

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 1, 2024

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:2023:2911](#) 30-11-2023

Jaarrekeningprocedure Olympus Investment Midco B.V. - II

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:2685](#) 10-11-2023

Enquêteprocedure Tema Process B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:6245](#) 06-12-2023

Curator is niet aansprakelijk voor de gang van zaken bij verkoop van de activa, de bestuurders zijn wel aansprakelijk voor het boedeltekort

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:4978](#) 06-12-2023

Bestuurder aansprakelijk voor boedeltekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:5790](#) 08-11-2023

Groepsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatig financieringsbeleid

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:6059](#) 26-10-2023

Argilla Group Holding B.V. /Technowand Holding B.V. c.s.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:7170](#) 17-10-2023

Prospex Holding B.V. en Aventurijn Holding B.V./[gedaagde] B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:10924](#) 13-09-2023

Full Fill B.V./Triple Dot B.V. c.s. - Onrechtmatige verrijking en interne bestuurdersaansprakelijkheid wegens privé-onttrekkingen en persoonlijke relatie van bestuurder met werknemer

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:9453](#) 29-06-2023

Verzoek ontslag bestuurders Stichting Buitenparlementaire Onderzoekscommissie

RECHTSPRAAK

Prospex Holding B.V. en Aventurijn Holding B.V./[gedaagde] B.V.

Binnen een groep met twee bestuurders, tevens indirect aandeelhouders/certificaathouders, verhoogt een van de bestuurders – Persoon 2 – zelfstandig zijn managementvergoeding. De andere bestuurder – Persoon 1 – gaat hiermee niet akkoord en beëindigt de managementovereenkomst. Voorts beëindigt hij de betaling van de managementvergoeding en vordert hij in kort geding dat gedaagde, de holdingmaatschappij van Persoon 2, haar certificaten en aandeel aanbiedt. Gedaagde vordert herstel van de managementpositie, doorbetaling van de managementvergoeding, dat Persoon 1 de statuten en de governancedocumenten naleeft en dat geen besluiten worden genomen zonder overleg met gedaagde, of haar toestemming indien vereist. Volgens de voorzieningenrechter is de managementovereenkomst niet rechtsgeldig beëindigd. Hierdoor vervalt de aanbiedingsplicht. Herstel van de positie van Persoon 2 wordt niet toegewezen. De managementvergoeding wordt wel doorbetaald en Persoon 1 dient de governancedocumenten na te leven.

Feiten

Prospex Holding B.V. ('Prospex') is enig aandeelhouder en bestuurder van Prospex B.V. en Prospex Professionals B.V. ('Prospex Groep'). Prospex Groep genereert leads voor producten of diensten van zakelijke klanten. Aventurijn Holding B.V. ('Aventurijn') is de holdingmaatschappij van Persoon 1 en enig aandeelhouder van de Prospex Groep. Persoon 2 wordt vervolgens medeaandeelhouder van Prospex Groep via Gedaagde, zijn holdingmaatschappij. Partijen sluiten een Participatie- en aandeelhoudersovereenkomst ('PAO'). De Prospex-aandelen worden gecertificeerd. De Stichting Administratiekantoor

Prospex Holding ('Stak') houdt sindsdien alle Prospex-aandelen, met uitzondering van één A-aandeel van Aventurijn en één B-aandeel dat Gedaagde houdt. Personen 1 en 2 vormen het Stak-bestuur en zijn gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd. De administratievoorwaarden van de Stak bepalen wanneer een certificaathouder zijn certificaten moet aanbieden, onder meer in gevallen zoals de PAO voorschrijft.

Persoon 2 verhoogt zijn maandelijkse managementvergoeding eenzijdig. Persoon 1 vraagt Persoon 2 het teveel uitgekeerde bedrag terug te betalen, wat Persoon 2 weigert. Volgens Persoon 1 geeft dit aanleiding tot opzegging van de managementovereenkomst met onmiddellijke ingang wegens dringende en/of gewichtige redenen. De uitbetaling van de managementvergoeding wordt stopgezet en Persoon 1 beroept zich op de *bad leaver*-aanbiedingsplicht uit de PAO. Partijen wenden zich vervolgens in kort geding tot de voorzieningenrechter.

Vorderingen

Prospex vordert:

- Gedaagde te veroordelen alle certificaten en het B-aandeel aan te bieden aan Prospex/Aventurijn tegen de *bad leaver*-prijs; dan wel
- Gedaagde te veroordelen alle certificaten en het B-aandeel aan te bieden aan Prospex/Aventurijn tegen de *good leaver*-prijs.

Gedaagde vordert in reconventie:

- Prospex en Aventurijn ('Prospex c.s.') te veroordelen Gedaagde in staat te stellen haar vertegenwoordigingsbevoegdheid en taken als bestuurder en management teamlid uit te oefenen;
- Prospex c.s. te veroordelen Gedaagde toe te laten tot het kantoor en de gebruikelijke werkzaamheden te hervatten;
- Prospex c.s. (hoofdelijk) te veroordelen de managementvergoeding te betalen totdat de managementovereenkomst rechtsgeldig wordt beëindigd;
- Aventurijn te gebieden de statuten, PAO, directiereglement en administratievoorwaarden van de Stak na te leven, geen besluiten te nemen zonder voorafgaand overleg met en goedkeuring van haar medebestuurder en belangrijke directie- en aandeelhoudersbesluiten,

opgenomen in de statuten en PAO, te nemen na AvA-goedkeuring;

– Prospex te gebieden besluiten die goedkeuring van Gedaagde/AvA vereisen, zonder verleende goedkeuring, ongedaan te maken, althans op te schorten totdat deze besluiten rechtsgeldig zijn/kunnen worden genomen.

Beoordeling

De vraag die door de voorzieningenrechter moet worden beantwoord, is of de managementovereenkomst rechtsgeldig is opgezegd. Persoon 2 besluit eenzijdig zijn managementvergoeding te verhogen, terwijl dit een AvA-besluit is en hij weet dat Persoon 1 het oneens is met de verhoging. De voorzieningenrechter oordeelt dat begrijpelijk is dat dit tot een vertrouwensbreuk leidt en dat dit ertoe kan leiden dat, naar analogie van artikel 7:678 BW en 7:685 BW, sprake is van dringende of gewichtige redenen en niet gevergd kan worden dat de managementovereenkomst voortduurt. Dit betekent dat Prospex gerechtigd is de managementovereenkomst te beëindigen. Aventurijn/Persoon 1 is echter niet gerechtigd dat zelfstandig te doen namens Prospex. Een bestuursbesluit is nodig en daarnaast mogelijk toestemming van de AvA/Gedaagde (als aandeelhouder). Over de beëindiging van de managementovereenkomst is geen overleg geweest, hetgeen niet in lijn is met de partijafspraken. Daarnaast is dit kort geding zonder overleg gestart, terwijl Aventurijn/Persoon 1 eerst de statutaire weg moet bewandelen om tot besluitvorming te komen. De vorderingen in conventie worden daarom afgewezen.

