

Nieuwsbrief - OR updates

Nummer 22, 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:2023:2477](#) 23-10-2023

Enquête Signa Sports United N.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:8459](#) 10-10-2023

Aansprakelijkheid van (voormalig) bestuurder en feitelijk leidinggevende van B&A Holding B.V. op vordering van de curator

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:2235](#) 04-10-2023

Verzoek ondernemingsraad tot ontslag individuele commissarissen van structuurvennootschap Afvalzorg Holding. Met wenk

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:8302](#) 03-10-2023

Feitelijk bestuurder van een apotheek is aansprakelijk voor het boedeltekort

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:3091](#) 26-09-2023

Bestuurder van Stichting derdengeldrekening (Incasso & Juridische Dienstverlening B.V.)/Cliënt

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:2174](#) 21-09-2023

Enquête Gavanie B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:7297](#) 29-08-2023

Verplichting tot levering van aandelen op grond van een optie onder opschortende voorwaarden

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:1765](#) 06-07-2023

Jaarrekeningprocedure Olympus Investment Midco B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:5948](#) 25-09-2023

Schorsing en ontslag directie Stichting Pakhuis de Zwijger

RECHTSPRAAK

Enquête Signa Sports United N.V.

Een Duitse beleggersvereniging verzoekt, daartoe gevolmachtigd door diverse aandeelhouders van een aan een Amerikaanse effectenbeurs genoteerde nv, de OK een enquête te gelasten en onmiddellijke voorzieningen te treffen bij de vennootschap. De vennootschap dreigt haar beursnotering kwijt te raken en de aandeelhouders maken daartegen bezwaar. De OK beveelt het bestuur van de vennootschap alle nodige en mogelijke maatregelen te treffen om de delisting te voorkomen.

Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. ('DSW') heeft de OK verzocht een enquête te gelasten en onmiddellijke voorzieningen te treffen bij Signa Sports United N.V. ('SSU'). DSW doet deze verzoeken namens gezamenlijk enquêtebevoegde aandeelhouders van SSU op basis van door hen verleende volmachten. SSU is niet verschenen en heeft niet gereageerd op het verzoek.

De aandelen van SSU zijn genoteerd aan de New York Stock Exchange ('NYSE'), laatstelijk voor \$ 0,09 per aandeel. Op 2 oktober 2023 heeft het bestuur van SSU aangekondigd dat zij voornemens is die notering te beëindigen. Op 11 oktober 2023 heeft de NYSE aangekondigd dat zij de notering van SSU per 23 oktober 2023 zal beëindigen in verband met 'abnormally low price levels' en dat SSU binnen 10 werkdagen NYSE om een 'review' van die beslissing kan vragen, en dat bij gebreke daarvan de notering per 23 oktober 2023 definitief eindigt. Het bestuur van SSU heeft, eveneens op 11 oktober 2023, aangekondigd geen review te zullen vragen. De door DSW vertegenwoordigde aandeelhouders hebben daartegen bij brief van 18 oktober 2023 bezwaar gemaakt.

De OK oordeelt dat, gelet op de ingrijpende en onomkeerbare gevolgen van de beslissing van de NYSE voor SSU en voor DSW (lees: de aandeelhouders die zij vertegenwoordigt) – onverhandelbaarheid van de aandelen aan de NYSE – een onmiddellijke voorziening nodig is, vooruitlopend op een mondelinge behandeling van het verzoek. De OK beveelt dat het

bestuur van SSU alle nodige en mogelijke maatregelen treft teneinde te waarborgen dat tijdig voor het verstrijken van de daarvoor geldende termijn een verzoek tot herziening van het besluit tot *delisting* wordt ingediend bij de *Committee of the Board of Directors of the Exchange* dat voldoet aan de toepasselijke wet- en regelgeving. De OK zal voor het overige op het verzoek beslissen na een op de kortst mogelijke termijn te bepalen mondelinge behandeling.

K.H. Boonzaaijer, oktober 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:2477

Zaaknummer: 200.331.631/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, W.A.H. Melissen, A.P. Wessels, S. ten Have en D.E.M. Aleman

Advocaten: Q.L.C.M. Bongaerts en N.K.S. Redner

Wetsartikelen: 2:346 lid 1 sub c BW en 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek ondernemingsraad tot ontslag individuele commissarissen van structuurvennootschap Afvalzorg Holding. Met wenk

De ondernemingsraad van een structuurvennootschap verzoekt de OK twee leden van de raad van commissarissen te ontslaan op de voet van artikel 2:161 lid 2 BW. De raad van commissarissen heeft de enig bestuurder ontslagen in weerwil van een negatief advies van de ondernemingsraad. De ondernemingsraad betwist de redenen voor het ontslag, stelt dat zijn adviesrecht is geschonden en dat de vennootschap door het ontslag schade is berokkend. Dit zou het ontslag rechtvaardigen van de commissarissen die daarvoor de verantwoordelijkheid dragen. De OK wijst de verzoeken af, nu artikel 2:161 lid 2 BW is beperkt tot uitzonderlijke gevallen en de OK de ondernemingsraad niet volgt in zijn verwijten jegens de raad van commissarissen.

In een wenk onder de samenvatting plaatst Karel Boonzaaijer de uitspraak in de context van eerdere jurisprudentie, de doelstellingen van de structuurregeling en het medezeggenschapsrecht van werknemers.

Aanleiding en verzoeken

De raad van commissarissen (RvC) van structuurvennootschap N.V. Afvalzorg Holding ('Afvalzorg') heeft de enig bestuurder ontslagen – na een dienstverband van 40 jaar, waarvan 23 jaar als bestuurder – en op die dag een interim-bestuurder benoemd. De ondernemingsraad (OR) kan zich niet verenigen met dat ontslag, alsmede met het medezeggenschapstraject voorafgaand aan het ontslag en de benoeming van de interim-bestuurder. De OR verzoekt daarom de OK op de voet van artikel 2:161 lid 2 BW met onmiddellijke ingang twee

commissarissen – de voorzitter van de RvC en de voorzitter van de auditcommissie – van Afvalzorg te ontslaan wegens verwaarlozing van hun taak en om gewichtige redenen. Bovendien verzoekt de OR als onmiddellijke voorzieningen voor de duur van de procedure onder andere beide commissarissen te schorsen onder gelijktijdige benoeming van een onafhankelijke derde als voorzitter van de RvC met beslissende stem.

Standpunten RvC

De RvC heeft de bestuurder ontslagen vanwege onbehoorlijk bestuur, nu hij de RvC niet adequaat en tijdig van belangrijke informatie heeft voorzien en bij herhaling gebrek aan inzicht in de financiële positie van Afvalzorg had, aldus de RvC. Onder andere zijn door de bestuurder met de RvC gedeelde financiële prognoses gedurende het voorafgaande jaar, miljoenen euro's hoger dan het uiteindelijke resultaat en heeft de bestuurder het personeel een onverplichte additionele eindejaarsuitkering van 10% van het jaarloon toegekend ter compensatie van de gestegen inflatie – in aanvulling op reeds toegekende loonsverhoging op grond van de CAO en leidend tot een ruime overschrijding van de gebudgetteerde personeelskosten – zonder de RvC daarover tevoren te informeren.

De RvC heeft een maand voorafgaand aan het ontslagbesluit de OR ex artikel 30 WOR om advies gevraagd betreffende het voorgenomen ontslagbesluit. De OR heeft een negatief advies uitgebracht. De bestuurder is evenwel ontslagen en op diezelfde dag is een interim-bestuurder benoemd. Over die benoeming heeft de RvC geen advies aan de OR gevraagd, volgens de RvC doordat een beoogde kandidaat die reeds zou toetreden tot het bestuur op het allerlaatste moment van zijn kandidatuur afzag, waardoor op zeer korte termijn een interim-bestuurder moest worden benoemd die overigens maar drie maanden aanblijft.

