB-Beheer'). MB-Beheer is een houdstermaatschappij van twee vennootschappen die zich bezighouden met de import en verkoop van vloerverwarmingssystemen en is opgericht door de bestuurder en enig aandeelhouder van JTSW. JTSW is sinds de oprichting van MB-beheer enig bestuurder van MB-Beheer.

De achterliggende aandeelhouders van Daarjo en JTSW werken ook samen in een ander bedrijf, BIM-IT B.V. ('BIM-IT'). Als BIM-IT liquiditeitsproblemen krijgt, constateren partijen dat zij niet meer op een lijn zitten met hun visie op de toekomst van MB-Beheer en BIM-IT. De achterliggende aandeelhouder van Daarjo heeft aan JTSW een voorstel gedaan om alle aandelen in beide bedrijven over te nemen. De onderhandelingen over de ontvlechting van de samenwerking leiden niet tot overeenstemming, maar wel tot verslechtering van de onderlinge verhoudingen. Sindsdien communiceren partijen niet meer met elkaar en houdt JTSW Daarjo niet op de hoogte over MB-Beheer.

Daarjo verzoekt JTSW om een algemene vergadering bijeen te roepen, hetgeen JTSW weigert. Daarjo roept vervolgens zelf een aandeelhoudersvergadering van MB-Beheer bijeen, waarin JTSW wordt ontslagen en Daarjo wordt benoemd als bestuurder van MB-Beheer. Partijen twisten over de rechtsgeldigheid van de oproeping voor de algemene vergadering en de ter vergadering genomen besluiten. JTSW heeft geen algemene vergadering bijengeroepen op verzoek van Daarjo en vervolgens heeft Daarjo een vergadering bijengeroepen op een moment waarvan zij wist dat JTSW niet aanwezig zou kunnen zijn. Bovendien heeft Daarjo bij de uitnodiging voor die vergadering niet ondubbelzinnig vermeld dat het ontslag van JTSW als bestuurder als agendapunt was opgenomen. JTSW betwist de genomen besluiten, is zich als bestuurder blijven gedragen en staat ook nog als zodanig in het handelsregister geregistreerd.

Daarjo stelt dat JTSW haar taken niet juist heeft uitgevoerd nu JTSW (i) geen aandeelhoudersvergadering heeft belegd, (ii) de jaarrekeningen niet ter vaststelling zijn voorgelegd aan de algemene vergadering (iii) er in strijd met de statuten bestuursbesluiten zijn genomen (iv) JTSW Daarjo niet meer informeert en (v) Daarjo frustreert in haar taakuitoefening als nieuwe bestuurder. Daarjo verzoekt een enquête en een onmiddellijke voorziening die er kort gezegd toe moet leiden dat zij het beleid van MB-Beheer kan bepalen zonder invloed van JTSW.

De OK

De OK stelt vast dat de verhoudingen tussen partijen ernstig verstoord zijn geraakt sinds het stuklopen van hun pogingen om hun samenwerking te ontvlechten. Ook de gang van zaken rond het bijeenroepen van de hiervoor beschreven aandeelhoudersvergadering heeft bijgedragen aan een onwerkbaar situatie binnen MB-Beheer. De OK is van oordeel dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij MB-Beheer, die een onderzoek rechtvaardigen. De impasse die tussen de aandeelhouders bestaat, zorgt voor een onwerkbaar situatie binnen MB-Beheer. De omstandigheid dat JTSW niet meewerkt aan de overdracht van het bestuur van MB-Beheer aan Daarjo draagt niet bij aan dat oordeel van de OK. Het ontslagbesluit is immers niet correct geagendeerd en JTWS is in strijd met artikel 2:8 lid 1 BW niet gehoord dan wel het besluit is zonder inachtneming van de redelijkheid en billijkheid genomen.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van MB-Beheer. Hierbij acht de OK het noodzakelijk om bij wijze van onmiddellijke voorziening JTSW (en voor zover zij bestuurder zou zijn, Daarjo) te schorsen als bestuurder van MB-Beheer en een onafhankelijke bestuurder te benoemen. Tevens wordt een beheerder van de aandelen in MB-Beheer benoemd, min één aandeel voor iedere aandeelhouder. De aanstelling van een onderzoeker wordt aangehouden.

T.M. Goudzwaard, juli 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-03-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:653

Zaaknummer: 200.318.055/01 OK

Rechters: A.P. Wessels, C.C. Meijer, W.A.H. Melissen, M.N. Hoogendoorn en S. ten Have

Advocaten: C.C.H. Wiekerad en J. de Ruiter

Wetsartikelen: 2:8 lid 1 BW, 2:345 BW en 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Enquête Ministerie van Voedingszaken B.V.

OK; enquête. Een aandeelhouder van een besloten vennootschap verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van die vennootschap en enkele onmiddellijke voorzieningen te treffen. De twee andere aandeelhouders zijn belanghebbenden in deze procedure. Het belang van de verzoekende aandeelhouder in het kapitaal van de vennootschap is groter dan dat van de twee andere aandeelhouders, maar staat de facto gelijk aan dat van een minderheidsaandeelhouder omdat de twee andere aandeelhouders gezamenlijk optrekken. De twee andere aandeelhouders hebben een nieuwe vennootschap opgericht en zijn doende om de besloten vennootschap materieel te liquideren door de activa over te dragen aan de nieuwe vennootschap. De verzoekende aandeelhouder is van mening dat de vennootschap geen afstand om niet had mogen doen van het enig actief in de vennootschap, niet de uitstoting van de verzoekende aandeelhouder in de algemene vergadering ter stemming had mogen brengen (dit betreft uitstoting via een bijzondere statutaire blokkeringsregeling) en aan de informatieverzoeken van de verzoekende aandeelhouder had moeten voldoen. De OK treft mondeling op de zitting enkele onmiddellijke voorzieningen. Deze onmiddellijke voorzieningen worden in de beschikking ongewijzigd gehandhaafd en de OK wijst het verzoek om een onderzoek toe. Reden voor toewijzing van het enquêteverzoek is onder meer de constatering dat pas om goedkeuring van de algemene vergadering werd gevraagd voor een handeling die de materiële liquidatie van de vennootschap tot gevolg zou hebben (namelijk de inkoop om niet van aandelen in het kapitaal van de dochteronderneming van de vennootschap) op een moment dat die

inkoop al plaats had gevonden.

Ministerie van Voedingszaken B.V. ('MvV') is een investeringsvehikel van drie aandeelhouders: [A] B.V. ('A') (47,3%), [B] B.V. ('B') (39,1%) en Feltwerk B.V. ('Feltwerk') (13,6%). MvV heeft Foodned Holding B.V. ('Foodned') opgericht en blijkens de akte van inbreng in natura aan haar stortingsplicht voldaan. De aandelen in het kapitaal van Foodned zijn nagenoeg het enige actief van MvV. Ten tijde van de oprichting was A bestuurder van MvV. Nadien is A teruggetreden als bestuurder en opgevolgd door B. MvV is bestuurder van Foodned.

In de aandeelhoudersvergadering van MvV hebben de aandeelhouders unaniem besloten een bijzondere aanbiedingsverplichting in de statuten op te nemen. Deze houdt in dat een aandeelhouder zijn aandelen moet aanbieden wanneer met meerderheid van de uitgebrachte stemmen wordt besloten dat met betrekking tot deze aandeelhouder een onwerkbare situatie is ontstaan.

