

Nieuwsbrief - OR updates

Nummer 16, 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:2023:1387](#) 15-06-2023

Enquête Esperaza Holding B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:1928](#) 13-06-2023

Bestuurder/STAK Bellivo

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:1182](#) 24-05-2023

Joystar Beheer B.V. c.s./Lisman q.q., curator in het faillissement van Stella Gioia B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:995](#) 04-04-2023

Facemed B.V./Ankates B.V. c.s.

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:3846](#) 06-07-2023

Uitleg artikel 2:241 BW

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:2804](#) 05-07-2023

Kolkman q.q. /Stichting U.A.C. c.s.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:3858](#) 22-06-2023

Weigering heropening vereffening Lyftet Holding B.V.

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2023:3499](#) 14-06-2023

Gezag van gewijsde in procedure tegen vennootschap leidt ook tot afwijzing vordering bestuurdersaansprakelijkheid

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:4851](#) 30-03-2023

Heropening vereffening Tat Food B.V.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:535](#) 27-01-2023

United Fairs B.V./Mede-aandeelhouder van La Sposa Couture B.V.

Annotatie

[Uitstoting van aandeelhouders in kort geding: alleen bij hoge uitzondering\(?\)](#)

E.W.M. Rinnooy Kan

RECHTSPRAAK

Joystar Beheer B.V. c.s./Lisman q.q., curator in het faillissement van Stella Gioia B.V.

Een curator vordert veroordeling van de (indirect) bestuurders van een gefailleerde vennootschap tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW wegens schending van de boekhoudplicht ex artikel 2:10 BW en onbehoorlijk bestuur nu vermogen aan de vennootschap zou zijn onttrokken. De rechtbank wees de vordering van de curator toe. Het hof oordeelt daarentegen dat de (indirect) bestuurders voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat andere omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling belangrijke oorzaken waren van het faillissement van de vennootschap. Het onttrekken van het vermogen kwalificeert gegeven de omstandigheden bovendien niet als kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Aanleiding

Appellant ('de Bestuurder') is bestuurder en enig aandeelhouder in Joystar Beheer B.V. ('Joystar' en tezamen 'Joystar c.s.'). Joystar is enig bestuurder en aandeelhouder van Stella Gioia B.V. ('Stella Gioia'). Stella Gioia is failliet verklaard en in het faillissement is mr. Lisman ('de Curator') aangesteld als curator. De Curator heeft Joystar c.s. aangesproken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid nu de boekhoudplicht bij Stella Gioia zou zijn geschonden en omzet zou zijn onttrokken aan de vennootschap.

Feiten

Nadat Stella Gioia twee afzonderlijke procedures is gestart tegen twee handelspartijen is Joystar International B.V. ('Joystar International'), een zustervenootschap van Stella Gioia opgericht. Vervolgens zijn de vorderingen van Stella Gioia op de handelspartijen gecedeerd aan Joystar International, zonder dat hiervoor een koopprijs is betaald. Tevens is een pandrecht op deze vorderingen gevestigd ten behoeve van Joystar. De uiteindelijk toegewezen

vorderingen zijn vervolgens door de advocaat van Stella Gioia overgemaakt naar Joystar.

Rechtbank

De rechtbank (ECLI:NL:RBDHA:2020:10039, zie ook OR 2021-0023) heeft de (indirect) bestuurders aansprakelijk gehouden voor het boedelttekort op grond van artikel 2:248 BW en verwezen naar de schadestaatprocedure nu de boekhoudplicht zou zijn geschonden, onder meer omdat, kort gezegd, iedere vennootschap een op zichzelf staande entiteit is en de vennootschappen in de groep niet in feite kunnen worden vereenzelvigd nu een en dezelfde persoon uiteindelijk de controle over de vennootschappen voert. Per vennootschap moet daarom een correcte administratie worden gevoerd en daaraan is volgens de rechtbank niet voldaan. Ook los daarvan is sprake van onbehoorlijk bestuur, zo oordeelde de rechtbank. Onder meer het bewerkstelligen dat de opbrengsten van de gerechtelijke procedure ten bate van Joystar kwamen terwijl Stella Gioia met de kosten bleef opgezaaid, is aan te merken als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

Het hof

In hoger beroep komen Joystar c.s. op tegen het vonnis nu er kort gezegd sprake zou zijn van voldoende andere omstandigheden die een belangrijke oorzaak van het faillissement zouden vormen. Het hof stelt voorop dat indien sprake is van een schending van de boekhoudplicht, dit tot gevolg heeft dat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW ook vaststaat dat het bestuur zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De aangesproken bestuurder kan dit vermoeden weerleggen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916). Zou dit een van buiten komende oorzaak zijn, dan dient de Bestuurder bovendien aannemelijk te maken waaruit blijkt dat het nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Indien dit slaagt, is het vervolgens aan de Curator om aannemelijk te maken dat desondanks kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773).

Het hof stelt vast dat de juridische procedures tussen Stella Gioia en haar handelspartners hebben geleid tot het wegvallen van deze belangrijke handelspartners, waarmee nagenoeg de gehele omzet van Stella Gioia wegviel.

Bovendien was Stella Gioia niet in staat zelfstandig de kosten van de gerechtelijke procedures te voldoen. De beslissing om de procedures met de handelspartners te starten is bovendien weloverwogen genomen en ook het overhevelen van nieuwe klanten naar Joystar

International, om het te beschermen tegen eventueel nadeel bij Stella Gioia zijn volgens het hof geen beslissingen die geen redelijk denkend bestuurder in de gegeven omstandigheden zou nemen. Deze nieuwe inkomsten kwamen bovendien ten gunste van het groepsbankkrediet van Joystar, Joystar International en Stella Gioia, van waaruit ook betalingen konden worden verricht door Stella Gioia. Ook de in dit kader overeengekomen cessie is op deze wijze ten gunste gekomen van Stella Gioia. Dat uiteindelijk de kosten van de inning van de vorderingen, van de procedure en tegenvallende uitkomst in hoger beroep mede een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement, acht het hof aannemelijk.

Aldus het hof hebben Joystar c.s. voldoende aannemelijk gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijk oorzaak zijn van het faillissement van Stella Gioia. De Curator heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de schending van de boekhoudplicht een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Ook de verwijten van de Curator dat de Bestuurder omzet aan Stella Gioia heeft onthouden, onterecht onttrekkingen heeft gedaan uit het vermogen van de vennootschap en onterecht vorderingen heeft verpand zijn onvoldoende onderbouwd. Deze omstandigheden zijn volgens het hof dus ook geen belangrijke oorzaak van het faillissement geweest. De Curator heeft tevens onvoldoende toegelicht waarom er mogelijk sprake zou zijn van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur op grond van artikel 2:9 BW of van onrechtmatig handelen op grond van artikel 6:162 BW.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank voor wat betreft de aansprakelijkheid voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW.

T.M. Goudzwaard, augustus 2023

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:1182

Zaaknummer: 200.295.563/01

Rechters: G.C. de Heer, J.L.M. Groenewegen en M.M. Olthof

Advocaten: G.A. Krol en M.T.J. Wilmer

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:248 BW, 2:9 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Facemed B.V./Ankates B.V. c.s.

Er is sprake van een geschil tussen drie aandeelhouders van een vennootschap, zijnde drie praktijkvennootschappen van kaakchirurgen. Zij richtten in 2014 een vennootschap op ten behoeve van het onderhouden van de contractuele relatie met ziekenhuizen namens de praktijkvennootschappen. De relatie tussen de aandeelhouders is op enig moment zodanig ontwricht, mede als gevolg van fraude die door een van hen is gepleegd, dat een ziekenhuis waarmee de vennootschap een samenwerkingsovereenkomst had, deze overeenkomst beëindigt. De wijze van (financiële) afwikkeling van de samenwerking van de aandeelhouders in de vennootschap is wat partijen verdeeld houdt. De OK sluit zich niet volledig aan bij het oordeel van de rechtbank. De OK oordeelt dat partijen verplicht zijn de schade van de andere partij te vergoeden en wijst de vordering tot uittreding van een van de aandeelhouders op grond van artikel 2:343 BW toe. Om de OK in staat te stellen de aandelen te waarderen, beveelt de OK een der partijen aanvullende correspondentie aan te leveren en wordt de zaak verwezen naar de rol.

Inleiding

Facemed B.V. ('Facemed'), Ankates B.V. ('Ankates') en [A] – de praktijkvennootschappen van drie kaakchirurgen – richtten in 2014 gezamenlijk MKA-Chirurgen Noordrand Rotterdam B.V. ('MKA') op, waarin zij (vanaf 2016) ieder een derde van de aandelen hielden en waarvan zij gezamenlijk het bestuur vormden. Na de oprichting van MKA wordt de contractuele relatie met de ziekenhuizen waarin Facemed, Ankates en [A] praktijk hielden door MKA onderhouden. MKA dient als 'doorgeefluik' voor de omzet die door haar aandeelhouders voor eigen rekening en risico in de ziekenhuizen – waaronder de ziekenhuizen van Stichting Sint

Franciscus Vlietland Groep ('SFVG') – wordt behaald met de door hen verleende diensten. MKA exploiteert zelf geen praktijk.

In 2017 komt fraude met declaraties en patiëntendossiers door de enig aandeelhouder en enig bestuurder van Facemed aan het licht. Wat volgt is een geschil tussen Facemed enerzijds en Ankates en [A] (gezamenlijk: 'Ankates c.s.') anderzijds. Dit geschil escaleert zodanig dat het vertrouwen van SFVG in MKA beschadigt en SFVG de samenwerkingsovereenkomst met MKA – op basis waarvan de kaakchirurgen praktijk hielden in het ziekenhuis van SFVG – ('de Samenwerkingsovereenkomst') opzegt met ingang van 1 januari 2019. Daaropvolgend is Facemed per 3 april 2019 ontslagen als bestuurder van MKA.

Het onderhavige geschil tussen partijen gaat over de wijze waarop de samenwerking van partijen in MKA financieel moet worden afgewikkeld.

Procesverloop

In eerste aanleg vordert Facemed veroordeling van Ankates c.s. tot overname van haar aandelen in MKA voor een door de rechtbank vast te stellen koopprijs met billijke verhoging (art. 2:343 BW), alsook betaling van een schadevergoeding groot € 1,4 miljoen wegens een onrechtmatige daad gepleegd door Ankates c.s. In reconventie vorderen Ankates c.s. veroordeling van Facemed tot het aanbieden van haar aandelen in MKA op de voet van de statutaire aanbiedingsregeling, verklaring voor recht dat Facemed jegens MKA én jegens Ankates c.s. onrechtmatig heeft gehandeld – althans toerekenbaar is tekortgeschoten – en veroordeling van Facemed tot vergoeding van de door MKA en Ankates c.s. daardoor geleden schade. De rechtbank wijst de vorderingen van Facemed af en de vorderingen van Ankates c.s. grotendeels toe. Facemed komt hiertegen in principaal appel en vermeerderd in hoger beroep haar eis met de vordering tot opheffing van de conservatoire beslagen gelegd door Ankates c.s. Ankates c.s. komen in incidenteel appel op tegen de afwijzing door de rechtbank van hun vorderingen (voor zover afgewezen) en de door hen geleden schade. Ankates c.s. hebben hun eis in hoger beroep vermeerderd met de vordering Facemed te veroordelen haar aandelen in MKA tegen betaling van € 1 te leveren.

Beoordeling OK

Met de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst door SFVG is de waarde van de aandelen in MKA grotendeels verloren gegaan. Anders dan door de rechtbank is geoordeeld, betekent dat niet dat de schade van Ankates c.s. uitsluitend bestaat uit de waardevermindering van hun aandelen, aldus de OK. De OK overweegt dat de rechtstreekse vorderingen van de praktijkvennootschappen jegens elkaar opnieuw moet worden beoordeeld. Daarbij is het arrest van de Hoge Raad van 2 februari 2007 inzake Tuin Beheer (ECLI:HR:2007:AZO419)

leidend.

Over de vordering van Facemed op Ankates c.s. in verband met de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst, merkt de OK op dat Ankates c.s. zelf hebben bijgedragen aan de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst en dus zijn gehouden de daardoor door Facemed geleden schade te vergoeden. De berekening van de hoogte van de schadevergoeding is echter onjuist. Facemed krijgt daarom de gelegenheid de schade opnieuw te begroten. Daarbij is van belang dat de schadevergoedingsplicht van Ankates c.s. moet worden verminderd, nu het ontstaan van de schade deels ook aan Facemed kan worden toegerekend. Gezien de geringe omvang van de fraude door Facemed enerzijds en de onnodige escalatie van het geschil waarin Ankates c.s. een belangrijk aandeel hebben gehad anderzijds, ziet de OK niet in dat de billijkheid een andere verdeling eist.

Met betrekking tot de vordering van Ankates c.s. op Facemed in verband met de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst wijst de OK erop dat Facemed zelf de voortzetting van de Samenwerkingsovereenkomst voorzienbaar in gevaar heeft gebracht ten gevolge waarvan Ankates c.s. ook een vordering tot schadevergoeding hebben op Facemed. De OK wijst de gevorderde verklaring voor recht dan ook toe. De ontstane schade wordt als verzocht verwezen naar de schadestaatprocedure. De OK ziet geen reden de conservatoire beslagen ten laste van Facemed op te heffen, gezien de vorderingen van Ankates c.s. op Facemed.