Standpunten OR

De OR betwist de door de RvC aangedragen redenen voor het ontslag, stelt dat het adviesrecht van de OR niet serieus is genomen en bij het benoemingsbesluit zelfs is geschonden en stelt dat het ontslag de continuïteit en stabiliteit van Afvalzorg ernstig heeft geschaad. De voorzitters van de RvC en de auditcommissie dragen hiervoor de (eind)verantwoordelijkheid en dienen daarom volgens de OR te worden ontslagen.

Beoordeling OK

De OK overweegt dat blijkens de wetsgeschiedenis en de schaarse jurisprudentie artikel 2:161 lid 2 BW beperkt is tot uitzonderlijke gevallen en een 'noodmaatregel' betreft. De gronden die de OR voor het ontslag van de commissarissen aandraagt, kunnen naar het oordeel van de OK daarvoor geen grondslag bieden. De OK overweegt dat uit de feiten volgt dat de conclusie van

de RvC dat de ontslagen bestuurder onvoldoende grip had op de cijfers, geenszins onbegrijpelijk is en dat hij de RvC inderdaad onvoldoende heeft geïnformeerd. De RvC heeft de OR om advies gevraagd op een tijdstip dat dit advies nog van wezenlijke invloed kon zijn op het te nemen besluit – dat het voorgenomen besluit ten tijde van de adviesaanvraag al op de agenda van de aandeelhoudersvergadering stond, doet daaraan niet af. Als het ontslag van de bestuurder al (risico op) schade heeft opgeleverd voor Afvalzorg, kan dit niet – althans in ondergeschikte mate – aan het handelen van de RvC worden toegerekend, aldus de OK. Tot slot is het volgens de OK weliswaar evident dat artikel 30 WOR ook in spoedgevallen moet worden nageleefd, maar dat dit eenmalig niet is gebeurd, is gegeven de omstandigheden onvoldoende voor ontslag van individuele commissarissen op grond van artikel 2:161 lid 2 BW.

De OK wijst de verzoeken van de OR af.

Wenk

Ontslag van commissarissen

Commissarissen binnen een structuurvennootschap hebben een riant positie. Zij dienen autonoom het vennootschappelijk belang en hoeven zich niet al te veel zorgen te maken te worden ontslagen, nu de algemene vergadering die hen benoemt hen niet individueel kan ontslaan. Sinds 2004 kan de algemene vergadering het vertrouwen in de gehele RvC opzeggen, wat het onmiddellijk collectief ontslag tot gevolg heeft (art. 2:161a/271a lid 1 juncto lid 3 BW), maar dit is een vergaande maatregel die niet snel wordt genomen. Voor het ontslag van individuele commissarissen is de algemene vergadering van een structuurvennootschap aangewezen op de OK.

Sinds de invoering van de structuurregeling in 1971 heeft de algemene vergadering zelden van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. De enige in de literatuur vermelde zaak betreft *Westhaven* (HR 24 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9652, NJ 1987/903). De OK had op verzoek van een vertegenwoordiger van de algemene vergadering de drie commissarissen van de naamloze vennootschap *Westhaven* op de voet van artikel 2:161 lid 2 BW ontslagen omdat zij gedurende een reeks van jaren, zonder rechtvaardiging, de situatie lieten voortbestaan waarin de voorzitter van de RvC als enig bestuurder van *Westhaven* functioneerde. Dit is volgens de OK een ernstige misslag van de RvC, die een gewichtige reden oplevert voor ontslag van alle commissarissen. Helaas is de Hoge Raad in cassatie niet aan een beoordeling hiervan toegekomen, nu hij de OK-beschikking heeft vernietigd omdat *Westhaven* enkele weken voorafgaand aan deze beschikking van de staatssecretaris van Justitie ontheffing had gekregen van het structuurregime, waarmee de wettelijke mogelijkheid was vervallen om de commissarissen op grond van artikel 2:161 lid 2 BW te ontslaan.

Naast de algemene vergadering, zijn ook de vennootschap, de RvC en de ondernemingsraad bevoegd een ontslagverzoek in te dienen. In de OK-beschikking *Stichting Wonen Zuid* (Hof Amsterdam (OK) 21 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3564, *JOR* 2019/8) deed de RvC het verzoek een van haar leden te ontslaan. De procedure was hier gegrond op artikel 33 lid 1 van de Woningwet, dat dezelfde gronden voor ontslag van commissarissen bevat als artikel 2:161/271 lid 1 BW. De OK ging over tot ontslag vanwege een onherstelbare vertrouwensbreuk tussen de specifieke commissaris en de overige leden van de RvC waardoor deze commissaris niet langer naar behoren kon functioneren als lid van de RvC, wat naar het oordeel van de OK reeds maakt dat sprake is van gewichtige redenen voor ontslag van deze commissaris.

Positie en bevoegdheden ondernemingsraad

In de onderhavige beschikking van 4 oktober 2023 is dan eindelijk – voor zover ik weet voor het eerst – ook een dergelijk verzoek gedaan door de ondernemingsraad. Aldus terecht merkt de OK op dat de jurisprudentie tot op heden ‘schaars’ is (r.o. 3.5). Opvallend is overigens dat artikel 2:161 lid 2 BW bepaalt dat niet de ondernemingsraad maar een ‘daartoe aangewezen vertegenwoordiger (...) van de ondernemingsraad’ het verzoek kan indienen, nu de ondernemingsraad geen rechtspersoonlijkheid bezit, maar dat het verzoek evenwel is ingediend door de ondernemingsraad en de OK hem klaarblijkelijk ontvankelijk acht. Vanwege proceseconomische redenen een aantrekkelijke beslissing en hoewel in strijd met de tekst van de wet, wel in lijn met een deel van de jurisprudentie in vergelijkbare procedures (zie P. van Schilfgaarde/J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 351 en de verwijzingen aldaar, waar bovendien wordt opgemerkt: ‘Ik zie geen bezwaar om de OR procesbevoegdheid toe te kennen in procedures waarin hij de voor bundeling vatbare belangen van de werknemers kan behartigen.’).

Gegeven de achtergrond van de structuurregeling is juist een ontslagverzoek door de ondernemingsraad interessant. De structuurregeling is ingevoerd om zowel betere controle op het bestuur als vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van werknemers te bewerkstelligen. Die medezeggenschap is indirect, door de ondernemingsraad een aanbevelingsrecht te geven bij benoeming van de commissarissen (zie artikel 2:158/268 lid 5 BW; sinds 2004 voor een derde van het aantal leden van de RvC bovendien een *versterkt* aanbevelingsrecht op grond van lid 6). De ondernemingsraad heeft zo enige invloed op de samenstelling van de RvC, maar de RvC – ook de op basis van de versterkte aanbeveling aangestelde commissaris, de zogenoemde ‘OR-commissaris’ – dient niet het belang van de ondernemingsraad of de werknemers, maar het vennootschappelijk belang. De invulling daarvan is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en wordt – indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden – ‘in de regel vooral’ bepaald door het

bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming (HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, NJ 2023/166 (*Bab/Cordial*), r.o. 3.4.2; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (*Roovers/Cancun Holding I*), r.o. 4.2.1). Mede op grond van het bepaalde in artikel 2:8 BW dienen bestuurders en commissarissen ‘voorts’ zorgvuldigheid te betrachten jegens de belangen van allen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken en deze verplichting ‘kan meebrengen’ dat bestuurders en commissarissen bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van die betrokkenen niet onnodig of onevenredig worden geschaad (HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, NJ 2023/166 (*Bab/Cordial*), r.o. 3.4.4; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (*Roovers/Cancun Holding I*), r.o. 4.2.2). Het belang van de werknemers en de ondernemingsraad speelt dus een rol, maar staat ook binnen de structuurregeling niet voorop.