Op enig moment roept B in zijn hoedanigheid van bestuurder een algemene vergadering van MvV bijeen. Op de agenda staan (1) de goedkeuring van het bestuursbesluit tot het terugleveren om niet van de aandelen in het kapitaal van Foodned (i.e. inkoop door Foodned) en (2) het voorgenomen besluit ten aanzien van de statutaire aanbiedingsverplichting van A. In diezelfde periode zijn B en Feltwerk betrokken bij de oprichting van een nieuwe vennootschap. De rechten op een merknaam worden door Foodned overgedragen aan deze nieuwe vennootschap. Als A aankondigt dat zijzelf en haar advocaat de algemene vergadering zullen bijwonen, verplaatst B de algemene vergadering naar een nader te bepalen datum.

A sommeert MvV niet over te gaan tot levering van de aandelen in het kapitaal van Foodned aan Foodned en aan haar alle (financiële) informatie te verstrekken met betrekking tot de voorgenomen levering. A verzoekt MvV ook om te bevestigen dat de levering van de aandelen in het kapitaal van Foodned nog niet heeft plaatsgevonden. MvV voldoet niet aan de verzoeken van A.

A dient vervolgens een verzoek in om een enquête te gelasten bij MvV. Ter zitting deelt A mee dat zij erachter is gekomen dat de levering om niet van de aandelen in het kapitaal van Foodned aan Foodned al heeft plaatsgevonden.

De OK

De OK oordeelt eerst over het verweer van MvV dat A niet-ontvankelijk zou zijn omdat er

onvoldoende tijd tussen de bezwarenbrief en het enquêteverzoek zou hebben gezeten. De OK gaat hierin niet mee en constateert dat in de gegeven omstandigheden voldoende tijd (i.e. vijf dagen) is gegund om op de bezwaren te reageren.

De OK stelt vast dat er verschillende gronden zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van MvV te twijfelen. Het besluit tot levering om niet van de aandelen in het kapitaal van Foodned staat gelijk aan een materiële liquidatie van MvV. Dat vergt goedkeuring van de algemene vergadering en een gedegen onderbouwing. Voorts is niet de op grond van artikel 2:8 BW vereiste transparantie betracht bij de totstandkoming van het besluit en is A ten onrechte niet, althans veel te laat, betrokken bij de besluitvorming. Hoewel A ruim 47% van de aandelen in het kapitaal van MvV houdt, is zij de facto een minderheidsaandeelhouder omdat B en Feltwerk samen optrekken. Op het moment dat de oproeping voor de algemene vergadering van MvV werd verstuurd, waar zou worden gestemd over de goedkeuring van het bestuursbesluit om de aandelen in Foodned aan Foodned te leveren, had de intrekking van de aandelen in het kapitaal van Foodned al plaatsgevonden. Reeds op deze grond bestaat reden te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van MvV. Aan het oordeel van de OK draagt bij dat een nieuwe vennootschap is opgericht, zonder A daarbij te betrekken, met als doel daarin de activa van Foodned onder te brengen.

Ten aanzien van de geagendeerde aanbiedingsverplichting oordeelt de OK dat ten aanzien van A niet de vereiste zorgvuldigheid is betracht. Het voorgenomen besluit is zonder nadere toelichting geagendeerd, er is hierover geen nadere informatie aan A verstrekt en A heeft geen gelegenheid gekregen zich te verweren.

In het algemeen oordeelt de OK dat A zonder meer recht heeft op de door haar verzochte informatie, omdat het hier gaat om verstrekende besluiten die met name negatieve gevolgen hebben voor A. Artikel 2:8 BW kan meebrengen dat het bestuur van een besloten vennootschap gehouden is uit eigen beweging en ook buiten het verband van de algemene vergadering een aandeelhouder ruimhartig van informatie te voorzien over de vennootschap en haar groepsmaatschappijen. De OK benadrukt nog dat het bijzonder kwalijk is dat MvV in reactie op het verzoek van A om informatie klaarblijkelijk welbewust heeft verzwegen dat MvV al in een eerder stadium in de algemene vergadering van Foodned heeft ingestemd met een besluit tot intrekking van de door MvV gehouden aandelen.

De OK oordeelt dat A belang heeft bij de door haar verzochte onmiddellijke voorzieningen. De OK heeft mondeling ter zitting bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van de procedure met onmiddellijke ingang B als bestuurder van MvV geschorst en, voor zover nodig in afwijking van de statuten van MvV, een nader aan te wijzen persoon benoemd tot bestuurder van MvV met beslissende stem en bepaald dat deze bestuurder zelfstandig

bevoegd is MvV te vertegenwoordigen en dat zonder deze bestuurder MvV niet vertegenwoordigd kan worden. Ook heeft de OK voor de duur van de procedure verboden dat op enige aandeelhoudersvergadering van MvV zal worden gestemd over een uittreding van aandeelhouders op grond van de bijzondere statutaire uittredingsregeling. De getroffen onmiddellijke voorzieningen worden in de beschikking bevestigd en gehandhaafd. Het belang van A bij de onmiddellijke voorziening van benoeming van een onafhankelijk bestuurder is volgens de OK onder meer dat de door de OK benoemde bestuurder kan beoordelen of namens MvV rechtsmaatregelen dienen te worden getroffen.

A.M. Dumoulin-Siemens, juni 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:647

Zaaknummer: 200.315.771/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, J.M. de Jongh, M.A. Scheltema en E. Eeftink

Advocaten: M.R.C. van Zoest, P.E. Hendriksen, B. van Voorst, Y.N. Rosina en G.W. van Bolhuis

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

RECHTSPRAAK

Uittreding/uitstoting aandeelhouder Pro-Health B.V.

Twee partijen werken samen in een joint venture. Op enig moment verslechteren de onderlinge verhoudingen. De ene aandeelhouder vordert om uit te mogen treden uit de joint venture. De gevorderde uittreding wordt door de rechtbank afgewezen omdat de aandeelhouder die uittreding vordert de ontstane situatie mede zelf heeft veroorzaakt door gedragingen die in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 lid 1 BW. De andere aandeelhouder vordert in reconventie uitstoting van de aandeelhouder die uittreding vorderde. De rechtbank overweegt op basis van de parlementaire geschiedenis dat het bij uitstoting enkel gaat om gedragingen die de uit te stoten aandeelhouder heeft verricht in de hoedanigheid van aandeelhouder en waardoor het functioneren van de vennootschap in gevaar is gekomen omdat besluitvorming niet mogelijk is. In dit geval ging het om handelen als bestuurder, waardoor ook de vordering in reconventie wordt afgewezen.

Inleiding en feiten

Onderhavige zaak heeft betrekking op een geschil tussen twee aandeelhouders die gezamenlijk alle aandelen houden in Pro-Health B.V. ('PH'). PH is enig aandeelhouder van Laboratorium Pro Health B.V. ('LPH').

Anth&m B.V. ('Anth&m') houdt 45% van de aandelen in het kapitaal van PH. De enig aandeelhouder en bestuurder van Anth&m was bestuurder van PH en LPH van december 2006 tot september 2021 ('Bestuurder Anth&m'). Maxunac B.V. ('Maxunac') houdt 55% van de aandelen in het kapitaal van PH. Maxunac is bestuurder van PH en LPH vanaf mei 2021 en vanaf september 2021 enig bestuurder.

In LPH wordt een medisch laboratorium geëxploiteerd. De uitbraak van het coronavirus heeft in de jaren 2020 en 2021 geleid tot een omvangrijke omzet- en winststijging voor LPH, doordat zij van overheidswege opdrachten verwierf om PCR-testen uit te voeren ('de Testen'). Deze opdrachten hebben geleid tot aanmerkelijk hogere winsten dan de onderneming voordien genoot.

