

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 19, 2024

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2024:4945](#) 30-07-2024

Curator Roebia Zorg Almere B.V./Bestuurders

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:1899](#) 09-07-2024

Aaron Investments B.V. c.s./Twenty Seven B.V. c.s.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2024:1574](#) 02-07-2024

De Virtualisten B.V. (in liquidatie)/Mercedes Benz Dealer Bedrijven B.V. Met wenk.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2024:4117](#) 18-06-2024

Ter Horst q.q./Bestuurders van Humanic Development B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:1725](#) 13-06-2024

Enquêteprocedure VMS Holding c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:1401](#) 14-05-2024

Uitkoopprocedure minderheidsaandeelhouders DSM

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2024:4848](#) 18-09-2024

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW vanwege schending administratieplicht

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:5298](#) 16-08-2024

Ontslag op staande voet van statutair bestuurder

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2024:3304](#) 31-05-2024

Ben Design Worldwide B.V./Bestuurder

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2024:2975](#) 26-04-2024

Fruytier Lawyers In Business B.V./MRF Investments B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2024:4354](#) 28-02-2024

Besluiten tot forse verhoging van de bestuurdersbeloning niet onaanvaardbaar. Met wenk

RECHTSPRAAK

Ontslag op staande voet van statutair bestuurder

De CEO van een bv wordt zowel vennootschapsrechtelijk als arbeidsrechtelijk ontslagen. Hij komt hiertegen op. De kantonrechter oordeelt dat het arbeidsrechtelijk ontslag ten onrechte is gegeven en dat de bestuurder een vergoeding toekomt wegens onregelmatige opzegging, alsook een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

Feiten

Verzoeker ('de Bestuurder') is op 1 juli 2021 bij verweerster ('de BV') in dienst getreden in de functie van managing director (CEO). Diezelfde dag is de Bestuurder aangesteld als statutair bestuurder. Het Leadership Team heeft op 14 februari 2024 met de Bestuurder gesproken. Een aantal directieleden heeft onbegrip voor de financiële situatie uitgesproken en ook de Bestuurder als CEO verwijten gemaakt. Deze verwijten kwamen feitelijk neer op het opzeggen van het vertrouwen in hem als CEO. Na afloop van deze bespreking heeft de Bestuurder de volledige inhoud van zijn werk e-mailbox gekopieerd naar zijn privé-e-mailaccount. Op 24 februari 2024 is tijdens een gesprek aan de Bestuurder kenbaar gemaakt dat naar de cijfers was gekeken en dat geconstateerd was dat er cijfers niet klopten. Het vermoeden bestond dat de Bestuurder bewust onjuiste en onvolledige financiële informatie heeft verstrekt aan de top van de organisatie. Er werd aangekondigd dat een intern onderzoek zou worden gestart. De Bestuurder werd met onmiddellijke ingang geschorst. Op 5 maart 2024 is de Bestuurder op staande voet ontslagen. Daaraan werd ten grondslag gelegd dat hij de financiële situatie van de Nederlandse ondernemingen onjuist heeft weergegeven doordat hij prognoses en financiële resultaten heeft gemanipuleerd, dat hij in strijd met het bedrijfsbeleid een grote hoeveelheid bedrijfsgevoelige informatie heeft gedownload en dat hij zijn vakantiedagen niet correct heeft geregistreerd. Op 11 maart 2024 is de Bestuurder op staande voet ontslagen als statutair bestuurder en CEO. De Bestuurder komt op tegen het gegeven ontslag.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tegen het vennootschapsrechtelijke ontslag is geen

verweer gevoerd. Daarmee is ook het dienstverband geëindigd. De vraag die voorligt, is of de Bestuurder aanspraak kan maken op een billijke vergoeding en daarmee samenhangend of het gegeven ontslag dus aan de (wettelijke) vereisten voldoet.

(i) Onjuiste weergave van financiële resultaten en het manipuleren van prognose: naar het oordeel van de rechtbank is voldoende duidelijk dat prognoses in de loop van 2023 te rooskleurig werden voorgesteld en dat bij de weergave van de financiële resultaten de cijfers zodanig zijn gepresenteerd dat de financiële positie gunstiger werd voorgesteld dan dat die in werkelijkheid was. De BV was echter in ieder geval in het najaar van 2023 op de hoogte van de financiële situatie in Nederland. Een werkgever die een hem bekende situatie geruime tijd laat voortbestaan, kan die later niet als dringende reden voor een ontslag op staande voet aan de betrokken de Bestuurder tegenwerpen.

(ii) Het downloaden van bedrijfsgevoelige informatie: het kopiëren van de gehele zakelijke e-mailbox naar zijn privé-e-mailaccount door de Bestuurder, hoezeer ook in strijd met de interne bedrijfsregels, levert geen dringende reden voor ontslag op, omdat niet aannemelijk is dat de Bestuurder bij die verzending andere bedoelingen heeft gehad dan het kunnen onderbouwen van zijn eigen verweer in een eventuele arbeidsrechtelijke procedure. Ook is gesteld noch gebleken dat hij verder iets met deze informatie heeft gedaan of dat hij deze verder heeft verspreid.

(iii) Het onjuist registreren van vakantiedagen: naar het oordeel van de rechtbank brengt het enkele feit dat de urenregistratie van vakantiedagen afwijkt van de daadwerkelijk genoten vakantiedagen, niet zonder meer mee dat de betreffende medewerker zijn vakantie bewust onjuist heeft geregistreerd. Het levert in ieder geval geen reden voor ontslag op staande voet op.

Het ontslag is ten onrechte gegeven. Aan de Bestuurder komt een vergoeding wegens onregelmatige opzegging toe. Daarnaast wordt aan de Bestuurder een transitievergoeding toegekend en wordt, de goede en kwade kansen afwegend, een billijke vergoeding van € 115.000 toegekend. De rechter gaat ervan uit dat de Bestuurder nog tot ultimo 2024 had mogen rekenen op het inkomen dat hij van de BV gewend was. De tegenverzoeken van de BV worden afgewezen.

Redactie, oktober 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 16-08-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:5298

Zaaknummer: 573290

Rechters: C.J.M. Hendriks

Advocaten: P.P.R. Hoekstra, D. Lacevic, A.I. Zwager en L.M. Wezenbeek

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW vanwege schending administratieplicht

De rechtbank oordeelt dat de bestuurder van een autohandel (een bv) de administratieplicht heeft geschonden, waardoor vaststaat dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dit wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Gelet hierop is de bestuurder aansprakelijk voor het tekort in het faillissement.