Zulks blijkt goed uit de onderhavige beschikking. Het is duidelijk dat de RvC met het ontslag van de enig bestuurder niet het belang van de ondernemingsraad heeft gediend. De ondernemingsraad had negatief geadviseerd en gevraagd het voornemen tot ontslag te heroverwegen. Bovendien neemt de ondernemingsraad het krachtig voor de bestuurder op – al kan dat diens ontslag niet meer terugdraaien – in het verzoek tot ontslag van enkele leden van de RvC in wie de ondernemingsraad het vertrouwen is verloren. De ondernemingsraad vindt de OK niet aan zijn kant. De OK zet uitvoerig uiteen waarom de RvC het vennootschappelijk belang voor ogen had bij (de voorbereiding van) het besluit tot het ontslag van de bestuurder en de benoeming van de interim-bestuurder.

Aldus (b)lijkt het resultaat van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap op grond van de structuurregeling – en overigens ook de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap op grond van artikel 30 WOR – voor de ondernemingsraad van geringe betekenis. De betekenis ervan voor de governance is daarentegen wel degelijk groot. Het besluit tot ontslag van de bestuurder is niet lichtvaardig genomen en het belang van de specifieke vennootschap is op de lange termijn gediend, althans naar het oordeel van de OK, nu de governance gebaat is bij goede controle door de RvC die daarvoor afhankelijk is van gedegen informatievoorziening door het bestuur. De zeggenschapsrechten van de ondernemingsraad zijn bedoeld ter versterking van de governance, niet voor het eigenbelang van de ondernemingsraad en de werknemers.

Tot slot

Dat de werknemers op de hand zijn van de ontslagen bestuurder, verbaast niet. Hij heeft hen, in ieder geval in het jaar voorafgaand aan zijn ontslag, ruim beloond. Naast een loonsverhoging ontving iedere werknemer op initiatief van de bestuurder een forse bonus.

Het heeft zijn ontslag niet kunnen voorkomen, en is juist aangedragen als een van de redenen voor zijn ontslag, maar hij heeft wel vrienden gemaakt. De situatie doet denken aan de gelijkenis van Jezus in Lukas 16,1-13. Een rentmeester, die door Jezus 'onrechtvaardig' wordt genoemd, verkwist het geld van een rijke man wiens bezit door de rentmeester wordt beheerd. Als de rijke man aankondigt de rentmeester te zullen ontslaan, roept deze degenen die de rijke man nog iets schuldig zijn één voor één bij zich en noteert bij ieder van hen een aanmerkelijk lagere schuld, in een poging onder deze mensen vrienden te maken die hem zullen ondersteunen in de periode na zijn ontslag. Dit gedrag wordt vanzelfsprekend afgekeurd, maar door Jezus ten voorbeeld gesteld om eigen geld en bezit met grote mildheid te gebruiken voor het welzijn van anderen in het besef dat dit 'eeuwigheidswaarde' heeft.

Ik noem de ontslagen bestuurder geen 'onrechtvaardige rentmeester', daarvoor ken ik de situatie onvoldoende. Wel geldt dat als hij naast zijn zorg voor het personeel nadrukkelijker rekening had gehouden met het belang van de vennootschap, hij zijn baan had behouden. Het beter geïnformeerd houden van de RvC had daarvoor vermoedelijk kunnen volstaan.

K.H. Boonzaaijer, oktober 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:2235

Zaaknummer: 200.330.623/01OK

Rechters: C.C. Meijer, A.P. Wessels, M.A.M. Vaessen, F. van der Wel en V.G. Moolenaar

Advocaten: I.A. de Brouwer, M.C.J. Reijrink, M. Holtzer en J.E.S. Hamster

Wetsartikelen: 2:161 lid 2 BW en 30 WOR

RECHTSPRAAK

Jaarrekeningprocedure Olympus Investment Midco B.V.

De belangrijkste financier van een groep verzoekt de OK de moedervennootschap te bevelen haar jaarrekening in te richten met een toelichting op de kortlopende schulden, bestaande uit geïnde abonnementsgelden terwijl daarvoor geen tegenprestatie is verricht door de vennootschap, en de herclassificatie van deze kortlopende schulden in een voorziening en de gedeeltelijke vrijval van de voorziening. De OK oordeelt dat de jaarrekening in ernstige mate tekortschiet in het geven van toelichting. De vennootschap dient op de balans de rubricering van de kortlopende schulden toe te lichten en een toelichting op te nemen van de herclassificatie van de kortlopende schulden in een voorziening en de gedeeltelijke vrijval van deze voorziening.

Achtergrond

Olympus Investment Midco B.V. ('Olympus Midco') drijft een onderneming met meer dan 100 sportscholen; voor elke sportclub is een aparte dochtervennootschap opgericht. Olympus Midco is enig aandeelhouder van Olympus Investment B.V. ('Olympus Investment', gezamenlijk met alle andere dochtervennootschappen: 'de Groep'). HPS is de belangrijkste financier van de Groep en heeft op grond van een Senior Facilities Agreement ('SFA') een lening verstrekt aan Olympus Investment. De Groep moet volgens de SFA voldoen aan bepaalde ratio's, waaronder de 'Leverage Ratio': de verhouding tussen de geconsolideerde nettoschuld en de geconsolideerde pro forma EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*) van de Groep. Het overschrijden van de Leverage Ratio leidt tot een verzuim onder de SFA.

In de jaarrekening 2021 van Olympus Midco ('Jaarrekening 2021') heeft Olympus Midco onder de kortlopende schulden de post '*COVID member compensations payable*' ('COVID Schuld') opgenomen, zonder nadere toelichting. Deze schuld betreft de verantwoording van geïnde

abonnementsgelden tijdens de lockdowns als gevolg van de COVID-19-pandemie, terwijl de sportscholen op last van de overheid zijn gesloten. Vervolgens herclassificeert Olympus Midco de geïnde abonnementsgelden voor boekjaar 2022 als voorziening en laat zij een bedrag vrijvallen ten gunste van het resultaat en als voorziening ter compensatie van klanten.

HPS en de aan haar gelieerde vennootschappen ('Verzoekers') klagen dat het zonder nadere toelichting opnemen van de COVID Schuld als kortlopende schuld in de Jaarrekening 2021 ertoe leidt dat deze jaarrekening niet voldoet aan de eisen van Titel 9 van Boek 2 BW. Zij verzoeken de OK het besluit tot vaststelling van de Jaarrekening 2021 te vernietigen dan wel te wijzigen en Olympus Midco te bevelen de Jaarrekening 2021 in te richten conform de aanwijzingen van de OK.

Ontvankelijkheid

Olympus Midco stelt dat HPS niet-ontvankelijk is, omdat zij niet kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 2:448 lid 1, aanhef en onder a BW. HPS stelt echter dat zij als belangrijkste kapitaalverstrekker belang heeft bij een juiste weergave van de vermogenspositie van Olympus Midco. Volgens HPS verbergt Olympus Midco dat zij niet voldoet aan de vereiste Leverage Ratio en dat zij aldus op 31 december 2022 in verzuim is, omdat zij de COVID Schuld zonder rechtvaardiging heeft opgenomen onder de kortlopende schulden en dat deze als gevolg van een omzetting in een voorziening en vrijval in boekjaar 2022 het resultaat in 2022 kunstmatig heeft verhoogd.