Bestuurder Anth&m heeft als bestuurder van LPH vóór de uitvoering van de Testen de samenwerking gezocht met derden. Deze derden richten daartoe Healthcare International Group B.V. ('HCIG') op. In september 2020 is een samenwerkingsovereenkomst gesloten namens LPH met HCIG, gericht op de uitvoering van de Testen. Deze samenwerkingsovereenkomst is nadien aangevuld met enkele allonges waarbij telkens het winstaandeel van HCIG is vergroot. In oktober 2020 hebben LPH en HCIG bij overeenkomst de vorm van de samenwerking aangepast door de oprichting van een vennootschap onder firma, V.O.F. Pro Health Medical ('de VOF'). De samenwerking is in eerste instantie niet gemeld aan Maxunac door Bestuurder Anth&m.

Vervolgens heeft Bestuurder Anth&m in een aandeelhoudersvergadering van PH en LPH plots medegedeeld – als gevolg van de gemaakte winst – zelfstandig verder te willen gaan en daartoe de aandelen van Maxunac te willen overnemen. Vervolgens is een veelomvattend conflict ontstaan dat heeft geleid tot de onderhavige procedure, waarin Anth&m heeft gevorderd te mogen uittreden en Maxunac de uitstoting van Anth&m heeft gevorderd.

Uittreding - conventie

In conventie vordert Anth&m onder meer te mogen uittreden en Maxunac, althans PH, te veroordelen om de aandelen van Anth&m over te nemen met toepassing van een billijke verhoging op de voor de aandelen te betalen prijs.

De rechtbank overweegt dat voor uittreding niet noodzakelijk is dat het gedragingen betreft in de hoedanigheid van aandeelhouder en dat het evenmin noodzakelijk is dat sprake is van misdragingen van de medeaandeelhouder of dat de belangen van de vennootschap zijn geschaad. De vraag die voorligt is of het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van de (beweerdelijk) 'benard' geraakte aandeelhouder kan worden gevegd, waarbij de rechten en belangen van deze aandeelhouder moeten worden afgewogen tegen de (beweerdelijke) daaraan schadeveroorzakende gedragingen van de medeaandeelhouder(s). De rechtbank overweegt dat hierbij betrokken moet worden dat aandeelhouders zich tegenover elkaar moeten gedragen *'Naar hetgeen door de redelijkheid en de billijkheid wordt gevorderd'* (artikel 2:8 lid 1 BW).

Anth&m heeft een reeks van gedragingen gesteld die toewijzing van de vordering tot

uittreding zouden rechtvaardigen.

De rechtbank is van oordeel dat de door Anth&m aangedragen grondslag voor haar vordering niet kan dragen. Daartoe overweegt de rechtbank het volgende. Bestuurder Anth&m heeft niet tijdig en uit eigen beweging aan Maxunac medegedeeld dat LPH vennoot in de VOF was geworden en dat een belangrijk onderdeel van de ondernemingsactiviteiten, namelijk de Testen, daarin was ondergebracht. Doordat een deel van de ondernemingsactiviteiten is verplaatst van LPH naar de VOF heeft een relevante verschuiving van de zeggenschapsverhoudingen plaatsgevonden met betrekking tot die activiteiten ten nadele van Maxunac. Daarnaast heeft Bestuurder Anth&m plotseling aangekondigd in de nabije toekomst op eigen benen te willen staan en in ieder geval niet verder te willen met Maxunac. Dit deed Bestuurder Anth&m zonder enige vooraankondiging en in de wetenschap dat hij in de binnen LPH gedreven onderneming degene was die de kennis, bevoegdheden en contacten had die de onderneming draaiende hielden. Dat komt neer op de boodschap van Anth&m/Bestuurder Anth&m: draag de aandelen aan Anth&m over en zo niet dan ben ik, Bestuurder Anth&m, als bestuurder en werknemer weg, en dat in de wetenschap dat met het vertrek van Bestuurder Anth&m de drijvende kracht in de onderneming zou vertrekken.

De rechtbank oordeelt dat voornoemd handelen in strijd is met de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid. Dat Maxunac vervolgens als meerderheidsaandeelhouder de teugels heeft overgenomen is dan ook niet onredelijk of onbillijk en is bovendien praktisch ook noodzakelijk geworden doordat Bestuurder Anth&m zich – op eigen initiatief – heeft teruggetrokken als bestuurder. Dat Maxunac argwanend is geworden en onderzoek is gaan doen naar mogelijke concurrerende activiteiten en in dat verband een aantal rechtsmaatregelen heeft genomen, kan Maxunac naar het oordeel van de rechtbank evenmin worden verweten.

De slotsom is dan ook dat de rechtbank de gevorderde uittreding afwijst nu Anth&m de ontstane situatie mede zelf heeft veroorzaakt door gedragingen die in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 lid 1 BW, zodat toepassing van artikel 2:343 BW in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als bedoeld in artikel 2:8 lid 2 BW. Daarmee aanvaardt de rechtbank het verweer van Maxunac, inhoudende dat Anth&m niet beloond mag worden door uit te mogen treden op basis van een geschil tussen aandeelhouders dat aan haarzelf te wijten is.

Uitstoting - reconventie

In reconventie vordert Maxunac onder meer de gedwongen overdracht van de door Anth&m

gehouden aandelen in PH aan Maxunac. Tussen partijen is onder meer in geschil hoe artikel 2:336 BW moet worden geïnterpreteerd. Maxunac stelt dat naar geldend recht (ook) een aandeelhouder die als bestuurder, en dus niet slechts in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, het belang van de vennootschap schaadt op grond van artikel 2:336 BW kan worden uitgestoten.

Anth&m stelt dat het moet gaan om gedragingen die de uit te stoten aandeelhouder heeft verricht in zijn hoedanigheid van aandeelhouder en waardoor het functioneren van de vennootschap in gevaar is gekomen, omdat besluitvorming niet mogelijk is.

De rechtbank is van oordeel dat de door Anth&m aangevoerde interpretatie juist is en de door Maxunac aangevoerde interpretatie niet, omdat deze te ruim is. De rechtbank knoopt daarbij aan bij de wetsgeschiedenis uit 1984 en is van oordeel dat de wil van de wetgever helder tot uitdrukking is gebracht: het moet gaan om gedrag van de aandeelhouder als zodanig. Daarbij betreft de rechtbank dat voldoende recent (2008/2009) de wetgever in even duidelijke bewoordingen de uitleg van artikel 2:336 BW heeft herhaald. Om die reden volgt de rechtbank Maxunac dan ook niet in haar betoog dat op sommige plaatsen in de literatuur een ruimere interpretatie wordt verdedigd nu de bedoelde opvatting in de literatuur bovendien door de wetgever expliciet is meegewogen in de parlementaire geschiedenis.

De rechtbank is dan ook van oordeel dat het bij een vordering op grond van artikel 2:336 BW moet gaan om gedragingen van de aandeelhouder in die hoedanigheid. Voor een ruimere uitleg is geen plaats. De door Maxunac aangevoerde gronden bestaan alle uit beweerde gedragingen van Bestuurder Anth&m en zijn naar het oordeel van de rechtbank niet te duiden als gedragingen van Anth&m in haar hoedanigheid van aandeelhouder. De rechtbank wijst zodoende de vordering tot uitstoting af nu deze een toereikende grondslag ontbeert.