Feiten, vordering en verweer

In het faillissement van een autohandel (een bv) vordert de curator een verklaring voor recht dat de bestuurder op grond van artikel 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement van de autohandel. De curator baseert deze vordering op het feit dat een deugdelijke administratie ontbreekt (er zijn onder meer geen grootboekkaarten) en dat er meerdere jaarrekeningen zijn ingediend die elk een ander beeld van de onderneming geven. Bovendien stelt de curator dat de bestuurder buitensporige privé-uitgaven ten laste van de vennootschap heeft gedaan.

De bestuurder voert verweer en stelt dat hij een jonge en onervaren bestuurder is. Hij stelt dat hij niet duidelijk wist wat er van hem werd verwacht op het gebied van administratie en dat de verzekerde inbewaringstelling hem belemmerde om de administratie tijdig aan de curator te overhandigen. Hij stelt ook dat de uitgaven die hij ten laste van de vennootschap heeft gedaan, binnen de perken bleven en gezien moeten worden als directeursuitgaven. Daarnaast wijst hij op de negatieve impact van de coronacrisis op het bedrijf, waardoor de inkomsten opdroogden.

Oordeel

De rechtbank overweegt dat de bestuurder in zijn taak heeft gefaald door de administratieplicht niet na te leven. De rechtbank benadrukt dat een bestuurder verplicht is

om een administratie te voeren die voldoende inzicht geeft in de financiële positie van de onderneming. Gezien de omvang van de transacties van de vennootschap, die te maken hadden met de handel in auto's en voor circa € 3,5 miljoen aan banktransacties kenden, had van de bestuurder verwacht mogen worden dat de administratie uitgebreider was dan enkel in- en verkoopfacturen. Het ontbreken van grootboeken en een duidelijke rekening-courantverhouding tussen de vennootschap en de bestuurder zelf, is volgens de rechtbank een duidelijke tekortkoming.

De rechtbank stelt verder dat het verweer van de bestuurder over zijn onervarenheid en inbewaringstelling niet afdoet aan zijn verplichtingen als bestuurder. De verplichting om een adequate administratie te voeren bleef bestaan tijdens zijn bestuursperiode en had niet afgeschoven mogen worden. Bovendien heeft de bestuurder onvoldoende onderbouwd dat de coronacrisis een significante oorzaak was van het faillissement, temeer daar er geen concrete onderbouwing is gegeven over de impact van de coronacrisis op de bedrijfsvoering.

Op basis van deze overwegingen komt de rechtbank tot de conclusie dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Aangezien de administratieplicht is geschonden wordt dit onbehoorlijk bestuur vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. De rechtbank verklaart daarom dat de bestuurder aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement.

De curator had een voorschot van € 478.000 gevorderd, maar de rechtbank acht dit bedrag onvoldoende onderbouwd. Gezien de schuld van € 80.000 aan de Belastingdienst, verminderd met het boedelactief van € 52.980,04, kent de rechtbank een voorschot van € 27.019,96 toe aan de curator.

W.P.IJ. Overgoor, oktober 2024

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 18-09-2024

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2024:4848

Zaaknummer: C/08/309001 / HA ZA 24-36

Rechters: J.A.M. Egberink

Advocaten: A.D. van Koningsveld

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Ter Horst q.q./Bestuurders van Humanic Development B.V.

Een curator heeft de bestuurders van een failliete bv aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. De rechtbank heeft de vorderingen gedeeltelijk toegewezen. In hoger beroep wijs het hof de vorderingen alsnog af. De bestuurders weten het vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling te ontzenuwen door aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn.

Feiten

In januari 2016 is Human Development B.V. i.o. ('de B.V. i.o.') opgericht. De BV i.o. was gericht op het begeleiden van werkzoekende veertigplussers naar banen in de ICT-sector. Via de Stichting Start Foundation ('Start Foundation') werd een lening verkregen van € 150.000. De BV i.o. ging in november 2016 verder als Humanic Development B.V. ('de failliet') en de persoonlijke holdings van de vier oprichters werden tot bestuurder benoemd. In de akte van oprichting was een verklaring opgenomen dat alle rechtshandelingen verricht namens de B.V. i.o. zijn bekrachtigd. De failliet had echter een ander KvK-nummer dan de B.V. i.o. en kreeg pas in mei 2017 een eigen bankrekening. De financiële administratie was chaotisch, met betalingen via privérekeningen van de persoonlijke holdings en het ontbreken van inkomsten uit de trajecten. Humanic Development B.V. werd op 25 juni 2019 failliet verklaard. De curator stelt de (indirect) bestuurders aansprakelijk voor het boedeltekort. De rechtbank oordeelde dat twee (indirect) bestuurders hoofdelijk aansprakelijk waren voor het boedeltekort. De vorderingen tegen de andere (indirect) bestuurders werden afgewezen. Zowel de twee aansprakelijke (indirect) bestuurders als de curator gaan in (voorwaardelijk) hoger beroep.

De (indirect) bestuurders vorderen in hoger beroep dat de toegewezen vorderingen van de curator alsnog worden afgewezen. Zij betogen dat er andere oorzaken voor het faillissement van failliet waren dan de onbehoorlijke taakvervulling.

Oordeel

Het hof oordeelt in navolging van de rechtbank dat de bestuurders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld wegens schending van de deponeringsplicht. Het hof oordeelt echter dat de twee (indirect) bestuurders het vermoeden dat het faillissement hierdoor is veroorzaakt kunnen ontzenuwen, doordat zij een belangrijke andere oorzaak van het faillissement aannemelijk hebben gemaakt. Het opgestelde ondernemingsplan bleek niet uitvoerbaar door een samenloop van een aantal omstandigheden, waaronder het mislukken van een cruciale samenwerking, de onderschatting van de eis van werkervaring door werkgevers en de onverwachte ziekte en uitval van een (indirect) bestuurder, die als enige toegang had tot de administratie en bankrekeningen. Deze combinatie van omstandigheden leidde ertoe dat het onmogelijk was het ondernemingsplan uit te voeren, waardoor geen inkomsten werden gegenereerd. Dit heeft geleid tot het faillissement. De (indirect) bestuurders hebben hiermee het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement ontzenuwd.