De OK overweegt dat bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende in de zin van artikel 2:448 lid 1, aanhef en onder a BW is, voortaan een rol zal spelen in hoeverre deze door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen, dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of in hoeverre deze anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de jaarrekeningprocedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in het verzoek te worden ontvangen. Het ligt daarbij op de weg van de verzoeker, aldus de OK, om te beargumenteren dat en waarom deze als belanghebbende kan worden aangemerkt, met dien verstande dat aandeelhouders steeds als belanghebbenden ten aanzien van de gehele jaarrekening worden beschouwd. De jaarrekening wordt immers in de eerste plaats te hunnen behoeve opgesteld, hun aangeboden en door hen vastgesteld of goedgekeurd. De OK oordeelt dat HPS een belanghebbende is, omdat de inrichting van de Jaarrekening 2021 van beslissende betekenis is of kan zijn voor de vraag of HPS op grond van de SFA een vordering heeft jegens Olympus Midco.

Inhoudelijke beoordeling

De OK overweegt dat de classificatie van de COVID Schuld als kortlopende schuld binnen de beoordelingsvrijheid van Olympus Midco valt bij het opstellen en vaststellen van de Jaarrekening 2021. Olympus Midco ontvangt abonnementsgelden en daarvoor verricht zij een opeisbare prestatie. Klanten kunnen om nakoming verzoeken, of door ontbinding van de overeenkomst terugbetaling vorderen. Betalingen van klanten moeten aldus in beginsel worden geclassificeerd als vooruitontvangen betalingen, als onderdeel van de passiva.

Met het classificeren van abonnementsgelden als kortlopende schulden strookt dat in 2021 ook geen baten in de winst- en verliesrekening zijn opgenomen voor niet-geleverde diensten. Als de geïnde abonnementsgelden als voorziening worden opgenomen, dan moeten voor een deel van de niet-geleverde diensten baten worden opgenomen in de winst- en verliesrekening.

De OK verwerpt het verweer dat de enkele rubricering en aanduiding *COVID member compensations payable* in de Jaarrekening 2021 voldoende inzicht geeft in de kortlopende schulden. Volgens de OK is de COVID Schuld onder andere onvoldoende toegelicht nu Olympus Midco na de balansdatum de geïnde abonnementsgelden alsnog heeft geherclassificeerd als voorziening en een groot deel daarvan laten vrijvallen. Olympus Midco dient de aard van die gebeurtenissen na de balansdatum en een schatting van de financiële gevolgen toe te lichten, of een mededeling dat zulks niet mogelijk is in de toelichting op te nemen.

Slotsom

De Jaarrekening 2021 schiet aldus naar het oordeel van de OK in ernstige mate tekort in het geven van inzicht. De OK beveelt Olympus Midco:

- a. in de toelichting op de balans in de Jaarrekening 2021 de rubricering van de COVID Schuld onder de kortlopende schulden toe te lichten, alsmede de daarbij behorende veronderstellingen en afwegingen die tot deze rubricering leiden op te nemen; en
- b. een toelichting op te nemen van (i) de herclassificatie na de balansdatum van de COVID Schuld in een voorziening, en (ii) de gedeeltelijke vrijval van die voorziening en een schatting van de financiële gevolgen, of een mededeling dat dit niet mogelijk is.

Olympus Midco dient deze punten afzonderlijk en in onderlinge samenhang toe te lichten. De OK bepaalt dat Olympus Midco aan dit bevel kan voldoen door deze toelichting op te nemen in een mededeling als bedoeld in artikel 2:362 lid 6, tweede volzin BW. Tot slot veroordeelt de OK Olympus Midco, als de overwegend in het ongelijk gestelde partij, in de kosten van de procedure.

G.M. Unval, november 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 06-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1765

Zaaknummer: 200.323.137/01 OK

Rechters: W.A.H. Melissen, M.A.M. Vaessen, J.M. de Jongh, F. van der Wel en M.N. Hoogendoorn

Advocaten: C.R. Zijderveld, D.G.J. Heems, P.N. Ploeger, G.Á.C. Orban, R.G.J. de Haan, R. van Dijken, H. Tilanus, M.C. Aarts en I. Çakir

Wetsartikelen: 2:448 BW, 2:362 BW, 2:364 BW, 2:375 BW, 2:374 BW, 2:361 BW, 282 Rv, 370 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

Enquête Gavanie B.V.

Binnen het bestuur en de algemene vergadering van een familiebedrijf is door verstoorde verhoudingen een impasse ontstaan. Verzoekers zijn de kinderen van de inmiddels overleden oprichter; zij zijn de certificaathouders en (voormalig) bestuurders van zowel de bv als de STAK. Zij verzoeken gezamenlijk bij wijze van onmiddellijke voorziening onder meer een OK-bestuurder te benoemen, die eraan bijdraagt dat de jaarrekening wordt vastgesteld, tot dividenduitkering wordt besloten, een dividendbesluit wordt geformuleerd en een werkbare governance tot stand komt. De OK wijst de verzoeken toe.

Gavanie B.V. ('Gavanie'), een familiebedrijf, is minderheidsaandeelhouder van een familieconcern dat zich onder andere bezighoudt met de winning, de handel en het transport van grind en zand en de verwerking daarvan tot betonmortel en betonproducten. Binnen Gavanie is onenigheid ontstaan tussen de verschillende familieleden, onder andere over hun posities binnen het bedrijf en het dividendbeleid. STAK Gavanie ('de STAK') houdt vrijwel alle aandelen in Gavanie, drie kinderen van de inmiddels overleden oprichter zijn de certificaathouders en (voormalig) bestuurders van zowel Gavanie als de STAK. Vanwege de verstoorde verhoudingen verzoeken zij de OK een enquête te gelasten en onmiddellijke voorzieningen te treffen.

Partijen zijn het erover eens dat de verstoorde verhouding tussen hen tot een impasse in het bestuur en de algemene vergadering van Gavanie heeft geleid en dat op die grond moet worden getwijfeld aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de bv. De OK deelt die zienswijze. Zij wijst bovendien de door partijen gezamenlijk verzochte onmiddellijke voorzieningen toe. De OK benoemt een extra bestuurder aan wie een beslissende stem toekomt en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid. Deze OK-bestuurder zal onder meer eraan moeten bijdragen dat de algemene vergadering de jaarrekening 2021 zal vaststellen, zal besluiten tot dividenduitkering en met spoed een dividendbeleid zal formuleren en dat een werkbare governance tot stand wordt gebracht, waarbij alle

certificaathouders gelijk worden behandeld. Voorts draagt de OK de door de STAK gehouden aandelen in Gavanie ten titel van beheer over aan een OK-beheerder. De aanwijzing van een onderzoeker wordt voorlopig aangehouden om te bezien of al door de te treffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt.