Wat betreft de reconventionele vorderingen is het de vraag of de managementovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd. Volgens de voorzieningenrechter lijken de vorderingen voorshands niet in het belang van de vennootschap en worden deze daarom afgewezen. Het is niet in het belang van de vennootschap dat Persoon 2 terugkeert. De vordering tot doorbetaling van de managementvergoeding wordt wel toegewezen. Dat geldt ook voor de vordering om Aventurijn te gebieden de statuten, PAO, directiereglement en administratievoorwaarden van de Stak na te leven, geen besluiten te nemen zonder overleg met (en indien vereist goedkeuring van) Persoon 2, en belangrijke directie- en aandeelhoudersbesluiten pas te nemen na overleg in (en indien vereist na goedkeuring van) de AvA. De vordering van Gedaagde om Prospex te gebieden alle reeds genomen besluiten zonder de vereiste goedkeuring van Gedaagde/AvA ongedaan te maken, kan niet worden toegewezen, omdat onduidelijk is of dergelijke besluiten zijn genomen.

Slotsom

In conventie weigert de voorzieningenrechter de voorzieningen. In reconventie veroordeelt hij

Prospex c.s. de managementvergoeding te betalen tot de rechtsgeldige beëindiging van de managementovereenkomst. Voorts gebiedt hij (i) Aventurijn om als Prospex-bestuurder de statuten, de PAO, het directiereglement en de administratievoorwaarden onverkort na te leven en geen besluiten te nemen zonder voorafgaand overleg met (en indien vereist goedkeuring van) haar medebestuurder, (ii) belangrijke bestuursbesluiten te nemen na voorafgaand overleg (en indien vereist de goedkeuring van) de AvA en (iii) Prospex geen uitvoering te geven aan besluiten die zonder benodigde goedkeuring van Gedaagde/de AvA zijn genomen.

G.M. Unval, januari 2024

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 17-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:7170

Zaaknummer: C/13/738745 / KG ZA 23-793

Rechters: R.A. Dudok van Heel

Advocaten: M.N. Stoop en R.B.M. van Poorten

Wetsartikelen: 7:678 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Full Fill B.V./Triple Dot B.V. c.s. - Onrechtmatige verrijking en interne bestuurdersaansprakelijkheid wegens privé-onttrekkingen en persoonlijke relatie van bestuurder met werknemer

De voormalig (indirect) bestuurder van een vennootschap wordt veroordeeld tot betaling van het geld dat zij voor privédoeleinden en zonder akkoord van de (indirect) medebestuurder aan de vennootschap heeft onttrokken op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Ook veroordeelt de rechtbank voornoemde bestuurder tot betaling van de door de vennootschap geleden schade wegens onbehoorlijk bestuur. De persoonlijke betrokkenheid van de bestuurder bij een werknemer van de vennootschap maakt namelijk dat de bestuurder zich ter voorkoming van belangenverstrengeling (art. 2:239 lid 6 BW) had moeten onthouden van besluitvorming aangaande deze werknemer.

Inleiding, feiten en procesverloop

Full Fill B.V. ('Full Fill') drijft een groothandel in relatiegeschenken, cadeauartikelen en de in- en verkoop en im- en export van dranken. Full Fill is een 100%-dochtervennootschap van Fine Living Group B.V. ('Fine Living'). Gedaagde ('de Moeder') en betrokkene 1 ('de Zoon') zijn tot 12 oktober 2021 ieder via hun persoonlijke holding bestuurder en 50%-aandeelhouder van Full Fill. De holding van de Moeder is Triple Dot B.V. ('Triple Dot'). Triple Dot en de Moeder, gezamenlijk gedaagd, worden hierna gezamenlijk aangemerkt als 'Moeder c.s.'. Flappen B.V. ('Flappen') is de holding van de Zoon. Sinds 2017 is betrokkene 2 ('de Werknemer') bij Full Fill in dienst. Er is sprake van een persoonlijke relatie tussen de Moeder en de Werknemer, althans een nauwe betrokkenheid van de Moeder bij de Werknemer.

Eind 2020 ontstaat tussen de Moeder en de Zoon een geschil. De Moeder heeft onder meer

zonder overleg met de Zoon (i) bedragen van de bankrekening van Fine Living overgemaakt naar zichzelf en aangewend voor privé-uitgaven, (ii) een vaststellingsovereenkomst gesloten met de Werknemer onder voor de Werknemer uiterst gunstige voorwaarden en (iii) de dienstverleningsovereenkomst met de accountant opgezegd. Partijen treffen tijdens de zitting bij de OK van 29 juli 2021 een schikking, uit hoofde waarvan de Moeder op 12 november 2021 via Triple Dot haar aandelen in Full Fill overdraagt aan Flappen.

Op 27 januari 2022 brengt Full Fill een incasso-exploot uit en wordt de Moeder gesommeerd de kosten van werkzaamheden verricht aan/in haar privé-eigendommen, maar betaald door Full Fill, te betalen. Betaling blijft uit. Op 20 juni 2022 legt Full Fill conservatoir beslag op twee woningen van de Moeder. Op 10 februari 2023 legt Full Fill aanvullend verhaalsbeslag.

Vorderingen en verweer

Bij de rechtbank vordert Full Fill in de kern betaling van een bedrag groot € 35.506,98 voor privé-uitgaven van de Moeder vanaf de bankrekening van Full Fill, alsook betaling van de door Full Fill in verband met het onbehoorlijk bestuur zijdens Moeder c.s. geleden schade.

Full Fill baseert eerstgenoemde vordering op, primair, nakoming van de leningsovereenkomst, subsidiair ongerechtvaardigde verrijking, méér subsidiair onbehoorlijk bestuur en uiterst subsidiair onrechtmatige daad. Moeder c.s. stellen zich op het standpunt dat Full Fill geen vorderingsrecht heeft, (primair) in verband met de schikking tegen finale kwijting bij de OK en (subsidiair) omdat Triple Dot algehele décharge is verleend. Ook menen Moeder c.s. dat geen sprake is van een vordering omdat de schuld voorafgaand aan de aandelenoverdracht is ingelost.

Full Fill meent dat sprake is van onbehoorlijk bestuur van Moeder c.s., waarvan hen een ernstig verwijt treft (art. 2:11 jo. 2:9 BW) gezien de gedragingen van Moeder c.s. ten opzichte van en in verband met de Werknemer. Moeder c.s. menen dat de vordering moet worden afgewezen, omdat bij de schikking finale kwijting is overeengekomen. Ook betwisten Moeder c.s. dat sprake is van onbehoorlijk bestuur.