De OK overweegt dat de dienstverlening door Facemed aan MKA bij de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst is geëindigd. Vanaf dat moment is Facemed conform de aandeelhoudersovereenkomst verplicht haar aandelen in MKA aan te bieden aan haar medeaandeelhouders. Dit betekent echter niet dat de vordering tot uittreding van Facemed moet worden afgewezen. Daartoe is van belang of Facemed wordt aangemerkt als beknelde aandeelhouder in de zin van artikel 2:343 BW. De verhoudingen tussen Facemed en Ankates c.s. zijn ernstig en duurzaam verstoord. Er is daarnaast geen uitzicht op verbetering en normaal contact tussen partijen is niet meer mogelijk. Hoewel Facemed zelf ook heeft bijgedragen aan de ontwrichting van de relatie met Ankates c.s., oordeelt de OK dat in dezen sprake is van beknelling en dat de vordering tot uittreding toewijsbaar is.

Voor de waardering van de aandelen wordt aan Ankates c.s. het bevel gegeven alle correspondentie in te brengen die namens MKA is gevoerd over vorderingen van MKA in verband met het einde van de Samenwerkingsovereenkomst. De waarde van de aandelen van een praktijkvennootschap is namelijk gelijk aan de waarde van de contractuele afspraken van die vennootschap jegens MKA, aldus de OK.

De OK ziet tot slot geen aanleiding voor een billijke verhoging als bedoeld in artikel 2:343

lid 4 BW, nu aan de voorwaarden niet is voldaan. Er is voorts geen noodzaak voor een ruimere toepassing van deze bepaling, nu de schade die Facemed heeft geleden niet tot uitdrukking komt in een waardedaling van haar aandelen en MKA aldus niet is onderworpen aan de beperking aan het vorderen van afgeleide schade.

S.A. Slijkhuis, augustus 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:995

Zaaknummer: 200.295.488/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, A.P. Wessels, P.G. Boumeester en D. Koopmans

Advocaten: R.C. de Mol, M.H.J. van Rest, Y.A. Wehrmeijer, L.H.J. Baijer, J.P.M. Borsboom en C.F.W.A. Hamm

Wetsartikelen: 2:343 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Esperaza Holding B.V.

OK; enquête. Tweede fase. De meerderheidsaandeelhouder en bestuurder van de vennootschap verzoekt de OK vast te stellen dat er sprake is van wanbeleid binnen de vennootschap en dat de minderheidsaandeelhouder en de ultimate beneficial owners en bestuurders van de minderheidsaandeelhouder daarvoor verantwoordelijk zijn. De OK oordeelt dat uit het onderzoeksverslag is gebleken van wanbeleid en dat de minderheidsaandeelhouder en de ultimate beneficial owners en bestuurders van de minderheidsaandeelhouder daarvoor verantwoordelijk zijn.

Inleiding

Aanvankelijk hield Sonangol E.P. ('Sonangol') alle aandelen in Esperaza Holding B.V. ('Esperaza'). Eind 2006 heeft Sonangol 40% van haar aandelen verkocht aan Exem Energy B.V. ('Exem'), waarvan A altijd de *ultimate beneficial owners* is geweest. Tussen Sonangol en Exem is een geschil ontstaan over de rechtsgeldigheid van de verkrijging van het belang van Exem in Esperaza. De OK heeft in 2020 op verzoek van Sonangol een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Esperaza over de periode vanaf 1 januari 2017 en tevens voor de duur van het geding onmiddellijke voorzieningen getroffen, waaronder de schorsing van de bestuurder van Esperaza ('C') die door Exem was benoemd, de benoeming van een bestuurder met beslissende stem en de overdracht van de aandelen van Exem in Esperaza ten titel van beheer.

Het onderzoek heeft zich toegespitst op besluiten die medio november 2017 door de algemene vergadering en bestuur van Esperaza zouden zijn genomen, waaronder besluiten die erop gericht waren om (i) de door Sonangol benoemde bestuurders van Esperaza te vervangen, (ii) de vrij uitkeerbare reserves van Esperaza uit te keren aan Exem en Sonangol en (iii) Esperaza te ontbinden en haar bestuurders décharge te verlenen. Deze besluiten vielen in de tijd nagenoeg samen met het ontslag van A als voorzitter van de raad van bestuur van

Sonangol.

Verzoek

Sonangol heeft de OK verzocht om vast te stellen dat er sprake is van wanbeleid bij Esperaza en dat onder andere A, C, een niet uitvoerend bestuurder van Sonangol ('D'), Exem en de bestuurders van Exem ('B' en 'TCA') verantwoordelijk zijn voor dat wanbeleid.

Sonangol legt aan haar verzoek ten grondslag dat de besluiten van 14 november 2017 valselijk zijn opgemaakt en gebruikt alsof deze echt waren omdat deze besluiten nimmer door Sonangol zijn ondertekend. Deze besluitvorming diende er volgens Sonangol toe om Esperaza van haar kasreserve te ontdoen en A op frauduleuze wijze een bedrag van € 52,6 miljoen toe te spelen. Sonangol stelt zich verder op het standpunt dat de aandeelhouderbesluiten die deze onttrekking mogelijk moesten maken, nietig zijn, omdat Sonangol niet rechtsgeldig schriftelijk haar stem heeft uitgebracht ter aanvaarding van deze besluiten. Degenen die namens Sonangol deze besluiten hadden getekend, A en D, waren daartoe gezien hun ontslag, op het moment van ondertekening niet meer bevoegd. Daarnaast stelt Sonangol ook dat het bestuursbesluit ter goedkeuring van de uitkering waarmee € 52,6 miljoen aan Esperaza werd onttrokken, nietig is, omdat het niet is genomen door alle in functie zijnde bestuurders, maar door hen die zich ten onrechte op grond van valselijk opgemaakte aandeelhoudersbesluiten voor bestuurders uitgaven.

Oordeel OK

De OK gaat mee in het verhaal van Sonangol en oordeelt dat er gezien deze omstandigheden sprake is van wanbeleid van Esperaza. De OK oordeelt dat de aandeelhouderbesluiten, het bestuursbesluit en de betalingsopdracht direct na het ontslag van A en D als bestuurders van Sonangol op 15 november 2017 met een onverklaarbare haast tot stand zijn genomen. De OK oordeelt dat de genomen besluiten nietig en/of vernietigbaar zijn.

De OK oordeelt verder dat de betalingsopdracht onbevoegd namens Esperaza aan Exem is verstrekt. De besluiten en de betalingsopdracht hebben echter wel tot een onttrekking van € 52,6 miljoen aan Esperaza geleid ten gunste van Exem en daarmee ten gunste van A. De OK oordeelt dat de besluiten opzettelijk zijn vervalst om te verhullen dat zij zijn genomen terwijl A en D niet langer bevoegd waren om als bestuurder voor Sonangol op te treden. De achterliggende reden daarvoor is dat de besluiten er uitsluitend toe strekten de door Esperaza gehouden kasreserves aan Exem, en daarmee aan A, uit te laten keren in de verwachting dat het nieuwe bestuur van Sonangol daaraan niet zou willen meewerken.

Voor het vastgestelde wanbeleid acht de OK onder andere A, D, C, Exem en B

verantwoordelijk.

S.J.A. van Gils, augustus 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-06-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1387

Zaaknummer: 200.320.589/01 OK en 200.320.678/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink en W.A.H. Melissen

Advocaten: L. Heide-Jørgensen, C.B. Schutte, J.G. Geertsma, W.D.M. van Tuyll Serooskerken, M. Wolters, G.J. Wilts, W.J.L. de Clerck, L.J.J. Kerstens en G.P. de Gruijter

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

RECHTSPRAAK

Bestuurder/STAK Bellivo

Het bestuur van een STAK bestaat uit een moeder en haar twee zonen. Op enig moment ontstaat een geschil binnen het bestuur over enkele bestuursbesluiten. Een van de zonen maakt hierover een bodemprocedure aanhangig waarin hij nalaat de voor hem bekende verweren te weerleggen. Verder laat hij het tot een verstekvonnis komen doordat hij de dagvaarding feitelijk aan zichzelf heeft laten uitbrengen. Zowel de rechtbank als het hof achten dit een zeer ernstige schending van artikel 21 Rv. Waar de rechtbank hier enkel gevolgen aan heeft verbonden ten aanzien van de kostenverdeling, gaat het hof verder. Naar het oordeel van het hof gaat het hier namelijk om een ernstige schending van de verplichting om de rechter volledig en naar waarheid te informeren over de voor de beslissing van belang zijnde feiten. Naar het oordeel van het hof staat het voorgaande in onderling verband en samenhang gezien aan toewijzing van de vorderingen van bestuurder in de weg. Desondanks gaat het hof toch ook inhoudelijk in op de vorderingen van de bestuurder en wijst deze af.

Feiten

Een Belgische familie drijft een concern in de vleesindustrie, de Bellivo-groep. Aan het hoofd van dit concern staat STAK Bellivo ('de STAK'). Sinds het overlijden van de vader in deze familie vormen moeder en haar twee zonen het bestuur van de STAK ('het Bestuur'). Zij oefenen via deze stichting hun zeggenschap over het concern uit en zijn houders van door STAK Bellivo uitgegeven certificaten van aandelen in onder meer de in Luxemburg gevestigde holdingvennootschap SA Bellivo. Deze samenwerking komt na het overlijden van de vader onder druk te staan. Na bemiddeling komt er een familiale overeenkomst tot stand. Doel van die overeenkomst is om een van de zonen ('de Bestuurder') in staat te stellen het bedrijf alleen voort te zetten, zonder verdere bemoeienis van zijn moeder of broer. Over de rechtsgeldigheid

van de overeenkomst is een geschil ontstaan. Zowel de rechtbank Antwerpen als het Hof van Beroep Antwerpen hebben de familiale overeenkomst nietig verklaard.

Hierna worden op twee momenten bestuursbesluiten genomen door het Bestuur van de STAK, waarbij de moeder en de ene zoon telkens voorstemden en de Bestuurder tegen. Deze eerst genomen bestuursbesluiten zien op het aanstellen van een raadsman voor de STAK en over voorgenomen ontslagen en benoemingen van bestuurders van SA Bellivo. Over deze eerste bestuursbesluiten, en de rechtsgeldigheid daarvan, wordt door de Bestuurder een bodemprocedure in Nederland aanhangig gemaakt, die vervolgens op verzoek van partijen wordt doorgehaald. Over de tweede bestuursbesluiten gaat onderhavige zaak ('de Besluiten'). Deze Besluiten gaan grotendeels over dezelfde onderwerpen en zijn genomen met dezelfde stemverhoudingen.

Een vordering van de Bestuurder om de STAK te verbieden deze Besluiten uit te voeren, en om een tijdelijk en onafhankelijk bestuurder met beslissende stem voor de STAK te benoemen, is door de voorzieningenrechter bij vonnis van 2 december 2019 afgewezen.

Rechtbank

In eerste aanleg vordert de Bestuurder een verklaring voor recht dat de genomen Besluiten nietig zijn dan wel dat de Besluiten vernietigd worden. De vorderingen worden bij verstekvonnis toegewezen. De STAK komt tegen dit vonnis in verzet en vordert vernietiging van het verstekvonnis. Vervolgens vernietigt de rechtbank het verstekvonnis en wijst de vorderingen van de Bestuurder alsnog af.

Hof

De Bestuurder gaat in hoger beroep met drie grieven. Hij heeft geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en tot het alsnog toewijzen van zijn vorderingen.

Het hof oordeelt – net zoals de rechtbank – dat de Bestuurder artikel 21 Rv heeft geschonden. De Bestuurder heeft namelijk nagelaten om in eerste aanleg het vonnis van de rechtbank Antwerpen te overleggen. Daarnaast had hij gezien de substantiëringsplicht ook moeten ingaan op de verweren van de STAK, voor zover deze hem bekend waren uit de nagenoeg gelijke bodemprocedure die eerder is doorgehaald door partijen. Waar de rechtbank hieraan enkel gevolgen heeft verbonden ten aanzien van de kostenverdeling, gaat het hof verder. Naar het oordeel van het hof gaat het hier namelijk om een ernstige schending van de verplichting om de rechter volledig en naar waarheid te informeren over de voor de beslissing van belang zijnde feiten. Het hof neemt daarin mee dat de Bestuurder het bewust op een verstekvonnis heeft laten aankomen door de dagvaarding feitelijk aan zichzelf uit te brengen. Naar het

oordeel van het hof staat reeds het voorgaande in onderling verband en samenhang gezien aan toewijzing van de vorderingen van Bestuurder in de weg.

Het hof ziet aanleiding om ook een inhoudelijk oordeel te geven over de vorderingen van de Bestuurder.

De Bestuurder stelt dat de Besluiten nietig zijn nu deze niet unaniem zijn genomen. De STAK stelt dat enkel een gewone meerderheid vereist is. Het hof oordeelt dat bepalingen in statuten in beginsel moeten worden uitgelegd aan de hand van objectieve maatstaven. De statuten hebben namelijk niet alleen invloed op de opstellers maar ook op derden die niet betrokken waren bij het opstellen daarvan. Naar het oordeel van het hof strookt de primair door de STAK gegeven uitleg van de statuten het meest met deze maatstaf. De eerste grief faalt daarom.

