

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 18, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:7051](#) 22-08-2023

Curator van Stichting Innodome/ING Bank N.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:2603](#) 10-08-2023

Beoordeling vennootschapsrechtelijk en arbeidsrechtelijk ontslag statutair bestuurder

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1849](#) 01-08-2023

Onmiddellijke voorzieningen bij familiebedrijf in de zand- en grintwinningsindustrie

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1386](#) 15-06-2023

Enquête SleeperCharger Holding B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:12254](#) 15-08-2023

Aanvraag faillissement misbruik van bevoegdheid

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:3324](#) 11-08-2023

Ontslag statutair directeur binnen vier maanden na aanstelling

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:4018](#) 29-06-2023

Ultra-d Coöperatief U.A. c.s./Bestuurder

RECHTSPRAAK

Onmiddellijke voorzieningen bij familiebedrijf in de zand- en grintwinningsindustrie

OK; enquête. Binnen een familiebedrijf dat zich richt op de zand- en grintwinningsindustrie spelen verschillende onregelmatigheden, die leiden tot een verzoek aan de OK tot het bevelen van een onderzoek en het nemen van onmiddellijke maatregelen. Zo spelen er familieruzies tussen de aandeelhouders, zijn er signalen dat sprake is van fraude en is de externe accountant niet bereid een oordeel te geven over de jaarrekening zolang niet adequaat onderzoek wordt gedaan naar de mogelijke fraude. De OK oordeelt dat er voldoende aanleiding is voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van het familiebedrijf en dat de toestand van de vennootschap nodig maakt dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. Om die reden worden twee nieuwe commissarissen benoemd, waarvan één voorzitter is van de raad van commissarissen.

Inleiding en verzoek aan de OK

Bij een in 1943 opgericht familiebedrijf dat actief is in de zand- en grintwinningsindustrie ('het Familiebedrijf') is sprake van regelmatig terugkerende conflicten tussen de vier aandeelhouders (via hun holdings) die tevens broers van elkaar zijn. De (persoonlijke holdings van de middellijk) aandeelhouders in het Familiebedrijf zijn Korhoen Investments B.V. ('Korhoen'), Loods Investments B.V. ('Loods'), Logter Investments B.V. ('Logter') en Mout Investments B.V. ('Mout'). In de verschillende holdings nemen ook de kinderen van de broers deel. De aandeelhouders (en hun kinderen) van de holdings Korhoen, Loods en Logter zijn verwickeld in een familieruzie met de aandeelhouder van Mout (en zijn dochter).

In het kader van de controle van de jaarrekening over 2021 van het Familiebedrijf constateerde

de externe accountant Koenen & Co dat toezicht en uitvoering erg verweven waren en dat deze verwevenheid een potentiële oorzaak kon zijn voor mogelijke ongeregelheden. Koenen & Co had signalen opgevangen die op fraude en/of verduistering bij het Familiebedrijf konden wijzen. De accountant was niet bereid een oordeel te geven over de jaarrekening 2021 zolang zij hiernaar niet adequaat onderzoek kon doen.

Hoewel het Familiebedrijf verschillende maatregelen had genomen, zoals het instellen van een ondernemingsraad, het gedeeltelijk toepassen van het structuurregime en het aftreden als commissaris van de broers die aandeelhouder zijn van Korhoen, Loods en Logter, geeft de externe accountant in 2022 te kennen niet bereid te zijn een eventuele opdracht tot het controleren van de jaarrekening over 2022 te aanvaarden. Aanleiding is dat de externe accountant in het kader van de controle van de jaarrekening over 2021 van het Familiebedrijf veertien significante controlerisico's heeft vastgesteld. Koenen & Co adviseert aan de raad van commissarissen ('RvC') een forensisch onderzoek te laten verrichten. Dit onderzoek wordt in eerste instantie uitgevoerd door EBBEN Partners, maar wordt lopende het onderzoek opgeschort vanwege signalen dat de betrouwbaarheid van de verklaringen van de werknemers in het kader van dit onderzoek twijfelachtig is wegens omkoping van deze werknemers.

Na een wisselende samenstelling van de RvC ontstaat op enig moment onenigheid over de vraag welke personen daarvan nog onderdeel uitmaken. Volgens de broers die aandeelhouder zijn van Korhoen, Loods en Logter bestaat de RvC alleen nog uit de persoon [L] ('Commissaris L'), nadat de personen [M] ('Commissaris M') en [N] ('Commissaris N') zijn afgetreden. De RvC betwist dit en is van mening dat alle drie de personen onderdeel uitmaken van de RvC.

De feitenconstellatie leidt ertoe dat de RvC, wegens het bestaan van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken, een verzoek indient bij de OK tot:

1. het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van het Familiebedrijf vanaf 2017 (ten aanzien van de indicaties van fraude), medio mei 2022 (ten aanzien van de governance-problemen) en april 2023 (ten aanzien van het belemmeren van het forensisch onderzoek);
2. de benoeming van drie nieuwe commissarissen ter vervanging van de huidige commissarissen; en
3. de veroordeling van het Familiebedrijf in de kosten van de procedure.

Beslissing OK

De OK komt tot het oordeel dat het voldoende aannemelijk is dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van het Familiebedrijf te twijfelen. Daartoe overweegt de OK dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders van de holdings Korhoen, Loods en Logter enerzijds en Mout anderzijds al jaren zijn verstoord, wat een voortdurende bron van conflicten vormt en eerder al tot een enquêteverzoek door de aandeelhouder van Mout heeft geleid. Daarnaast overweegt de OK dat het conflict tussen de aandeelhouders doorwerkt in de RvC en dat het vertrouwen tussen de RvC en bepaalde (middellijke) aandeelhouders volledig ontbreekt.