Beoordeling rechtbank

Finale kwijting/décharge

De rechtbank verwerpt het beroep op finale kwijting. De door Moeder c.s. aangevoerde feiten en omstandigheden zijn onvoldoende om aan te nemen dat Full Fill en Moeder c.s. finale kwijting zijn overeengekomen. Relevant is daarbij dat een dergelijk beding in de concept-koopovereenkomsten ontbreekt. Het was daarnaast aan de Moeder het overeenkomen van

finale kwijting bespreekbaar te maken en vast te leggen. Dat de Moeder ervan is uitgegaan dat tegen finale kwijting is geschikt, komt voor haar rekening en risico. Ook staat niet vast dat aan de Moeder décharge is verleend, aldus de rechtbank. Al is décharge verleend, dan ziet dat uitsluitend op het verlenen van kwijting van aansprakelijkheid van een bestuurder van het door hem gevoerde beleid. Dit betreft geen kwijtschelding van een privéschuld van een bestuurder. Aangezien de kosten in verband met privé-uitgaven nooit in de rekening-courant zijn geboekt – dus nooit zijn afgelost – én pas na de overdracht aan het licht zijn gekomen, passeert de rechtbank de stelling van Moeder c.s. dat geen sprake is van een vordering.

Ongerechtvaardigde verrijking

De rechtbank oordeelt dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW), nu vaststaat dat de Moeder door de privé-uitgaven zonder redelijke grond is verrijkt ten koste van Full Fill. De rechtbank volgt de primaire grondslag van de vordering van Full Fill niet, nu niet is gebleken van het bestaan van een leningsovereenkomst. De privé-onttrekkingen kwalificeren niet als onbehoorlijk bestuur zijdens Triple Dot. Daarbij is van belang dat zowel de Moeder als de Zoon zich schuldig hebben gemaakt aan privé-onttrekkingen zonder deze correct in de rekening-courant te boeken.

Interne bestuurdersaansprakelijkheid

Wat betreft de vordering uit hoofde van interne bestuurdersaansprakelijkheid verwerpt de rechtbank het beroep op de finale kwijting wederom en oordeelt de rechtbank dat voldoende vaststaat dat sprake is van onbehoorlijk bestuur zijdens Triple Dot. Daarbij is van belang dat de (persoonlijke) relatie tussen de Moeder en de Werknemer verder gaat dan een zuivere werknemer-werkgeverrelatie. Ter voorkoming van belangenverstremming (art. 2:239 lid 6 BW) had de Moeder zich moeten onthouden van besluitvorming aangaande de Werknemer. Zij heeft dit nagelaten en is daarmee de belangen van Full Fill uit het oog verloren. Moeder c.s. zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de door Full Fill in verband met het onbehoorlijk bestuur geleden schade van € 101.001,48. Deze schade is als volgt door de rechtbank berekend. De Zoon heeft in het verleden geconstateerd dat de Werknemer na meerdere waarschuwingen nogmaals onder werktijd softdrugs had gebruikt. Full Fill had destijds, daarbij vertegenwoordigd door de Zoon – die daartoe vanwege het tegenstrijdig belang van de Moeder zelfstandig had kunnen besluiten – de Werknemer op staande voet kunnen ontslaan. De schade uit onbehoorlijk bestuur houdt aldus verband met de bedragen die sindsdien aan de Werknemer zijn doorbetaald.

In reconventie

De rechtbank wijst de vorderingen van Moeder c.s. in reconventie af, deels in verband met het oordeel in conventie, deels in verband met het onvoldoende gemotiveerd onderbouwen van de stellingen door Moeder c.s.

S.A. Slijkhuis, januari 2024

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 13-09-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:10924

Zaaknummer: C/15/328621 / HA ZA 22-335

Rechters: M.M. Kruithof

Advocaten: O.J. Hennis en N.M. Don

Wetsartikelen: 6:212 BW, 2:9 BW, 2:11 BW en 2:239 lid 6 BW

RECHTSPRAAK

Jaarrekeningprocedure Olympus Investment Midco B.V. - II

OK; jaarrekeningprocedure; vervolg op OR 2023-0216. De zaak draait om een artikel 2:447 BW verzoek waarin degene die krachtens artikel 2:448 BW daartoe bevoegd is de OK kan verzoeken om een vennootschap te bevelen haar jaarrekening in te richten overeenkomstig de door de OK te geven aanwijzingen. In dit geval heeft een financier gevraagd om de jaarrekening van een van haar cliënten aan te passen. De financier voert kort gezegd aan dat de vennootschap haar EBITDA in de jaarrekening kunstmatig verhoogt en haar schuld kunstmatig verlaagt. Daarmee geeft de vennootschap volgens de financier een misleidende voorstelling van zaken en tracht zij te voorkomen dat de aandeelhouder op grond van de financieringsovereenkomst investeringen dient te doen. De OK oordeelt dat het materialiteitsvereiste op dit punt niet wordt gehaald, waardoor de jaarrekening niet kan worden aangepast. Ten aanzien van de tweede klacht oordeelt de OK dat hoewel ook op dit punt het materialiteitsvereiste niet wordt behaald de vennootschap de aankomende jaarrekeningen overeenkomstig haar instructies zal moeten inrichten, nu de waardering van een bepaald product een onbetrouwbare schatting weergeeft en daarmee niet aanvaardbaar is.

Feiten

In deze zaak staat de Jaarrekening 2022 van Olympus Investment Midco B.V. ('Olympus Midco') centraal. Olympus drijft een onderneming met meer dan 100 sportscholen in Nederland onder het merk SportCity. Olympus Midco is enig aandeelhouder van Olympus Investment B.V. ('Olympus Investment') (tezamen: 'Olympus'). (Zie voor een vergelijkbare procedure over de Jaarrekening 2021: Hof Amsterdam (OK) 6 juli 2023,

ECLI:NL:GHAMS:2023:1765, OR 2023-0216.)

Naar aanleiding van de verschillende lockdowns door de coronapandemie verkeert Olympus in financieel slecht weer. Ter voorkoming van het faillissement start Olympus de voorbereiding van een WHOA-akkoord. Op dat moment verstuurt de grootste financier HPS ('de Financier') van Olympus een *notice of default* met betrekking tot de tussen partijen gesloten *Senior Facilities Agreement* ('SFA'). Vervolgens kondigt de rechtbank Amsterdam, op verzoek van Olympus, een afkoelingsperiode af als gevolg waarvan de Financier niet kan overgaan tot executiemaatregelen. Uiteindelijk wordt een WHOA-akkoord gehomologeerd door de rechtbank waarin onder andere wordt bepaald dat de SFA wordt gewijzigd. Onderdeel van de wijziging is dat de Leverage Ratio niet getest zou worden en schending daarvan niet zou worden aangemerkt als een *event of default* van Olympus en dus ook niet tot vervroegde opeisbaarheid zou kunnen leiden (de zogeheten Covenant Holiday). Verder werd de Leverage Ratio waaraan Olympus Investment moest voldoen na afloop van de Covenant Holiday gewijzigd, alsmede de wijze waarop de Leverage Ratio zou worden berekend.