Verder betoogt de Bestuurder dat de oproepingsbrief niet aan de eisen van de statuten voldeed. De Besluiten zouden daarom vernietigbaar zijn. Het hof stelt vast dat de statuten slechts bepalen dat de oproepingsbrieven behalve plaats en tijdstip van de vergadering, de te behandelen onderwerpen vermelden. Er zijn geen aanknopingspunten dat op grond van de statuten andere eisen aan de oproepingsbrief zijn te stellen. Deze grief faalt dus ook.

De laatste grief ziet op de proceskostenvergoeding, deze grief behoeft geen afzonderlijke behandeling nu de eerste twee grieven reeds faalden.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd.

Y. Boekhout, augustus 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-06-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:1928

Zaaknummer: 200.308.361/01

Rechters: J.P. de Haan, A.C. van Campen en M.C. Schepel

Advocaten: M.A. Oostendorp en S.C.M. van Thiel

Wetsartikelen: 2:14 BW, 2:15 BW en 21 Rv

ANNOTATIE

Uitstoting van aandeelhouders in kort geding: alleen bij hoge uitzondering(?)

E.W.M. Rinnooy Kan

Beschouwingen naar aanleiding van Rb. Gelderland (vzr.) 27 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:535

Analoge toepassing van artikel 2:336 e.v. BW in kort geding. Een (niet-verschenen) buitenlandse partij wordt veroordeeld om zijn aandelen af te staan aan zijn medeaandeelhouder. Heeft de voorzieningenrechter – in de kennelijke haast om een snelle oplossing van het geschil te bewerkstelligen – deze ingrijpende maatregel niet te snel willen toewijzen?

1 Inleiding

Deze uitspraak gaat over de (analoge) toepassing van de wettelijke geschillenregeling (Boek 2, titel 8, afdeling 1 BW) in kort geding. Meer specifiek betreft het een vordering tot uitstoting ex artikel 2:336 BW. Omdat de gedaagde aandeelhouder in het buitenland (Italië) woonachtig is, en bovendien niet in het geding is verschenen, biedt de uitspraak tevens aanknopingspunten om in te gaan op de internationale bevoegdheid van de Nederlandse (voorzieningen)rechter in vennootschapsrechtelijke geschillen, en de vraag onder welke omstandigheden de voorzieningenrechter bij een uitstootprocedure in kort geding verstek zou moeten verlenen aan een buitenlandse gedaagde.

Op grond artikel 2:336 BW kan de aandeelhouder (van een BV) die de belangen van de vennootschap zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet langer kan worden geduld, door zijn medeaandeelhouder(s) worden gedwongen om zijn aandelen over te dragen. In de praktijk wordt de vordering tot *uitstoting* (jij eruit) net als de daaraan gelieerde vordering tot *uittreding* ex artikel 2:343 BW (ik eruit) echter maar weinig ingezet. De procedure wordt, om diverse redenen, als ontoereikend ervaren.^[1] Het kan jaren duren voordat een aandeelhoudersgeskil onder artikel 2:336 BW definitief is beslecht. Tot die tijd zitten de ruziënde aandeelhouders aan elkaar vast. Bovendien is het materiële toepassingsgebied van de uitstootregeling beperkt. Slechts gedragingen die een aandeelhouder *in die hoedanigheid* heeft verricht, kunnen

aanleiding vormen voor uitstoting (het zogenaamde hoedanigheidsvereiste).[2] Aandeelhouders die met elkaar overhoop liggen, kunnen doorgaans meer bereiken in minder tijd door een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer te beginnen.[3] Soms is de snelle uitstoting van een aandeelhouder evenwel de enige (gepercipieerde) oplossing voor een geschil. De Ondernemingskamer kan in een enquêteprocedure geen definitieve splitsing tussen ruziënde aandeelhouders afdwingen, en een bodemprocedure duurt dan te lang. Een uitstootvordering in kort geding kan dan uitkomst bieden.

De eerste keer dat een vordering tot uitstoting van een medeaandeelhouder in kort geding werd toegewezen, was in 1998 in een uitspraak van (de president in kort geding van) de rechtbank Breda.[4] Waar Groffen zich in zijn noot onder die uitspraak nog kritisch uitlaat over de toelaatbaarheid van zo'n ingrijpende en (de facto) definitieve beslissing in kort geding, is een dergelijke vordering nadien nog meermaals ingesteld en in een aantal gevallen ook toegewezen. Dat het mogelijk is om in kort geding uitstoting te vorderen op de voet van artikel 2:336 BW wordt inmiddels ook algemeen geaccepteerd.[5] Zowel in de rechtspraak als in de literatuur wordt evenwel stevast benadrukt dat de aard van de vordering – de gedwongen overdracht van aandelen – en de verstreckende gevolgen bij toewijzing daarvan met zich meebrengen dat de voorzieningenrechter zijn bevoegdheden in dit kader met gepaste terughoudendheid dient te hanteren.[6]

Naast voldoende verwijtbaar handelen van de gedaagde (in diens hoedanigheid van aandeelhouder), moet er sprake zijn van uitzonderlijke omstandigheden die onmiddellijk ingrijpen door de voorzieningenrechter rechtvaardigen. Het standaardvoorbeeld is daarbij een onmiddellijk dreigend faillissement dat niet kan worden afgewend indien de dwarsliggende aandeelhouder zijn aandelen niet afstaat (doorgaans omdat een externe financier dit als voorwaarde stelt voor nieuwe financiering). De bodemprocedure kan dan redelijkerwijs niet worden afgewacht.[7] Een existentiële crisis binnen de vennootschap is in de praktijk echter geen absoluut vereiste voor een succesvolle uitstoting in kort geding. De aandeelhouder die zich (al dan niet in die hoedanigheid) stelselmatig misdraagt – maar zonder daarbij de continuïteit van de vennootschap in gevaar te brengen –, loopt eveneens het risico dat een assertieve voorzieningenrechter de uitstootvordering aangrijpt om een aandeelhoudersgeskil snel en (de facto) definitief te beslechten. Zo'n quick fix is dogmatisch weliswaar niet altijd even zuiver, maar wel zo efficiënt, is de gedachte.[8]

Hoewel een uitgebreid feitenoverzicht ontbreekt, lijkt een dergelijke situatie zich ook in de onderhavige zaak voor te doen. Uit de feiten die wel uit het vonnis kunnen worden gedestilleerd, volgt duidelijk dat de voorzieningenrechter niet bepaald gecharmeerd is door de opstelling van de gedaagde (zoals die wordt geschetst door zijn medeaandeelhouder). Terwijl eiser zijn best doet om de noodlijdende vennootschap op de been te houden, frustreert

gedaagde de besluitvorming door niets van zich te laten horen. De overige aantijgingen aan het adres van de gedaagde aandeelhouder zijn ook zeker niet mals. Dat de gedaagde niet in het geding is verschenen, kan dat beeld verder hebben versterkt. Concreet wordt de niet-verschenen buitenlandse aandeelhouder veroordeeld om zijn 50%-aandelenbelang voor een paar euro (zie hierna) af te staan. Een beslissing met zeer verstrekkende gevolgen. De vraag is of de voorzieningenrechter – in het streven naar een snelle en efficiënte oplossing voor eiser en de vennootschap – de vordering niet te makkelijk heeft toegewezen.

Hierna volgt eerst een kort overzicht van de casus. Vervolgens ga ik in op de drie thema's die in de uitspraak worden behandeld:

1. de (internationale) bevoegdheid van de voorzieningenrechter;
2. de vraag of hier inderdaad verstek mocht worden verleend; en tot slot
3. de materiële vereisten voor uitstoting in kort geding en de motivering van het oordeel.

Met name met betrekking tot die laatste twee thema's – het verlenen van verstek en de inhoudelijke beoordeling van de vordering – komt het beeld van de (wellicht iets te) assertieve en welwillende voorzieningenrechter duidelijk naar voren. Ik sta ook nog kort stil bij het wetsvoorstel tot aanpassing van de geschillenregeling, de 'Wagevoe',^[9] en de mogelijke gevolgen daarvan voor (de beoordeling van) de uitstootvordering in kort geding. De Wagevoe is al langere tijd in voorbereiding. Na jaren radiostilte (de consultatieperiode liep eind 2019 af) is echter vrij recent (mei 2023) een aangepast wetsvoorstel ter advies aan de Raad van State voorgelegd. Er lijkt dus weer wat schot in de zaak te zitten.

2 Feiten en procesverloop

Gelet op de beperkte lengte van de uitspraak behandel ik de casus en het procesverloop gezamenlijk.

Eiseres in dit kort geding is United Fairs B.V. (hierna: United Fairs), houder van 50% van de aandelen in en tevens enig bestuurder van La Sposa Couture B.V. (hierna: La Sposa of de Vennootschap). Enig googlewerk leert dat La Sposa actief is in de organisatie van beurzen en congressen. Gedaagde is de natuurlijke persoon [X], woonachtig in Italië en houder van de overige 50% van de aandelen. United Fairs vordert in kort geding de overdracht door [X] van diens aandelen op grond van artikel 2:336 BW.

Nadat de voorzieningenrechter achtereenvolgens heeft geconcludeerd (1) dat hij bevoegd is om van het geschil kennis te nemen (r.o. 3.1-3.4), (2) dat tegen de niet-verschenen [X] verstek

kan worden verleend (r.o. 3.5-3.8), en (3) dat Nederlands recht van toepassing is (r.o. 3.9),^[10] komt hij toe aan een inhoudelijke behandeling van de vorderingen van United Fairs (r.o. 3.10-3.11). De achtergrond van het geschil wordt behoorlijk summier en eenzijdig gepresenteerd. Dat laat zich verklaren door het feit dat het een verstekvonnis betreft, en de voorzieningenrechter, bij gebrek aan enig tegengeluid van [X], aangewezen is op het verhaal van United Fairs.

Tussen de beide aandeelhouders is kennelijk sprake van een impasse. United Fairs verwijt [X] dat deze niet reageert op uitnodigingen voor aandeelhoudersvergaderingen of op andere berichten van de Vennootschap en/of United Fairs. Volgens de voorzieningenrechter is het bovendien aannemelijk geworden dat [X] buiten de Vennootschap om gelden van opdrachtgevers in ontvangst neemt, en zelf concurrerende activiteiten ontplooit. Als gevolg van de opstelling van [X] kunnen belangrijke besluiten binnen de Vennootschap, zoals het vaststellen van de jaarstukken en besluitvorming over het al dan niet aantrekken van nieuwe financiering, niet 'met voldoende voortvarendheid' worden genomen. United Fairs is niet bereid nog verdere financiering te verstrekken zolang [X] aandeelhouder blijft, en ook de bank dreigt de relatie met La Sposa op te zeggen wegens bezwaren tegen [X] als aandeelhouder.

Tegen die achtergrond komen de vorderingen van United Fairs de voorzieningenrechter niet onrechtmatig of ongegrond voor. [X] wordt veroordeeld om binnen één week na betekening van het vonnis over te gaan tot overdracht van de door hem gehouden aandelen in La Sposa tegen de nominale waarde van de aandelen. De oprichtingsakte van La Sposa vermeldt een geplaatst kapitaal van 180 aandelen met een nominale waarde van EUR 0,10 per stuk. Ervan uitgaande dat er nadien geen aandelen meer zijn uitgegeven (de jaarrekeningen van La Sposa bieden wat dat betreft in ieder geval geen aanknopingspunten), wordt het belang van [X] daarmee gewaardeerd op EUR 9. Voor zover [X] in gebreke blijft met de levering, machtigt de voorzieningenrechter de Vennootschap om de aandelen namens [X] te leveren ex artikel 2:341 lid 4 BW. Het vonnis wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

3 Commentaar

3.1 Is de voorzieningenrechter in casu (internationaal) bevoegd? (r.o. 3.1-3.4)

Net als de voorzieningenrechter sta ik als eerste stil bij de rechtsmacht en de relatieve bevoegdheid.

3.1.1 Rechtsmacht

Nu [X] in een EU-lidstaat (Italië) woonachtig is, wordt de rechtsmacht van de

voorzieningenrechter in casu beheerst door de herschikte Brussel I-verordening (hierna: Brussel I-bis).[11] Ingevolge artikel 4 Brussel I-bis is de hoofdregel dat een gedaagde wordt opgeroepen voor het gerecht van de lidstaat waar hij woonplaats heeft. De voorzieningenrechter overweegt dat, nu hij in casu geen rechtsmacht aan de hoofdregel kan ontleen, moet worden onderzocht of zijn bevoegdheid elders uit de verordening kan worden afgeleid. In dat kader komt de voorzieningenrechter uiteindelijk uit bij artikel 24 lid 2 Brussel I-bis. Dat artikel bepaalt dat bij geschillen betreffende ‘de geldigheid, nietigheid of de ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen met een plaats van vestiging in een lidstaat, dan wel van de besluiten van hun organen’ de rechten van die lidstaat *exclusief* bevoegd zijn, *ongeacht* de woonplaats van partijen. In zoverre had de voorzieningenrechter de hoofdregel van artikel 4 Brussel I-bis buiten beschouwing kunnen laten: wanneer de voorzieningenrechter op grond van artikel 24 lid 2 Brussel I-bis bevoegd is, doen de andere bevoegdheidsregels er niet meer toe.