S.G.H. Nieuwendijk, juni 2023

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 08-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2023:1676

Zaaknummer: C/03/300003 / HA ZA 21-629

Rechters: R. Kluin

Advocaten: M. Goorts en J.W.P. Tulfer

Wetsartikelen: 2:343 BW, 2:336 BW en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Estro Groep

OK; enquête. De curator van de Estro Groep heeft de OK verzocht wanbeleid vast te stellen op basis van het gedeponeerde onderzoeksverslag. De OK stelt vast dat zich wanbeleid heeft voorgedaan in de periode van voorbereiding en effectuering van de overname en dat alle toenmalige bestuurders en commissarissen daarvoor verantwoordelijk zijn. Het medezeggenschapsorgaan van de Estro Groep is voorafgaand aan de overname onvolledig en onjuist geïnformeerd door het bestuur. Daarnaast is sprake geweest van onzorgvuldige besluitvorming door het bestuur, nu zij geen afdoende belangenafweging heeft gemaakt ten aanzien van de voorgenomen juridische fusie. Op grond daarvan vernietigt de OK enkele déchargebesluiten. Daarnaast oordeelt de OK dat de commissarissen geen betekenisvolle invulling hebben gegeven aan hun taak als commissaris en dat hen daarvan persoonlijk een verwijt valt te maken. De OK veroordeelt de commissarissen daarom in de onderzoekskosten.

Feiten

De aandelen van kinderopvangbedrijf Catalpa N.V. ('Catalpa') – later omgedoopt tot de Estro Groep – worden overgenomen door NCC Investments B.V. ('NCC'), een (indirecte) dochter van Providence Equity LLP ('Providence'). Ter financiering van de overname is gebruikgemaakt van een Leveraged Buy-Out ('LBO'). Op basis hiervan zijn door NCC leningen aangegaan bij een bankensyndicaat ('Bankfinanciering') en bij haar moederverenootschap (de 'Providence Lening') ter financiering van de koopsom. Voor de Bankfinanciering zou Catalpa na de overname aansprakelijk worden. Na voltooiing van de overname van Catalpa door NCC, fuseren de twee vennootschappen door middel van een juridische fusie. Gevolg hiervan is dat Catalpa aansprakelijk wordt voor de gehele overnamesom, bestaande uit de schulden uit de Providence Lening en de Bankfinanciering.

De Estro Groep leidt in de jaren daarna verliezen en is in 2014 op eigen verzoek failliet verklaard. Zij was op dat moment de grootste kinderopvangorganisatie in Nederland. Bij beschikking van 10 december 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:4359) heeft de OK een onderzoek gelast naar het beleid en de gang van zaken bij de Estro Groep. Het onderzoeksverslag is op 4 maart 2022 ter griffie van de OK gedeponeerd.

Verzoek curator

De curator van de Estro Groep heeft bij verzoekschrift de OK verzocht om vast te stellen dat over een bepaalde periode sprake is geweest van wanbeleid. Ook verzoekt de curator bepaalde besluiten van de algemene vergadering tot het verlenen van décharge aan de leden van de raad van bestuur ('het Bestuur') van Estro Groep te vernietigen. Tot slot verzoekt de curator het Bestuur en de Raad van Commissarissen ('RvC') te veroordelen in de onderzoekskosten.

Het wanbeleid heeft volgens de curator betrekking op:

1. onvolledige en onjuiste informatieverschaffing aan het Centraal Medezeggenschapsorgaan ('CMO'); en
2. onzorgvuldige besluitvorming en belangenverstrengeling door het Bestuur en de RvC.

Onvolledige en onjuiste informatieverschaffing aan het CMO

Kort gezegd stelt de curator dat de OR, bij Catalpa aangeduid als het CMO, ten aanzien van de overname en de latere fusie onjuist en onvolledig is voorgelicht. Het Bestuur heeft twee adviesaanvragen gedaan, de eerste aanvraag ziet op de overname van Catalpa en de tweede aanvraag ziet op de fusie met NCC. De curator stelt dat in de eerste adviesaanvraag ten onrechte is voorgehouden dat de helft van de overnamesom met eigen vermogen zou worden gefinancierd terwijl dit aandeel in werkelijkheid slechts 11% was. Ook heeft het Bestuur in de aanloop van de fusie en de tweede adviesaanvraag aan het CMO nagelaten deze onjuiste en onvolledige informatie te corrigeren. Een correcte adviesaanvraag zou in ieder geval hebben toegelicht dat de lasten van de financiering door de fusie voornamelijk door Catalpa zouden worden gedragen. Door de medezeggenschaprechten van het CMO onvoldoende te respecteren heeft Catalpa in strijd gehandeld met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.

Het Bestuur stelt kort gezegd dat de adviesaanvraag juist en volledig was; het CMO was dus correct geïnformeerd en de adviesaanvragen behoefden daarom geen correctie.

De OK overweegt ten eerste dat op grond van artikel 25 lid 1, aanhef en onder a, i en j, WOR,

het medezeggenschapsorgaan in de gelegenheid dient te worden gesteld advies uit te brengen over elk besluit tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming, het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer, tenzij dit geschiedt in de normale uitoefening van het bedrijf. Het is de verantwoordelijkheid van de bestuurder dat het medezeggenschapsorgaan in het adviestraject juist en volledig wordt voorgelicht. Die verantwoordelijkheid brengt mee dat onjuiste, onvolledige of anderszins misleidende informatie aan het medezeggenschapsorgaan zo spoedig mogelijk moet worden gecorrigeerd en dat het medezeggenschapsorgaan zo mogelijk in voorkomende gevallen in de gelegenheid wordt gesteld een nader advies uit te brengen.

De OK oordeelt samengevat dat de eerste adviesaanvraag onvolledig was. Daarnaast heeft het Bestuur het CMO in de tweede adviesaanvraag onvoldoende geïnformeerd over de juridische fusie en de financiële gevolgen daarvan. Hoewel het Bestuur niet volledig van alle gevolgen op de hoogte was ten tijde van de eerste adviesaanvraag, had het Bestuur ook naderhand nog de nadere informatie kunnen verstrekken. Door het CMO niet alsnog te informeren is het CMO niet in staat gesteld hierover advies te geven. De OK oordeelt dat de handelwijze van het Bestuur ten aanzien van de medezeggenschap zodanig onzorgvuldig is, dat dit moet worden aangemerkt als strijdig met elementaire beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur.

Onzorgvuldige besluitvorming en belangenverstrengeling

Daarnaast stelt de curator dat het Bestuur een onvoldoende afweging heeft gemaakt van de voor- en nadelen van de overname en de daarbij gehanteerde financieringsmethode (LBO). Ook de RvC had beter op dit traject moeten toezien. Bestuurders en commissarissen hebben daarnaast onvoldoende rekening gehouden met de persoonlijke belangen van het Bestuur en de maatschappelijke aard van de onderneming. Het Bestuur brengt daar kort gezegd tegenin dat de belangen wel degelijk zijn besproken en dat het Bestuur in redelijkheid heeft kunnen beslissen dat de LBO een aanvaardbaar ondernemersrisico betrof. Daarnaast zou de enkele omstandigheid dat de bestuurders een economisch belang hadden ontoereikend zijn om te oordelen dat zij geconfronteerd waren. De RvC stelt dat geen sprake is van wanbeleid door het Bestuur en dat dit ook voor de handelwijze van de RvC geldt.

De OK stelt voorop dat bij de vervulling van hun taak bestuurders zich dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. Daarbij dienen de bestuurders zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken (vgl. HR 4 april 2013,

ECLI:NL:HR:2014:799 (*Cancun*)). De OK overweegt verder dat in deze zaak van belang is dat Catalpa in Nederland de grootste onderneming in de kinderopvang was, een branche die via de kinderopvangtoeslag in hoge mate afhankelijk was van uit de publieke middelen afkomstige gelden.