Deze zaak bouwt voort op een eerdere jaarrekeningprocedure over de jaarrekening van 2021 waarbij de Financier van Olympus Midco een bepaalde post in de jaarrekening ter discussie heeft gesteld. De OK oordeelde in deze zaak dat hoewel Olympus Midco deze post redelijkerwijze mocht opnemen onder de kortlopende schulden, zij in ernstige mate tekortschoot in het geven van het vereiste inzicht. De OK heeft Olympus Midco toen bevolen om in de toelichting op de balans een nadere toelichting op te nemen, met dien verstande dat Olympus Midco aan dit bevel kon voldoen middels een mededeling als bedoeld in artikel 2:362 lid 6 BW (Hof Amsterdam (OK) 6 juli 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1765, OR 2023-0216).

In deze tweede jaarrekeningprocedure klaagt de Financier over twee aspecten van de Jaarrekening 2022. De eerste klacht heeft betrekking op de herclassificatie in de Jaarrekening 2022 van de COVID-schuld als een voorziening. De Financier voert kort gezegd aan dat Olympus Midco daarmee haar EBITDA in de jaarrekening 2022 kunstmatig verhoogt en haar schuld kunstmatig verlaagt. Daarmee geeft Olympus Midco volgens de Financier een misleidende voorstelling van zaken en tracht zij te voorkomen dat de aandeelhouder van Olympus Midco op grond van de SFA investeringen dient te doen.

De tweede klacht staat los van de eerste jaarrekeningprocedure en betreft de wijze waarop de zogeheten 'Hart van de Zaak-constructie' ('de Constructie') in de Jaarrekening 2022 is verwerkt. De Financier vindt dat de Constructie op onjuiste wijze in de Jaarrekening 2022 is verwerkt, althans dat deze ernstig tekortschiet in het geven van het vereiste inzicht. Op de manier waarop de Constructie is verwerkt heeft deze namelijk geen invloed op de EBITDA waaraan Olympus Midco op grond van de SFA dient te voldoen.

Oordeel OK

De OK vangt aan met enkele algemene overwegingen:

- Ingevolge artikel 2:362 lid 1 BW dient de jaarrekening volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon.
- Bij de vaststelling van de normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd, zijn de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving van belang.
- Bij de inrichting van de jaarrekening heeft de rechtspersoon een zekere mate van keuzevrijheid.

De OK vervolgt dat in dit geval moet worden beoordeeld of de herclassificatie van de COVID-schuld als COVID-voorziening in de Jaarrekening 2022 aanvaardbaar is (vgl. o.a. HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8790 (*Spyker*)).

De OK komt tot de conclusie dat de herclassificatie door Olympus Midco niet alleen redelijkerwijs te rechtvaardigen is, maar ook geboden was. Nu de omstandigheden door de verbetering van de lockdown maatregelen dermate veranderden, koos Olympus Midco ervoor om de grondslag te wijzigen en dat heeft zij ook afzonderlijk en voldoende toegelicht.

Ten aanzien van de tweede klacht oordeelt de OK dat zoals Olympus Midco terecht heeft aangevoerd, niet is voldaan aan het vereiste van voldoende materialiteit. Het 'Hart van de Zaak'-project droeg in 2022 namelijk voor een zeer klein aandeel bij aan de omzet van Olympus Midco. Daarmee valt niet redelijkerwijs te verwachten dat deze informatie invloed zou kunnen hebben op de economische beslissingen die de gebruikers van de jaarrekening nemen. Ook de tweede grond kan daarom niet leiden tot aanpassing van de Jaarrekening 2022. Niettemin oordeelt de OK dat de waardering van de Constructie wel een zeer onbetrouwbare schatting weergeeft van de kostprijs van het immateriële vaste actief en daarmee niet aanvaardbaar is. De OK beveelt Olympus Midco dan ook om het 'Hart van de Zaak'-product in de toekomstige jaarrekeningen te verantwoorden zoals omschreven door de OK.

Y. Boekhout, januari 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-11-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:2911

Zaaknummer: 200.330.229/01 OK

Rechters: J.M. de Jongh, A.P. Wessels, A.C. Faber, M.N. Hoogendoorn en D.E.M. Aleman

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

Wetsartikelen: 2:362 BW, 2:361 BW, 2:448 BW, 2:364 BW en 2:451 BW

RECHTSPRAAK

Enquêteprocedure Tema Process B.V.

OK; enquête. Een door de OK aangestelde externe bestuurder wordt het werk onmogelijk gemaakt door de oorspronkelijke bestuurder die door de OK is geschorst. De geschorste bestuurder roept personeel op niet met de externe bestuurder samen te werken en zich ziek te melden, bedreigt de externe bestuurder en werknemers die weer aan het werk gaan en weigert met de externe bestuurder te overleggen. Namens de vennootschap verzoekt de externe bestuurder de OK de geschorste bestuurder een contactverbod op te leggen ten aanzien van de contractspartijen van de vennootschap (waaronder werknemers en leveranciers). De OK wijst het verzoek toe. Daartoe overweegt de OK dat de geschorste bestuurder met zijn handelen opzettelijk de effectiviteit en de juiste werking van de door de OK met het oog op de belangen van de onderneming noodzakelijk geachte onmiddellijke voorzieningen ondermijnt.

Achtergrond en verzoek

Deze enquêteprocedure gaat over het geschil tussen een bestuurder (tevens indirect aandeelhouder) en de andere aandeelhouder van Tema Process B.V. ('Tema Process'). (Indirect) aandeelhouders van Tema Process zijn de natuurlijk persoon [A] ('A') en Drytec B.V. ('Drytec'). A is naast aandeelhouder tevens enig bestuurder van Tema Process.

In een eerdere procedure bij de OK (zie OR 2023-0083) oordeelt de OK dat sprake is van twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij Tema Process. De OK beveelt in die procedure daarom een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij Tema Process en benoemt in afwijking van de statuten een commissaris. Deze commissaris krijgt de uitdrukkelijke taak toebedeeld om in samenspraak met de aandeelhouders van Tema Process tot duidelijke afspraken te komen die een einde maken aan het geschil over de uitvoering van

het bestuursbesluit omtrent de herstructurering van het concern en de aankoop van onroerend goed.

Enige tijd na haar aanstelling ontheft de OK de door haar aangestelde commissaris ('de Commissaris') op haar eigen verzoek. Redengevend voor de ontheffing is de overweging van de OK dat de bestuurder van Tema Process, A, heeft laten blijken dat hij zich niets wenst aan te trekken van de door de OK noodzakelijk geoordeelde voorzieningen en dat hij de Commissaris opzettelijk het werken onmogelijk heeft gemaakt. Hierop doet 50%-aandeelhouder Drytec het verzoek aan de OK om A te schorsen als bestuurder van Tema Process. De OK wijst dit verzoek toe en benoemt een externe zelfstandig bevoegde bestuurder ('Externe Bestuurder') van Tema Process met beslissende stem. Verder worden alle indirect door A gehouden aandelen in Tema Process ten titel van beheer overgedragen aan een beheerder en wordt een onderzoeker aangewezen (zie OR 2023-0245).