Naar de letter strekt de exclusieve bevoegdheid van de rechter onder artikel 24 lid 2 Brussel I-bis tot geschillen over de *geldigheid* van een besluit of de ontbinding van een rechtspersoon. In zijn uitspraak in *Hassett & Doherty* heeft het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) gekozen voor een restrictieve uitleg van het artikel.[12] Sindsdien bestaat er een spanningsveld tussen enerzijds die restrictieve/taalkundige uitleg en anderzijds de – alleszins begrijpelijke – wens vanuit de praktijk om de reikwijdte van het artikel door te trekken naar andere typisch Nederlandse vennootschapsrechtelijke procedures, zoals de wettelijke geschillenregeling. Die wens is ook in lijn met de ratio van het artikel: dat het materiële recht dat de vennootschap beheerst ook (exclusief) door de ‘eigen rechter’ wordt toegepast, zodat het toepasselijke recht en de bevoegdheden van de rechter met elkaar in de pas lopen (de zogenaamde *Gleichlauf*). Ik zal de discussie rondom het belang van de *Gleichlauf* en de grenzen van artikel 24 lid 2 Brussel I-bis hier niet uitgebreid bespreken. Kort gezegd pleit een meerderheid van de Nederlandse auteurs wel voor een ruimere interpretatie, die (onder meer) de wettelijke geschillenregeling omvat.[13]

In casu kiest de voorzieningenrechter ook voor die ruimere uitleg van artikel 24 lid 2 Brussel I-bis. Opmerkelijk is dat de voorzieningenrechter daarbij wel verwijst naar de strenge lijn van de *Hassett & Doherty*-uitspraak, maar niet naar de meer recent gewezen (en veelvuldig geannoteerde) uitspraak in de zaak *Dedouch*. [14] In die uitspraak (over een Tsjechisch uitkoopgesil) lijkt het hof – onder verwijzing naar het belang van de *Gleichlauf* – de deur op een kier te hebben gezet voor een minder restrictieve uitleg van artikel 24 lid 2 Brussel I-bis. Zo is de uitspraak in ieder geval door de meeste auteurs ontvangen.[15] In de uitkoopprocedure naar aanleiding van de overname van het Nederlandse Gemalto door het Franse Thales nam de Ondernemingskamer ook al rechtsmacht aan onder uitdrukkelijke

verwijzing naar Dedouch.[16] Dat de voorzieningenrechter zich in de onderhavige uitspraak niet van Dedouch bedient, laat zich mogelijk verklaren door het feit dat hier niet de uitkoop, maar de uitstoting van een aandeelhouder centraal staat. Een andere mogelijke verklaring is gelegen in het feit dat r.o. 3.2-3.3 zijn ontleend aan de daar aangehaalde uitspraken van de rechtbank Oost-Brabant. Deze uitspraken dateren van voor het arrest Dedouch. United Fairs heeft de voorzieningenrechter vermoedelijk ook niet op Dedouch gewezen.

Dat de voorzieningenrechter zich hier internationaal bevoegd verklaart, lijkt mij, gelet op het voorgaande, terecht. Het valt vanuit praktisch oogpunt alleen maar toe te juichen en strookt ook met de heersende opvatting in de literatuur en de mildere koers die het HvJ EU met betrekking tot artikel 24 lid 2 Brussel I-bis met Dedouch lijkt te hebben ingezet. Het belang van de Gleichlauf geldt bij een uitstootvordering in kort geding net zo goed als – of zelfs sterker dan – bij een bodemprocedure. Van een Italiaanse (voorzieningen)rechter kan redelijkerwijs niet worden verwacht dat hij een dergelijke esoterische vordering naar Nederlands recht deugdelijk en met de vereiste spoed beoordeelt.

3.1.2 Relatieve bevoegdheid

Over de relatieve bevoegdheid merk ik nog het volgende op. De voorzieningenrechter baseert zijn relatieve bevoegdheid op artikel 2:336 lid 3 BW (in de uitspraak wordt abusievelijk verwezen naar lid 1). Op grond van dat artikel is de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap in eerste instantie exclusief bevoegd om kennis te nemen van een uitstootvordering. Deze bepaling geldt evenwel niet in kort geding. Hier, in eerste aanleg, maakt dat niet uit. Op grond van de regel dat de voorzieningenrechter van het arrondissement waar de voorziening moet worden getroffen bevoegd is, komt men alsnog uit bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland.[17] Wat het hoger beroep betreft geldt echter dat, in afwijking van artikel 2:336 lid 3 BW, niet de Ondernemingskamer maar het ‘gewone’ gerechtshof relatief bevoegd is (hier dus gerechtshof Arnhem-Leeuwarden).

3.2 Is hier terecht verstek verleend? (r.o. 3.5-3.8)

Na de rechtsmacht buigt de voorzieningenrechter zich over de vraag of de niet-verschenen [X] conform artikel 56 Rv en de (herschikte) Betkeningsverordening (hierna: BetVo)[18] geldig in het geding is opgeroepen. De voorzieningenrechter stelt vast dat United Fairs de dagvaarding (van 12 december 2022) zowel via de route van de Italiaanse ontvangende instantie (art. 8 BetVo)[19] als per aangetekende post met ontvangstbevestiging (art. 18 BetVo) aan [X] heeft willen betekenen. United Fairs heeft in dat kader evenwel geen certificaat van betekening van de ontvangende instantie (art. 14 BetVo) noch een ontvangstbevestiging van het aangetekende schrijven kunnen overleggen. Bij die stand van zaken kan niet worden vastgesteld dat de

betekening (langs één of beide routes) geldig heeft plaatsgevonden.

Toch verleent de voorzieningenrechter verstek tegen [X], onder verwijzing naar artikel 22 BetVo. United Fairs heeft de dagvaarding op 13 december 2022 tevens verzonden naar het (laatst bekende) e-mailadres van [X]. Het laatste e-mailbericht dat [X] vanuit dat e-mailadres heeft verzonden, zou dateren van 30 september 2022, oftewel bijna drie maanden eerder. Op basis van de overgelegde e-mailcorrespondentie staat wat de voorzieningenrechter betreft in voldoende mate vast dat de dagvaarding [X] ook daadwerkelijk en tijdig heeft bereikt, en dat [X] voldoende tijd – meer dan vier weken – heeft gehad om de zaak voor te bereiden. Daarmee is volgens de voorzieningenrechter aan de voorwaarden van artikel 22 lid 1 sub b BetVo voldaan.

De motivering van de voorzieningenrechter is op dit punt niet zuiver. Allereerst dient artikel 22 BetVo ter bescherming van de niet-verschenen gedaagde.^[20] Het uitgangspunt is daarbij dat bij het niet verschijnen van de gedaagde de zaak wordt aangehouden, *tenzij* een van de in dat artikel genoemde uitzonderingen zich voordoet. De voorzieningenrechter draait het hier om: de zaak hoeft ‘enkel’ te worden aangehouden ‘als niet kan worden vastgesteld dat (...)’. Verder is het criterium onder artikel 22 lid 1 sub b BetVo niet dat de dagvaarding de gedaagde ‘daadwerkelijk en tijdig heeft bereikt’, maar dat het stuk daadwerkelijk is afgegeven aan de gedaagde *in persoon* of aan zijn verblijfplaats *op een andere in de verordening geregelde wijze*. De verordening voorziet niet in elektronische afgifte of kennisgeving, anders dan (1) via zogenaamde ‘gekwalificeerde diensten voor elektronische aangetekende verzending’ of (2) met uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de rechter of de geadresseerde, waarbij ook weer een ontvangstbevestiging moet worden overgelegd (art. 19 lid 1 BetVo). Er is ook geen indicatie dat [X] het desbetreffende e-mailadres na 30 september 2022 heeft gebruikt, en [X] heeft ook niet op een andere wijze laten blijken dat hij de dagvaarding (tijdig) heeft ontvangen. Althans, dat volgt niet uit de uitspraak. In zoverre voldoet het versturen van de e-mail van 13 december 2022 niet aan de vereisten van artikel 22 lid 1 sub b BetVo en had de voorzieningenrechter niet op die grond verstek mogen verlenen aan [X]. De voorzieningenrechter had hier, volgens mij, (1) moeten constateren dat er niet conform de regels van de BetVo is betekend (althans dat dat onvoldoende uit de stukken naar voren komt), en vervolgens (2) moeten nagaan of, en zo ja, moeten motiveren waarom in dit geval – gelet op het spoedeisende karakter van de zaak na afweging van de betrokken belangen – er desalniettemin ruimte was om verstek te verlenen.

Die ruimte is overigens beperkt. Artikel 22 lid 3 BetVo bepaalt in dat kader dat, ook indien niet aan de vereisten van lid 1 en/of 2 is voldaan, de rechter in spoedeisende gevallen voorlopige of bewarende maatregelen mag bevelen. ‘Voorlopige of bewarende maatregelen’ is een begrip dat in de rechtspraak van het HvJ EU autonoom wordt uitgelegd (doorgaans in het kader van

art. 35 Brussel I-bis). Niet elke maatregel die de voorzieningenrechter naar Nederlands recht mag bevelen, kan onder dit begrip worden geschaard. Met betrekking tot het toewijzen van een voorschot op een contractuele geldvordering in kort geding heeft het HvJ EU in Van Uden/Deco-Line bijvoorbeeld overwogen dat dit slechts als voorlopige of bewarende maatregel kwalificeert, wanneer daarbij (onder meer) het restitutierisico van de gedaagde wordt gemitigeerd.[21] Kramer merkt, onder verwijzing naar Van Uden/Deco-Line, ook op dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat (de voorloper van) artikel 22 lid 3 BetVo ook voor een dergelijke maatregel een uitzondering op de geldende betekenisvereisten verschaft. Enige terughoudendheid van de voorzieningenrechter is hier op zijn plaats.[22]

Mij dunkt dat het uitstoten van een aandeelhouder een veel verstrekkendere maatregel is, met een definitiever karakter, dan het toewijzen van een geldvordering. Ik kan ook niet zo snel bedenken hoe dat definitieve karakter eenvoudig kan worden gemitigeerd. Als gevolg van de uitstoting verliest [X] alle zeggenschap over de Vennootschap, en krijgt de overblijvende aandeelhouder vrij baan om de doorgaans verstrekkende en moeilijk omkeerbare maatregelen te nemen c.q. goed te keuren die de onderneming weer op de been moeten gaan helpen (bijvoorbeeld een reorganisatie, nieuwe aandelenemissies en/of het aantrekken van nieuw vreemd vermogen). Bij een succesvol hoger beroep – dan wel, in geval van een verstekvonnis, een succesvol verzet – van de uitgestoten aandeelhouder zullen de aandelen in de meeste gevallen weliswaar terug kunnen worden overgedragen, maar de aandeelhouder die in eerste instantie in kort geding is uitgestoten, zal bij terugkeer doorgaans een wezenlijk andere onderneming aantreffen dan die hij achterliet. In eerdere uitspraken zie je wel dat de voorzieningenrechter, waar relevant, een slag om de arm houdt wat betreft de waardering van de over te dragen aandelen.[23] Maar *dat* de aandelen moeten worden overgedragen, staat niet ter discussie. Het ligt dan ook niet voor de hand dat het HvJ EU de uitstoting van een aandeelhouder als voorlopige of bewarende maatregel zou aanmerken, die een afwijking van artikel 22 lid 1 BetVo rechtvaardigt.

De wens om United Fairs en La Sposa tegemoet te komen is, zoals gezegd, goed te begrijpen. De Vennootschap verkeert in zwaar weer, en dat [X] niet komt opdagen, is tekenend voor de houding die hij zich (volgens United Fairs) binnen de Vennootschap aanmeet. Maar de radiostilte zijdens [X] zou ook het gevolg kunnen zijn van het feit dat [X] simpelweg niet (tijdig) met de dagvaarding bekend is geworden. Tegen dat risico tracht artikel 22 lid 1 BetVo [X] juist te beschermen. Uiteindelijk is het aan United Fairs om aan te tonen dat [X] deugdelijk is opgeroepen en is er, afgaande op de overwegingen van de voorzieningenrechter, een gerede kans dat dit niet (tijdig) is gebeurd. Wanneer men die twijfel afzet tegen de aard en gevolgen van de uitstootvordering, had de voorzieningenrechter de zaak mijns inziens beter kunnen aanhouden. Hoe dan ook had de voorzieningenrechter hier zijn beslissing om van de

BetVo af te wijken beter moeten motiveren.

3.3 Is artikel 2:336 e.v. BW hier juist toegepast? (r.o. 3.10-3.11)

Uiteindelijk komt de voorzieningenrechter toe aan de inhoudelijke beoordeling van de vorderingen van United Fairs. Voor uitstoting in kort geding moet, naast voldoende verwijtbaar handelen van de aandeelhouder, tevens sprake zijn van uitzonderlijke omstandigheden die het onmiddellijke ingrijpen door de voorzieningenrechter rechtvaardigen. In casu betreft de voorzieningenrechter een aantal omstandigheden in zijn oordeel, namelijk:

1. dat [X] niet op uitnodigingen voor (B)AVA's of andere berichten van United Fairs en/of La Sposa reageert, waardoor belangrijke besluiten binnen de Vennootschap niet kunnen worden genomen;^[24]
2. dat [X] buiten La Sposa om gelden incasseert van opdrachtgevers (van La Sposa, vermoed ik, al vermeldt de uitspraak dit niet expliciet) en ook concurrerende activiteiten ontplooit (althans, dat United Fairs dat aannemelijk heeft gemaakt);
3. dat United Fairs niet bereid is La Sposa verder te financieren zolang [X] nog aandeelhouder is; en
4. dat de bank dreigt om de relatie met La Sposa te beëindigen wegens 'bezwaren tegen de persoon [X] als aandeelhouder'.