Volgens de curator was ook sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, omdat het bestuur van failliet onverantwoord ondernemerschap heeft vertoond. Het bestuur zou niet hebben ingegrepen toen bleek dat failliet geen inkomsten genereerde en zou zich niet aan zijn eigen begroting hebben gehouden. Het hof volgt de curator niet en oordeelt dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur alleen sprake is als geen redelijk handelend bestuurder in dezelfde omstandigheden hetzelfde zou hebben gedaan. De curator heeft niet gesteld dat sprake is geweest van zelfverrijking door de twee (indirect) bestuurders. Hoewel er onregelmatigheden zijn, zijn deze niet als oorzaak van het faillissement aangemerkt. Het hof benadrukt vervolgens dat het ondernemingsplan was gericht op het aanwerven van goedkope trainers en het genereren van inkomsten van potentiële werkgevers, maar door de uitval van een bestuurder en het niet realiseren van het ondernemingsplan kwam het bedrijf in financiële problemen. De curator heeft onvoldoende gemotiveerd betwist dat deze omstandigheden een negatieve impact op de onderneming hebben gehad. In het licht daarvan heeft de curator ook onvoldoende onderbouwd welke andere keuzes het bestuur had moeten maken in reactie op deze omstandigheden of welke van de gemaakte keuzes geen redelijke bestuurder voor zijn rekening zou hebben genomen. De (indirect) bestuurders hebben volgens het hof voldoende initiatieven genomen om te proberen failliet te redden, waardoor niet kan worden geconcludeerd dat de (indirect) bestuurders kennelijk onbehoorlijk hebben gehandeld.

De rechtbank heeft bovendien geoordeeld dat de twee (indirect) bestuurders kennelijk onbehoorlijk hebben gehandeld door het ondertekenen van een addendum op de leningsovereenkomst met de Start Foundation, waardoor de failliete vennootschap een schuldenlast op zich nam. Het hof volgt dit oordeel echter niet. Het hof overweegt dat het niet onredelijk was dat de bestuurders dachten dat de failliete vennootschap al gebonden was aan

de lening, omdat de lening was aangewend door de B.V. i.o. Het hof oordeelt dat geen redelijk bestuurder onder de gegeven omstandigheden had kunnen verwachten dat hij door het niet ondertekenen van het addendum het faillissement had kunnen afwenden. Het hof wijst alle toegewezen vorderingen van de curator af.

D.M.M. Detisch, oktober 2024

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-06-2024

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2024:4117

Zaaknummer: 200.320.951

Rechters: M.S.A. van Dam, P.J. van der Korst en A. van Hees

Advocaten: E.E.V. Sweebe en S.R. Effting

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

De Virtualisten B.V. (in liquidatie)/Mercedes Benz Dealer Bedrijven B.V. Met wenk.

Een geturboliquideerde bv is in eerste aanleg failliet verklaard. Partijen hebben daarna een schikking getroffen. Ook over de betaling van de faillissementskosten zijn afspraken gemaakt. Het hof vernietigt het faillissement dat de rechtbank heeft uitgesproken, omdat niet is gebleken dat de vennootschap baten heeft. Met wenk.

De ontbonden rechtspersoon De Virtualisten B.V. (in liquidatie) ('de bv') is in eerste aanleg failliet verklaard. De bv komt in hoger beroep tegen de faillietverklaring en stelt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat zij nog baten heeft. Er heeft een zitting plaatsgevonden. Nadat partijen van het hof de gelegenheid hebben gekregen na de mondelinge behandeling in overleg te treden, heeft de curator het hof per e-mail laten weten dat partijen een schikking hebben getroffen onder de voorwaarde dat het faillissement wordt vernietigd. Er zijn ook afspraken gemaakt over betaling van het salaris van de curator.

Het hof vernietigt het faillissement. De curator heeft laten weten dat hij geen reden heeft om nader onderzoek te verrichten naar bestuurdersaansprakelijkheid. De enkele schending van de deponeringsplicht is, mede gelet op het feit dat de jaarrekening inmiddels wel is opgesteld, hiervoor onvoldoende. Omdat ook anderszins niet van een bate is gebleken, moet het faillissement worden vernietigd. De faillissementskosten worden ten laste van de bv gebracht.

Wenk

Kwesties als deze hebben iets paradoxaals. Als een geslaagde turboliquidatie is toegepast, bestaat een rechtspersoon niet meer. Heeft de geturboliquideerde rechtspersoon nog baten, dan is de turboliquidatie niet geslaagd en bestaat de rechtspersoon nog wel. De rechtspersoon kan dan onder meer failliet worden verklaard. In deze kwestie komt de vennootschap in hoger beroep tegen de faillietverklaring en stelt zij niet meer te bestaan. Logisch gedacht is dat een onmogelijkheid. Het wordt nog merkwaardiger: het hof geeft de vennootschap gelijk en

vernietigt het faillissement, maar de faillissementskosten worden wel ten laste gebracht van de vennootschap die niet meer bestaat. Nu zowel het bestaan als het niet-bestaan slechts een denkbare werkelijkheid is en partijen al hebben afgesproken hoe ze hiermee omgaan, was het hof toch in staat dit te oordelen.

H.J. de Kloe, september 2024

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-07-2024

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2024:1574

Zaaknummer: 200.337.716/01

Rechters: I. Brand, A.J.P. Schild en R.M. Hermans

Advocaten: H.F.C. Hoogendoorn en mr. W.T.N. Vlasveld

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW, 6 Fw en 8 Fw

RECHTSPRAAK

Fruytier Lawyers In Business B.V./MRF Investments B.V.

Verlof tot verkoop en overdracht van executoriaal beslagen aandelen wordt verzocht en toegewezen door de rechtbank. Tegen de aandelenverkoop zijn geen bezwaren geuit en de rechtbank is niet gebleken van zwaarwegende gronden die zich tegen een dergelijke verkoop verzetten. Op enkele punten wordt conform het verzoek afgeweken van de statutaire blokkeringsregeling (in casu een aanbiedingsregeling). De termijn voor verkoop en overdracht van de aandelen wordt op twaalf maanden gesteld, met een verlengingsmogelijkheid.

Feiten

MRF Investments B.V. ('MRF') – verweerder in deze procedure – is één van de aandeelhouders van Mosquitno B.V. ('de Vennootschap'). MRF is bij verstekvonnis veroordeeld om aan Fruytier Lawyers In Business B.V. ('Fruytier') – verzoekster in deze procedure – een bepaald bedrag te betalen. Dit bedrag is niet voldaan, als gevolg waarvan Fruytier executoriaal beslag heeft gelegd op de aandelen van MRF in de Vennootschap, die overigens eerder zijn verpand aan een derde.