In de onderhavige procedure verzoekt Tema Process, vertegenwoordigd door de Externe Bestuurder, om bij wijze van onmiddellijke voorziening, A te verbieden elke vorm van contact te hebben met werknemers, leveranciers en andere contractspartijen van Tema Process en haar groepsmaatschappijen. Tema Process legt hieraan ten grondslag dat het de Externe Bestuurder onmogelijk wordt gemaakt om zijn taken als tijdelijk bestuurder naar behoren te vervullen. Reden hiervoor is onder meer dat A zijn personeel oproept niet met de Externe Bestuurder samen te werken en zich ziek te melden. Verder draagt Tema Process aan dat A werknemers die weer aan het werk gaan bedreigt, weigert met de Externe Bestuurder te overleggen en de Externe Bestuurder bedreigt met aansprakelijkstellingen.

Beslissing OK

De OK wijst het verzoek van Tema Process toe. Daartoe overweegt de OK dat A structureel heeft geweigerd om met de Externe Bestuurder samen te werken. A heeft zich samen met het gehele managementteam ziek gemeld en aannemelijk is dat hij ook de rest van het personeel heeft opgeroepen zich ziek te melden, aldus de OK. Verder stelt de OK vast dat A een medewerker die weer aan het werk is gegaan, ernstig heeft bedreigd via WhatsApp. Ook de toelichting van de Externe Bestuurder dat onder het personeel sprake is van een angstcultuur waarbij men niet aan het werk durft te gaan uit vrees voor de gevolgen indien A ooit terugkeert als bestuurder, wordt door de OK meegenomen in zijn oordeel.

A brengt daartegenin dat hij voorafgaand aan het verzoek van Tema Process al tot inkeer was gekomen. Daarbij verwijst A naar een e-mail van twee dagen voorafgaand aan het verzoekschrift, waarin hij het managementteam oproept weer aan het werk te gaan. De OK acht de mail ongeloofwaardig en overweegt dat de mail in ieder geval niet tot de slotsom kan

leiden dat A inmiddels weer bereid zou zijn met de Externe Bestuurder samen te werken en te overleggen. Naar het oordeel van de OK ondermijnt A met zijn handelen opzettelijk de effectiviteit en de juiste werking van de door de OK met het oog op de belangen van de onderneming noodzakelijk geachte onmiddellijke voorzieningen.

De OK verbiedt A met onmiddellijke ingang voor de duur van het geding om contact te hebben met medewerkers, leveranciers, klanten en andere contractspartijen van Tema Process en haar groepsmaatschappijen, op straffe van een dwangsom van € 10.000 per overtreding.

A. El Allaoui, januari 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-11-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:2685

Zaaknummer: 200.316.456/04 OK

Rechters: A.W.H. Vink, W.A.H. Melissen, M.A.M. Vaessen, M.A. Scheltema en G. van Vollenhoven-Eikelenboom

Advocaten: J.P.M. Borsboom, C.F.W.A. Hamm, P.A. Brandsma, A.P. van Oosten, J.L.W. Droppert en H. Eijer

Wetsartikelen: 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder aansprakelijk voor boedeltekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur

De voormalig bestuurder van een failliete vennootschap wordt veroordeeld tot vergoeding van het boedeltekort, omdat hij zijn bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:248 BW. Tevens wordt hij veroordeeld tot betaling van € 1,2 miljoen, wegens onrechtmatig aan de vennootschap onttrokken gelden en voertuigen. Een voormalig medewerker van de vennootschap – die een deel van de onttrokken gelden ontving – wordt veroordeeld tot terugbetaling van de gelden die hij zonder rechtsgrond ontving.

Aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW

De curator vordert de veroordeling van een voormalig bestuurder tot betaling van het boedeltekort wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:248 BW (en art. 2:9 BW). De bestuurder was enkele maanden voor het faillissement afgetreden als bestuurder. Hem wordt verweten dat hij niet heeft voldaan aan de verplichting uit artikel 2:10 BW (administratie- en bewaarplicht). Dat verwijt slaagt, omdat de boekhouding in hoge mate incompleet en wanordelijk was. Er ontbrak onder meer een crediteuren- en debiteurenadministratie, alsmede de fiscale boekhouding, en er waren nauwelijks facturen aanwezig. Het verweer dat de bestuurder de boekhouding compleet had overgedragen aan de opvolgende bestuurders, is volgende de rechtbank niet voldoende onderbouwd. Ook is niet aannemelijk geworden dat de bestuurder daadwerkelijk de onderneming had overgedragen aan zijn opvolgers en dat hij zich in de maanden voorafgaand aan het faillissement niet meer had bemoeid met de bedrijfsvoering.

Dit brengt op grond van artikel 2:248 lid 2 BW mee dat vaststaat dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder is er niet in geslaagd het bewijsvermoeden te weerleggen. Hij heeft slechts aangevoerd dat de onderneming goed

draaide toen hij deze overdroeg. De rechtbank wijst de gevorderde verklaring voor recht toe. Zij wijst de vordering op grond van artikel 2:9 BW af, omdat de curator daarbij geen belang meer zou hebben, nu reeds is komen vast te staan dat de bestuurder op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk is voor het boedeltekort.

Door bestuurder onttrokken gelden en voertuigen

Tevens oordeelt de rechtbank dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld wegens het onttrekken van gelden, voor een bedrag ad circa € 1,2 miljoen. Het betreft onder meer overboekingen naar eigen rekeningen en contante opnames. Voor een deel van de onttrokken gelden wordt, naast de bestuurder, ook een voormalige medewerker van de failliete vennootschap aangesproken. Deze medewerker ontving een deel van de onttrokken gelden. Beide gedaagden hebben aangevoerd dat er een rechtsgrond bestond voor de betalingen en dat die uit de boekhouding zou blijken. Beiden hebben echter niet aannemelijk gemaakt dat de boekhouding daarin inzicht geeft, aldus de rechtbank.

Tot slot heeft de bestuurder onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers, door drie voertuigen van de vennootschap op eigen naam te stellen, zonder dat daarvoor een vergoeding is betaald. Voor een en ander treft de bestuurder een ernstig verwijt.

R.J.H. Berghuis, december 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 06-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:4978

Zaaknummer: C/08/281232 / Ha ZA 22-172

Rechters: A.E. Zweers

Advocaten: A.C. Blankestijn, H.J.M. van Denderen en R.H. Bouwman

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

RECHTSPRAAK

Curator is niet aansprakelijk voor de gang van zaken bij verkoop van de activa, de bestuurders zijn wel aansprakelijk voor het boedeltekort

De kwestie die in deze uitspraak centraal staat, speelt in het faillissement van een vennootschap die een apotheek dreef. De rechtspersoon-bestuurder en de executeur-testamentair en vereffenaar in de nalatenschap van de middellijk bestuurder vorderen een verklaring voor recht dat de curator bij de afwikkeling van het faillissement onrechtmatig heeft gehandeld. Ook vorderen zij een verklaring voor recht dat zij als (indirect) bestuurders niet aansprakelijk zijn en niets verschuldigd zijn aan de vennootschap. In reconventie vordert de curator juist dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. De rechtbank wijst de vorderingen in conventie af. In reconventie worden de vorderingen van de curator toegewezen. De rechtbank verklaart voor recht dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor het boedeltekort.