3.3.1 De beslissing is te summierlijk gemotiveerd, gelet op de aard van de vordering en de gevolgen bij toewijzing

Een en ander wordt in de uitspraak niet nader toegelicht. Daarmee wordt niet helemaal duidelijk hoe slecht de vennootschap er precies voor staat, en of er na de uitstoting van [X] daadwerkelijk zicht is op een oplossing voor de problemen (bijvoorbeeld het aantrekken van additionele externe financiering of het bijstorten van eigen vermogen door United Fairs). Dat is wel degelijk relevant voor de vraag of de onmiddellijke uitstoting in kort geding gerechtvaardigd is (zie hieronder). De voorzieningenrechter maakt ook geen duidelijk onderscheid tussen enerzijds de litigieuze gedragingen van [X] (onder 1 en 2) en anderzijds de gevolgen van die gedragingen (onder 3 en 4). Ze staan in r.o. 3.10 en 3.11 door elkaar heen. Daarbij is uit het vonnis niet direct op te maken binnen welke context de voorzieningenrechter deze omstandigheden van belang acht: die van de verwijtbaarheid van

het gedrag van [X], van de bijkomende uitzonderlijke omstandigheden, of van beide.

De motivering van de voorzieningenrechter lijkt mij te summier. Er mag dan verstek zijn verleend, maar zoals gezegd gebieden de aard en de gevolgen van uitstoting in kort geding een zekere mate van terughoudendheid van de voorzieningenrechter.[25] Daarbij past mijns inziens ook dat een voorzieningenrechter het voor de veroordeelde aandeelhouder inzichtelijk maakt waarom zo'n ingrijpende maatregel hier juist wel op zijn plaats is, ook (of juist) wanneer tegen die aandeelhouder verstek is verleend. De voorzieningenrechter is in kort geding niet gebonden aan de regel van artikel 139 Rv, dat de vordering bij verstek van de gedaagde moet worden toegewezen, tenzij deze de rechter kennelijk onrechtmatig of ongegrond voorkomt.[26] Er is dus ruimte voor nader onderzoek en, in het verlengde daarvan, een meer uitgebreide motivering van de beslissing. Van die ruimte zou de voorzieningenrechter in een zaak als deze dan ook gebruik moeten maken.

3.3.2 Welke omstandigheden zijn (strikt genomen) relevant voor de toewijzing van de vordering?

Dan de door de voorzieningenrechter aangehaalde omstandigheden. De omstandigheden onder 1, dat [X] nergens op reageert, en onder 4, dat de bank als gevolg van de opstelling van [X] de relatie met La Sposa dreigt op te zeggen, vormen samen het sterkste argument vóór de uitstoting van [X] in kort geding. Het 'verlammen' van de besluitvorming in de Vennootschap is typisch een gedraging die [X] kan worden toegerekend *in zijn hoedanigheid van aandeelhouder*, waarvoor de vordering ex artikel 2:336 BW ook is bedoeld. De voorzieningenrechter plaatst de patstelling binnen de AVA overigens, ten onrechte, slechts in de sleutel van het spoedeisende belang van United Fairs bij haar vorderingen (r.o. 3.10). Daarnaast is opzegging door de bank bij uitstek een omstandigheid die onmiddellijk ingrijpen in kort geding rechtvaardigt: met het wegvallen van de belangrijkste externe financier ligt een faillissement al snel op de loer, al wordt dit nergens in de uitspraak uitdrukkelijk benoemd. Het ligt op de weg van United Fairs om (ook in een verstekzaak, zie hierboven) voldoende aannemelijk te maken dat opzegging van de bankrelatie daadwerkelijk aan de orde is wanneer [X] zijn aandelen niet overdraagt, en dat de continuïteit van de Vennootschap daarmee inderdaad acuut in gevaar is. Die onderbouwing zou vervolgens ook duidelijk uit het (verstek)vonnissen moeten volgen.

De omstandigheid onder 3, dat [X] heimelijk gelden incasseert die voor La Sposa zijn bedoeld en ook concurrerende activiteiten ontplooit, is weliswaar laakbaar (althans, kan dat zijn), maar deze gedragingen voldoen strikt genomen niet aan het hoedanigheidsvereiste van artikel 2:336 BW. Blijkens de wetsgeschiedenis kunnen dergelijke gedragingen dan ook geen grond voor uitstoting vormen.[27] Dat geldt in kort geding net zo goed, waar de afweging van de betrokken belangen steeds plaats dient te vinden in samenhang met een oordeel over de

aannemelijkheid van een bestaande rechtsgrond voor de vordering.[28] In recente uitspraken (zowel bodemzaken als in kort geding) ziet men wel dat de grenzen van het hoedanigheidsvereiste steeds meer worden opgezocht.[29] Gedragingen verricht door de gedaagde in andere hoedanigheid (bijvoorbeeld die van bestuurder van de vennootschap) worden bijvoorbeeld geacht het functioneren als aandeelhouder te hebben ‘ingekleurd’[30] of te hebben bijgedragen aan een algemeen conflict dat zich ‘mede’ op aandeelhoudersniveau heeft gemanifesteerd.[31] Wellicht heeft de voorzieningenrechter hier ook de koppeling willen leggen tussen voornoemde gedragingen van [X] en het vastlopen van de besluitvorming in de AVA. Zoals het er nu staat, volgt dat echter niet duidelijk uit het vonnis. Onder de Wagevoe zou overigens het hoedanigheidsvereiste van artikel 2:336 BW komen te vervallen (zie ook par. 3.4).[32] De ontwerptoelichting bij de Wagevoe noemt concurrerende activiteiten ook expliciet als een omstandigheid die onder de nieuwe wet uitstoting van de gedaagde aandeelhouder zou kunnen rechtvaardigen.

Dat United Fairs La Sposa niet langer wil financieren zolang [X] aandeelhouder blijft (zie onder 4), mag zo zijn, maar is op zichzelf niet een (sterk) argument voor toewijzing van de vordering. Het moge immers duidelijk zijn dat United Fairs van [X] af wil. Dat men dan als eisende partij een spreekwoordelijk pistool tegen het hoofd van de vennootschap zet, zegt niet zoveel over de merites van de vordering of het spoedeisende belang daarbij. United Fairs is als aandeelhouder niet gehouden om de Vennootschap verder te financieren, of [X] nu wel of niet wordt uitgestoten. Zij kan haar pistool desgewenst ook weer in haar zak steken.

Hoewel niet alle door de voorzieningenrechter aangevoerde omstandigheden hier juridisch even relevant zijn, zouden de frustratie van de besluitvorming binnen de AVA en de dreiging van opzegging door de bank (en het impliciete gevaar van een faillissement dat daaruit voortvloeit) op zichzelf al voldoende kunnen zijn om de uitstootvordering in kort geding toe te wijzen. Afgezien van de hiervoor benoemde kritiek – dat er te makkelijk verstek is verleend aan [X], en dat de inhoudelijke beslissing meer uitgebreid had moeten worden gemotiveerd – valt de uitkomst vanuit praktisch oogpunt (waarschijnlijk) wel te billijken. Bovendien toont deze uitspraak nog maar eens aan dat het voor de eiser bij een uitstootvordering in kort geding nuttig kan zijn om feiten naar voren te brengen die vanuit juridisch oogpunt wellicht minder relevant zijn, maar die het gedrag van de gedaagde aandeelhouder wel kleuren (uiteraard slechts voor zover die feiten ook daadwerkelijk kunnen worden onderbouwd). Hoe beter de eiser aannemelijk kan maken dat de gedaagde aandeelhouder het op alle mogelijke fronten te bont maakt, hoe eerder de voorzieningenrechter tot de conclusie zal komen dat de onmiddellijke uitstoting in het belang van de vennootschap geboden is.[33]

3.3.3 Enkele opmerkingen over het dictum

Tot slot sta ik nog even stil bij een aantal (schoonheids)foutjes in het dictum van de uitspraak. Anders dan in eerdere uitspraken over uitstoting in kort geding, laat de voorzieningenrechter hier met betrekking tot de waardering van de aandelen geen ruimte voor een eventuele verhoging van de overnameprijs (thans de nominale waarde van de aandelen) op basis van een deskundigenbericht. Het was zuiverder geweest om dat wel te doen; het blijft een voorlopig oordeel. De voorzieningenrechter had bijvoorbeeld een voorbehoud kunnen maken voor een hogere waardering op grond van de voorgeschreven methode bij de statutaire aanbiedingsregeling. Anderzijds is de kans dat een deskundige hier op een hogere waardering zou uitkomen erg klein. La Sposa kampt (kennelijk) met grote financiële problemen, en blijkens de jaarstukken heeft de Vennootschap ook al sinds de oprichting in 2017 een (groeïend) negatief eigen vermogen. Het zal [X] vermoedelijk de moeite niet waard zijn om de waardering aan te vechten.

Verder valt nog op dat de voorzieningenrechter La Sposa op grond van artikel 2:341 BW machtigt om de aandelen namens [X] over te dragen als hij dat zelf niet tijdig doet. Uit artikel 2:341 BW volgt echter dat de vennootschap de aandelen in dat geval *moet* overdragen. De weg van de reële executie ex artikel 3:300 BW, waarbij het vonnis in de plaats treedt van een in wettige vorm opgemaakte leveringsakte als [X] de aandelen zelf niet levert, was hier – denk ik – logischer en makkelijker geweest.[34] United Fairs heeft daar blijkens r.o. 2.1 ook om verzocht. Ook hier geldt evenwel dat een en ander in de uitvoering wel los zal lopen. Dat de voorzieningenrechter hier een partij die niet in de procedure is betrokken, machtigt om iets te doen waartoe zij op grond van dat artikel reeds verplicht is, is wel wat apart. Maar concreet komt het erop neer dat United Fairs (als enig bestuurder van La Sposa) de aandelen namens [X] aan zichzelf zou leveren.

3.4 Recente ontwikkelingen: de Wagevoe

Ik sta tot slot nog kort stil bij recente ontwikkelingen rondom het wetsvoorstel Wagevoe en de relevantie daarvan voor de uitstoting in kort geding. Zoals gezegd heeft de Wagevoe na het aflopen van de consultatieperiode (eind 2019) lange tijd bij het ministerie op de plank gelegen. Onlangs is het wetsvoorstel evenwel aan de Raad van State voorgelegd voor advies. Hoewel het te ver voert om in deze bijdrage uitgebreid in te gaan op de (mogelijke) implicaties van de Wagevoe, voorziet het wetsvoorstel (inmiddels[35]) in een aantal significante wijzigingen ten opzichte van de huidige regeling, met name:

1. de afschaffing van het hoedanigheidsvereiste, zodat ook andere verwijtbare gedragingen van een aandeelhouder – bijvoorbeeld bestuurlijk wangedrag of het heimelijk beconcurreren van de vennootschap – onder de reikwijdte van de uitstootregeling zouden komen te vallen;[36]

2. het inkorten van de procedure tot één feitelijke instantie bij de (meervoudig samengestelde en bij uitstek deskundige) Ondernemingskamer;[37]
3. het omdopen van de procedure tot een verzoekschriftprocedure, waardoor het bijvoorbeeld mogelijk zou worden om een verzoek tot uitstoting (of uittreding) en een enquêteverzoek tegelijkertijd aan de Ondernemingskamer voor te leggen;[38] en
4. het feit dat de uittreedprocedure (maar niet de uitstootprocedure) ook voor bepaalde certificaathouders zou worden opengesteld.

De beoogde wijzigingen komen in belangrijke mate tegemoet aan de kritiek die vanuit de literatuur en de praktijk op de huidige regeling is (en wordt) geleverd.[39] Mijn voorlopige inschatting is dan ook dat met de Wagevoe een snellere, efficiëntere, breder inzetbare, en daarmee ook aantrekkelijkere geschillenregeling zou worden gerealiseerd. In ieder geval zal met het opheffen van het hoedanigheidsvereiste – wat betreft het verwijtbare handelen van de aandeelhouder – eerder aan de vereisten voor uitstoting zijn voldaan, zowel binnen als buiten kort geding.

De vraag is wat verder de gevolgen van de Wagevoe zouden kunnen zijn wat betreft de behoefte aan c.q. de beoordeling van de uitstootvordering in kort geding. Ook onder de Wagevoe zal een volledige uitstootprocedure – waarin steeds eerst over de toewijsbaarheid van de vordering en vervolgens over de prijsbepaling moet worden geprocedeerd – de nodige tijd en geld kosten. Middelen die voor partijen niet steeds in voldoende mate aanwezig zullen zijn. Er zullen zich nog altijd situaties voordoen waarin onmiddellijke uitstoting in kort geding in verband met de vereiste spoed en de overige (kritieke) omstandigheden de meest voor de hand liggende optie blijkt.