Fruytier verzoekt de rechtbank onder meer – en kort gezegd – verlof te verlenen tot verkoop van de beslagen aandelen door middel van een openbare verkoop dan wel de aandelen via een onderhandse verkoop aan te bieden en te verkopen door de deurwaarder binnen een periode van twaalf maanden, waarbij de wettelijke en statutaire blokkeringsregeling (in casu een aanbiedingsregeling) zo veel als mogelijk wordt gevolgd, maar op enkele punten wel van de aanbiedingsregeling wordt afgeweken.

Verkoop toegestaan?

De rechtbank stelt vast dat het verzoek gedaan is binnen de in artikel 474g Rv gestelde termijn en het beslag volgens de wettelijke vereisten en formaliteiten is gelegd en betekend.

Verder overweegt de rechtbank dat Fruytier belang heeft bij de verkoop van de in beslag genomen aandelen, dat tegen de aandelenverkoop geen bezwaren zijn ingebracht en dat haar ook niet is gebleken van zwaarwegende gronden die zich tegen een verkoop verzetten, zodat tot (openbare of onderhandse) verkoop kan worden overgegaan.

Afwijkingen aanbiedingsregeling

In afwijking van de aanbiedingsregeling, zulks op verzoek van Fruytier, overweegt de rechtbank dat:

- de deurwaarder wordt aangewezen als met de executieverkoop belaste deurwaarder;
- de Vennootschap de kosten van de prijsvaststelling draagt en ook bij wijze van bevoorschotting zorgt voor financiering, bij gebreke waarvan de statutaire prijsvaststellingsregeling komt te vervallen en het aan de deurwaarder is overgelaten een bieding van een gegadigde te accepteren, dan wel te bepalen dat tot (openbare of onderhandse) executieverkoop wordt overgegaan, waarbij de statutaire blokkeringsregeling van de Vennootschap niet van toepassing is; en
- indien Fruytier en een gegadigde er niet in slagen overeenstemming te bereiken over de prijs, dat de meest gerede partij de voorzitter van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie zal verzoeken één – in plaats van drie – onafhankelijke deskundige te benoemen.

Termijn verkoop en overdracht (met verlengingsmogelijkheid)

Tot slot bepaalt de rechtbank dat de verkoop en overdracht van de aandelen dient plaats te vinden binnen twaalf maanden na de datum van de beschikking, welke termijn – onder een tijdsvoorwaarde – op verzoek kan worden verlengd.

M.J. van de Graaf, oktober 2024

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 26-04-2024

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2024:2975

Zaaknummer: C/03/326332 / HA RK 24-11

Rechters: R.J.M.G. Rulkens

Advocaten: L.J. Gravendeel, E.J.L. Mulderink en R.S. Sukul

Wetsartikelen: 474f Rv, 474g Rv en 2:195 BW

RECHTSPRAAK

Ben Design Worldwide B.V./Bestuurder

Een inkoopmaatschappij komt erachter dat een van haar bestuurders jarenlang heeft gefraudeerd doordat hij een bepaalde constructie had opgezet waarbij producten werden ingekocht via een vennootschap waarvan hij UBO was. Deze vennootschap ontving een buitensporige opslag voor haar diensten. Het beroep van de inkoopmaatschappij op bestuurdersaansprakelijkheid slaagt. De rechtbank oordeelt dat vaststaat dat de vennootschap (en dus ook de bestuurder) flinke winst maakte door deze omleiding, zonder dat hier gerechtvaardigde werkzaamheden tegenover stonden. Daarnaast staat vast dat de bestuurder hierdoor in strijd met het belang van de inkoopmaatschappij handelde en hierover niet transparant is geweest. De verweren, waaronder verjaring en klachtplicht, worden verworpen. De décharges bieden ook geen bescherming, nu de inkoopmaatschappij niet op de hoogte was (of kon zijn) van de fraude. De overige grondslagen hoeven niet besproken te worden, omdat de vordering op bestuurdersaansprakelijkheid toewijsbaar is.

Feiten

DMG Holding B.V. ('DMG') staat aan het hoofd van de Mandemakers Groep. De groep is actief in de meubel- en badkamersector. Ben Design Worldwide B.V. ('BDW') is een inkoopmaatschappij en maakt deel uit van de Mandemakers Groep. DMG is aandeelhouder van BDW. Undique B.V. ('Undique') houdt de rest van de aandelen in BDW en is tevens enig bestuurder van BDW. Undique heeft een bestuurder en aandeelhouder (de 'Bestuurder'). BDW is verantwoordelijk voor de inkoop van voornamelijk kranen en douchewanden.

Deze producten worden ingekocht via enkele Chinese en Hongkongse vennootschappen (de 'Vennootschappen'). Uiteindelijk werd jarenlang via een van deze Vennootschappen, Larkin

Worldwide Materials Co. Limited ('Larkin'), een bepaalde commissie in rekening gebracht aan BDW voor haar diensten. In 2020 treedt de Bestuurder af. Vervolgens leiden enkele verklaringen over de samenwerking met de Vennootschappen tot een onderzoek naar de prijzen die door Larkin bij BDW in rekening werden gebracht. Dit onderzoek leidt tot de conclusie dat de Bestuurder *ultimate beneficial owner* ('UBO') was van de Vennootschappen inclusief Larkin. Hij blijkt jarenlang een opslag te hebben berekend voor de werkzaamheden die Larkin verrichtte voor BDW. Deze opslag werd aan hemzelf en zijn familieleden overgemaakt. BDW was niet op de hoogte van het feit dat de Bestuurder UBO was van Larkin.

Vorderingen

BDW heeft daarom een schadevergoedingsvordering ingesteld. Ten aanzien van Undique en de Bestuurder heeft zij deze vordering gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9 BW), dan wel wanprestatie op grond van de tussen BDW en de Bestuurder gesloten arbeidsovereenkomst, dan wel onrechtmatig handelen, dan wel ongerechtvaardigde verrijking.

Ten aanzien van de Vennootschappen legt BDW aan haar vordering ten grondslag dat sprake is van onrechtmatig handelen, dan wel onrechtmatige verrijking. Tot slot spreekt BDW ook enkele bestuurders van de Vennootschappen aan op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.