K.H. Boonzaaijer, oktober 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-09-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:2174

Zaaknummer: 200.328.982/01Ok

Rechters: A.W.H. Vink, D. Kingma, J.M. de Jongh, A.J.C.C.M. Loonen en M.J.M. Houben

Advocaten: C.J. Jager, B. Verkerk, A.N. Stoop, W.M. Smelt, L.L. Bakker, C.A.M. van Wesel, D.J. Verduin en M. Nuijten

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

RECHTSPRAAK

Feitelijk bestuurder van een apotheek is aansprakelijk voor het boedeltekort

De curator van een gefailleerde apotheek stelt de echtgenoot van de apotheker (die niet meer in staat was om bestuurstaken uit te voeren) aansprakelijk voor het boedeltekort, nu de echtgenoot zou zijn benoemd als formeel bestuurder dan wel zich als bestuurder van de apotheek heeft gedragen. De rechtbank heeft eerder geoordeeld dat de echtgenoot noch formeel bestuurder noch feitelijk beleidsbepaler is geweest en heeft alle vorderingen van de curator afgewezen. In hoger beroep wijst het hof de vorderingen van de curator alsnog toe. De echtgenoot is door de algemene vergadering belast met het bestuur wegens ontstentenis van de apotheker en heeft voor het overige feitelijk het beleid (mede) bepaald. Het bestuur heeft de administratie- en publicatieplicht geschonden, hetgeen een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, en daarmee is de echtgenoot aansprakelijk voor het boedeltekort.

Inleiding en vordering

Sinds 2007 was mevrouw X bestuurder en (indirect) enig aandeelhouder van een vennootschap die een apotheek exploiteerde. In 2009 is zij getroffen door een hersenbloeding, waarna haar echtgenoot (de heer Y) diverse waarnemend/beherend apothekers heeft aangesteld en zich heeft bemoeid met de bedrijfsvoering. In 2019 is de apotheek in staat van faillissement verklaard. Het is de curator gebleken dat de heer Y diverse betalingen van in totaal circa € 300.000 aan (of ten behoeve van) hemzelf heeft voldaan. Voorts constateerde de curator dat de administratie niet op orde was. De curator stelt primair dat de heer Y zijn taak als bestuurder of feitelijk beleidsbepaler onbehoorlijk heeft vervuld en aansprakelijk is voor het boedeltekort (art. 2:248 BW). De rechtbank heeft geoordeeld dat de heer Y noch formeel bestuurder noch feitelijk beleidsbepaler is geweest. Alle vorderingen van de curator zijn

afgewezen, waarna de curator hoger beroep heeft ingesteld. Het hof oordeelt als volgt.

Benoeming tot formeel bestuurder

Uit notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders uit 2018 volgt dat de heer Y vanwege ontstentenis van mevrouw X om bestuurstaken uit te voeren, voorlopig is belast met het bestuur. De heer Y heeft niet gesteld en evenmin is gebleken dat hij destijds op enige manier bezwaar heeft gemaakt tegen deze aan hem bekende benoeming, zodat de vennootschap er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat hij deze aanvaardde. Dat deze benoeming niet in het handelsregister is ingeschreven, is niet doorslaggevend voor het tegendeel.

Feitelijk beleidsbepaler

Daarnaast is het de vraag of de heer Y (in ieder geval in de periode voor de benoeming) kon worden beschouwd als feitelijk beleidsbepaler. In dat geval moet hij zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid hebben toegeëigend en op die manier het beleid hebben bepaald of mede bepaald als ware hij bestuurder. Van zodanige beleidsbepaling kan ook sprake zijn in de situatie dat daarnaast een of meer formele bestuurders hun taken als bestuurder bleven uitoefenen. De aansprakelijkheid van de heer Y is dus niet reeds uitgesloten op de grond dat een beherend apotheker tussen september 2016 en juni 2018 statutair bestuurder is geweest. Voorts is relevant dat de heer Y niet (gemotiveerd) heeft weersproken dat hij onder meer overleg voerde met de accountant, bank en Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, betalingstoezeggingen deed aan leveranciers, afspraken maakte met beherend apothekers en werknemers, salarisbetalingen verrichtte en bepaalde of en voor welk bedrag er medicijnen konden worden besteld. Uit verklaringen van derden bleek dat de heer Y als bestuurder werd gezien, zich intensief met het dagelijks reilen en zeilen van de apotheek bemoeide en zich ook daadwerkelijk als bestuurder gedroeg.

Het hof concludeert daarnaast uit eerdere processtukken (in andere procedures) dat mevrouw X vanaf 2009 niet meer als (indirect) bestuurder van de apotheek optrad en dat zij het hele bestuur in feite overliet aan haar echtgenoot, de heer Y. Dat hij dit alles deed op uitdrukkelijke instructie van mevrouw X is nergens uit gebleken. In tegendeel, in 2015 is de heer Y middels een volmacht de vrije hand gegeven om naar eigen inzicht bestuurshandelingen te verrichten. Dat de heer Y handelde op grond van een volmacht sluit de toepasselijkheid van artikel 2:248 lid 7 BW overigens niet uit, aldus het hof. De heer Y heeft nog een verklaring overgelegd die de eigen wil van mevrouw X zou bevatten, maar daaraan kent het hof geen bewijskracht toe. De conclusie is dat in de drie jaar voor de faillietverklaring van de apotheek de heer Y (ten minste mede)beleidsbepaler was als ware hij bestuurder.

Schending administratie- en publicatieplicht

Ten aanzien van de administratieplicht erkent de heer Y dat er geen behoorlijke administratie is gevoerd, maar hij wijt dit aan de beherende apothekers die de boekhouding volgens hem opzettelijk aan het zicht van mevrouw X hebben onttrokken. Het hof overweegt dat het in dat geval op de weg van de heer Y had gelegen om deze situatie zo spoedig mogelijk te beëindigen, maar daarover heeft hij niets aangevoerd. Ook staat vast dat de deponeringsplicht niet is nageleefd. Nu het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 BW en 2:394 BW, staat onder artikel 2:248 lid 2 BW vast dat het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Causaliteitsverweer

Om dit bewijsvermoeden te ontzenuwen, wijst de heer Y erop dat een beherend apotheker na zijn vertrek in maart 2019 geen opvolging heeft geregeld en de financiële stukken onder retentie heeft gelaten bij een derde. Dat zijn echter omstandigheden waarvoor het bestuur volgens het hof verantwoordelijk is. Verder zou sprake zijn geweest van slecht management door beherend apothekers, maar daarvan is niets concreet aangevoerd. De belangrijkste oorzaak van het faillissement moet in plaats daarvan worden gezien in het feit dat de apotheek na 2009 de managementfee van mevrouw X heeft doorbetaald (en ook verhoogd), terwijl daarnaast een beherend apotheker diende te worden betaald (omstreeks een ton per jaar). Sinds 2011 leed de apotheek dan ook verlies. Daar komt bij dat de apotheek door middel van een overeenkomst van kwijtschelding haar rekening-courantvordering op de persoonlijke holding van mevrouw X (ter hoogte van circa € 500.000) heeft kwijtgescholden. De apotheek heeft zo geld weggegeven en daarmee haar reeds slechte financiële positie nog verder verslechterd. Daarnaast heeft de heer Y ten laste van de apotheek een bedrag van circa € 88.000 betaald aan de hypotheekhoudster op de privéwoning van hem en mevrouw X.

Het hof concludeert dat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – zo zou hebben gehandeld als hier in de periode van drie jaar voor de faillietverklaring is gebeurd. Daarom is de heer Y hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Het hof veroordeelt de heer Y tot betaling van een voorschot ter hoogte van € 300.000.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:8302

Zaaknummer: 200.314.071

Rechters: A.W. Steeg, J.P.H. van Driel van Wageningen en A. van Hees

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:394 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid van (voormalig) bestuurder en feitelijk leidinggevende van B&A Holding B.V. op vordering van de curator

Op vordering van de curator van een failliete bv wordt zowel de (voormalig) bestuurder als een feitelijk leidinggevende op grond van artikel 2:248 BW door het hof aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort. Ten aanzien de bestuurder wordt het bedrag gematigd, omdat hij in tijd beperkt bestuurder is geweest. Een beroep op de pauliana ten aanzien van de partner van de feitelijk leidinggevende slaagt.