Denkbaar is wel dat een snellere en beter functionerende geschillenregeling met zich meebrengt dat de voorzieningenrechter minder snel geneigd zal zijn om aan te nemen dat van een voldoende spoedeisend geval ook daadwerkelijk sprake is, omdat er minder ingrijpende alternatieven voorhanden zijn. Voor schrijnende, maar niet-spoedeisende gevallen zou men onder de Wagevoe bijvoorbeeld, in plaats van een kort geding te entameren, een ‘gewoon’ verzoek tot uitstoting bij de Ondernemingskamer kunnen combineren met een enquêteverzoek waarin tevens onmiddellijke voorzieningen worden verzocht om de situatie binnen de onderneming voor de duur van het geding te normaliseren. Overigens zou dat in het onderhavige geval waarschijnlijk geen optie zijn geweest. De onmiddellijke uitstoting van [X] was kennelijk (als men United Fairs moet geloven) een absolute voorwaarde voor het aantrekken van nieuwe financiering en (vermoedelijk), in het verlengde daarvan, het

voortbestaan van de Vennootschap.

4 Conclusie

Ik heb aan de hand van de onderhavige uitspraak drie thema's nader belicht die bij het uitstoten van (buitenlandse) aandeelhouders in kort geding van belang zijn:

1. de rechtsmacht van de Nederlandse voorzieningenrechter;
2. de ruimte onder de BetVo om in een dergelijke procedure verstek te verlenen; en
3. de materiële vereisten voor uitstoting en de motivering van het oordeel.

Dat de voorzieningenrechter zijn rechtsmacht aan artikel 24 lid 2 Brussel I-bis heeft ontleend, is vanuit EU-rechtelijk oogpunt wellicht niet geheel onomstreden, maar het strookt met de heersende opvatting in de literatuur en de ratio achter het artikel (Gleichlauf).

Wel heeft de voorzieningenrechter hier te makkelijk verstek verleend aan [X]. De voorzieningenrechter gaat in zijn uitspraak enigszins aan de haal met artikel 22 lid 1 BetVo. Dat artikel dient juist ter bescherming van de niet-verschenen gedaagde: het was aan United Fairs om [X] deugdelijk in het geding op te roepen. Nu kennelijk niet kon worden vastgesteld dat dit ook daadwerkelijk (tijdig) is gebeurd, is er een gerede kans dat [X] niet (of onvoldoende) in de gelegenheid is gesteld zich tegen de vorderingen van United Fairs te verweren. De voorzieningenrechter had de zaak ofwel moeten aanhouden, ofwel moeten motiveren waarom in dit geval van artikel 22 lid 1 BetVo mocht worden afgeweken. De vraag is in hoeverre de voorzieningenrechter bij een vordering als deze überhaupt van dat artikel zou mogen afwijken, gelet op het definitieve karakter van de uitstoting en de rechtspraak van het HvJ EU over voorlopige en bewarende maatregelen.

Ook op de inhoudelijke beoordeling van de uitstootvordering valt het een en ander aan te merken. Bij uitstoting in kort geding is een zekere mate van terughoudendheid van de voorzieningenrechter geboden. Die terughoudendheid had zich hier moeten vertalen in een zorgvuldigere motivering van de toewijzende beslissing, die recht doet aan de aard en de verstrekkende gevolgen van de gevorderde maatregel. Dat geldt evengoed bij een verstekvonnis, en des te meer wanneer de gedaagde aandeelhouder in het buitenland is gevestigd, en niet kan worden vastgesteld dat deze deugdelijk in het geding is opgeroepen. Ook voor de bij verstek veroordeelde aandeelhouder dient het vonnis inzichtelijk te maken waarom de onmiddellijke overdracht van zijn aandelenbelang gerechtvaardigd is. Op dat punt schiet deze uitspraak, met zijn uiterst summiere motivering, tekort. De feiten die wel uit het

vonnissen volgen, lijken in de richting te wijzen van een nijpende situatie (de mogelijke beëindiging van de bankrelatie) die aan [X] kan worden toegerekend in zijn hoedanigheid van aandeelhouder (de gefrustreerde besluitvorming binnen de (B)AVA doordat [X] nergens op reageert). Maar een overweging dat de continuïteit van de Vennootschap daardoor daadwerkelijk acuut in het geding is, ontbreekt. Bovendien betreft de voorzieningenrechter ook omstandigheden in de beslissing die naar geldend recht niet relevant zijn voor de beoordeling van een uitstootvordering. Dergelijke omstandigheden zouden onder het wetsvoorstel Wagevoe wel een rol kunnen gaan spelen bij uitstootvorderingen. Zo ver is het echter nog niet.

De uitstoting van [X] zal binnen de Vennootschap ongetwijfeld voor de nodige rust hebben gezorgd. Het doel heiligt evenwel niet steeds de middelen. Zoals gezegd is uitstoting in kort geding een paardenmiddel, dat slechts bij hoge uitzondering zou moeten worden ingezet. Deze uitspraak komt [X], de buitenlandse aandeelhouder die in een zeer beknopt verstekvonnis voor het eerst leest dat hij – ondanks het feit dat hij kennelijk niet deugdelijk in het geding is opgeroepen – binnen een week zijn aandelen moet afstaan, wel heel rauw op zijn dak vallen. De wens om een snelle en efficiënte oplossing voor het geschil te bewerkstelligen, zou niet ten koste moeten gaan van belangrijke processuele waarborgen, zoals het vereiste dat een gedaagde op de juiste wijze in het geding wordt opgeroepen, en dat een vonnis waarin een dergelijke ingrijpende maatregel wordt bevolen ook deugdelijk wordt gemotiveerd. De Wagevoe heeft de potentie om de geschillenregeling tot een beter functionerend en breder inzetbaar instrument te maken, dat de huidige vraag naar juridisch dubieuze quick fixes (deels) zou kunnen ondervangen. Het is dan ook te hopen dat de verdere behandeling van de Wagevoe door de wetgever voortvarender wordt opgepakt dan tot nu toe het geval was.

Noten

[1] Zie bijv. G.C. Makkink, De verhouding tussen de enquêteprocedure en de geschillenregelsprocedure, in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), Handboek enquêterecht (VDHI nr. 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 46.3 en C.D.J. Bulten, De geschillenregeling – ik voel mij een langspeelplaat, in: H. de Wulf e.a., Ondernemingsrecht in de Lage Landen (IVOR nr. 117), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 3.

[2] Kamerstukken II 1984/85, 18905, nrs. 1-3, p. 16-17 (MvT); zie ook Koster & Rinnooy Kan, in: Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, art. 2:336 BW, par 4.1.

[3] Zie noot 1.

[4] Rb. Breda (pres. k.g.) 13 maart 1998, ECLI:NL:RBBRE:1998:AG3319, JOR 1998/61 m.nt.

Groffen. In hoger beroep werd het vonnis bekrachtigd; zie Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 1999, ECLI:NL:GHSHE:1999:AD2984, NJ 1999/743.

[5] Zie Bulten, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 2:336 BW, par. 3; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/724; Roest, in: GS Rechtspersonen, art. 2:336 BW, par. 5.2; Koster & Rinnooy Kan, in: Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, art. 2:336 BW, par. 3.2, en de daar besproken rechtspraak.

[6] Zie noot 5.

[7] Dit speelde ook in de in noot 4 aangehaalde zaak bij de rechtbank Breda. Zie voorts onder meer Rb. Arnhem (vzr.) 19 september 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB5015, JOR 2007/266 m.nt. Bulten (afwijzend), Rb. Breda (vzr.) 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ5250, JRV 2009/759, Rb. Breda (vzr.) 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU5680, RON 2012/17 en Rb. Gelderland (vzr.) 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4919, JOR 2018/34 m.nt. Holtzer (afwijzend).

[8] Zie bijv. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4066, JOR 2020/229 m.nt. Van Thiel en Rb. Amsterdam (vzr.) 10 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:645, JOR 2022/145 m.nt. Schreurs. Zowel Van Thiel als Schreurs laat zich kritisch uit over de inhoudelijke motivering van het oordeel, maar complimenteert tegelijkertijd de oplossingsgerichte aanpak van de voorzieningenrechter.

[9] Voluit: Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure. Het ontwerp-wetsvoorstel en de bijbehorende ontwerp-toelichting kunnen worden geraadpleegd op <https://wetgevingskalender.overheid.nl/>.

[10] Dat een vordering tot uitstoting naar Nederlands conflictenrecht (art. 10:119 BW) tot het domein van het incorporatierecht behoort, is niet omstreden, en blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing. Zie in dat kader bijv. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/46, Vlas, in: GS Rechtspersonen, art. 10:119 BW, par. 12 en Van Solinge, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 10:119 BW, par. 4 sub i.

[11] Verordening (EU) 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

[12] HvJ EU 2 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:534, NJ 2009/192 m.nt. Vlas, waarnaar de

voorzieningenrechter in r.o. 3.3 ook verwijst.

[13] Zie voor een uitgebreid overzicht van het debat omtrent de reikwijdte van art. 24 lid 2 Brussel I-bis in grensoverschrijdende vennootschapsrechtelijke geschillen O.J.W. Schotel, *International jurisdiction in cross-border corporate litigation*, NIPR 2019/275, par. 4.2.2. Zie over het belang van *Gleichlauf*, specifiek met betrekking tot de geschillenregeling, bijv. C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, par. IV.3.4.

[14] HvJ EU 7 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:167, NJ 2018/351 m.nt. G. van Solinge.

[15] Zie bijv. K.A.M. van Vught, *Rechtsmacht in de rechtspersoon. Twee arresten, één forum voor corporate geschillen?*, MvO 2018, afl. 8-9, p. 267-272, P.M. Storm, *Corporate litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 500-501 en Schotel 2019.

[16] Hof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3663, JOR 2020/31 m.nt. Zilinsky; OR 2020/34 m.nt. D.F.F.M. Duynstee.

[17] Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/51.

[18] Verordening (EU) 2020/1784 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken.

[19] Art. 8 BetVo is strikt genomen nog niet in werking getreden (zie art. 37 lid 2 BetVo). De voorzieningenrechter had dus moeten terugvallen op de oude BetVo (Verordening (EG) 1393/2007, art. 4). Vanuit materieel oogpunt maakt dat hier evenwel geen verschil.

[20] Vlas, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 19 lid 3 BetVo (oud), par. 10.

[21] HvJ EU 17 november 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD2958 NJ 1999/339 m.nt. P. Vlas. Zie voorts Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke rechtsvordering*, art. 35 Brussel I-bis, par. 4 sub b.

[22] X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief* (R&P nr. 116), Deventer: Kluwer 2001, p. 341.

[23] Zie bijv. de in noot 8 aangehaalde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland, waarin een voorlopige overnameprijs van EUR 1 werd gehanteerd in afwachting van een deskundigenbericht.

[24] Op grond van de statuten van de Vennootschap is ook daadwerkelijk een groot aantal belangrijke besluiten, waaronder dat tot het aantrekken van nieuw vreemd vermogen, onderworpen aan de goedkeuring van de AVA.

[25] Zie noot 5.

[26] Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/122.

[27] Zie noot 2.

[28] Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/135.

[29] Zie over dit punt meer uitgebreid M.E.C. Lok, Shareholders: end game. Gedwongen afname aandeelhoudersbelang bij financiële moeilijkheden, TvI 2023, afl. 4, par. 3.1 en 4.1.

[30] Rb. Amsterdam (vzr.) 10 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:645, JOR 2022/145 m.nt. Schreurs, r.o. 5.5.

[31] Hof Amsterdam (OK) 30 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3966, JOR 2022/282 m.nt. Bulten, r.o. 4.19-4.20.

[32] Ontwerptoelichting Wagevoe, p. 10 e.v., te raadplegen op <https://wetgevingskalender.overheid.nl/>.

[33] Vgl. de in noot 8 aangehaalde uitspraken.

[34] Vgl. de in noot 8 aangehaalde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam.

[35] Het voorontwerp van de Wagevoe dat destijds ter consultatie is voorgelegd, is in de literatuur kritisch ontvangen. Zie onder meer M.W. Josephus Jitta, Het Voorontwerp voor de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure, WPNR 2020, afl. 7268, p. 81-86 en Makkink 2022, par. 46.5.

[36] Ontwerptoelichting Wagevoe, p. 10 e.v.

[37] Ontwerptoelichting Wagevoe, p. 7.

[38] Ontwerptoelichting Wagevoe, p. 7 e.v.

[39] Zie bijv. Bulten 2020 en Makkink 2022.

RECHTSPRAAK

Weigering heropening vereffening Lyftet Holding B.V.

Een vennootschap is ontbonden en na vereffening uitgeschreven uit het Handelsregister terwijl een batig banksaldo nog niet is uitgekeerd. De Kamer van Koophandel werkt niet mee aan het zonder een rechterlijke beslissing tot heropening opnieuw inschrijven van de vennootschap. De voormalige enig aandeelhouder en vereffenaar verzoeken de rechtbank daarom de vereffening te heropenen. De rechtbank oordeelt echter dat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2:23c BW, dat volgens de rechtbank een ‘nieuwe bate’ vereist, omdat het in dit geval om een zogenaamde ‘bekende bate’ gaat nu het banksaldo al bekend was bij de vereffeningprocedure.