De OK oordeelt dat het feit dat Catalpa heeft meegewerkt aan het overnametraject niet als wanbeleid kan worden aangemerkt. Ten aanzien van de juridische fusie oordeelt de OK echter anders. Zij oordeelt dat de bestuurders in dat kader zeer onzorgvuldig hebben gehandeld, nu uit niets blijkt dat het Bestuur de risico's van de juridische fusie op een behoorlijke wijze heeft betrokken in de belangenafweging. Daarbij is van belang dat een juridische fusie in zijn geheel niet kan plaatsvinden zonder medewerking van het Bestuur, die immers een fusievoorstel moet opstellen. Met name het feit dat Catalpa als gevolg van de fusie verantwoordelijk zou worden voor de (terug)betalingsverplichtingen uit hoofde van de bankfinanciering en de Providence Lening, had het Bestuur bij een belangenafweging moeten betrekken. Ook had het Bestuur een specifieke afweging moet maken in het licht van het publiek belang bij de blijvende beschikbaarheid van kwalitatief hoogwaardige en toegankelijke kinderopvang. Het Bestuur heeft dit niet gedaan. Wel oordeelt de OK dat niet is komen vast te staan dat het Bestuur zich door persoonlijke belangen heeft laten leiden bij het maken van beslissingen. Met betrekking tot de RvC overweegt de OK dat op geen enkele wijze is gebleken dat de RvC de betrokken belangen heeft afgewogen of dat de RvC invulling heeft gegeven aan zijn toezichthoudende en adviserende taak, laat staan dat de RvC de in de gegeven omstandigheden vereiste verhoogde zorgvuldigheid in acht heeft genomen. De OK acht dit ernstig laakbaar.

Wanbeleid

De OK is daarmee van oordeel dat Catalpa zo onzorgvuldig heeft gehandeld, dat dit moet worden aangemerkt als in strijd met elementaire beginselen van behoorlijk ondernemerschap.

Aan de fusie waren grote gevolgen en risico's voor Catalpa en haar onderneming verbonden, waarbij publieke belangen gemoeid waren en waarbij alle bestuurders en commissarissen waren geconfronteerd. Hoewel de aard van de transactie tot een hoge mate van zorgvuldigheid noopte, hebben het Bestuur noch de RvC deze mate van zorgvuldigheid betracht. De OK stelt vast dat zich bij Catalpa wanbeleid heeft voorgedaan en dat alle toenmalige bestuurders en commissarissen daarvoor verantwoordelijk zijn.

Ten aanzien van het verzoek van de curator tot het vernietigen van de besluiten tot décharge oordeelt de OK dat deze besluiten niet op goede gronden zijn genomen, nu sprake is van wanbeleid. De OK vernietigt deze besluiten.

Ten aanzien van het verzoek tot veroordeling van het Bestuur en de RvC in de onderzoekskosten, overweegt de OK dat de betrokken personen in dat geval persoonlijk verwijtbaar moeten hebben gehandeld. De OK oordeelt dat hoewel de bestuurders zijn tekortgeschoten in de vervulling van hun bestuursstaak, zij niet dusdanig hebben gehandeld dat hen daarvan ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt. Zij oordeelt anders ten aanzien van de RvC. Nu de toenmalige commissarissen geen betekenisvolle invulling hebben gegeven aan hun verantwoordelijkheid, treft hen daarvan een persoonlijk verwijt en worden zij hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan de curator van de kosten van het onderzoek.

Y. Boekhout, juni 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1119

Zaaknummer: 200.309.886/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, M.A.M. Vaessen en J.M. de Jongh

Advocaten: K. Rutten, M. Mussche, H.A. de Savornin Lohman, D.K. Baas, L. Carrière-Verlinden, J.E.P.A. van Hooff, R.D. Vriesendorp, T.L. Ticheloven en T.S. Jansen

Wetsartikelen: 2:98c BW

RECHTSPRAAK

Borsboom q.q./Bestuurders van Dudok Groep B.V.

De curator van Dudok Groep heeft de bestuurders aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW met toepassing van het bewijsvermoeden wegens schending van de publicatieplicht. De bestuurders slagen er niet in een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. In de uitspraak staat onder andere een herstructurering centraal. De rechtbank verwijt de bestuurders dat zij daarbij de activa aan Dudok Groep onttrokken, zonder dat daar een voor verhaal door de schuldeisers van Dudok Groep vatbaar vermogensbestanddeel voor in de plaats is gekomen. Het stond bestuurders volgens de rechtbank niet vrij om de belangen van alle stakeholders van het geheel van de aan hen gelieerde vennootschappen – de bestuurders noemen dit het concernbelang – te laten prevaleren boven de belangen van de schuldeisers van Dudok Groep. Er was volgens de rechtbank te weinig samenhang tussen de diverse op enigerlei wijze aan de bestuurders gelieerde ondernemingen om van een concern te kunnen spreken. De bestuurders hebben tevens de bij de herstructurering betrokken notaris in vrijwaring opgeroepen in een poging hun aansprakelijkheid af te wentelen op de notaris. Ook daarin slagen zij niet.

Inleiding

In deze zaak is de vraag aan de orde of de bestuurders van Dudok Groep B.V. ('Dudok Groep') aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het tekort in faillissement. Naast de statutair bestuurder heeft de curator een tweetal (mede)beleidsbepalers aangesproken. Omdat de gedaagden hebben erkend dat zij het beleid hebben (mede)bepaald, delen zij het lot van de statutair bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 7 BW en duid ik hen hierna gezamenlijk aan

als ‘de Bestuurders’.

De aansprakelijkheid voor het boedeltekort wordt gevestigd door toepassing van artikel 2:248 lid 2 BW. De jaarrekening over 2016 is te laat gedeponeerd en over de jaren 2017 en 2018 is geen jaarrekening gedeponeerd. De onbehoorlijke taakvervulling staat daardoor vast. De Bestuurders proberen aansprakelijkheid te voorkomen door te wijzen op andere oorzaken van het faillissement – kort gezegd: de gevolgen van de coronacrisis – maar slagen daarin niet. In dat verband wordt in het feitenrelaas de nodige aandacht besteed aan een herstructurering die in 2018 heeft plaatsgevonden. De Bestuurders hebben de daarbij betrokken notaris in vrijwaring opgeroepen in een poging hun aansprakelijkheid af te wentelen op de notaris. Ook daarin slagen zij niet.

Volgens de Bestuurders zijn de persoonlijke holdings bij de herstructurering onderling overeengekomen dat de schuldeisers van (onder meer) Dudok Groep zouden worden voldaan vanuit het dividend dat zij zouden ontvangen uit DHG, een vennootschap die in de herstructurering is opgericht en waarin de verschillende horecaondernemingen waren ondergebracht. De geprognosticeerde resultaten van DHG en daarmee de verwachte rendementen waren destijds zodanig, dat deze afspraak zou kunnen worden nagekomen. Op deze manier werden de schuldeisers van Dudok Groep niet benadeeld door de herstructurering. De persoonlijke holdings hebben na de herstructurering ook uitvoering gegeven aan de afspraak. Door de coronacrisis leed de exploitatie verlies, stakte de dividendstroom en konden de resterende schulden van Dudok Groep niet meer worden afgelost.

Onbehoorlijk bestuur

De rechtbank volgt de Bestuurders niet en oordeelt dat sprake is van materieel onbehoorlijk bestuur (dus naast schending van de publicatieplicht). Allereerst oordeelt de rechtbank dat het gedurende diverse jaren niet (tijdig) kunnen of willen deponeren van de jaarrekeningen een belangrijke indicatie is dat de Bestuurders de administratie onvoldoende op orde hadden om voldoende inzicht te kunnen hebben om de onderneming(en) adequaat te kunnen besturen. Daarnaast is de onbehoorlijke taakvervulling gelegen in de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de herstructurering. De rechtbank verwijt de Bestuurders dat zij daarbij de activa (de verschillende horecadeelnemingen) aan Dudok Groep onttrokken, zonder dat daar een voor verhaal door de schuldeisers van Dudok Groep vatbaar vermogensbestanddeel voor in de plaats is gekomen. Weliswaar is een reële koopprijs betaald, maar deze is niet ten goede gekomen aan Dudok Groep. De koopsom is omgezet in geldleningen aan de persoonlijke holdings van de Bestuurders en vervolgens verrekend met een dividenduitkering. Daardoor verdween het voor verhaal vatbare actief. De rechtbank oordeelt vervolgens dat het besluit tot

dividenduitkering onverantwoord was, zodat de Bestuurders daar geen goedkeuring voor hadden mogen geven (vgl. art. 2:216 BW). Dudok Groep bleef immers achter met enkel verlieslatende deelnemingen, zodat voorzienbaar was dat zij niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.