Op 12 januari 2016 is B&A Holding B.V. ('B&A') in staat van faillissement verklaard. De betrokkenen in deze procedure zijn de feitelijk leidinggevende van B&A ('de Leidinggevende'), de statutair bestuurder van B&A, die ook de vader is van de leidinggevende ('de Vader') en de partner van de leidinggevende ('de Partner').

Faillissementspauliana

De Partner heeft een bedrag van € 23.600 aan B&A geleend. De curator verwijt de Partner dat zij in strijd met artikel 42 Fw heeft gehandeld door vervolgens een groot deel van de activa van B&A onder zich te nemen, onder verrekening van de koopsom met (onder meer) de aan haar openstaande schuld.

Het hof stelt vast dat de Partner in totaal € 18.000 aan aflossingen van B&A heeft ontvangen. Eind 2014 stond er nog een bedrag van € 5.600 open. De Partner heeft een inkoopfactuur van € 27.830 aan B&A gestuurd ter zake van de verkoop van enkele roerende zaken, waaronder bestelbussen. Op de factuur staat vermeld dat het bedrag kan worden verrekend. Daarna worden wisselende bedragen afgeschreven van de rekening van B&A naar de Partner onder vermelding van 'lease bussen'.

Het hof is van oordeel dat sprake is van benadeling door de roerende zaken aan de Partner

over te dragen en vervolgens door B&A deels terug te leasen. Ook aan de overige paulianavereisten is volgens het hof voldaan. De Partner wordt veroordeeld om € 27.830 en € 6.000 aan de curator te betalen.

Bestuurdersaansprakelijkheid

De curator stelt zowel de Leidinggevende als de Vader aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de Leidinggevende als feitelijk leidinggever van B&A moet worden aangemerkt. De Leidinggevende heeft daartegen geen bezwaar gemaakt. De Leidinggevende wordt daarom ook in hoger beroep voor de toepassing van artikel 2:248 BW gelijkgesteld met een bestuurder.

Ten aanzien van de Vader geldt dat hij in de periode 10 oktober 2014 tot en met 3 maart 2015 statutair bestuurder van B&A is geweest.

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat de administratieplicht (art. 2:10 BW) in de relevante periode is geschonden. Volgens het hof kan aan de hand van de administratie van B&A namelijk niet snel inzage worden verkregen in de rechten en verplichtingen van B&A. Daaraan ligt ten grondslag dat enkele schriftelijke overeenkomsten ontbreken en er wisselende leasebedragen werden afgeschreven, dat sprake was van antedateren van facturen en dat er bedragen werden overgeboekt zonder dat duidelijk was waarvoor de gelden werden overgeboekt. Vast staat aldus dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, hetgeen vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

Noch de Leidinggevende noch de Vader heeft aannemelijk gemaakt dat andere omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Het hof stelt vast dat niet alle onvolkomenheden van het bestuur aan de Vader zijn toe te rekenen, omdat hij in tijd beperkt bestuurder is geweest. Hem treft in vergelijking tot de andere bestuurders dus minder verwijt. Het hof matigt het bedrag waarvoor de Vader aansprakelijk wordt gehouden.

S.W.M. Kessels, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-10-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:8459

Zaaknummer: 200.314.153/01 en 200.311.344/01

Rechters: I. Tubben, M.M.A. Wind en V.A.G. van Dijk

Advocaten: W. Hogenkamp en L.M. Goeree

Wetsartikelen: 42 Fw, 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Verplichting tot levering van aandelen op grond van een optie onder opschortende voorwaarden

Dit arrest bevat uitspraken in drie procedures tussen gelieerde partijen. Partijen werken samen bij de ontwikkeling van een innovatief product. Hierbij wordt een optie tot levering van aandelen aan de bestuurders verstrekt, waarvoor opschortende voorwaarden gelden. Partijen strijden vervolgens over de interpretatie van deze optie. Het hof beslist dat de opschortende voorwaarden zijn vervuld en dat de optie terecht is uitgeoefend. Het hof wijst de vordering van appellante tot teruglevering van de aandelen af. Het hof wijst ook de vordering in het incidentele appel van de bestuurders om meer aandelen te leveren, af.

Verbonden procedures

In dit arrest doet het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak in drie procedures tussen gelieerde partijen. Het betreft het beroep van Coöperatieve Vereniging Offshore Cooperation U.A. ('Offco') tegen BC Maritime Solutions BVBA ('BCMS') en van Offco tegen Ambtmann Group B.V. ('Ambtmann Group'). De derde procedure betreft het beroep van Ambtmann Marine B.V. ('Ambtmann Marine') tegen Lift2Work B.V. ('Lift2Work').

Onderwerp procedures

In de door Offco aangebrachte zaken gaat het om de vraag of Offco verplicht is aandelen in Lift2Holding B.V. (de holdingmaatschappij van Lift2Work) te leveren aan zowel BCMS als Ambtmann Group. In de kwestie tussen Ambtmann Marine en Lift2Work strijden partijen om de vraag of Lift2Work openstaande facturen van Ambtmann Marine voor huur en verrichte werkzaamheden moet betalen. In deze samenvatting wordt alleen het onderwerp van de aandelen behandeld.

Optie tot levering van aandelen

De aan Offco, BCMS en Ambtmann Group gelieerde personen ontwikkelen een innovatief liftsysteem voor de offshore-industrie. Daartoe richt Offco Lift2Work en holdingmaatschappij Lift2Holding op. BCMS en Ambtmann Group zijn de bestuurders van Lift2Holding. Offco verleent in de slotverklaring van de akte van oprichting een optie aan BCMS en Ambtmann Group tot levering aan ieder van hen van 120 (genummerde) aandelen uit de door Offco gehouden aandelen. De optie kan worden ingeroepen als aan de volgende opschortende voorwaarden is voldaan. Het prototype van het liftsysteem is goedgekeurd door de bevoegde instantie en is gebruiksklaar. Tevens leggen Offco, BCMS en Ambtmann de afspraken die dan tussen hen zullen gelden, in een aandeelhoudersovereenkomst vast. In de aandeelhoudersovereenkomst wordt de optie op de aandelen beschreven als een percentage van het totaal bij oprichting uitgegeven aandelen.

Het liftsysteem verkrijgt de benodigde certificering. Vervolgens ontslaat Offco de bestuurders BCMS en Ambtmann Group. Daarna geeft Lift2Holding nieuwe aandelen uit aan een derde partij.

Rechtbank

Partijen stellen bij de rechtbank over en weer vorderingen in. Voor zover in deze samenvatting van belang, wordt Offco veroordeeld om conform de optie aandelen te leveren aan BCMS en Ambtmann Group.

Hof

Het hof verwierpt de stellingen van Offco dat de opschortende voorwaarden niet zijn vervuld. Het staat vast dat de certificering is verstrekt. Het hof interpreteert 'gebruiksklaar' als 'het in gebruik nemen van het prototype' en concludeert op basis van feiten en omstandigheden dat het prototype gebruiksklaar was. Ook de overige stellingen van Offco worden verworpen: er is geen termijn voor het invoeren van de optie afgesproken, Offco heeft de optie niet ingetrokken, de aandeelhoudersovereenkomst is niet ontbonden, de blokkeringsregeling ziet niet op de uitoefening van het optierecht door BCMS en Ambtmann Group.