Lyftet Holding B.V. (‘Lyftet’) is in 2022 ontbonden door een besluit van haar enig aandeelhouder Dimio Holding Limited (‘Dimio’). Hawksford Management Services B.V. (‘Hawksford’) is benoemd tot vereffenaar. Lyftet heeft batig saldo op twee bankrekeningen dat nog niet is uitgekeerd, maar is inmiddels uitgeschreven uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel (‘KvK’). Dimio en Hawksford (‘Dimio c.s.’) verzoeken de rechtbank tot heropening van de vereffening ex artikel 2:23c BW en benoeming van Hawksford tot vereffenaar. Volgens Dimio c.s. werkt de KvK niet mee aan het zonder een rechterlijke beslissing tot heropening opnieuw inschrijven van de vennootschap in het Handelsregister. Dit is alleen anders bij uitschrijving bij vergissing na een turboliquidatie, maar daarvan is in casu geen sprake.

In artikel 2:23c BW staat dat als na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening kan heropenen en zo nodig een vereffenaar kan benoemen. De rechtbank oordeelt dat niet aan de voorwaarden is voldaan, omdat het in dit geval om een zogenaamde ‘bekende bate’ gaat nu het banksaldo al bekend was bij de vereffeningprocedure. Volgens de rechtbank vereist artikel 2:23c BW een ‘nieuwe bate’.

Dimio c.s. verwachten dat de bank zonder zeer recent uittreksel uit het Handelsregister niet zal willen overgaan tot de overdracht van het liquidatiesaldo en bovendien hebben zij het voornemen een grensoverschrijdende fusie te bewerkstelligen tussen Lyftet en Dimio en ook in dat geval is hernieuwde inschrijving van Lyftet vereist.

De rechtbank oordeelt echter dat dit geen geldige argumenten zijn voor wat de rechtbank noemt '(oneigenlijke) heropening van de vereffening'. Weliswaar hebben Dimio c.s. met een e-mail van een medewerker van het Handelsregister onderbouwd dat de KvK alleen een hernieuwde inschrijving wil doen na heropening ex artikel 2:23c lid 1 BW of als nooit sprake is geweest van vereffening (lees: bij turboliquidatie), maar daaruit blijkt volgens de rechtbank niet wat het beleid is bij het voortbestaan van de vennootschap voor zover dit voor de vereffening nodig is ex artikel 2:19 lid 5 BW.

De rechtbank wijst de verzoeken af.

K.H. Boonzaaijer, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 22-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:3858

Zaaknummer: C/13/730264 / HA RK 23-59

Rechters: M.F. Zaagsma

Advocaten: G.C. Endedijk

Wetsartikelen: 2:23c BW en 2:19 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Heropening vereffening Tat Food B.V.

Een curator verzoekt de rechtbank de vereffening van een bv te heropenen, nadat het faillissement eerder in verband met een gebrek aan baten is opgeheven. De FIOD heeft bij de voormalige bestuurder een groot bedrag aan contante middelen aangetroffen en in beslag genomen en de curator wenst daarop aanspraak te maken. Daarvoor is heropening van de vereffening noodzakelijk. De rechtbank wijst het verzoek toe.

Tat Food B.V. ('Tat Food') is in 2014 failliet verklaard. De bestuurder van Tat Food is veroordeeld tot betaling van het boedeltekort, maar heeft vanwege een gebrek aan baten geen verhaal kunnen bieden. De curator heeft tevens jegens de bestuurder aangifte gedaan van faillissementsfraude en de FIOD is een onderzoek gestart. Het faillissement van Tat Food is in 2021 vanwege een gebrek aan baten opgeheven.

In 2023 verzoekt de curator heropening van de vereffening. De FIOD heeft namelijk een groot bedrag aan contante middelen aangetroffen en in beslag genomen. De curator wil zich in de strafrechtelijke procedure jegens de voormalig bestuurder, vanwege het aangetroffen bedrag, als benadeelde partij voegen. Heropening van de vereffening is noodzakelijk voor het voegen en om aanspraak te maken op het in beslag genomen bedrag waarvoor de curator als gerechtigde partij geldt.

In artikel 2:23c BW staat dat als na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening kan heropenen en zo nodig een vereffenaar kan benoemen. De rechtbank constateert dat aan de voorwaarden is voldaan en heropent de vereffening met benoeming van de curator tot vereffenaar.

K.H. Boonzaaijer, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:4851

Zaaknummer: C/10/653523 / HA RK 23-202

Rechters: N. Doorduijn

Advocaten: J.E. de la Croix

Wetsartikelen: 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Uitleg artikel 2:241 BW

Een statutair bestuurder van een vennootschap vordert in kort geding bij de kantonrechter dat de vennootschap wordt veroordeeld tot betaling van het achterstallige loon en vakantiegeld. In een reeds lopende procedure bij de civiele kamer heeft de vennootschap ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht; in die procedure is ook reeds een tussenbeschikking gewezen. De kantonrechter verklaart zich daarom onbevoegd. Weliswaar is het door de bestuurder gevorderde bedrag lager dan het grensbedrag dat is opgenomen in artikel 2:241 BW, maar in dit geval zijn de arbeidsovereenkomst en de in dat kader te verrichten werkzaamheden zodanig nauw verbonden en verweven met het (eerdere) bestuurderschap dat de handelsrechter/civiele rechter ingevolge artikel 2:241 BW bevoegd is van het geschil in de bodemprocedure alsmede van het onderhavige geschil kennis te nemen. De kantonrechter verklaart zich onbevoegd om de vordering te behandelen en verwijst de zaak naar de handelsrechter.

Een echtpaar is enig certificaathouder van de aandelen in een vennootschap. Hun schoonzoon is in eerste instantie op basis van een arbeidsovereenkomst en vervolgens sinds 2018 in de hoedanigheid van enig bestuurder aangesteld als directeur. In 2021 meldt hij zich ziek. De vennootschap verwijt hem zodanige malversaties te hebben gepleegd dat dit moet leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, dan wel vanwege een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie. De vennootschap dient daartoe in 2023 een verzoekschrift in bij de civiele kamer van de rechtbank Gelderland. De rechtbank heeft de vennootschap inmiddels bij tussenbeschikking ontvankelijk verklaard; de mondelinge behandeling moet nog plaatsvinden.

De schoonzoon vordert vervolgens in kort geding bij de kantonrechter dat de vennootschap

wordt veroordeeld tot betaling van het achterstallige loon en vakantiegeld.

De kantonrechter als voorzieningenrechter is van oordeel dat zij niet bevoegd is van het onderhavige geschil kennis te nemen. Indien de rechter in kort geding moet beslissen op een vordering tot het geven van een voorlopige voorziening nadat de bodemrechter reeds vonnis in de hoofdzaak heeft gewezen, dient hij in beginsel zijn vonnis af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter (HR 19 mei 2000 ECLI:NL:HR:2000:AA5870; HR 7 januari 2011 ECLI:NL:HR:2011:BP0015; en HR 24 april 2015 ECLI:NL:HR:2015:1128). In de bodemprocedure heeft de civiele kamer van de rechtbank geoordeeld dat zij bevoegd is. Gelet op de afstemmingsregel is daarom ook in deze kortgedingprocedure de civiele kamer van de rechtbank bevoegd. Dat de vordering loon betreft en in dit kort geding is beperkt tot € 25.000 maakt dit niet anders, aldus de kantonrechter. De schoonzoon baseert zijn rechtsvordering immers op de stelling dat hij nog immer statutair bestuurder van de vennootschap is. Nog daargelaten dat geen afstand is gedaan van het meerdere boven de € 25.000, heeft de rechter in de bodemprocedure daarover reeds het volgende overwogen: 'De arbeidsovereenkomst en de in dat kader te verrichten werkzaamheden zijn zodanig nauw verbonden en verweven met het (eerdere) bestuurderschap dat de handelsrechter/civiele rechter ingevolge artikel 2:241 BW bevoegd is van het geschil in de bodemprocedure alsmede het onderhavige geschil kennis te nemen. Dat zou anders kunnen zijn als partijen na het vennootschapsrechtelijk einde een nieuwe arbeidsovereenkomst sluiten met andere werkzaamheden en/of onder andere voorwaarden. Dat daarvan sprake [is,] is niet gesteld.'

De kantonrechter als voorzieningenrechter verklaart zich daarom onbevoegd om de vorderingen van de schoonzoon te behandelen en verwijst de zaak naar de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland, kamer voor andere zaken dan kantonzaken.

K.H. Boonzaaijer, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 06-07-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:3846

Zaaknummer: 10506521 \ VV EXPL 23-35

Rechters: F.M.Th. Quaadvliet

Advocaten: M. van de Ven en D.A.M. Lagarrigue

Wetsartikelen: 2:241 BW

RECHTSPRAAK

Gezag van gewijsde in procedure tegen vennootschap leidt ook tot afwijzing vordering bestuurdersaansprakelijkheid

Een voormalig werknemer van een vennootschap die failliet is verklaard en vervolgens een doorstart heeft gemaakt, vordert schadevergoeding uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Hij stelt zich op het standpunt dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens hem door het faillissement aan te vragen met als enig (of in ieder geval hoofdzakelijk) doel de arbeidsrechtelijke bescherming van het personeel te omzeilen.

In een eerdere verzetsprocedure tegen de faillietverklaring die is ingesteld door de werknemer is vastgesteld dat geen misbruik is gemaakt van faillissementsrecht bij de faillissementsaanvraag. Deze uitspraak heeft gezag van gewijsde gekregen. Daarom staat tussen partijen vast dat geen sprake is van onrechtmatig handelen door de failliete vennootschap. Het gezag van gewijsde van deze beslissing is ruimer en treft ook de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de bestuurders van de vennootschap. De bestuurders kan geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt van de faillissementsaanvraag, omdat geen sprake is van onrechtmatig handelen. De bestuurdersaansprakelijkheidsvordering van de werknemer wordt daarom afgewezen.

Feiten

Gedaagde is de bestuurder en enig aandeelhouder van de moedervernootschap die een taxi- en expeditiebedrijf drijft met meerdere (dochter)vennootschappen ('het concern'). De moedervernootschap is bestuurder en enig aandeelhouder van een dochtervennootschap. De dochtervennootschap drijft een transportbedrijf. Eiser was als chauffeur in dienst bij de

dochtervennootschap.

Door het opzeggen van een bancaire financiering door de Rabobank en omdat een externe private financier niet langer bereid is de verliezen te financieren, komt de dochtervennootschap in de financiële problemen. Om deze reden onderzoekt de dochtervennootschap de mogelijkheden van een overname in de vorm van een pre-pack om zo vanuit een faillissement een doorstart te kunnen realiseren.

Enkele maanden later heeft de rechtbank op verzoek van de dochtervennootschap en met het oog op een mogelijke doorstart van de transportonderneming, in het kader van een zogenoemde stille bewindvoering, de beoogd curator en rechter-commissaris aangewezen. Vervolgens zijn verschillende partijen uitgenodigd om een bieding te doen op de onderneming. De bieding van het concern kwam daarbij – voor wat betreft de koopprijs en het aantal werknemers dat een dienstverband aangeboden kreeg – als beste naar voren. Met het concern is vervolgens verder onderhandeld.

Enkele dagen later is de dochtervennootschap in staat van faillissement verklaard en heeft de curator de arbeidsovereenkomsten met de werknemers – waaronder die met eiser – opgezegd. De dag hierop is vervolgens een doorstart gerealiseerd van de transportonderneming van de dochtervennootschap door het concern. Bij de doorstarter zal een deel van de werknemers van de dochtervennootschap in dienst treden, maar niet eiser.

Vorderingen

Eiser stelt zich op het standpunt dat de bestuurder, dan wel de moedervennootschap, onrechtmatig heeft gehandeld jegens hem door het faillissement aan te vragen met als enig (of in ieder geval hoofdzakelijk) doel om de arbeidsrechtelijke bescherming van het personeel te omzeilen. Dit levert volgens eiser misbruik van recht op als bedoeld in artikel 3:13 BW. Hij vordert schadevergoeding.

Oordeel

De rechtbank komt echter niet toe aan de beantwoording van de vraag of de bestuurder van de moedervennootschap aansprakelijk is voor de gevolgen van het eventuele misbruik van faillissementsrecht door de dochtervennootschap, omdat de rechtbank Oost-Brabant reeds in de door eiser – tegen de faillietverklaring – ingestelde verzetsprocedure geoordeeld heeft dat geen sprake is van misbruik van faillissementsrecht door de dochter. Het oordeel van de rechtbank Oost-Brabant dat geen sprake is van misbruik van faillissementsrecht heeft derhalve op grond van artikel 236 lid 1 Rv gezag van gewijsde tussen dochtervennootschap (als geopposeerde) en – onder meer – eiser (als opposant).

In het onderhavige geval doet zich echter het bijzondere geval voor dat het gezag van gewijsde van deze beslissing ruimer is. Het treft ook de rechtsbetrekking tussen de bestuurders van dochtervennootschap en eiser, voor zover de aanspraak van eiser jegens die bestuurders is gegrond op de stelling dat zij hebben bewerkstelligd dat de dochtervennootschap misbruik van faillissementsrecht heeft gemaakt. De door eiser ingestelde vordering is gegrond op onrechtmatig handelen van de dochtervennootschap, waarvan de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt wordt gemaakt. Als in rechte tussen de dochtervennootschap en eiser vaststaat dat geen sprake is van misbruik van faillissementsrecht, kan de bestuurders van de dochtervennootschap daarvan ook geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt.