Verder overweegt de OK dat er serieuze signalen zijn dat het forensisch onderzoek wordt belemmerd, en is het naar het oordeel van de OK in het belang van de vennootschap dat het forensisch onderzoek zo spoedig mogelijk wordt afgerond, opdat de controle van de jaarrekening over 2021 kan worden afgesloten.

De OK komt daarom tot het oordeel dat er voldoende aanleiding is om bij wijze van onmiddellijke voorziening tijdelijk commissarissen bij het Familiebedrijf te benoemen ter vervanging van Commissaris N en Commissaris M, waarvan één als voorzitter van de RvC. Commissaris L wordt niet vervangen omdat, zo oordeelt de OK, niet is gebleken dat hij zijn taak als commissaris niet naar behoren heeft vervuld. Bovendien speelt mee dat Commissaris L inhoudelijke kennis heeft van de sector en dat hij bekend is met de achtergrond en historie van de lopende geschillen binnen het Familiebedrijf.

Tot slot oordeelt de OK dat de proceskosten door iedere partij zelfstandig worden gedragen.

A. El Allaoui, september 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-08-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1849

Zaaknummer: 200.329.812/01 OK

Rechters: A.P. Wessels, W.A.H. Melissen, M.A.M. Vaessen, W. Wind en G. van Vollenhoven-Eikelenboom

Advocaten: M. Holtzer, T.S.F. Hautvast, H.H. Tan, J.J.D. de Leur, P.G.M. Brouwer, N.R.T. Vellinga, M.G. Spijker en R.C. Kooiman

Wetsartikelen: 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Enquête SleeperCharger Holding B.V.

OK; enquête. Binnen een joint venture heeft de meerderheidsaandeelhouder, tevens bestuurder, de minderheidsaandeelhouder, eveneens bestuurder, als bestuurder ontslagen en aangemerkt als 'bad leaver'. De minderheidsaandeelhouder verzoekt daaropvolgend een enquête. De OK oordeelt dat de meerderheidsaandeelhouder de doorwerking van de in de aandeelhoudersovereenkomst gemaakte afspraken in de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW miskent en in het bijzonder de verplichting uit de aandeelhoudersovereenkomst om zich in te spannen verschil van inzicht te overbruggen en de bepalingen omtrent ontslag van de bestuurders. Bovendien verzet artikel 2:244 lid 2 BW zich gegeven de stemverhoudingen niet tegen de in de aandeelhoudersovereenkomst gemaakte afspraak dat een ontslagbesluit slechts met instemming van beide aandeelhouders mag worden genomen. Er wordt een tijdelijk bestuurder met doorslaggevende stem benoemd, en het onderzoek wordt voorlopig aangehouden.

Feiten en geschil

Deze zaak betreft een geschil tussen de twee bestuurders en aandeelhouders van de start up-vennootschap SleeperCharger holding B.V. ('SleeperCharger'), die een online boekingsplatform heeft opgezet waarop eigenaren van elektrische auto's in Europa hotelovernachtingen inclusief laadpaal kunnen boeken. Bestuurder I is de bedenker van het concept.

Ultimo 2021 gaat Bestuurder I een samenwerking aan met Bestuurder II. Als gevolg van deze samenwerking is de aandelenverhouding als volgt. ALSHiJ72 B.V. ('ALSHiJ72'), een door

Bestuurder I gecontroleerde vennootschap, bezit 52,5%. Hang Loose B.V. ('Hang Loose'), een holdingvennootschap van Bestuurder II, bezit 37,5%. 10% van de aandelen in het kapitaal van SleeperCharger wordt gehouden door SleeperCharger zelf. ALSHiJ72 en Hang Loose zijn dezelfde dag ingeschreven als zelfstandig bevoegde bestuurders van SleeperCharger. Tussen ALSHiJ72, Hang Loose en SleeperCharger is een aandeelhoudersovereenkomst gesloten ('SHA'). Na het aangaan van de SHA is de helft van de 10% aandelen die SuperCharger in bezit had, overgedragen aan een Stichting administratiekantoor waarvan Bestuurder I en Bestuurder II bestuurder zijn ('de STAK'). De STAK heeft nog geen certificaten uitgegeven. In de SHA is opgenomen dat het bestuur bij meerderheid van stemmen moet besluiten en dat in de algemene vergadering slechts met algemene stemmen mag worden besloten een bestuurder te ontslaan. Er is geen *deadlock*-regeling opgenomen; wel de verplichting voor alle partijen om zich in te spannen om verschil van inzicht in goed overleg te overbruggen.

In oktober 2022 is de website gelanceerd, waarop zo'n 60.000 hotels in Europa met een laadpaal zijn te boeken. Het aantal boekingen viel daarna echter tegen.

Vanaf december 2022 is tussen Bestuurder I en Bestuurder II gediscussieerd over kort gezegd de strategie van de onderneming en de aanpak van verschillende kwesties, alsmede hun wederzijdse taken daarin. Ook over de kosten en de wijze van bekostiging is gedebatteerd. Waar Bestuurder I de (beperkte) investeringen wil richten op verdere ontwikkeling van de website, legt Bestuurder II de nadruk op het belang van marketing om de omzet te verbeteren. Hoe die investeringen bekostigd moeten worden, is eveneens in discussie; mede omdat Bestuurder I Bestuurder II verwijt dat hij onvoldoende investeerders heeft aangetrokken. Er is hierover per e-mail gecorrespondeerd en er zijn enkele overleggen geweest, maar dit heeft niet tot overeenstemming geleid. In het verlengde hiervan is vervolgens tussen Bestuurder I en Bestuurder II een discussie ontstaan over de vraag wie van hen feitelijk leiding dient te geven aan de onderneming. Daarnaast meent Bestuurder I dat Bestuurder II te weinig uren voor de onderneming werkt en ondermaats presteert (onder meer door te weinig investeerders aan te trekken) en dat hij zonder toestemming concurrerende activiteiten verricht.