BDW stelt dat onder leiding en verantwoordelijkheid van de Bestuurder, via Undique, grootschalige en structurele fraude is gepleegd. De Bestuurder zou hierbij hebben samengewerkt met de Vennootschappen en enkele natuurlijke personen. Volgens BDW komt de fraude erop neer dat de Bestuurder een groot deel van de inkoopstroom van BDW administratief omleidde via Larkin, waarvan hij zelf de indirect economisch rechthebbende was. Op elke bestelling werd een opslag van ongeveer 28% berekend, terwijl deze omleiding geen reële functie had en vrijwel geen werkzaamheden omvatte, aldus BDW. Tot slot stelt BDW ten aanzien van een van de Vennootschappen dat zij heeft geprofiteerd van het onrechtmatig handelen van de Bestuurder.

Betwisting

De Bestuurder betwist dat hem bestuurdersaansprakelijkheid, wanprestatie, onrechtmatig handelen of ongerechtvaardigde verrijking kan worden verweten. Hij stelt juist dat DMG als grootaandeelhouder BDW heeft benadeeld, omdat BDW op basis van een Citrap-regeling een bedrag van € 38.682.045,42 aan DMG moest afdragen zonder tegenprestatie. Daarnaast voert de Bestuurder aan dat DMG wist dat binnen BDW gebruik werd gemaakt van Larkin en daartegen nooit bezwaar heeft gemaakt. DMG heeft altijd de boekhouding van BDW gedaan en was tevreden over de vaste inkooprijzen, de leveringszekerheid en de prijs-kwaliteitverhouding. De Bestuurder betwist verder dat de door BDW geschetste omleiding

slechts een ‘papieren omleiding’ was. Verder beroept hij zich op verjaring, de klachtplicht volgens artikel 6:89 BW, de aan Undique verleende décharge, de finale kwijting bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst, eigen schuld van BDW en matiging volgens artikel 6:109 BW. Tot slot betwist Bestuurder dat BDW schade heeft geleden dan wel de hoogte van de gestelde schade. Ten aanzien van de schadevordering ingesteld tegen een van de Vennootschappen wordt verweer gevoerd en gesteld dat zij geen kennis had van de door BDW gestelde fraude.

Rechtbank

De rechtbank gaat eerst in op de vorderingen tegen de Bestuurder op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank stelt vast dat de Bestuurder UBO is van Larkin, de vennootschap die betrokken was bij de inkoop van de producten door BDW. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de Bestuurder onvoldoende heeft onderbouwd dat rechtstreekse afname van de goederen door BDW onmogelijk was. Daarnaast staat vast dat de Vennootschap over elke bestelling een opslag heeft laten berekenen die bij BDW in rekening is gebracht. De omvang van die opslag is niet gelijk duidelijk. Wel oordeelt de rechtbank dat sprake was van een flinke marge en dat door de Vennootschap is verdiend aan deze omleiding. Daarnaast oordeelt de rechtbank dat niet is gebleken dat Larkin dusdanige werkzaamheden heeft verricht dat deze het in rekening brengen van dergelijke opslagen rechtvaardigden. Verder stelt de rechtbank vast dat de Bestuurder bij deze constructie gebaat was. Zijn persoonlijk belang was echter tegenstrijdig aan het belang van BDW. Het staat daarnaast vast dat de Bestuurder niet transparant is geweest bij het opzetten van deze constructie; dit had gezien zijn rol bij BDW wel van hem mogen worden verwacht. Tot slot komt de rechtbank tot het oordeel dat van een rechtvaardiging voor het handelen van de Bestuurder geen sprake is. De rechtbank concludeert dan ook dat de Bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat hem hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De verweren van de Bestuurder slagen niet. Ten eerste is er geen sprake van verjaring nu tijdig is gestuit. Ook het betoog dat BDW te laat heeft geklaagd over haar functioneren en dat dit te late klagen in de weg staat aan het aannemen van aansprakelijkheid kan niet slagen. Ter afwering van zijn aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW jegens de rechtspersoon, komt een bestuurder namelijk geen beroep toe op de klachtplicht zoals neergelegd in artikel 6:89 BW (HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681). Daarnaast levert het enkele stilzitten van BDW na haar brief tot het moment van dagvaarden geen rechtsverwerking op. Dit is alleen anders als er bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken. Van dergelijke omstandigheden is niet gebleken. Ook kan het beroep op de décharges niet slagen. De rechtbank stelt voorop dat een décharge geen afstand van

recht inhoudt maar slechts strekt ter goedkeuring van het gevoerde beleid voor zover dat bekend is of bekend had kunnen zijn. Van de gepleegde fraude was BDW echter niet op de hoogte en dat kon zij ook niet zijn.

Nu de vorderingen toewijsbaar zijn op grond van bestuurdersaansprakelijkheid behoeven de overige aangevoerde grondslagen geen nadere bespreking.

Inzake de vordering tegen een van de Vennootschappen stelt de rechtbank vast dat niet blijkt dat zij kennis had van het handelen van de Bestuurder. Deze vordering wordt daarom afgewezen.

Het verzoek om het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, nu dit het persoonlijk faillissement van de Bestuurder tot gevolg zou hebben, wijst de rechtbank af. Zij oordeelt dat nu BDW in deze procedure de betaling van een geldsom vordert, als uitgangspunt geldt dat zij vermoed wordt een belang te hebben bij een uitvoerbaar bij voorraadverklaring (vgl. Rb. Amsterdam, 6 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1770). De Bestuurder heeft onvoldoende toegelicht waarom dit belang van BDW in de gegeven omstandigheden lichter dient te wegen dan het belang van hem bij de afwijzing van de gevorderde uitvoerbaarverklaring bij voorraad.