Inleiding

Deze procedure hangt samen met het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:8302, OR 2023-0212. In dat arrest is vastgesteld dat de echtgenoot van een apotheker zijn taak als feitelijk beleidsbepaler onbehoorlijk heeft vervuld. Hij is veroordeeld tot betaling van het boedeltekort met een voorschot ter hoogte van € 300.000.

Aansprakelijkheid curator

In de onderhavige procedure stellen de echtgenoot (in de hoedanigheid van executeur-testamentair en vereffenaar in de nalatenschap van de overleden apotheker) en de

rechtspersoon-bestuurder van gefailleerde (hierna: 'eisers') zich op het standpunt dat de curator in haar hoedanigheid en in privé aansprakelijk is voor schade omdat zij onrechtmatig heeft gehandeld bij de verkoop van de onderneming.

De rechtbank wijst deze vordering af. Daarbij stelt de rechtbank voorop dat een curator bij de verkoop van activa in een faillissement vaak spoedeisende beslissingen moet nemen en daarbij verschillende (tegenstrijdige) belangen moet behartigen. Daardoor heeft een curator veel beleidsvrijheid. Het is niet gebleken dat de curator potentiële kopers van de onderneming heeft ontmoedigd om een (hoger) bod uit te brengen. Hierbij geldt ook dat het handelen van de curator moet worden beoordeeld op het moment dat het handelen plaatsvond (*ex tunc*). Zelfs als achteraf blijkt dat de onderneming voor een hoger bedrag aan een derde kon worden verkocht, zoals eisers zonder onderbouwing stellen, brengt dat nog niet mee dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld door de onderneming aan een andere partij te verkopen.

Daarnaast verwijten eisers de curator dat zij aan potentiële overnamekandidaten heeft gemeld dat het onzeker was wie de huurder was van het pand. De reden hiervoor was dat de curator de huurovereenkomst bij eisers heeft opgevraagd, maar niet heeft ontvangen. De stelling dat de curator de huurovereenkomst bij de verhuurder had moeten opvragen, kan dan niet leiden tot aansprakelijkheid van de curator. Tot slot treft ook het verwijt dat de curator de goodwill van de onderneming niet heeft laten taxeren, geen doel. De curator heeft uitgelegd dat zij hiervoor onvoldoende informatie had omdat er geen volledige administratie was van de onderneming. Zij heeft daarom volstaan met taxatie van de inventaris en de voorraad en voor de goodwill afgewacht wat een potentiële koper bereid was daarvoor te betalen. Die keuze is begrijpelijk en zorgvuldig.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Eisers vorderen ook verklaringen voor recht dat zij niet als bestuurders aansprakelijk zijn en dat zij geen financiële verplichtingen tegenover de onderneming hebben. De curator heeft in reconventie gevorderd dat eisers worden veroordeeld tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW in combinatie met artikel 2:11 BW.

De vorderingen van de curator worden toegewezen. Het staat namelijk vast dat eisers de administratie- en publicatieplicht hebben geschonden in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement van de vennootschap. Eisers hebben een beherend apotheker in vrijwaring opgeroepen omdat hij verantwoordelijk zou zijn voor het bijhouden van de administratie van de onderneming en het tijdig laten opstellen en publiceren van de jaarrekeningen. Deze stelling zal in de separate vrijwaringsprocedure worden beoordeeld. Maar zelfs als de rechtbank in de vrijwaringsprocedure zou oordelen dat de beherend apotheker zijn

werkzaamheden niet goed heeft uitgevoerd, dan geldt nog steeds dat eisers als bestuurders van de onderneming verantwoordelijk waren voor de algemene en financiële gang van zaken van gefailleerde.

Nu vaststaat dat de bestuurstaken onbehoorlijk zijn vervuld, wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de onderneming. Eisers hebben dit vermoeden niet weerlegd door te wijzen op de taak en rol van de beherend apotheker. Ook de verwijzing naar de weigering door de belangrijkste leverancier van de medicijnen om de normale hoeveelheden te leveren, als alternatieve oorzaak voor het faillissement, is niet voldoende als weerlegging. Dit is onvoldoende onderbouwd en bovendien was het leveringsprobleem geen belangrijke oorzaak van het faillissement maar een gevolg van de liquiditeitsproblemen waar de onderneming zelf mee te maken had en die door toedoen van eisers zijn ontstaan. Eisers hebben namelijk substantiële bedragen aan het vermogen van gefailleerde onttrokken en een vordering op de holding zonder deugdelijke grondslag of tegenprestatie kwijtgescholden.

Deze omstandigheden dragen, in samenhang bezien, ook zelfstandig het oordeel dat eisers hun taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, waarbij aannemelijk is dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De conclusie is dat eisers op grond van artikel 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort van gefailleerde. De vorderingen in conventie van eisers worden afgewezen en de vorderingen in reconventie van de curator toegewezen.

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

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 06-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:6245

Zaaknummer: C/16/511237 / HA ZA 20-837

Rechters: A.A.T. van Rens, G. Konings en J.R. Hurenkamp

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek ontslag bestuurders Stichting Buitenparlementaire Onderzoekscommissie

Het OM verzoekt het ontslag van twee bestuurders van een stichting, nu zij op structurele basis donaties gedaan aan de stichting hebben gebruikt voor privédoeleinden. De rechtbank wijst het verzoek toe, nu de bestuurders hebben gehandeld in strijd met de wet en de statuten en benoemt een derde tot bestuurder van de stichting.

Verweerders ('de Bestuurders') hebben naar aanleiding van de coronacrisis de Stichting BPOC 2020 – Buitenparlementaire Onderzoekscommissie ('de Stichting') opgericht. De Stichting heeft onder meer tot doel het doen van onderzoek naar het beleid van de overheid. Zo heeft zij een rapport over vermeend politiegeweld tijdens de corona-epidemie opgesteld en is zij kritisch op de Nederlandse steun aan Oekraïne. Voor haar werking werft de Stichting onder meer donaties. Bij eerdere voorlopige voorziening zijn de Bestuurders geschorst en is een tijdelijke bestuurder benoemd.

In de huidige procedure verzoekt het OM de rechtbank om de Bestuurders te ontslaan en de tijdelijke bestuurder te benoemen tot bestuurder van de Stichting. Na strafrechtelijk onderzoek heeft het OM vastgesteld dat de Bestuurders in strijd met de statuten hebben gehandeld door structureel donaties aan de Stichting te gebruiken voor privédoeleinden.

Artikel 2:298 BW geeft het OM de mogelijkheid te verzoeken een bestuurder te ontslaan. De rechtbank is van oordeel dat de Bestuurders in strijd hebben gehandeld met artikel 2:298 BW, zoals volgt uit de stellingen van het OM, waarbij ook de overtreding van het verbod opgenomen in artikel 2:285 lid 3 BW van belang is, waarin kort gezegd wordt bepaald dat het doel van een stichting nooit het doen van uitkeringen aan (onder andere) de oprichters mag zijn zonder dat daar een gelijkwaardige tegenprestatie tegenover staat.