BCMS meent aanspraak te hebben op een groter aantal aandelen dan het geleverde aantal van 120 aandelen, aangezien in de aandeelhoudersovereenkomst een percentage wordt genoemd en als gevolg van de uitgifte van nieuwe aandelen aan een derde partij het totaal uitgegeven aandelenkapitaal is gegroeid. Het hof wijst dit af op basis van de gebeurtenissen tijdens de oprichting van Lift2Holding en Lift2Work. Het hof concludeert dat partijen met de aandeelhoudersovereenkomst niet hebben beoogd af te wijken van de afspraken in de

slotverklaring van de statuten.

A.M. Dumoulin-Siemens, november 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-08-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:7297

Zaaknummer: 200.299.916, 200.310.485 en 200.310.514

Rechters: G.P. Oosterhoff, D.M.I. de Waele en V. van der Kuil

Advocaten: E.H.J. Slager en R.J.F. Roos

Wetsartikelen: 6:22 BW

RECHTSPRAAK

Schorsing en ontslag directie Stichting Pakhuis de Zwijger

De raad van toezicht van een stichting schorst een bestuurder en heeft ontslag aangevraagd van een leidinggevende, echtgenote van de bestuurder. Beide leden van de directie vorderen ongedaanmaking van dit ontslagbesluit en intrekking van de ontslagaanvraag. De voorzieningenrechter oordeelt dat de raad van toezicht adequaat heeft gereageerd op berichtgevingen van grensoverschrijdend gedrag door de bestuurder en dat er geen redenen zijn om de besluiten ongedaan te maken. Ook het gevorderde publicatieverbod van een rapport naar de werkcultuur wordt afgewezen.

Feiten

Stichting Pakhuis de Zwijger ('de Stichting') is, middels dochtervennootschap Zalen Pakhuis de Zwijger B.V. ('Zalen'), uitbater van een maatschappelijk-cultureel podium en een platform voor stedelijke en sociale ontwikkelingen. Eisers zijn echtgenoten en waren betrokken bij de oprichting en uitbating van de Stichting. Eiser 1 ('de Bestuurder') heeft steeds als bestuurder gefungeerd, eiser 2 ('de Leidinggevende') als leidinggevende.

In 2019 is de directie tezamen met een extern adviseur een zogenoemd *Code of Conduct*-traject gestart. Uit een in dit kader gedaan onderzoek van de adviseur is naar voren gekomen dat er binnen de Stichting een angstcultuur betond, die mede werd veroorzaakt door het gedrag van de Bestuurder. Nadat in een dagblad een artikel is verschenen over het grensoverschrijdend gedrag van de Bestuurder, zijn eisers in overleg met de Raad van Toezicht ('RvT') tijdelijk teruggetreden om de RvT ruimte te bieden om de situatie intern te onderzoeken.

Op basis van haar onderzoek heeft de RvT geconcludeerd dat binnen de organisatie geen draagvlak bestond voor de terugkeer van eisers. De RvT heeft vervolgens voorgesteld dat eisers zelf zouden opstappen zonder dat een extern onderzoek zou worden uitgevoerd en om te voorkomen dat de RvT de Bestuurder zou moeten schorsen.

Nadat de RvT heeft toegelicht wat er concreet is geconstateerd en wat eisers werd verweten, heeft de Bestuurder uiteindelijk op verzoek van de RvT een beperkte volmacht verleend aan een derde ('de Tijdelijk bestuurder') om de Stichting te vertegenwoordigen. Van deze volmacht is kort gezegd uitgesloten de bevoegdheid om de Bestuurder te schorsen of te ontslaan. De Tijdelijk bestuurder heeft vervolgens een extern bureau ingeschakeld om de situatie binnen de Stichting te onderzoeken. Ook heeft hij de Leidinggevende, die geen bestuurder was, geïnformeerd dat haar functie zou komen te vervallen en verzocht om een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Hierop heeft de Bestuurder de volmacht van de Tijdelijk bestuurder ingetrokken en heeft de RvT de Bestuurder geschorst.

Vordering

Eisers vorderen in dit kort geding kort gezegd onder meer om de schorsing ongedaan te maken, het ontslagbesluit in te trekken en de Stichting te verbieden de door het externe bureau gemaakte rapportage te publiceren. De RvT heeft daartegen gesteld dat sprake is van een vertrouwensbreuk, waardoor eisers niet kunnen terugkeren binnen de organisatie.

Beoordeling

De voorzieningenrechter stelt vast dat eisers zich buitenspel gezet voelen door de RvT, nu zij niet betrokken zijn geweest bij de interne onderzoeken of het opstellen van het rapport en niet exact weten wat hen wordt aangerekend, nu uit het rapport enkel anonieme algemene observaties blijken. Hoewel er op het rapport wel een en ander valt aan te merken – zo zijn eisers hierbij pas laat betrokken en is de vraagstelling enigszins sturend – volgt daaruit toch dat er jarenlang een structureel probleem is geweest tussen de directie en de medewerkers. De voorzieningenrechter vindt het handelen van de RvT niet onzorgvuldig, nu deze zich zag geconfronteerd met een crisis binnen de organisatie en deze heeft trachten te bezweren door eerst een tijdelijk bestuurder te laten aanstellen en een onafhankelijk onderzoek te laten uitvoeren. Geoordeeld wordt dan ook dat het schorsingsbesluit niet hoeft te worden opgeheven.

De voorzieningenrechter oordeelt tevens dat de intrekking van een ontslagaanvraag een vergaande vordering is, die het wettelijk systeem van het arbeidsrecht zou doorkruisen. Nu niet gebleken is van misbruik van recht door de Stichting, kan deze vordering niet worden toegewezen.

Ten slotte stelt de voorzieningenrechter vast dat de RvT de rapportage enkel in beperkte mate aan de medewerkers wil tonen, waarbij voldoende waarborgen zijn genomen tegen verdere verspreiding van het rapport, alsmede dat de medewerkers een geheimhoudingsverklaring moeten ondertekenen. Nu ook de reacties van eisers op het rapport worden aangehecht aan

het rapport, ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding om deze vordering toe te wijzen.

De voorzieningenrechter wijst alle vorderingen van eisers af.

T.M. Goudzwaard, oktober 2023

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 25-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:5948

Zaaknummer: C/13/738404 / KG ZA 23-769 EAM/LO

Rechters: E.A. Messer

Advocaten: M.C.J. van den Brekel en J.H. van Woudenberg

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Bestuurder van Stichting derdengeldrekening (Incasso & Juridische Dienstverlening B.V.)/Cliënt

Een cliënt geeft opdracht aan een incassobureau om namens hem gelden te incasseren. Deze gelden komen terecht op de derdengeldenrekening van het incassobureau. Het incassobureau houdt vervolgens op te bestaan, waarna het incassobureau een gepretendeerde vordering op de cliënt cedeert aan de stichting (beheerder) van de derdengeldenrekening. De stichting gaat vervolgens over tot verrekening van deze vordering met de geïncasseerde gelden. De cliënt vordert, onder andere, hoofdelijke betaling van het verrekenende bedrag door de bestuurder van het incassobureau en de bestuurder van de stichting, die tevens indirect bestuurder was van het incassobureau. Grondslag voor de vordering is verhaalsfrustratie waarvan de bestuurders een ernstig persoonlijk verwijt zou kunnen worden gemaakt. De rechtbank wijst deze vorderingen toe. Het hof wijst echter enkel de hoofdelijke betaling toe ten aanzien van de bestuurder van de stichting. Het hof komt tot dit oordeel, nu geen sprake was van een overeengekomen verrekeningsbevoegdheid. Daarnaast is geen sprake van een rechtsgeldige cessie van de vordering. Daarmee heeft de bestuurder van de stichting een ongeoorloofde verrekening doorgevoerd en daarmee de betaling van het geïncasseerde bedrag aan de cliënt gefrustreerd. Hiervan kan hem een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt.