Andere oorzaken

De rechtbank fileert vervolgens het beroep op andere oorzaken van het faillissement. Interessant is dat de rechtbank ook de verplichting om het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te dienen in het oordeel betreft. Het stond de Bestuurders volgens de rechtbank niet vrij om de belangen van alle stakeholders van het geheel van de aan hen gelieerde vennootschappen – de Bestuurders noemen dit het concernbelang – te laten prevaleren boven de belangen van de schuldeisers van Dudok Groep. Bij de vervulling van hun taak als bestuurders waren zij gehouden zich te richten naar het belang van de vennootschap – Dudok Groep – en de daarmee verbonden onderneming (art. 2:239 lid 5 BW). Door activa aan Dudok Groep te onttrekken, hebben de Bestuurders de belangen van de schuldeisers van Dudok Groep veronachtzaamd, hetgeen in strijd is met het belang van de onderneming van Dudok Groep. Dat er ook andere aan de Bestuurders gelieerde ondernemingen waren dan de onder Dudok Groep vallende onderneming(en) rechtvaardigt niet de conclusie dat er in die zin sprake was van één concern met een eigen concernbelang dat de Bestuurders zouden moeten dienen. Er was volgens de rechtbank te weinig samenhang tussen de diverse op enigerlei wijze aan de Bestuurders gelieerde ondernemingen om van een concern te kunnen spreken.

Vrijwaringsprocedure

Ten slotte vangen de Bestuurders bot in de vrijwaringsprocedure tegen de notaris. Daarin verweten zij de notaris onrechtmatig handelen door haar ministerie niet te weigeren toen zij haar medewerking verleende aan de overdracht van de door Dudok Groep gehouden aandelen in de deelnemingen zonder dat daar een voor rechtstreeks verhaal door de schuldeisers van Dudok Groep vatbaar vermogensbestanddeel voor in de plaats kwam. Door het doen van navraag en zo nodig nader onderzoek na te laten, althans door op geen enkele wijze invulling te geven aan haar informatie- en waarschuwingplicht, heeft de notaris volgens de Bestuurders gehandeld in strijd met artikel 21 lid 2 Wna, met artikel 18 van de Verordening beroeps- en gedragsregels, en met de op haar rustende bijzondere zorg-, navraag-, onderzoeks-, informatie- en waarschuwingverplichtingen. Daarom zou de notaris niet hebben gehandeld zoals van een redelijk handelend en vakbekwaam notaris mocht worden verwacht. De rechtbank gaat daarin niet mee omdat de aansprakelijkheid van de Bestuurders primair voortvloeit uit de schending van de publicatieplicht en de notaris daarbij geen enkele

rol heeft gespeeld. Bovendien concludeert de rechtbank dat de onbehoorlijke taakvervulling niet is gelegen in de herstructurering zelf en de rol van de notaris daarin, maar de onverantwoorde dividenduitkering en verrekeningen die daarop volgden.

J.E. van Nuland, juni 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 17-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:4204

Zaaknummer: C/10/635810 / HA ZA 22-278

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: J.C. Debije en M.A.G. Bosman

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Kolkman q.q./Indirect bestuurders van De Zwanenhof B.V.

De curator van een failliete bv stelt de (indirecte) bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders aansprakelijk zijn, omdat zij hun taak onbehoorlijk hebben vervuld. Een van de jaarrekeningen is (30 dagen) te laat gedeponereerd en de bestuurders zijn ongebruikelijke en kostbare financieringsovereenkomsten aangegaan voor de bouw van een zorghotel.

Gedaagden zijn de indirecte bestuurders ('de Bestuurders') van De Zwanenhof B.V. ('De Zwanenhof'), dat een bezinningscentrum exploiteert. De Zwanenhof is in augustus 2017 gestart met de bouw van een zorghotel. Voordat de bouw is afgerond, wordt De Zwanenhof in oktober 2019 failliet verklaard. De curator houdt de Bestuurders (primair) aansprakelijk voor het gehele boedeltekort op basis van onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW).

De Bestuurders hebben de jaarrekening over 2017 dertig dagen te laat gedeponereerd, waardoor het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW geldt. Volgens de rechtbank is een termijnoverschrijding van dertig dagen geen onbelangrijk verzuim. Het feit dat de door de Bestuurders ingeschakelde accountant de jaarrekening niet tijdig heeft gedeponereerd, ontslaat de Bestuurders niet van hun eigen verantwoordelijkheid tot tijdige deponering.

De Bestuurders hebben daarbij niet aannemelijk gemaakt dat de door hen aangedragen, andere oorzaken van het faillissement niet te wijten zijn aan hun onbehoorlijk bestuur. Zo mochten de Bestuurders volgens de rechtbank niet redelijkerwijs verwachten dat financiering voor de bouw van een zorghotel daadwerkelijk zou worden uitgekeerd. De verschillende financieringsovereenkomsten waren (hoogst) ongebruikelijk en onrealistisch, en de Bestuurders hadden te weinig onafhankelijk advies ingewonnen en onderzoek gedaan. Verder hebben de Bestuurders geen maatregelen getroffen om terugbetaling van depotbedragen voor de financieringsovereenkomsten – van in totaal bijna € 2 miljoen – te bewerkstelligen en hebben de Bestuurders geen redelijke verklaringen gegeven voor het gebruik van een gelieerde vennootschap voor het aangaan van deze (vreemde) financieringsovereenkomsten.

Hetzelfde geldt voor de planologische procedures voor het bouwen van het zorghotel, die langer waren dan de Bestuurders verwachtten. Ook deze mogelijke oorzaak van het faillissement kan de Bestuurders worden aangerekend. Het is hun verantwoordelijkheid om voldoende maatregelen te nemen om bouwvertraging en kosten als gevolg van de planologische procedures op te vangen.

De Bestuurders hebben, aldus de rechtbank, hun taak daarmee onbehoorlijk vervuld. Zij worden veroordeeld het boedeltekort te voldoen en een voorschot van € 5 miljoen te betalen.

S. Zonneveld, juni 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:2026

Zaaknummer: C/o8/279105 / HA ZA 22-103

Rechters: A.E. Zweers, K.J. Haarhuis en S. Kuipers

Advocaten: F. Kolkman en H. Versluis

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:11 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Loods4Woods

In verband met een ongeneselijke ziekte van de bestuurder heeft een stichting haar activiteiten beëindigd. De stichting is ontbonden (geturboliquideerd) zonder de huurovereenkomst correct af te wikkelen. Op verzoek van de verhuurder wordt het faillissement van de stichting uitgesproken. Mogelijk is er een (potentiële) bate in de vorm van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

De verhuurder van een bedrijfspand verzoekt om de faillietverklaring van de geturboliquideerde rechtspersoon Stichting Loods4Woods. De rechtbank overweegt dat het oordeel van het bestuur dat de rechtspersoon geen baten meer heeft, vatbaar is voor toetsing door de rechter. Een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid is een (potentiële) bate van de vennootschap, waardoor deze blijft voortbestaan op grond van artikel 2:19 lid 5 BW. De stichting heeft aangevoerd dat de bestuurder in augustus 2022 heeft vernomen dat hij ongeneselijk ziek is en daarom een ander naar voren heeft geschoven om de huur over te nemen.