ALSHiJ72 heeft voor 24 januari 2023 een algemene vergadering uitgeroepen, en op die algemene vergadering Hang Loose ontslagen als bestuurder van SleeperCharger. Zij stelt zich daarbij op het standpunt dat Hang Loose onder de SHA kwalificeert als *bad leaver*, waarmee zij het stemrecht op haar aandelen in SleeperCharger niet zou mogen uitoefenen. Hang Loose verzoekt de OK, mede namens SleeperCharger, naar het beleid en de gang van zaken te kijken, met name ook in het licht van deze algemene vergadering.

Beoordeling door de OK

De OK geeft eerst het juridisch kader voor de beoordeling. Het gaat om een joint venture vennootschap. Daarbij wordt hetgeen door de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW wordt gevorderd, mede bepaald door de aard en inhoud van de samenwerking. Ook het belang van de vennootschap wordt daar mede door bepaald (de Hoge Raad verwijst naar zijn recente beschikking inzake Cordial). De OK geeft vervolgens de volgende overwegingen:

1. Het is te betwijfelen of Bestuurder I aan de verplichting heeft voldaan om te goeder trouw te trachten een oplossing voor geschillen te bereiken door het drastische besluit van ontslag van Hang Loose/Bestuurder II te agenderen, en dit besluit ook te nemen.
2. De STAK is niet opgeroepen voor de vergadering van 24 januari 2023, dus de besluiten zijn mogelijk vernietigbaar.
3. Bij de kwalificatie van Bestuurder II/Hang Loose als *bad leaver* zijn serieuze vraagtekens te plaatsen.
4. Ook bij de stelling dat Bestuurder II/Hang Loose geen stemrecht had in de vergadering van 24 januari 2023 zijn vraagtekens te plaatsen.
5. Het is onduidelijk hoe het ontslagbesluit zich verhoudt tot het vereiste in de SHA dat een ontslagbesluit slechts met instemming van beide aandeelhouders mag worden genomen. Bestuurder I verweert zich met de stelling dat de SHA op dit punt nietig is, omdat artikel 2:244 lid 2 BW voorschrijft dat een ontslag niet meer dan 2/3 van de stemmen in de algemene vergadering mag vergen. Echter, als dat al het geval is (de toetsing hiervan is voorbehouden aan de civiele rechter) zou het artikel worden geconverteerd langs de lijnen van artikel 2:244 lid 2 BW, en een meerderheid van 2/3 van de stemmen zou in dit geval ook instemming van beide aandeelhouders vergen.

Gelet op deze punten zijn er naar het oordeel van de OK gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken binnen SleeperCharger die een onderzoek rechtvaardigen. De OK beveelt een onderzoek maar houdt de benoeming van de onderzoeker aan om te bezien of het treffen van een onmiddellijke voorziening reeds de oplossing voor het geschil brengt. De voorziening die wordt getroffen is dat er een bestuurder in SleeperCharger wordt benoemd met doorslaggevende stem. De OK ziet geen noodzaak om de door ALSHiJ72 gehouden aandelen ten titel van beheer over te dragen.

J. Wareman, september 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-06-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1386

Zaaknummer: ECLI:NL:GHAMS:2023:1386

Rechters: M.A.M. Vaessen, W.A.H. Melissen, J.M. de Jongh, D.E.M. Aleman en M.N. Hoogendoorn

Advocaten: S.W. Holterman, R.C. de Mol en L.K. Palmer

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:350 BW, 2:244 lid 2 BW en 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Aanvraag faillissement misbruik van bevoegdheid

Het faillissement van een vennootschap is slechts aangevraagd om op een eenvoudige manier van een huurovereenkomst af te komen en een geschil tussen broers op te lossen. Omdat de persoon achter de verzoekster ook had kunnen turboliquideren en zowel het belang van een mogelijke curator om verschoond te blijven van onverhaalbare kosten, als het belang van de verhuurder kende, wijst de rechtbank het faillissementsverzoek af wegens misbruik van bevoegdheid.

X ('Broer 1') en Y ('Broer 2') zijn broers. Zij houden allebei via een holding 50% van de aandelen in een vennootschap ('de Vennootschap') waarin twee huisartsenpraktijken werden gevoerd. De holding van Broer 1 is de enige bestuurder van de Vennootschap. De holding van Broer 2 heeft een vordering op de Vennootschap. De broers hebben in 2018 een conflict gekregen. Sindsdien wordt er geen huisartenspraktijk meer gevoerd in de Vennootschap, maar huurt de Vennootschap enkel een bedrijfspand dat zij op haar beurt onderverhuurt aan een derde. Broer 1 verzoekt, via een vennootschap waarvan hij middellijk enig bestuurder en aandeelhouder is, om het faillissement van de Vennootschap.