De rechtbank ontslaat de Bestuurders van de Stichting en wijst de voorlopig bestuurder aan als bestuurder, hetgeen de Stichting in staat zal stellen de onttrokken gelden terug te vorderen.

T.M. Goudzwaard, december 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 29-06-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:9453

Zaaknummer: C/09/644178 / HA RK 23-92

Rechters: T.F. Hesselink

Advocaten: O.J.M. van der Bijl

Wetsartikelen: 2:298 BW en 2:285 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Argilla Group Holding B.V. /Technowand Holding B.V. c.s.

Er bestaat een geschil tussen de vennootschap en haar bestuurder over de vraag of een ontslag- en benoemingsbesluit al dan niet rechtsgeldig genomen zijn, nu er volgens de vennootschap andersluidende mondelinge afspraken tussen de aandeelhouders zijn gemaakt. De voorzieningenrechter oordeelt dat stemmen in strijd met stemafspraken die niet in de statuten zijn opgenomen, niet meebrengt dat de besluiten nietig zijn. Als ze in strijd zijn met een schriftelijke of mondelinge aandeelhoudersovereenkomst, kan dit de besluiten wel vernietigbaar doen zijn vanwege strijd met artikel 2:8 BW. Er is echter geen definitieve, ondertekende versie van de aandeelhoudersovereenkomst waarin deze stemafspraken zijn opgenomen. De verklaringen over een mondelinge overeenstemming die zijn gegeven, zijn onvoldoende om aan te nemen dat er inderdaad al definitieve mondelinge afspraken waren over de stemverhouding.

Feiten

Argilla Group Holding B.V. ('Argilla') is samen met X Beheer B.V. ('Aandeelhouder X') aandeelhouder van Technowand Holding B.V. ('Technowand'). Argilla houdt 60% in Technowand en Aandeelhouder X 40%. Technowand produceert, levert en installeert wandsystemen voor kantoren, instellingen en fabrieken. Argilla is bij de oprichting van Technowand benoemd tot enig bestuurder. In een later stadium is een tweede bestuurder ('Bestuurder B') benoemd als statutair bestuurder.

Argilla is met terugwerkende kracht teruggetreden als bestuurder van Technowand toen een groep vennootschappen waarvan Argilla enig aandeelhouder en bestuurder was, faillieerde.

De bestuurder van Aandeelhouder X heeft op enig moment een concept aandeelhoudersovereenkomst naar Argilla gestuurd, waarin een stemverhouding voor de

stemmen in de algemene vergadering van Technowand was opgenomen van 1 voor Argilla en 1,5 voor Aandeelhouder X. De bestuurder van Argilla reageert diezelfde dag dat hij niet akkoord gaat met de voorgestelde aandeelhoudersovereenkomst.

Na het terugtreden van Argilla als bestuurder heeft een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders plaatsgevonden. Ter vergadering is door de aandeelhouders gestemd over het voorstel tot benoeming van Argilla als zelfstandig bevoegd bestuurder met de functietitel 'voorzitter' van Technowand. Argilla heeft voor gestemd en Aandeelhouder X tegen. In de weken daarna heeft Bestuurder B de bestuurder van Argilla de toegang tot het pand van de groep ontzegd. Vervolgens heeft nog een algemene vergadering van aandeelhouders ('AV') plaatsgevonden, waarbij is gestemd over het voorstel om Bestuurder B te ontslaan als bestuurder. Argilla heeft voor gestemd en Aandeelhouder X tegen.

Geschil

In de onderhavige procedure vordert Argilla in kort geding dat de voorzieningenrechter Technowand en Bestuurder B ('Technowand c.s.') gebiedt Argilla met onmiddellijke ingang toegang te geven tot het pand en alle administratie, systemen, bankrekeningen et cetera, de inschrijving van Argilla als zelfstandig bevoegd bestuurder in het handelsregister te gehengen en te gedogen en juist Bestuurder B de toegang tot het pand et cetera te ontzeggen.

Technowand c.s. voeren in hun verweer aan dat de besluiten genomen op de AV's nietig zijn. Volgens Technowand c.s. is er namelijk overeenstemming bereikt over andersluidende stemafspraken en heeft Argilla 1 stem per aandeel en Aandeelhouder X 1,5 stem. Omdat Aandeelhouder X tegen de besluiten heeft gestemd, is geen meerderheid bereikt en is Argilla derhalve geen bestuurder meer.

Oordeel voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter stelt voorop dat stemmen in strijd met stemafspraken die niet in de statuten zijn opgenomen, niet meebrengt dat de besluiten nietig zijn (zie ook Hoge Raad 30 juni 1944, ECLI:NL:HR:1944:BG9449, *NJ* 1944/465 (*Wennex*)).

Op grond van artikel 2:118 lid 2 BW is de hoofdregel dat iedere aandeelhouder zoveel stemmen uitbrengt als hij aandelen heeft. Voorwaarde is dat het maatschappelijk kapitaal in aandelen van eenzelfde bedrag is verdeeld waarvan is in deze zaak sprake. Op grond van lid 4 kan dit aantal stemmen bij statuten worden beperkt. Het aantal stemmen is echter niet in de statuten van Technowand beperkt, waardoor de hoofdregel geldt.

Voorgaande laat onverlet dat stemmen in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst kan

meebrengen dat sprake is van wanprestatie dan wel dat de besluiten op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW vernietigbaar zijn, omdat Argilla zich jegens Aandeelhouder X heeft gedragen in strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW worden geëist. In het bestek van dit kort geding is echter onvoldoende aannemelijk geworden dat tussen Argilla en Technowand c.s. – definitief – afwijkende stemverhoudingen zijn afgesproken. Vaststaat dat partijen overleg hebben gehad over de stemverhouding maar dat het niet tot een schriftelijke overeenkomst is gekomen. De vraag of partijen zich in dat geval mondeling jegens elkaar verbonden hebben, is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden (Hoge Raad 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, NJ 2003/124). De stelling van Argilla dat er nog geen definitieve afspraken waren gemaakt, wordt ondersteund door het feit dat Aandeelhouder X meerdere, aangepaste, aandeelhoudersovereenkomsten naar de bestuurder van Argilla heeft gestuurd, maar dat deze overeenkomsten nooit zijn ondertekend. Bovendien heeft de bestuurder van Argilla expliciet aangegeven dat hij niet akkoord was met de aandeelhoudersovereenkomst die door Aandeelhouder X was opgesteld. In deze overeenkomst stonden de afwijkende stemverhoudingen.

Samengevat is geen enkel stuk in het geding gebracht waaruit direct het akkoord van Argilla blijkt. Dit betekent niet dat het niet kan zijn dat Argilla en Aandeelhouder X over het onderdeel dat de stemverhouding zou wijzigen al wel mondeling overeenstemming hadden bereikt. Hiervoor is echter nader feitenonderzoek nodig en daarvoor is in kort geding geen plaats. De verklaringen van Aandeelhouder X veranderen voorgaand oordeel niet, nu dat vooral algemene verklaringen betreffen en deze onvoldoende zijn om aan te nemen dat er inderdaad al definitieve mondelinge afspraken waren over de stemverhouding.