De rechtbank overweegt dat melding is gedaan van de ziekte van de bestuurder, maar dat de huurovereenkomst niet is opgezegd. Het naar voren schuiven van iemand anders als potentiële huurder is ook geen opzegging. In september zijn de bedrijfsactiviteiten beëindigd, waardoor duidelijk was dat de huur niet meer kon worden betaald. In februari 2023 is de stichting ontbonden, terwijl de huurverplichtingen niet correct zijn geëindigd. Om die reden is niet uit te sluiten dat een curator in faillissement constateert dat een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid kan worden ingesteld. Het is aan de curator om dat te onderzoeken. Omdat de vordering van de verhuurder vaststaat, een steunvordering is overgelegd en de stichting ook overigens in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen, spreekt de rechtbank het faillissement uit.

H.J. de Kloe, juni 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 06-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:8605

Zaaknummer: C/09/23/162 F

Rechters: A.C.M. Höppener

Advocaten: M.J.S. Spanjersberg en X. Huijser

Wetsartikelen: 2:19 BW en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Uitkoopprocedure Fuikebrug B.V.

Een bv heeft twee aandeelhouders. De meerderheidsaandeelhouder stelt een uitkoopprocedure in tegen de minderheidsaandeelhouder. De minderheidsaandeelhouder doet, zonder succes, een beroep op de afwijzingsgronden van artikel 2:201a lid 4 BW. De OK wijst de vordering toe.

Achtergrond

Fuikebrug B.V. ('Fuikebrug') is onderdeel van een familieconcern dat de twee poten 'vastgoed' en 'handel en productie' kent. Hierbij leidt Fuikebrug de vastgoedpoot en een in de uitspraak geanonimiseerde holding ('de Holding') leidt de handels- en productiepoot. Eiseres, een bv, staat aan het hoofd van het concern en houdt 95,02% van de aandelen in Fuikebrug en 100% van de aandelen in het kapitaal van de Holding. De aandelen in het kapitaal van eiseres zijn gecertificeerd en worden door een stichting gehouden. De certificaten worden door de leden van de familie gehouden.

Gedaagde houdt de overige aandelen in Fuikebrug. Gedaagde is geregistreerd accountant en belastingadviseur. Hij is als financieel adviseur in dienst getreden bij eiseres. De banden tussen gedaagde en het familiebedrijf waren erg nauw door de langdurige en intensieve samenwerking. Gedaagde heeft namelijk het concern financieel gezonder gemaakt na tijden waarin het financieel minder ging met het concern. Dit was ook de reden waardoor gedaagde van eiseres mocht participeren in Fuikebrug. Medio 2019 is echter een geschil ontstaan tussen gedaagde en eiseres, waarbij zij hem verweet dat hij zich als financieel directeur onrechtmatig ten koste van het concern had verrijkt, niet transparant had gehandeld en zich schuldig had gemaakt aan belangenverstrengeling. Eiseres is een gerechtelijke procedure gestart tegen gedaagde, waarin eiseres onder meer om ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht wegens ernstig verwijtbaar handelen van de gedaagde. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft deze vordering bij onherroepelijk arrest van 8 oktober 2020 toegewezen. Vervolgens heeft eiseres gedaagde gesommeerd zijn aandelen over te dragen op straffe van verbeurte van boetes. Gedaagde heeft zijn aandelen overgedragen onder betwisting van zijn gehoudenheid

daartoe en onder voorbehoud van het recht om de koopprijs in rechte op een ander bedrag te laten vaststellen.

In de onderhavige procedure vordert eiseres op grond van artikel 2:201a BW dat gedaagde zijn aandelen aan haar overdraagt tegen een door de OK vast te stellen prijs.

Beoordeling OK

Gedaagde stelt zich op het standpunt dat hij (i) ondanks de vergoeding ernstige stoffelijke schade lijdt en (ii) dat eiseres jegens hem afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid tot het instellen van de vordering tot overdwacht overeenkomstig artikel 2:201a BW. Gedaagde meent verder dat eiseres met het uitoefenen van haar recht tot uitkoop in de gegeven omstandigheden misbruik van recht maakt, althans dat die uitoefening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Volgens de OK worden de in artikel 2:201a lid 4 BW genoemde afwijzingsgronden naar vaste rechtspraak beperkt uitgelegd. De OK stelt voorop dat de gedaagde niet gemotiveerd heeft gesteld dat zich een dergelijke afwijzingsgrond voordoet, dan wel dat er sprake is van misbruik van recht of dat de uitoefening van het uitkooprecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De OK kan gedaagde niet volgen in zijn redenering dat hij door de uitkoop een in het verleden liggende kans om de onroerende goederen zelf aan te kopen zou verliezen. Als er al zo'n kans heeft bestaan en het gedaagde vrijstond om die kans te benutten, hetgeen eiseres betwist, dan is die kans verloren gegaan omdat gedaagde daarvan geen gebruik heeft gemaakt en gaat deze niet verloren door de uitkoop, aldus de OK. Daarnaast kan een deskundige een inschatting maken van de te verwachte waardeontwikkeling van de onroerende goederen die aan Fuikebrug toebehoren.

Volgens gedaagde heeft eiseres afstand gedaan van haar bevoegdheid tot het instellen van een uitkoopvordering omdat met hem bijzondere afspraken zijn gemaakt. Gedaagde verwijst hierbij naar de bepalingen in de koopovereenkomst en de akte. Deze afspraken zijn opnieuw bevestigd in de vaststellingsovereenkomst, aldus de gedaagde. Gedaagde stelt zich verder op het standpunt dat het de bedoeling zou zijn geweest van partijen dat gedaagde levenslang zou kunnen profiteren van de ontwikkeling van de op zijn voorspraak aangekochte onroerende zaken.

De OK stelt voorop dat het uitkooprecht ingevolge artikel 2:25 BW dwingendrechtelijk van aard is, waardoor het uitkooprecht niet bij statuten terzijde kan worden gesteld. Overigens kan op grond van artikel 2:201a lid 4 BW van de bevoegdheid tot uitoefening van het uitkooprecht bij overeenkomst worden afgezien. Of dat in dit geschil het geval is, is een kwestie van uitleg. Tegelijkertijd kan niet lichtvaardig worden aangenomen dat partijen beoogd hebben het

wettelijke uitkooprecht in hun onderlinge verhoudingen geheel terzijde te stellen, aldus de OK. De OK oordeelt dat eiseres in geen van de bepalingen afstand doet van haar uitkooprecht en dat gedaagde dat redelijkerwijs ook niet heeft mogen begrijpen. De garanties die eiseres in de koopovereenkomst en de notariële akte heeft gegeven, houden in dat geen kapitaal- of winstverwatering zou optreden. Een redelijke uitleg van deze bepalingen brengt niet mee dat eiseres afstand heeft willen doen van haar uitkooprecht. Tot slot oordeelt de OK dat gedaagde heeft ingestemd met een wijziging van afspraken waardoor eiseres de mogelijkheid tot uitkoop heeft behouden en dat dit niet lijdt tot misbruik van recht. In tegenstelling hetgeen gedaagde aanvoert, heeft eiseres door de verstoorde verhoudingen tussen haar en gedaagde – wat in belangrijke mate is te wijten aan gedaagde – juist een aanzienlijk rechtens te respecteren belang bij de uitoefening van haar wettelijk uitkooprecht.

De OK wijst de vordering van eiseres dan ook toe en beveelt een deskundigenonderzoek naar de waarde van de over te dragen aandelen.