Y. Boekhout, september 2024

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 31-05-2024

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2024:3304

Zaaknummer: C/05/415010 / HA ZA 23-58

Rechters: M.S.T. Belt, E. Schippers en N.A. van Loon

Advocaten: G.C. Berkhout, J.G.C. Scheurink, P.C. van As, L.E. Samuels en D.V. Meijers-Ploegmakers

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:11 Bw, 6:89 BW, 6:109 BW, 3:320 BW, 3:321 BW, 6:101 BW, 6:96 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator Roebia Zorg Almere B.V./Bestuurders

De curator stelt de bestuurders van een gefailleerde bv die thuiszorg en wijkverpleegkundige zorg verleende aansprakelijk voor het boedeltekort. De gefailleerde bv heeft haar activiteiten op 1 januari 2014 overgenomen van een stichting. De bv gaat een paar jaar later failliet en er blijven grote schulden achter. De rechtbank wijst de vorderingen van de curator toe. Het hof komt tot het oordeel dat de bestuurders alleen al vanwege een verhoging achteraf van de koopprijs van de stichting en het geven van een blanco cheque tot opvulling van het begrotingstekort van de stichting, hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. De overige verwijten van de curator hoeven daarom niet door het hof te worden beoordeeld. De bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort. Het voorschot van de curator wordt afgewezen en de zaak wordt verwezen naar de schadestaatprocedure om het boedeltekort te bepalen. In vrijwaring stellen de bestuurders dat het zorgkantoor onrechtmatig beslag heeft gelegd en dat dit beslag de oorzaak van het faillissement is. Het hof oordeelt, evenals eerder de rechtbank, dat de beslaglegging niet onrechtmatig is en wijst de vorderingen af.

Partijen

In de hoofdzaak: Roebia Zorg Dienst Verlening B.V. ('Roebia'), Mina Holding B.V. ('Mina Holding'), Pregaja Holding B.V. ('Pregaja Holding'), appellante 3 ('Bestuurder Mina Holding'), appellante 5 ('Bestuurder Pregaja Holding') tegen de curator in het faillissement van Roebia Zorg Almere B.V. ('de Curator').

In de vrijwaring: Roebia, Mina Holding, Bestuurder Mina Holding, Bestuurder Pregaja Holding, tegen Zilveren Kruis Zorgkantoor N.V. ('het Zorgkantoor').

Feiten

Roebia voert thuiszorg en wijkverpleegkundige zorg uit. Deze zorg werd aanvankelijk uitgevoerd door de Stichting Roebia Zorg ('de Stichting'). Het Zorgkantoor vergoedde zorg die door de Stichting werd uitgevoerd.

In 2014 sluiten Roebia en de Stichting een overeenkomst. Op grond van deze overeenkomst draagt de Stichting de inventaris, de werknemers en de zorgactiviteiten over aan Roebia. In mei 2015 zijn de afspraken in een allonge aangepast en aangevuld. In deze allonge is de koopprijs verhoogd.

De zorgovereenkomsten die de Stichting met het Zorgkantoor heeft gesloten, kunnen niet aan Roebia worden overgedragen. Dit betekent dat deze zorgovereenkomsten ook na de overname op naam van de Stichting blijven staan. De Stichting had in 2013 ruime overproductie aan zorg, wat niet hoeft te worden uitbetaald door het Zorgkantoor.

Het Zorgkantoor en de zorgverlener maken namelijk aan het begin van het jaar productieafspraken. Het Zorgkantoor betaalt op basis van deze afspraken maandelijkse voorschotten. Als na afloop van het kalenderjaar komt vast te staan dat meer voorschot is verstrekt dan dat daadwerkelijk aan zorg is geleverd, wordt dit overschot verrekend met het voorschot voor het opvolgende jaar. Als meer zorg wordt geleverd dan waarvoor wordt betaald door het zorgkantoor, hoeft het zorgkantoor deze zorg niet te vergoeden.

Vanaf 2013 is tussen de Stichting en Roebia enerzijds en het Zorgkantoor anderzijds een discussie ontstaan over de omvang van de zorgproductie van Roebia. Roebia stelde nog recht te hebben uit de overproductie uit 2013. Het Zorgkantoor heeft meerdere malen duidelijk gemaakt dat deze overproductie niet wordt uitbetaald. Het Zorgkantoor heeft tevens een vordering op Roebia wegens onderproductie in 2014.

Er is door het Zorgkantoor in 2016 conservatoir beslag gelegd onder debiteuren van de Stichting. Het beslag ziet op de begrote vordering uit onderproductie in 2014.

De beslaglegging onder de Stichting is voor Roebia aanleiding geweest om haar eigen faillissement aan te vragen. Het faillissement is in maart 2016 uitgesproken. De curator stelt dat er een boedeltekort is van ruim een miljoen.

Verwijten curator

De Curator heeft de direct en indirect bestuurders van Roebia aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort wegens onbehoorlijk bestuur. De Curator stelt dat de direct en indirect bestuurders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat dit een belangrijke

oorzaak van het faillissement is.

De Curator verwijt de bestuurders dat zij Roebia willens en wetens een niet-winstgevende onderneming hebben laten kopen en hiervoor een koopprijs hebben betaald die ertoe strekte het negatieve eigen vermogen van de Stichting op te vullen.

In de allonge daterend van mei 2015 is de koopprijs achteraf verhoogd, zonder dat daar een tegenprestatie tegenover stond. Bovendien heeft Roebia de verplichting op zich genomen dat Roebia een tekort in het eigen vermogen van de Stichting per einde 2013 zou aanvullen, terwijl het de bestuurders al duidelijk was dat door het niet vergoed krijgen van de overproductie van 2013 het negatieve vermogen van de Stichting nog groter was dan uit de jaarrekening van 2013 bleek.

Door het ontbreken van een bovengrens van het tekort dat Roebia zou aanvullen, hebben de bestuurders Roebia aan een onnodig groot risico blootgesteld en als het ware een blanco cheque uitgegeven.

Het hof komt net als de rechtbank tot het oordeel dat de bestuurders alleen al vanwege de verhoging achteraf van de koopprijs en de blanco cheque hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. De overige verwijten van de curator zien op het onnodig starten van een procedure tegen het Zorgkantoor, het kopen van een verlieslatende onderneming, het niet betalen van belastingschulden en onjuistheden in de jaarrekening.

De procedure wordt verder verwezen naar een schadestaatprocedure, om de omvang van de vordering van de curator te begrenzen. Het gevorderde voorschot wordt afgewezen, omdat de curator onvoldoende een afzonderlijk belang bij de toewijzing van het voorschot heeft aangetoond.

In vrijwaring

Ook in de vrijwaring volgt het hof het oordeel van de rechtbank en verwerpt het verweer van Roebia dat het faillissement een andere oorzaak had, waarvoor het Zorgkantoor verantwoordelijk zou zijn. Het leggen van conservatoir beslag door het Zorgkantoor kan namelijk wel de concrete aanleiding zijn geweest van het faillissement, maar dat neemt niet weg dat het door toedoen van de bestuurders was dat Roebia er financieel erg ongezond aan toe was. De rechtbank had hierbij toepassing gegeven aan artikel 6:101 BW: als al van een vergoedingsplicht van het Zorgkantoor zou worden uitgegaan, dan vervalt deze, omdat in dit geval de billijkheid dat eist wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten aan de kant van Roebia. Tegen dit oordeel van de rechtbank is niet kenbaar gegriefd.