De rechtbank wijst het verzoek af. Gebleken is dat de Vennootschap geen baten heeft. Het faillissement is slechts aangevraagd om van de huurovereenkomst af te komen. Momenteel komt maandelijks € 3.800 binnen op de rekening van de Vennootschap. Dat geld moet telkens worden doorbetaald aan de verhuurder. Broer 1 heeft gesteld er klaar mee te zijn steeds de huur te moeten voorschieten. Een curator moet het huurprobleem volgens hem oplossen. Naar het oordeel van de rechtbank is het faillissement er niet voor bedoeld om op een eenvoudige manier van een huurovereenkomst af te komen en om een geschil tussen broers op te lossen. Verzoekster kende het belang van de curator om verschoond te blijven van niet verhaalbare kosten en ook het belang van de verhuurder, dat zwaarder weegt dan haar belang bij het faillissement, mede omdat Broer 1 de Vennootschap ook zou kunnen beëindigen door middel van turboliquidatie.

H.J. de Kloe, september 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 15-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:12254

Zaaknummer: C/09/649841 / FT RK 23/499

Rechters: J.C.A.T. Frima

Advocaten: J.K.A. van Loo

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw, 3:13 BW en 2:19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Curator van Stichting Innodome/ING Bank N.V.

De bestuurder van een stichting heeft na zijn benoeming een zakelijke bankrekening bij ING geopend. In zo'n twee maanden tijd zijn door een aantal bouwbedrijven aanzienlijke bedragen bijgeschreven op de rekening van de stichting in verband met leveringen die zijn verricht aan deze bedrijven. Van dat bedrag is binnen twee maanden het overgrote deel contant opgenomen. Inmiddels is de stichting failliet verklaard. De curator verwijt ING onvoldoende te hebben gedaan om te voorkomen dat de stichting en haar crediteuren schade hebben geleden door (de bestuurder van) de stichting een zakelijke bankrekening te laten openen en niet (tijdig) in te grijpen bij misbruik. Net als de rechtbank wijst het hof de vorderingen van de curator af. Het hof oordeelt dat ING geen steken heeft laten vallen bij het cliëntonderzoek en dat ING zich er niet van bewust was of had moeten zijn dat gefraudeerd werd met de bankrekening van de stichting.

Inleiding

Dit arrest gaat over een stichting, Stichting Innodome, met een wegens verduistering en oplichting veroordeelde en onder beschermingsbewind staande bestuurder. Binnen twee maanden na zijn benoeming tot enig bestuurder heeft hij bij ING een zakelijke bankrekening geopend, met kredietfaciliteit en pinpas. In zo'n twee maanden is door achttien bijschrijvingen van een aantal bouwbedrijven in totaal € 177.198,66 bijgeschreven op de rekening van de stichting. De desbetreffende bestellingen zijn ook aan deze bedrijven geleverd. Van dat totaal is met de pinpas binnen twee maanden € 162.570 in contanten opgenomen.

De curator gaat ervan uit dat de stichting en haar bankrekening werden misbruikt voor het plegen van fraude en heeft in eerste aanleg gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart

dat (zowel) het aangaan van de Overeenkomst Zakelijk Betaalpakket met de stichting (als) of de daaropvolgende contante uitbetalingen paulianeus zijn in de zin van artikel 42 Fw en/of dat ING onrechtmatig jegens de stichting of haar schuldeisers in het faillissement heeft gehandeld door schending van de op haar rustende zorgplicht. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. De bedoeling van het hoger beroep van de curator is dat de vorderingen alsnog worden toegewezen.

Het standpunt van de curator kan in twee verwijten worden onderscheiden. Het eerste verwijt: de curator stelt zich op het standpunt dat ING niet heeft voldaan aan de verplichting om bij het openen van de zakelijke bankrekening het cliëntonderzoek te doen dat is voorgeschreven in de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft). Er waren in dit geval volgens de curator een aantal zogenoemde *red flags* die ING ervan hadden moeten weerhouden deze bankrekening te openen. Het tweede verwijt luidt dat ook de contante opnames die meteen na een bijschrijving op de rekening volgden, ING hadden moeten alarmeren en dat ING de rekening toen ten onrechte niet – in afwachting van de resultaten van nader onderzoek – heeft geblokkeerd.

Beoordeling

Het hof stelt voorop dat ING het UBO-register en het incidentenregister heeft geraadpleegd en dat ING terecht tot de conclusie kwam dat de bestuurder bevoegd was de stichting te vertegenwoordigen. ING had niet de verplichting het Centraal curatele- en bewindregister te raadplegen of te informeren naar het strafrechtelijke verleden van de bestuurder. Verder impliceren de door de curator gestelde feiten niet dat ING bij het openen van de bankrekening begreep of had moeten begrijpen dat een ernstig gevaar bestond dat deze zou worden gebruikt voor frauduleuze handelingen, waardoor de stichting of haar crediteuren schade zouden lijden. Voor een geslaagd beroep op artikel 42 Fw is vereist dat ING ten tijde van het aangaan van de overeenkomst het faillissement van de stichting en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kon voorzien. Die conclusie kan echter niet volgen uit wat de curator heeft aangevoerd.

Bij het tweede verwijt gaat het om de zogenoemde *post transaction monitoring* waartoe ING is gehouden. De hiervoor genoemde opname van contante gelden op dezelfde dag als de storting hebben ertoe geleid dat de bestuurder tweemaal is aangeschreven door ING en dat de bankrelatie is beëindigd. ING had volgens de curator echter al voorafgaand aan die beëindiging moeten vermoeden dat sprake was van fraude. Bij de beantwoording van de vraag of ING inderdaad aanleiding had moeten zien de rekening te blokkeren en vanaf welk moment, is volgens het hof van belang tot welke controles en monitoring zij gehouden was, welke belangen met deze zorgplicht van de bank zijn gediend, en welke belangenafwegingen

daarbij verder een rol spelen.