I. Mamouni, juni 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:983

Zaaknummer: 200.309.649/01 OK

Rechters: A.P. Wessels, W.A.H. Melissen en C.C. Meijer

Advocaten: M.M. Hazewinkel, L.Z. Bosman, J. Bouman en A.W. van der Kroef

Wetsartikelen: 2:201a BW en 2:201a lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Oranjewoud N.V & Strukton Groep N.V.

OK; enquête. De RvC verzoekt namens twee vennootschappen een enquête en onmiddellijke voorzieningen vanwege de betrokkenheid van bestuurder en grootaandeelhouder Sanderink. De OK oordeelt dat Sanderink niet meer in staat is de onderneming van de vennootschappen te leiden bij de uitdagingen waar deze voor staat. Bovendien willen de accountant en de banken niet meer met de onderneming samenwerken als Sanderink daarvan bestuurder is of daarbij betrokken is. In de huidige governance blijft Sanderink teveel invloed houden op de onderneming. Tot slot leidt een langlopend conflict van Sanderink met zijn voormalige partner tot onrust binnen de onderneming. Sanderink wordt geschorst als bestuurder, en de (indirect) door hem gehouden aandelen in Oranjewoud worden (minus één aandeel) overgedragen aan een beheerder van aandelen.

Vennootschappelijke achtergrond

Oranjewoud N.V. ('Oranjewoud') is enig aandeelhouder van Strukton Group N.V. ('Strukton'). Strukton is een bouw- en spoorbedrijf dat zich bezighoudt met ontwerp, financiering, bouw, beheer en onderhoud van infrastructuur. Sanderink is enig bestuurder van Oranjewoud en van Strukton. De raad van commissarissen van Oranjewoud en van Strukton ('de RvC') bestaat uit dezelfde leden. De aandelen in Oranjewoud worden voor circa 99% gehouden door Sanderink Investments B.V. ('Sanderink Investments'), waarvan Sanderink enig bestuurder is. De aandelen in Sanderink Investments worden gehouden door Stichting Administratiekantoor Sanderink Investments B.V. ('de StAK'). Sanderink is enig bestuurder van de StAK. Strukton heeft vanaf 2018 te maken met tegenvallende resultaten.

Enquêteverzoek

De RvC heeft namens Oranjewoud en Strukton een enquêteverzoek gedaan. Als aanleiding

voor het verzoek heeft de RvC de betrokkenheid van de heer Sanderink bij Oranjewoud en Strukton genoemd. De RvC benadrukt daarbij het volgende.

Begin 2019 heeft de FIOD een inval gedaan bij het hoofdkantoor van Strukton in verband met een verdenking van het betalen van steekpenningen bij een metroproject in Riyad, Saudi Arabië ('het Riyad Project'), waarbij Strukton sinds 2011 via een consortium betrokken is. Het daaropvolgende onderzoek van het Openbaar Ministerie is nog niet afgerond.

In juli 2020 heeft PwC de relatie met Strukton en Oranjewoud beëindigd. Dit vanwege een gebrek aan interne (financiële) beheersing en de gebrekkige governance binnen Oranjewoud en Strukton. De gebrekkige governance is volgens PwC met name ingegeven door de directie die bestaat uit één persoon, en die tevens voor bijna 99% aandeelhouder is en zijn mening sterk laat gelden. De RvC heeft daarbij in de ervaring van PwC onvoldoende *countervailing powers*.

In het kader van het Riyad Project liep Strukton bovendien grote risico's, die onvoldoende waren afgedekt. Met veel moeite zijn ABN Amro en Rabobank bereid gevonden om noodzakelijke retentiegaranties aan Strukton te verstrekken voor deze risico's. Als voorwaarde daarvoor stelde zij dat Sanderink als aandeelhouder op afstand zou komen van de *operational day to day management* van Strukton, dat er binnen twee jaar een nieuwe CEO zou komen ter vervanging van Sanderink en dat de RvC binnen twee jaar uitsluitend zou bestaan uit onafhankelijke leden.

Sanderink is teruggetreden uit het bestuur, maar heeft in de periode daarna regelmatig bemoeienis gehad met de (interim) CEO's die zijn aangesteld, en heeft enkele van hen per direct ontslagen. De relatie van Strukton en Oranjewoud met de banken verbeterde daarom niet. In april 2021 hebben de banken de volledige kredietrelatie met Strukton en Oranjewoud opgezegd per 13 oktober 2021. De banken zijn niet bereid Strukton te financieren zolang Sanderink betrokken is bij haar organisatie. De liquiditeitspositie van Strukton is ernstig onder druk komen staan. Mazars is met grote moeite aangezocht om PwC op te volgen. Echter, ook Mazars zal haar werkzaamheden niet voortzetten als Sanderink terugkeert in zijn positie als bestuurder van Oranjewoud of Strukton. Oranjewoud en Strukton hebben vanaf 2019 niet kunnen beschikken over goedgekeurde jaarrekeningen. Daarnaast ervaart Strukton problemen bij diverse grote projecten naast het Riyad Project, zoals de bouw van het nieuwe hoofdkantoor van het RIVM en het Groningse hoofdstation.

In november 2022 heeft de OK in een andere onderneming van Sanderink, Centric, een onderzoek bevolen, Sanderink per direct geschorst als bestuurder van die vennootschap en de aandelen die Sanderink Investments in Centric hield, overgedragen aan een tijdelijk

beheerder. Na dat moment heeft de RvC verschillende malen getracht met Sanderink in gesprek te komen. Sanderink heeft zich daarbij in toenemende mate irrationeel gedragen, en was ook op momenten niet aanspreekbaar. De RvC van Oranjewoud en Strukton hebben Sanderink op 17 maart 2023 geschorst als bestuurder van beide vennootschappen.

Oordeel OK

De OK omschrijft de heer Sanderink in haar beschikking als een uitermate succesvol ondernemer die Oranjewoud en Strukton heeft opgericht en geleid. De OK benadrukt eveneens dat Sanderink de laatste jaren in toenemende mate negatief in de publiciteit is gekomen. Dit heeft zijn weerslag gehad op (onder meer) Oranjewoud en Strukton. De OK komt tot de slotsom dat Mazars de werkzaamheden niet zal hervatten als Sanderink terugkomt in het bestuur van Strukton of Oranjewoud. Als dat het geval is zal de onderneming ook geen financiering krijgen van Rabobank of ABN Amro. Tegelijkertijd neemt de onrust toe binnen de organisatie van Oranjewoud en Strukton als gevolg van media-aandacht rondom de persoon van Sanderink en zijn conflict met een voormalig partner. Sanderink lijkt niet bereid of in staat om de gerezen problemen adequaat het hoofd te bieden en de benodigde maatregelen te nemen om de vereiste versterking van de financiële organisatie en de governance te bewerkstelligen. Ook is van belang dat Sanderink Strukton ziet als 'zijn onderneming' en geen onderscheid maakt tussen zijn rol als aandeelhouder en die als bestuurder. De OK oordeelt dat in het licht van dit alles sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. De OK gelast een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Oranjewoud en Strukton vanaf 1 januari 2019 tot 26 april 2023. Zij schorst Sanderink als bestuurder van Oranjewoud en Strukton en draagt alle aandelen in Oranjewoud, met uitzondering van één aandeel, over ten titel van beheer aan een beheerder. Omdat Sanderink geen inhoudelijk verweer heeft gevoerd, wordt er geen kostenveroordeling uitgesproken.

J. Wareman, juni 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-06-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1275

Zaaknummer: 200.326.284/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, J.M. de Jongh, M.A. Scheltema en V.G. Moolenaar

Advocaten: R.J.W. Analbers, M.H.C. Sinninghe Damsté, S.W.A.M. Visée en B.A. Spliet

Wetsartikelen: 2:349a BW