H. Boven, oktober 2024

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-07-2024

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2024:4945

Zaaknummer: 200.329.718/0

Rechters: M.W. Zandbergen, W.F. Boele en W.D. de Boer

Advocaten: I.M. Harmsen, L.E. van Leeuwen en A.C. van der Salm

Wetsartikelen: 2:248 BW en 6:101 BW

RECHTSPRAAK

Uitkoopprocedure minderheidsaandeelhouders DSM

Onderhavige uitspraak betreft een geschil over de uitkoop van minderheidsaandeelhouders van DSM. De uitkoopprocedure (na een geslaagd openbaar bod, art. 2:359c BW) vindt plaats in het kader van de fusie tussen DSM en Firmenich, die heeft geresulteerd in de nieuwe vennootschap DSFIR. Kern van deze uitspraak betreft de vraag welke peildatum de OK moet hanteren voor de vaststelling van de billijke prijs voor de over te dragen aandelen. De OK kiest conform het uitgangspunt van het Unit4-arrest voor de datum van betaalbaarstelling.

Feiten

Ten behoeve van de fusie tussen DSM B.V. (voorheen DSM N.V.) ('DSM') en Firmenich International SA ('Firmenich') heeft DSM-Firmenich AG ('DSFIR') een openbaar ruilbod (art. 5:74 Wft) uitgebracht op alle geplaatste gewone aandelen in het kapitaal van DSM. Op het moment dat DSFIR haar ruilbod uitbrengt, zijn de aandelen van DSM beursgenoteerd. De biedprijs betreft een 1:1-ruilverhouding voor nieuw uit te geven gewone aandelen in DSFIR, waarbij Firmenich eigen aandelen inbrengt in DSFIR in ruil voor 34,5% van alle DSFIR-aandelen en € 3,5 miljard in contanten.

Na gestanddoening van het ruilbod volgt van 18 april 2023 tot en met 28 april 2023 een na-aanmeldingstermijn. Aan het einde van de na-aanmeldingstermijn is in totaal circa 96,15% van het geplaatste kapitaal van DSM aangemeld. De slotkoers op 28 april 2023 van het aandeel DSFIR is € 118,76.

De aangemelde aandelen gedurende de na-aanmeldingstermijn worden op 3 mei 2023 geleverd in ruil voor de betaalbaarstelling en levering van een gelijk aantal DSFIR aandelen. De slotkoers op 3 mei 2023 van het aandeel DSFIR is € 116.

Uitkoopprocedure

Drie maanden later entameert DSFIR op grond van artikel 2:359c BW een uitkoopprocedure tegen de minderheidsaandeelhouders van DSM. DSFIR vordert dat de minderheidsaandeelhouders de door hen gehouden aandelen in DSM overdragen. Daarbij moet de prijs van de over te dragen aandelen primair worden vastgesteld per 3 mei 2023 op € 116 per aandeel en subsidiair per 28 april 2023 op €118,76. Enkele minderheidsaandeelhouders ('Syquant c.s.') voeren verweer. Zij concluderen dat de prijs van de over te dragen aandelen moet worden vastgesteld op primair € 118,76 per aandeel en subsidiair € 116 per aandeel.

Alvorens de OK toekomt aan de beoordeling van de vraag voor welke prijs de aandelen moeten worden overgedragen, toetst zij eerst de cumulatieve criteria voor de toepassing van het uitkooprecht (art. 2:359c leden 1 en 2 BW). Op basis van deze criteria, onder andere de omvang van het kapitaalbelang en het aantal stemrechten, stelt de OK vast dat de vordering van DSFIR in beginsel kan worden toegewezen en de minderheidsaandeelhouders worden uitgekocht.

Billijke prijs en peildatum

Vervolgens komt de OK toe aan het twistpunt tussen partijen: tegen welke prijs moeten de minderheidsaandeelhouders hun aandelen in DSM overdragen aan DSFIR? Op grond van artikel 2:359c lid 6 BW stelt de OK zelfstandig een billijke prijs vast op een door de OK te bepalen peildatum. Hieruit springen twee elementen naar voren: (i) de billijke prijs en (ii) de te bepalen peildatum.

Billijke prijs

Artikel 2:359c lid 6 BW bevat een vermoeden ten aanzien van de billijkheid van de prijs in gevallen waarin sprake is van een openbaar bod als onderhavig:

'Wanneer een openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft is uitgebracht, wordt de waarde van de bij het bod geboden tegenprestatie, mits ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had, geacht een billijke prijs te zijn.'

Onder verwijzing naar de uitgangspunten zoals geformuleerd in ECLI:NL:GHAMS:2017:1203 (*Royal Reesink*), oordeelt de OK dat genoegzaam is gebleken dat DSFIR ten minste 90% van de aandelen heeft verworven. Hierdoor wordt de biedprijs van het bod (1:1-aandeelruil) geacht billijk te zijn.

Peildatum

Kern van het geschil spitst zich toe op de vraag welke peildatum de OK hanteert ten aanzien van de billijke prijs voor de over te dragen aandelen. DSFIR betoogt enerzijds dat moet worden uitgegaan van de datum van betaalbaarstelling op 3 mei 2023 (€ 116). Anderzijds stellen Syquant c.s. zich op het standpunt dat de OK de billijke prijs moet vaststellen op de datum waarop de na-aanmeldingstermijn eindigde: 28 april 2023 (€ 118,76).

Ten eerste verwijst de OK naar ECLI:NL:HR:2023:1824 (*NIBC*), waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat het de OK vrij staat om *in redelijkheid* de peildatum te bepalen. Vervolgens wordt het *Unit4*-arrest (ECLI:NL:GHAMS:2015:2775 (*Unit4*)) aangehaald. Uit dit arrest blijkt dat in gevallen zoals onderhavig, de OK voor het bepalen van de peildatum aansluiting zoekt bij het bod. Hierbij heeft het uitgangspunt te gelden dat de peildatum gelijk is aan de datum van de betaalbaarstelling, '*mits de bieder dan ten minste 95% van het geplaatste kapitaal en de stemrechten van de doelvennootschap houdt*'.