Het hof overweegt dat het cliëntenonderzoek op grond van de Wwft een publieke zorgplicht behelst (namelijk het voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering) en dat daarmee niet de belangen van de cliënt van de bank of diens crediteuren worden beschermd. Het belang van de rekeninghouder (de stichting) is niet relevant, omdat het hier gaat om een geval waarbij een bevoegd vertegenwoordiger van de rekeninghouder geautoriseerde betalingstransacties heeft uitgevoerd. Niet gebleken is dat ING zich ervan bewust was of had moeten zijn dat deze betalingstransacties frauduleus waren. Alleen in bijzondere gevallen kan in het belang van derden (hier: de schuldeisers van de stichting) een specifieke, op de concrete situatie van het geval toegesneden buitencontractuele zorgplicht worden aangenomen. Schending van een dergelijke zorgplicht komt in strijd met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, en is om die reden onrechtmatig. Het hof oordeelt dat de curator geen omstandigheden heeft aangevoerd die een beroep op schending van een bijzondere zorgplicht rechtvaardigen.

D.R.C. Smit, september 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-08-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:7051

Zaaknummer: 200.316.609/01

Rechters: M.W. Zandbergen, I. Tubben en A. van Hees

Advocaten: Mok en M.E.G. Murriss

Wetsartikelen: 42 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ultra-d Coöperatief U.A. c.s./Bestuurder

Er is een geschil ontstaan over de vraag wie rechtsgeldig bestuurder is van een aantal vennootschappen. De voorzieningenrechter ziet noodzaak bij voorlopige voorziening een (vermeende) bestuurder te schorsen en een onafhankelijk bestuurder te benoemen. Het is gebleken dat het handelen van de vermeende bestuurder niet gericht is op het belang van de vennootschappen en de daarmee verbonden onderneming. Nu het benoemen van een onafhankelijk bestuurder tevens tot voortzetting van de financiering leidt, leidt een belangenafweging ook tot de benoeming van de onafhankelijke bestuurder. De voorzieningenrechter laat in het midden waarom de diverse besluiten tot benoeming van bestuurders nietig of anderszins ongeldig zijn.

Feiten

De zaak gaat erom welke partij het bestuur mag voeren over Ultra D Coöperatief U.A. ('Ultra') en de twee dochtervennootschappen daarvan, Stream TV International B.V. ('Stream TV') en SeeCubic B.V. (hierna gezamenlijk 'de Vennootschappen'). Stream TV heeft dochterondernemingen in China. De belangen in de Vennootschappen worden via een Curaçaose CV en twee tussenhoudstervenootschappen gehouden door TechnoVative Media Inc., een Delaware vennootschap ('TechnoVative'), waarvan de aandelen weer gehouden worden door Stream TV Networks, Inc ('Stream').

De Vennootschappen zijn zowel eisers als gedaagden, aangezien onderwerp van geschil is welke partij geldig bestuurders heeft benoemd en wie bestuurder is van de Vennootschappen. De overige eisers zijn financiers die tientallen miljoenen US Dollars en andere valuta aan Stream hebben geleend en daartegenover zekerheidsrechten hebben ontvangen, onder andere op de aandelen in TechnoVative ('de Financiers'). Laatste gedaagde in deze zaak is een van de oprichters van de onderneming van de Vennootschappen en tevens indirect aandeelhouder in

Stream ('de Oprichter').

Het geschil speelt zich grotendeels af in Amerika, waar verschillende procedures worden gevoerd over de tekortkomingen onder de financieringen. Gedurende deze procedures wordt de Oprichter benoemd als bestuurder van de Vennootschappen, vervolgens wordt door een VS rechtbank een onafhankelijk bestuurder benoemd. Kort daarna wordt een beroep gedaan op Chapter 11 (VS faillissementsprocedure), waarna de Oprichter weer zeggenschap krijgt als bestuurder in Stream.

De Oprichter laat vervolgens na te reageren op noodkreten van het management van de Vennootschappen ten aanzien van betaling van salarissen. Ook is er geen aanvullende financiering gekomen, ondanks de financiële nood van de Vennootschappen.

Vervolgens hebben eisers een kort geding aangespannen waarin zij de voorzieningenrechter, onder andere, verzoeken een nieuwe onafhankelijke bestuurder te benoemen.

Kort geding

De voorzieningenrechter vangt aan met het vaststellen dat eisers en gedaagden beiden gronden hebben aangevoerd waarom de diverse besluiten tot benoeming van bestuurders nietig of anderszins ongeldig zijn. De voorzieningenrechter geeft aan in het midden te laten welke argumenten de meeste kans van slagen hebben.

De voorzieningenrechter oordeelt vervolgens dat uit de aangevoerde feiten blijkt dat het handelen van de Oprichter niet gericht is op het belang van de Vennootschappen en de daarmee verbonden onderneming. Zo heeft de Oprichter geprobeerd activa aan de Vennootschappen te onttrekken. Verder heeft hij ondanks zijn pretentie directeur van de Vennootschappen te zijn, niet gereageerd op de noodkreten van de dagelijkse leiding van de ondernemingen om te voorzien in financiering van de lopende verplichtingen van de Vennootschappen.