I.C.C. Berger, december 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 26-10-2023

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:6059

Zaaknummer: C/05/425862 / KZ ZA 23-153

Rechters: K.H.A. Heenk

Advocaten: S.W. Holterman en L. Sjoerts

Wetsartikelen: 2:118 lid 2 BW , 2:15 lid 1 sub b BW en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Groepsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatig financieringsbeleid

Finse investeerders stellen een aantal Nederlandse en Luxemburgse entiteiten aansprakelijk op grond van groepsaansprakelijkheid (art. 6:166 BW) voor de schade die zij hebben geleden vanwege het onrechtmatig financieringsbeleid van de groep. De rechtbank oordeelt dat vijf entiteiten en de bestuurders daarvan aangemerkt kunnen worden als groep en oordeelt dat zij jegens de investeerders hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 6:166 BW.

Inleiding

De vraag die in deze procedure heeft voorgelegen is of een aantal Nederlandse en Luxemburgse entiteiten – die met elkaar in enig verband stonden, maar geen juridische groep vormden – door twee Finse entiteiten ('de Investeerders') aansprakelijk gehouden kunnen worden voor forse verliezen op investeringen. De Investeerders stellen dat de gedaagden hoofdelijk op grond van groepsaansprakelijkheid (art. 6:166 BW) aangesproken kunnen worden tot vergoeding van de schade. Op voorhand zij daarbij verwezen naar het tussenvonnis in dezelfde zaak: Rb. Midden-Nederland 22 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2023:1512 ('het Tussenvonnis'). In het Tussenvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat vijf entiteiten als gezamenlijk handelende 'groep' kunnen worden aangemerkt ('de UBO's'). Verder is in het Tussenvonnis door de rechtbank geoordeeld dat, indien komt vast te staan dat het door de UBO's gevoerde financieringsbeleid onrechtmatig was ten opzichte van de Investeerders en schade heeft veroorzaakt, daarmee is voldaan aan de voorwaarden voor groepsaansprakelijkheid. Of dat beleid onrechtmatig was, hangt af van het antwoord op de vraag of de UBO's er ernstig rekening mee moesten houden dat de Investeerders schade zouden leiden door het financieringsbeleid van de UBO's. In deze procedure staat deze laatste vraag centraal.

Feiten

De Investeerders hebben tussen 2014 en 2016 bedragen geïnvesteerd in schuldbewijzen van Luxemburgse securitisatievehikels ('de Vehikels'). De Vehikels geven geldleningen uit, waarbij zij hun uitgaven financieren door de uitgifte van schuldbewijzen. De Vehikels worden onder meer door een Nederlandse entiteit vertegenwoordigd en beheerd ('de Agent'). Een andere Nederlandse entiteit treedt namens de Vehikels op als investeringsmanager ('de Investeringsmanager'). De Investeerders menen dat met het door hun geïnvesteerde geld niet goed is omgegaan, waardoor het geld geheel of in ieder geval grotendeels lijkt te zijn verdampt. De Investeerders stellen de gedaagde partijen aansprakelijk voor de schade op hun investeringen die zij hebben geleden en nog zullen lijden. Volgens de Investeerders hebben onder meer de (bestuurders van de) Vehikels, de Agent en de Investeringsmanager ten onrechte geïnvesteerde gelden gebruikt voor het verstrekken van leningen aan gelieerde vennootschappen, waarvan op voorhand duidelijk was dat deze niet terugbetaald zouden kunnen worden en voor het betalen van onderling in rekening gebrachte fees. Zoals aangegeven, oordeelt de rechtbank in het Tussenvonnis dat het handelen van de UBO's als groepshandelen kan worden aangemerkt. Of het gevoerde financieringsbeleid daadwerkelijk onrechtmatig was, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of de UBO's er ernstig rekening mee moesten houden dat de Investeerders schade zouden leiden door hun financieringsbeleid. De UBO's voeren verweer.

Beoordeling

De rechtbank overweegt in het Tussenvonnis dat hoofdelijke aansprakelijkheid ingevolge artikel 6:166 lid 1 BW bestaat als ten minste één van de tot een groep behorende personen onrechtmatig schade toebrengt en de kans op het aldus toebrengen van schade deze personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband. Daarbij moet zowel aan een objectief als een subjectief criterium zijn voldaan. Objectief gezien moet een individuele deelnemer een bijdrage hebben geleverd aan groepsgedragingen die schade veroorzaken. Dit betekent niet dat de gedragingen in groepsverband een eenheid moeten vormen in tijd en plaats; het kan ook verspreid zijn over verschillende momenten en locaties. Van handelen in groepsverband kan dus ook gesproken worden als de gedragingen van de individuele deelnemers aan de groep op verschillende momenten en op verschillende plaatsen hebben plaatsgevonden. Verder hoeven handelingen ook niet gelijksoortig te zijn. Subjectief gezien moeten de gedragingen van de ene groepsdeelnemer in bewuste samenhang met de andere gedraging plaatsvinden. Niet vereist is dat de aangesproken deelnemer precies op de hoogte was van de gedragingen van de andere groepsdeelnemers. Aan het subjectieve criterium is ook voldaan als de groepsdeelnemer zich er globaal van bewust was, ten tijde van het handelen in groepsverband, dat hij samen met anderen betrokken was bij gedragingen waarvan de kans op het aldus toebrengen van schade hem had behoren te weerhouden.

Vervolgens wordt ingegaan op het financieringsbeleid. De UBO's wordt verweten dat zij na het op slot zetten van een belangrijk fonds doorgingen met het verstrekken van leningen, wetende dat deze niet terugbetaald konden worden. De rechtbank oordeelt dat de UBO's als groep tussen 2014 en 2016 onrechtmatig hebben gehandeld. De UBO's hebben niet aannemelijk gemaakt dat zij mochten verwachten dat leningen met toekomstige inkomsten zouden worden terugbetaald. Daarnaast hadden de UBO's ernstig rekening moeten houden met schade voor de Investeerders door het onverantwoorde financieringsbeleid. De rechtbank motiveert dit oordeel door te wijzen op gebrekkige liquiditeitsprognoses, onrealistische aannames in gepresenteerde scenario's, en onvoldoende aandacht voor de schuldenlast binnen de relevante groepsentiteiten. Concluderend oordeelt de rechtbank dat de UBO's hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die de Investeerders hebben geleden door het onrechtmatig handelen in de genoemde periode.

J.W.A. van der Salm, december 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 08-11-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:5790

Zaaknummer: C/16/496714 / HL ZA 20-45

Rechters: S.C. Hagedoorn, F. Diepraam en J.K.J. van den Boom

Advocaten: M.B.C.R. Heemskerk, Mr. J. Hagers en R.R.F. van der Mark

Wetsartikelen: 6:166 BW en 6:162 BW