Nu vaststaat dat geen sprake is van misbruik van faillissementsrecht, is ook geen sprake van onrechtmatig handelen van de dochtervennootschap waarvan de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarmee ontbreekt een grondslag voor de bestuurdersaansprakelijkheid – en de daarop gebaseerde schadevergoedingsvordering – zodat de vorderingen van eiser worden afgewezen.

W.P.IJ. Overgoor, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 14-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2023:3499

Zaaknummer: C/03/305151 / HA ZA 22-221

Rechters: R.J.M.G. Rulkens

Advocaten: B. van Duijn en S.H.O. Aben

Wetsartikelen: 6:162 BW en 236 Rv

RECHTSPRAAK

Kolkman q.q. /Stichting U.A.C. c.s.

De curator van een failliete bv spreekt de oud-bestuurder en de (middellijk) bestuurders ten tijde van de faillietverklaring aan voor het boedeltekort. De vordering jegens de oud-bestuurder is verjaard. De (middellijk) bestuurders van de vennootschap ten tijde van de faillietverklaring, doen met succes een beroep op disculpatie ex artikel 2:248 lid 3 BW. De geconstateerde schending van de administratieplicht kan de bestuurders niet worden verweten, omdat het voornamelijk de oud-bestuurder is die weigert de boekhouding over te dragen en inlichtingen over de administratie te verschaffen. Eveneens wordt geoordeeld dat geen aansprakelijkheid bestaat wegens schending van wet- en regelgeving vóórdat de termijn van de zittende bestuurders aanving. De rechtbank wijst aldus alle vorderingen van de curator af.

Feiten en vorderingen

De curator van een failliete vennootschap spreekt verschillende partijen aan tot betaling van het boedeltekort. Het gaat om de oprichter en bestuurder tussen januari 2012 en maart 2013 (in de uitspraak aangeduid als 'partij A1'); de stichting U.A.C., bestuurder vanaf maart 2013 tot faillietverklaring, alsmede aan Stichting U.A.C. gelieerde (buitenlandse) partijen (in de uitspraak gezamenlijk met de stichting: 'UAC c.s.'). Na zijn aftreden als bestuurder bleef partij A1 betrokken bij de failliete vennootschap als bedrijfsleider. Stichting U.A.C. is betrokken geraakt om, naar eigen zeggen, de onderneming financieel te begeleiden en gezond te houden. Waarom daarvoor een bestuurswissel nodig was, volgt niet concreet uit de in de uitspraak opgenomen feiten.

Failliet dreef een onderneming in de varkensindustrie. Bij verschillende controles vanaf augustus 2013 heeft de NVWA lasten onder dwangsom opgelegd wegens overtredingen van

onder meer het Varkensbesluit. Ook heeft de gemeente geconstateerd dat de varkensstallen niet voldeden aan milieuregelgeving. Een externe partij heeft beoordeeld dat aanzienlijke investeringen (€ 450.000) nodig zijn om te voldoen aan de noodzakelijke bouwkundige en welzijnsvergunningen.

In de periode daarna heeft bestuurder Stichting U.A.C. er herhaaldelijk bij voormalig bestuurder partij A1 op aangedrongen om de boekhouding van failliet aan haar over te dragen. Dat heeft partij A1 geweigerd. Het faillissement dateert van augustus 2014. Ook na faillietverklaring weigert partij A1 om de boekhouding over te dragen aan de curator, of over de boekhouding inlichtingen te verschaffen. Er volgt een inbewaringstelling van bijna drie maanden, zonder dat volledige openheid van zaken wordt gegeven. Stichting U.A.C. weet wel delen van de boekhouding aan te leveren bij de curator, met name door een reconstructie van de administratie te maken. Voor de curator is dat onvoldoende en hij stelt partij A1 en UAC c.s. aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW en doet een beroep op de bewijsvermoedens van lid 2. Daarnaast verwijt de curator het bestuur nalatigheid en/of onbehoorlijk bestuurlijk handelen door bepaalde normschendingen, dat wil zeggen het niet voldoen aan de geldende bouwkundige en welzijnsregelgeving. Daarnaast zouden UAC c.s. in het zicht van faillissement selectieve betalingen (aan zichzelf) hebben verricht voor een bedrag ad € 175.000.

Bevoegdheid en toepasselijk recht

Alvorens te oordelen over de vorderingen van de curator overweegt de rechtbank ten aanzien van haar bevoegdheid en het toepasselijk recht als volgt. Een van de gedaagden, die gelieerd is aan Stichting U.A.C., is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. De rechtbank neemt kennis van de vordering tegen deze buitenlandse gedaagde, nu de vordering zodanig samenhangt met die tegen de andere gedaagden. In dat geval dient artikel 7 lid 1 Rv als bevoegdheidsgrond. Over het van toepassing zijnde recht op de vordering van de curator oordeelt de rechtbank als volgt. Weliswaar is de Europese Insolventieverordening niet (meer) van toepassing op de VK-vennootschap, maar via artikel 10:159 BW zijn de bepalingen van de Rome II-Verordening dat wel. Nu de gestelde schade (het boedeltekort) zich voordoet in Nederland, is via artikel 4 lid 1 Rome II-Verordening Nederlands recht van toepassing.

Verjaring vordering en rechtsverwerking

Vervolgens wijst de rechtbank de vordering op de voet van artikel 2:248 BW tegen partij A1 af, omdat de vordering is verjaard. Aan het moment waarop de verjaring aanvangt, wijdt de rechtbank enkele overwegingen in r.o. 7.8-7.9. Weliswaar heeft de curator gepoogd de verjaring van de vordering per aangetekende brief te stuiten, maar hij heeft niet kunnen

aantonen dat die brief partij A1 heeft bereikt. De vordering tegen UAC c.s. is niet verjaard. Ter verweer hebben UAC c.s. aangevoerd dat de curator zijn recht heeft verwerkt om UAC c.s. aansprakelijk te stellen. De curator zou zich met name tot partij A1 hebben gericht en UAC c.s. zouden zijn benadeeld in hun procespositie, omdat feiten en omstandigheden bij faillietverklaring 'vers in het geheugen' zaten en nu niet meer. De rechtbank gaat niet mee in dit verweer.

Disculpatie schending administratieplicht

Voorts oordeelt de rechtbank dat UAC c.s. zich kunnen disculperen van (o.a.) schending van de administratieplicht. UAC c.s. hebben aangevoerd dat zij de boekhouding niet bijhielden, dat deed partij A1. Partij A1 heeft de boekhouding, ondanks meerdere verzoeken daartoe, niet afgegeven aan UAC c.s. Bovendien valt UAC c.s. niet aan te rekenen dat geen volledige administratie aan de curator is overgedragen, mede gegeven de gang van zaken rondom de inbewaringstelling van partij A1 – en zijn weigering om inlichtingen over de boekhouding te verschaffen, zelfs na bijna drie maanden 'vastzitten'.

Evenmin is op andere gronden sprake van bestuurdersaansprakelijkheid: van het nalaten en onrechtmatig handelen ten aanzien van de normschendingen, treft UAC c.s. geen verwijt omdat de normschendingen reeds waren ingetreden toen Stichting UAC bestuurder werd van de failliete vennootschap. Ook de betalingen in het zicht van faillissement van Stichting UAC aan een aan haar gelieerde partij, waren niet onrechtmatig volgens de rechtbank. Hoewel failliet al in financieel zwaar weer verkeerde en de betalingen vlak voor het faillissement zijn verricht, zijn in die periode ook nog andere schuldeisers betaald en zijn de betalingen in omvang relatief beperkt, waardoor geen sprake is van ontoelaatbare selectieve betalingen.

Tot slot

De vorderingen van UAC c.s. in reconventie worden afgewezen. Zij hadden onder meer veroordeling van de curator tot betaling van schadevergoeding gevorderd (voor advocaat- en proceskosten) wegens onrechtmatige beslaglegging. Nu UAC c.s. (ook) een proceskostenvergoeding vorderen ex artikel 241 Rv, komen die kosten niet op basis van artikel 6:96 lid 2 BW in aanmerking.

De door de curator aangesproken partijen hebben elkaar over en weer (in vrijwaring) aansprakelijk gesteld voor een (mogelijke) veroordeling tot betaling aan de curator. Omdat de vordering van de curator in de hoofdzaak wordt afgewezen, worden de vorderingen in de vrijwaring eveneens afgewezen.

R.J.H. Berghuis, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 05-07-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:2804

Zaaknummer: C/o8/275145/HA ZA 21-504 en C/o8/281782/HA ZA 22-189

Rechters: C.A. de Beaufort, F.E.J. Goffin en S.J. de Moel

Advocaten: C.G. Mensink, F. Kolkman en M.A.C. Geurts

Wetsartikelen: 2:248 BW, 4 lid 1 Rome II-Verordening en 7 lid 1 Rv

RECHTSPRAAK

United Fairs B.V./Mede-aandeelhouder van La Sposa Couture B.V.

In kort geding vordert een aandeelhouder van een bv de uitstoting van een Italiaanse mede-aandeelhouder op grond van artikel 2:336 BW. De voorzieningenrechter acht zichzelf bevoegd, verleent de mede-aandeelhouder verstek, veroordeelt hem om binnen een week na betekening van het vonnis over te gaan tot overdracht van de door hem gehouden aandelen tegen de nominale waarde en machtigt de bv om ex artikel 2:341 BW tot levering van de aandelen van de mede-aandeelhouder aan de vorderende aandeelhouder over te gaan, indien de veroordeelde mede-aandeelhouder daarmee binnen de gestelde termijn in gebreke blijft.

United Fairs B.V. ('United Fairs') is houder van 50% van de aandelen in en tevens enig bestuurder van La Sposa Couture B.V. ('La Sposa'). De overige 50% van de aandelen wordt gehouden door een natuurlijk persoon, woonachtig in Italië ('de Mede-aandeelhouder'). United Fairs vordert in kort geding de overdracht binnen een week door de Mede-aandeelhouder van diens aandelen aan United Fairs op grond van artikel 2:336 BW.

De voorzieningenrechter overweegt dat hij bevoegd is om van het geschil kennis te nemen omdat de geschillenregeling – hoewel wellicht niet naar de letter – met het oog op de rechtseenheid en rechtszekerheid onder de strekking en de reikwijdte van artikel 24 EEX II-Vo dient te worden begrepen. De ratio van dit artikel is volgens de voorzieningenrechter dat het materiële recht dat de vennootschap beheerst, wordt toegepast en uitgelegd door de eigen rechter. Het op de vennootschap toepasselijke recht en de rechterlijke bevoegdheden van de geschillenregeling lopen dan in de pas. Ook overweegt de voorzieningenrechter dat Nederlands recht van toepassing is op de rechtsverhouding tussen partijen gegeven het in artikel 10:119 BW neergelegde incorporatierecht, nu het gaat om de (gedwongen) overdracht van aandelen op naam van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap.

Voorts verleent de voorzieningenrechter verstek aan de niet-verschenen Mede-aandeelhouder. Weliswaar kan niet worden vastgesteld of de betekening of kennisgeving van de dagvaarding de Mede-aandeelhouder daadwerkelijk heeft bereikt, maar het exploit van de dagvaarding is ook per e-mailbericht aan de Mede-aandeelhouder toegestuurd (naar een e-mailadres waarmee de Mede-aandeelhouder enkele maanden eerder aan United Fairs heeft gemaild). Daarmee staat naar het oordeel van de voorzieningenrechter in voldoende mate vast dat de dagvaarding de Mede-aandeelhouder ook daadwerkelijk en tijdig heeft bereikt.

De voorzieningenrechter overweegt dat kennelijk sprake is van een patstelling tussen partijen en dat de Mede-aandeelhouder niet reageert op uitnodigingen voor aandeelhoudersvergaderingen of op andere berichten van La Sposa c.q. United Fairs. De voorzieningenrechter overweegt voorts dat de financierende bank dreigt de financiering op te zeggen wegens bezwaren tegen de Mede-aandeelhouder, United Fairs niet bereid is verder te financieren zolang de Mede-aandeelhouder ook aandeelhouder is en het aannemelijk is geworden dat de Mede-aandeelhouder de vennootschap benadeelt door buiten de vennootschap om geldstromen te ontvangen van opdrachtgevers en concurrerende activiteiten te ontplooiën. Tussen partijen is naar het oordeel van de voorzieningenrechter sprake van een situatie die onmiddellijk ingrijpen rechtvaardigt. Bij die stand van zaken is de vordering tot uitstoting naar zijn aard spoedeisend en komt de gedwongen overdracht van de aandelen van de Mede-aandeelhouder in La Sposa binnen een week na betekening van het vonnis tegen de nominale waarde daarvan de voorzieningenrechter niet onrechtmatig of ongegrond voor. De voorzieningenrechter wijst deze vordering toe en ook de vordering tot machtiging van La Sposa om ex artikel 2:341 BW tot levering van de aandelen van de Mede-aandeelhouder aan United Fairs over te gaan, indien de Mede-aandeelhouder daarmee binnen de gestelde termijn in gebreke blijft.

K.H. Boonzaaijer, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 27-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:535

Zaaknummer: C/05/412229 / KG ZA 22-399

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: M.A. Oostendorp

Wetsartikelen: 2:336 BW, 2:341 BW, 24 EEX II-Vo en 10:119 BW