Op dit moment verkeren de Vennootschappen in een situatie waarin op zeer korte termijn financiering nodig is. Indien geen geld beschikbaar komt, dreigen afbetalingsregelingen met verhuurders en de belastingdienst te vervallen en dreigt een faillissement. Door in deze omstandigheden geen maatregelen te nemen om de positie van de Vennootschappen te beschermen, terwijl hij stelt bestuurder te zijn en zich als zodanig in het handelsregister heeft laten inschrijven, handelt de Oprichter onrechtmatig jegens de Vennootschappen en de andere daarbij betrokken partijen. Dit betekent dat de voorzieningenrechter gronden ziet om de Oprichter te schorsen als bestuurder, voor zover hij geldig benoemd is.

De voorzieningenrechter ziet verder noodzaak om bij voorlopige voorziening een tijdelijk bestuurder te benoemen, ongeacht wie nu de geldig benoemde bestuurder is. De enige in het handelsregister ingeschreven bestuurder is namelijk geschorst. Nu sprake is van strijd tussen partijen en gezien de verwijten over en weer, ziet de voorzieningenrechter aanleiding een onafhankelijk bestuurder te benoemen en niet de door eisers voorgedragen bestuurder. De voorzieningenrechter heeft in dat kader een advocaat te Amsterdam bereid gevonden als onafhankelijk bestuurder op te treden.

Ook een belangenafweging leidt tot een dergelijke conclusie, nu de Financiers hebben toegezegd de financiering voort te zetten ingeval een onafhankelijk bestuurder wordt benoemd. Daartegenover heeft de Oprichter slechts gesteld dat financiering beschikbaar is, die hij bereid is ter beschikking te stellen zodra vaststaat dat hij de bestuursmacht over de Vennootschappen kan uitoefenen. Daarbij komt dat de beschikbaarheid van deze financiering minder concreet onderbouwd is dan die van de Financiers.

Verder oordeelt de voorzieningenrechter dat het voor het bestuur van de Vennootschappen noodzakelijk is dat de bestuurder op de hoogte is van handelingen die de Oprichter in zijn hoedanigheid van in het handelsregister ingeschreven bestuurder heeft verricht. De Oprichter zal daarnaast medewerking moeten verlenen aan het ongedaan maken daarvan, voor zover deze handelingen in strijd zijn met het belang van de Vennootschappen.

Y. Boekhout, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 29-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:4018

Zaaknummer: C/13/731989 / KG ZA 23-299 VVV/MV

Rechters: T.H. van Voorst Vader

Advocaten: E.R. Meerdink en T.S. Jansen

Wetsartikelen: 2:15 BW en 2:14 BW

RECHTSPRAAK

Beoordeling vennootschapsrechtelijk en arbeidsrechtelijk ontslag statutair bestuurder

Een bestuurder wordt door de raad van toezicht van een stichting zowel vennootschapsrechtelijk als arbeidsrechtelijk ontslagen. Bestuurder verzoekt primair een verklaring voor recht dat geen sprake is van een rechtsgeldig genomen ontslagbesluit, waardoor ook geen sprake is van een rechtsgeldige opzegging van het dienstverband, zodat dit nog onverminderd voortduurt. Indien wordt aangenomen dat wel sprake is van een rechtsgeldig ontslagbesluit en rechtsgeldige opzegging, verzoekt hij diverse aanzienlijke vergoedingen. Het hof is van oordeel dat sprake is geweest van een rechtsgeldig vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit. Voorts is geen sprake van ernstige verwijtbaarheid zijdens de stichting en heeft de bestuurder geen aanspraak op een billijke vergoeding of een contractuele ontslagvergoeding naast de gefixeerde schadevergoeding die reeds aan hem is betaald.

Feiten

Appellant ('de Bestuurder') is op 1 januari 2016 in dienst getreden bij verweerster, een stichting, in de functie van bestuurder. Hij is tevens per die datum benoemd tot statutair bestuurder. Het salaris van de Bestuurder wordt genormeerd door de Wet normering topinkomens (WNT) en bedraagt per 2022 € 16.871,48 bruto per maand inclusief emolumenten. De stichting richt zich op het ondersteunen van cliënten bij het verbeteren of zo veel mogelijk behouden van hun eigen leven. Dat doet zij vanuit 33 locaties voor meer dan 6.000 cliënten. In zijn hoedanigheid van bestuurder maakte de Bestuurder deel uit van de raad van bestuur ('RvB'). De RvB telt (in beginsel) drie bestuurders. Daarnaast is er een raad van toezicht ('RvT').

De RvT heeft in september 2021 aan de RvB meegedeeld dat hij zich op grond van de financiële ontwikkelingen binnen de stichting zorgen maakt. De RvB heeft vervolgens geconstateerd dat sprake is van een crisis en dat maatregelen moeten worden getroffen. Vervolgens heeft in oktober 2021 een gesprek plaatsgevonden tussen de Bestuurder en de remuneratiecommissie. Tijdens dit gesprek zijn punten van kritiek op het functioneren van de Bestuurder besproken. Vervolgens heeft een lid van de RvB formeel het vertrouwen in de Bestuurder opgezegd. In een gesprek met de RvT op 21 oktober 2022 heeft de RvT vervolgens de conclusie getrokken dat de Bestuurder niet verder kan als bestuurder van de stichting. Hierna zijn partijen vrij snel gestart met gesprekken over een vertrekregeling. Die regeling is uiteindelijk niet tot stand gekomen.

Op 6 december 2021 heeft de Bestuurder zich ziek gemeld wegens overspannenheid. Bij brief van 11 maart 2022 is de Bestuurder uitgenodigd voor de vergadering van de RvT van 17 maart 2022, waarvoor het voorgenomen ontslag van de Bestuurder als statutair bestuurder is geagendeerd. De Bestuurder is in de vergadering van 17 maart 2022 ontslagen als statutair bestuurder. Op dat moment was hij arbeidsongeschikt als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst niet gelijktijdig is beëindigd. In de vergadering van 17 maart 2022 is besloten dat de arbeidsovereenkomst na de herstelmelding van de Bestuurder zou worden opgezegd. Op 7 april 2022 heeft de Bestuurder zich beter gemeld. Bij brief van 12 april 2022 heeft de stichting de arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 mei 2022.