Feiten

Incasso & Juridische Dienstverlening B.V. ('IJD') exploiteerde een incassobureau. Een bv ('de B.V.') is de enig bestuurder en aandeelhouder van IJD. IJD wordt indirect bestuurd door de enig bestuurder van de B.V. ('de Bestuurder'). Een cliënt ('de Cliënt') geeft IJD mondeling een opdracht om een openstaande vordering van zijn schuldenaar ('de Schuldenaar') te incasseren. De Cliënt, vertegenwoordigd door IJD, sluit vervolgens een schriftelijke vaststellingsovereenkomst met de Schuldenaar, inhoudende dat deze in termijnen een totaalbedrag van € 11.808,06 betaalt aan de Cliënt. Betaling dient te geschieden door overmaking van de gelden op de derdengeldenrekening van IJD. Deze rekening wordt beheerd door een stichting ('de Stichting'), die tevens wordt bestuurd door de Bestuurder en nog een tweede bestuurder (gezamenlijk: 'het Bestuur'). De Schuldenaar maakt € 7.500 over naar de derdengeldenrekening. Vervolgens is IJD ontbonden en opgehouden te bestaan, nu geen bekende baten meer aanwezig zijn.

Tussen IJD als cedent en de Stichting als cessionaris is een 'akte van openbare cessie' opgemaakt. In de akte is bepaald dat IJD een vordering heeft op de Cliënt ter hoogte van € 6.508,82 en dat IJD deze vordering aan de Stichting verkoopt en overdraagt. Het betreft een vordering van IJD uit hoofde van de in opdracht van de Cliënt verrichte incasso van de vordering van de Cliënt op de Schuldenaar. De Stichting verrekent dit bedrag met het geïncasseerde bedrag en heeft het resterende bedrag aan de Cliënt overgemaakt.

Rechtbank

De Cliënt vordert hoofdelijke betaling van het verrekenende bedrag en aanvullende buitengerechtelijke incassokosten door de Stichting, de Bestuurder, de B.V. en het Bestuur. De vordering is gegrond op ongerechtvaardigde verrijking. Volgens de Cliënt treft de B.V. en het Bestuur een persoonlijk ernstig verwijt in hun hoedanigheid van indirect bestuurders van IJD en/of de Stichting. In reconventie vorderen de B.V. en de Bestuurder betaling van de kosten van het bankbeslag en overige kosten.

De rechtbank heeft de B.V. en de Bestuurder hoofdelijk veroordeeld tot betaling van het verrekenende bedrag en de buitengerechtelijke kosten. De rechtbank oordeelt dat sprake is van frustratie van betaling van het voor de Cliënt geïncasseerde bedrag en daarvan valt aan de Bestuurder en de B.V. een persoonlijk ernstig verwijt te maken. Dit brengt met zich dat de B.V. en de Bestuurder aansprakelijk zijn voor de schade ter hoogte van het verrekenende bedrag.

Hof

De B.V. en Bestuurder voeren zes grieven aan in hoger beroep. Grief één richt zicht tegen de feitenvaststelling door de rechtbank. Nu het hof de feiten zelf opnieuw heeft vastgesteld, bestaat bij deze grief geen belang.

Grief twee tot en met zes zien op de vraag of de Stichting de vordering van IJD op de Cliënt mocht verrekenen met de gelden op de derdengeldrekening en of de B.V. en de Bestuurder een ernstig verwijt treft ten aanzien van die verrekening. Het hof behandelt de grieven gezamenlijk.

Het hof stelt voorop dat indien een stichting tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, het uitgangspunt is dat alleen de stichting aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is er ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een stichting. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof begrijpt dat de Cliënt de Bestuurder verwijt dat hij als bestuurder van de Stichting heeft bewerkstelligd of toegelaten dat zij haar wettelijke of contractuele verplichtingen als beheerder van de derdengeldrekening niet nakomt door zonder toestemming tot verrekening van het saldo van de derdengeldrekening met een vordering van IJD over te gaan.

Het hof overweegt voorts dat de bankrekening van de Stichting een algemene kwaliteitsrekening betreft. Het vorderingsrecht ter zake van het saldo komt daarmee niet aan de Stichting zelf toe, maar aan de rechthebbende van dat saldo (HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1078). Het saldo van € 7.500 betreft de voor de Cliënt door IJD bij de Schuldenaar geïncasseerde bedragen. De Bestuurder en de B.V. beroepen zich op een verrekeningsbevoegdheid die is opgenomen in de 'Overeenkomst van opdracht'. Het hof stelt dat het aan de Bestuurder en de B.V. is om te stellen en bewijzen dat deze verrekeningsbevoegdheid is overeengekomen met de Cliënt. De Cliënt betwist dit. Het hof komt tot het oordeel dat bij gebrek aan voldoende feiten en omstandigheden niet kan worden aangenomen dat tussen partijen wilsovereenstemming is bereikt over de overeenkomst van opdracht.

De B.V. en Bestuurder beroepen zich tevens op de verrekening na cessie op grond van de akte openbare cessie van de beweerde, en tevens betwiste vordering van IJD op de Cliënt. Het hof oordeelt in dat kader dat van een rechtsgeldige cessie niet is gebleken. De levering van een vorderingsrecht als bedoeld in artikel 3:94 lid 1 BW vindt plaats door middel van een akte en een mededeling daarvan aan de debiteur. De Cliënt betwist dat sprake is geweest van een rechtsgeldige mededeling. Wederom zijn er geen feiten of omstandigheden waaruit blijkt dat dit wel is gebeurd. Ook van een stille cessie kan geen sprake zijn, nu een vereiste daarvoor een bij de belastingdienst geregistreerde akte is. Zelfs als wel sprake zou zijn van een rechtsgeldige cessie, kan van verrekening van de gecedeerde vordering met het saldo op de derdengeldenrekening zonder toestemming van de Cliënt geen sprake zijn. De rechthebbende van dit saldo is de Cliënt en niet de Stichting.

De Stichting heeft daarmee een ongeoorloofde verrekening doorgevoerd. Daarmee heeft zij in strijd gehandeld met haar taak als beheerder van de kwaliteitsrekening ten behoeve van de rechthebbende. De Bestuurder heeft dit toegestaan en had zich moeten realiseren dat dit zou betekenen dat daarmee betaling van het aan de Cliënt gefrustreerd zou worden en voor verhaal verloren zou gaan. De Bestuurder kan daarvan persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. Dat geldt niet voor de B.V., die geen bestuurder is van de Stichting maar bestuurder van IJD (in liquidatie).

De grieven slagen dus waar het de vordering tegen de B.V. betreft, nu noch bij de rechtbank noch in hoger beroep (afzonderlijke) feiten zijn aangevoerd die een hoofdelijke aansprakelijkheid van de B.V. kunnen dragen. In zoverre dient het vonnis te worden vernietigd en zal het hof, opnieuw recht doende, de hoofdelijke vordering tegen de B.V. afwijzen.

Y. Boekhout, oktober 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-09-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:3091

Zaaknummer: 200.318.076

Rechters: R.A. van der Pol, O.G.H. Milar en J.N. de Blécourt

Advocaten: B.M. Breedijk en G.V.M. van den Hoven

Wetsartikelen: 3:33 BW, 3:34 BW, 3:35 BW, 3:94 lid 1 BW, 3:94 lid 3 BW en 6:162 BW