De Bestuurder heeft in eerste aanleg (a) een verklaring voor recht verzocht dat geen sprake is van een rechtsgeldig genomen ontslagbesluit op 17 maart 2022, waardoor ook geen sprake is van een rechtsgeldige opzegging van het dienstverband, zodat dit nog onverminderd voortduurt. Indien wordt aangenomen dat wel sprake is van een rechtsgeldig ontslagbesluit en rechtsgeldige opzegging verzoekt hij (b) een gefixeerde schadevergoeding van € 101.228,88 bruto (waarvan € 75.000 bruto door de stichting is betaald), een transitievergoeding van € 38.429 bruto en een contractuele schadevergoeding, zulks bij wege van een billijke vergoeding van € 821.000 bruto. De rechtbank heeft de stichting veroordeeld tot betaling aan de Bestuurder van € 38.429 bruto ter zake van transitievergoeding, verminderd met het bedrag dat aan transitievergoeding aan de Bestuurder is betaald. De Bestuurder verzoekt vernietiging van de beschikking.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat sprake is geweest van een rechtsgeldig vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit. Het hof overweegt dat het feit dat de RvT in oktober 2021 aan de Bestuurder liet weten niet met hem als bestuurder door te willen gaan, in tegenstelling tot wat de Bestuurder betoogt, nog geen unaniem vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit inhoudt. De

RvT heeft aan de Bestuurder, bij meerdere gelegenheden onder mededeling van haar beweegredenen, laten weten dat men tot een beëindiging van zijn positie als statutair bestuurder wilde komen. Dat betekent echter nog niet dat het innemen van dat standpunt gelijk te stellen is met een vennootschapsrechtelijk voorgenomen ontslagbesluit. Dat ontslagtraject is pas in maart 2022 gestart, uitmondend in het ontslagbesluit van de RvT van 17 maart 2022. Dat de op 17 maart 2022 tijdens de vergadering met de RvT ingenomen standpunten van de RvT inhoudelijk niet wezenlijk verschilden van de in oktober 2021 aan de Bestuurder meegedeelde redenen om niet met hem als bestuurder te willen doorgaan, doet aan het voorgaande niet af. Verder oordeelt het hof dat de oproeping voor de vergadering op een redelijke termijn heeft plaatsgevonden en dat de medezeggenschapsorganen hun (instemmende) adviezen ten aanzien van het voorgenomen ontslagbesluit hebben gegeven, hoewel die niet aan de Bestuurder zijn verstrekt (waartoe geen formele verplichting bestaat), maar tijdens de vergadering zijn voorgelezen.

Het hof is voorts van oordeel dat de stichting een redelijke grond had (de h-grond) om de arbeidsovereenkomst met de Bestuurder op te zeggen. Omdat de stichting bij de opzegging niet de opzegtermijn in acht heeft genomen, heeft de Bestuurder recht op de gefixeerde schadevergoeding als bedoeld in artikel 7:672 lid 11 BW. Het hof is van oordeel dat de bepalingen van de WNT niet leiden tot maximering van deze schadevergoeding tot een bedrag van € 75.000 bruto. In artikel 4 van de Uitvoeringsregeling WNT 2022 is in lid 2 onder meer bepaald dat tot uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband niet worden gerekend de uitkering wegens beëindiging van het dienstverband die voortvloeit uit een wettelijk voorschrift, maar slechts voor zover de uitkering rechtstreeks, dwingend en eenduidig daaruit voortvloeit. Het hof stelt allereerst vast dat uit artikel 7:672 lid 11 BW rechtstreeks, dwingend en eenduidig voortvloeit (als bedoeld in art. 4 lid 2 Uitvoeringsregeling WNT 2022) dat de Bestuurder aanspraak kan maken op uitkering van de gefixeerde schadevergoeding in de vorm van het loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. Ook stelt het hof vast dat in dit geval geen sprake is geweest van een afspraak/opzette tussen partijen om te komen tot een hogere uitkering in verband met beëindiging van het dienstverband dan in de WNT is toegestaan. Het hof is verder van oordeel dat de Bestuurder recht heeft op de in artikel 9 van de arbeidsovereenkomst bepaalde schadevergoeding en wel tot een bedrag gelijk aan het in de WNT bepaalde maximumbedrag van € 75.000 bruto. Voor het toekennen van een vergoeding van (overige) vermogensschade (pensioenschade en schade ex art. 6:96 lid 2 BW) acht het hof geen gronden aanwezig. Naar het oordeel van het hof is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de stichting en de vordering van de Bestuurder om hem een billijke vergoeding toe te kennen wordt dan ook afgewezen. Het hof compenseert de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep.

Redactie, augustus 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-08-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:2603

Zaaknummer: 200.320.450_01

Rechters: J.I.M.W. Bartelds, M. van Ham en M.J.M.T. Keulaerds

Advocaten: A.M. Breedveld en K. van Kranenburg-Hanspian

Wetsartikelen: 2:15 BW, 6:96 BW, 6:136 BW, 7:641 BW, 7:669 BW, 7:672 BW, 7:673 BW, 7:677 BW, 7:678 BW, 7:682 BW, WNT en 4 uitvoeringsreglement WNT

RECHTSPRAAK

Ontslag statutair directeur binnen vier maanden na aanstelling

Een statutair directeur wordt binnen vier maanden na zijn aanstelling ontslagen door de algemene vergadering. De bestuurder verzoekt de kantonrechter hem een billijke vergoeding toe te kennen omdat hij zonder redelijke grond als bestuurder en werknemer is ontslagen. Tussen partijen is niet in geschil dat in de maanden voorafgaand aan het ontslag een andere wind is gaan waaien binnen de vennootschap. De kantonrechter oordeelt dat de vennootschap de bestuurder(s) dan wel de nodige tijd moet gunnen om zich aan te passen aan de veranderde wensen en de bestuurder(s) over de gewenste veranderingen adequaat moet informeren. Uit de in het geding gebrachte stukken kan de kantonrechter niet afleiden dat de vennootschap de ontslagen bestuurder voldoende kenbaar heeft gemaakt welke veranderingen zij op welke termijn van hem verlangt en dat dit niet vrijblijvend is. Dit betekent dat niet is komen vast te staan dat op het moment van de opzegging een redelijke grond voor opzegging al aanwezig was. Het verzoek van de bestuurder om toekenning van een billijke vergoeding is dan ook toewijsbaar.

Feiten

Verzoeker ('de Bestuurder') is medio 2014 bij Vennootschap 1 in dienst getreden in de functie van financieel controller. In verband met de overdracht van de aandelen van Vennootschap 1 is verweerster, Vennootschap 2, opgericht. Vanaf 9 december 2022 is DPI 3- KK B.V. de enig aandeelhouder van de aandelen van Vennootschap 2. Vennootschap 2 houdt zich bezig met advisering op het gebied van management en bedrijfsvoering en het verlenen van consultancy en managementdiensten aan vennootschappen en ondernemingen en is enig aandeelhouder

van Vennootschap 1. Op 6 december 2022 is de Bestuurder een aanbod gedaan om zijn arbeidsovereenkomst met behoud van anciënniteit over te zetten naar Vennootschap 2. Op 20 december 2022 is de Bestuurder benoemd tot CFO en statutair bestuurder van Vennootschap 2.

Op 21 april 2023 ontvangt de Bestuurder een e-mail van een andere bestuurder met een uitnodiging voor een AvA waar het ontslag van de Bestuurder op de agenda staat. Op 25 april 2023 laat de gemachtigde van de Bestuurder weten dat de Bestuurder de AvA niet zal bijwonen. De Bestuurder is tijdens de AvA van 29 april 2023 ontslagen als bestuurder omdat hij niet in staat is om de verwachtingen die Vennootschap 2 van een statutair directeur heeft, waar te maken. De Bestuurder verzoekt in deze procedure een billijke vergoeding van € 150.000 nu de werkgeefster hem zonder redelijke grond heeft ontslagen.

Oordeel

Vennootschap 2 heeft binnen een tijdsbestek van vier maanden het besluit genomen om afscheid te nemen van de Bestuurder als statutair bestuurder. In het onderhavige geval gaat het om de vraag of sprake is van een opzegging zonder redelijke grond of die het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Vennootschap 2 heeft aan het ontslag ten grondslag gelegd dat er tussen haar en de Bestuurder sprake is van een zodanig verschil van inzicht over de wijze waarop de Bestuurder invulling heeft gegeven aan zijn functie als CFO, dat op grond hiervan van haar in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren.

De kantonrechter is van oordeel dat van een dergelijke grond voor ontslag niet is gebleken. Tussen partijen is niet in geschil dat na de aandelenoverdracht in december 2022 een andere wind is gaan waaien binnen Vennootschap 2. Dat betekent echter niet dat voor het doorvoeren van een dergelijke wijziging en het aanpassen van de bestuurder(s) aan deze veranderde wensen van de aandeelhouder niet enige tijd genomen dient te worden, waarbij met name van belang is dat (ook) aan de statutair bestuurder kenbaar wordt gemaakt dat het de aandeelhouder menens is waar het betreft de door hem gewenste veranderingen die hij verlangt van zijn bestuurder(s). Uit de in het geding gebrachte stukken kan de kantonrechter niet afleiden dat Vennootschap 2 de Bestuurder voldoende kenbaar heeft gemaakt welke veranderingen zij op welke termijn van hem verlangt en dat dit niet vrijblijvend is.

Dit betekent dat niet is komen vast te staan dat op het moment van de opzegging in april 2023 een redelijke grond voor opzegging al aanwezig was. Het verzoek van de Bestuurder om toekenning van een billijke vergoeding is dan ook toewijsbaar. Bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding zoekt de kantonrechter aansluiting bij de termijn die de

arbeidsovereenkomst naar haar inschatting nog zou hebben voortgeduurd indien Vennootschap 2 duidelijk kenbaar had gemaakt wat zij van de Bestuurder verlangde en dat dit niet vrijblijvend was. De kantonrechter schat in dat de arbeidsovereenkomst nog ongeveer vier maanden langer zou hebben voortgeduurd indien Vennootschap 2 de hiervoor beschreven weg had bewandeld. Dit komt neer op een billijke vergoeding van afgerond € 37.500 bruto.

Redactie, augustus 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 11-08-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:3324

Zaaknummer: 10578682 \ EJ VERZ 23-182

Rechters: A.M.S. Kuipers

Advocaten: S.J.M. Masselink en M. Vriezekolk

Wetsartikelen: 7:682 lid 3 BW, 7:682 lid 3 sub a BW en 7:669 lid 3 onder h BW