Syquant c.s. zijn echter van mening dat er reden is om af te wijken van voornoemd uitgangspunt. Volgens Syquant c.s. noopt de ratio van het prijsvermoeden van artikel 2:359c lid 6 BW namelijk tot aanknoping bij de datum waarop de na-aanmeldingstermijn eindigde. Het billijke prijsvermoeden is immers ontleend aan de gedachte dat het bod volgens de markt een adequate weerspiegeling is van de waarde van de aandelen, indien dat bod op grote schaal (>90%) wordt aanvaard. Nu aanvaarding door de aandeelhouders van DSM uiterlijk op de laatste dag van de na-aanmeldingstermijn heeft plaatsgevonden, geeft de prijs van die datum een adequate weerspiegeling van de waarde van de aandelen, aldus Syquant c.s.

Oordeel OK

Hoewel het de OK is toegestaan om af te wijken van het *Unit4*-uitgangspunt, gaat deze vlieger voor Syquant c.s. in casu niet op. Volgens de OK hebben de aandeelhouders van DSM namelijk het bod aanvaard op basis van de inschatting van de waarde van de aandelen op het moment van betaalbaarstelling. Bovendien is het prijsvermoeden gebaseerd op de mate waarin het bod door de aandeelhouders is aanvaard. Met dit in het achterhoofd, zou het niet rijmen als het prijsvermoeden zou afwijken van de prijs die deze groep aandeelhouders ontvangt.

R.G.J. van den Nieuwenhuijsen, september 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-05-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:1401

Zaaknummer: 200.330.945/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, F. Marring, J.M. de Jongh en M.N. Hoogendoorn

Advocaten: S.C.M. van Thiel, C.L. Kruse, R.G.J. de Haan, D.H. Tilanus en L.M. Leek

Wetsartikelen: 2:359c BW en 5:74 Wft

RECHTSPRAAK

Besluiten tot forse verhoging van de bestuurdersbeloning niet onaanvaardbaar. Met wenk

Een minderheidsaandeelhouder verzet zich tegen de besluiten genomen met steun van de beide andere aandeelhouders van de vennootschap waarbij de bezoldiging van een van hen, de aandeelhouder die tevens bestuurder is, wordt verhoogd. De rechtbank oordeelt dat de besluiten tot verhoging correct zijn genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Aan de agendering kleeft geen gebrek. Bovendien is, aldus de rechtbank, de verhoging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar nu de werkzaamheden van de besturende aandeelhouder zijn verdubbeld, de bezoldiging marktconform is en de financiële positie van de vennootschap ruimte bood voor de verhoging. Met wenk.

Feiten

Eiseres houdt 45% van de aandelen in gedaagde ('de Vennootschap'), waarin twee medeaandeelhouders 45% en 10% van de aandelen houden. Eiseres en de andere 45%-aandeelhouder ('de Bestuurder') waren tevens bestuurder. Eiseres en de Bestuurder richtten zich ieder op het management van een van de dochtervennootschappen van de vennootschap. Nadat de winstprognose van de door Eiseres geëxploiteerde dochtervennootschap meerdere jaren achtereen naar beneden is bijgesteld, is Eiseres bij aandeelhoudersbesluit ontslagen als bestuurder van de Vennootschap en heeft zij haar managementtaken bij de dochtervennootschap neergelegd. De Bestuurder heeft vervolgens deze taken overgenomen. Eiseres en de Bestuurder ontvingen tot dan toe ieder een beloning van € 10.000 per maand.

Wegens de uitbreiding van de taken hebben de Bestuurder (in haar hoedanigheid van aandeelhouder) en de 10%-aandeelhouder op een buitengewone algemene vergadering ('BAVA') van de Vennootschap besloten de bezoldiging van de Bestuurder te verhogen. Aanvankelijk steeg de beloning naar € 15.000 per maand (besluit 1 en 2) en dit is daarna

verder verhoogd tot € 25.000 per maand (besluit 3 en 4). Eiseres stelt dat de tot de verhoging strekkende besluiten niet rechtsgeldig tot stand zijn gekomen, dan wel in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.

Oordeel

Hoewel Eiseres stelt dat de besluiten tot verhoging niet genomen zouden zijn, stelt de rechtbank vast dat Eiseres bij de mondelinge behandeling heeft verklaard dat er tijdens de BAVA wel degelijk is gesproken en gestemd over de verhoging van de bezoldiging. Dat er in de notulen een vertekend of gejuridiseerd beeld is weergegeven van wat werkelijk is besproken, doet daar niet aan af. Ook indien de notulen formeler zouden zijn verwoord dan hetgeen daadwerkelijk is besproken, was het op de vergadering duidelijk waarop het onderwerp betrekking had en waarover gestemd en besloten werd. Dat Eiseres het niet eens was met de uitkomst doet daar niet aan af.

Eiseres stelt voorts dat in strijd met artikel 2:224 lid 1 BW geen concreet voorgenomen aandeelhoudersbesluit tot verhoging zou zijn geagendeerd, hetgeen volgens Eiseres leidt tot nietigheid van het besluit op grond van artikel 2:14 BW. De rechtbank oordeelt echter dat de besluiten correct zijn geagendeerd. De rechtbank oordeelt dat de oproeping voor een aandeelhoudersvergadering de te behandelen onderwerpen dient te vermelden en dat de ratio daarvan is 'dat de vergadergerechtigden tijdig kennis kunnen nemen van de onderwerpen die ter vergadering zullen worden behandeld. De omschrijving van de onderwerpen moet zodanig zijn dat vergadergerechtigden, mede in het licht van alle omstandigheden van het geval, kunnen beoordelen of hun belangen door het onderwerp worden geraakt. Het is niet noodzakelijk dat voorgenomen besluiten worden geagendeerd'. Bovendien wordt het onderwerp 'Verhoging managementvergoeding' genoemd in de oproeping, waarmee deze volgens de rechtbank voldoet aan de eisen van artikel 2:224 lid 1 BW.

De eerste twee verhogingsbesluiten zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid evenmin onaanvaardbaar (de rechtbank verwijst hierbij naar artikel 2:8 lid 2 BW). Hoewel de verhoging van 50% volgens Eiseres volstrekt onredelijk en onnodig is nu de Bestuurder reeds fulltime werkte en haar werktijd niet verdubbelde, was volgens de rechtbank wel sprake van een verdubbeling van de verantwoordelijkheden, nu zij voor beide operationele dochterondernemingen van de Vennootschap verantwoordelijk werd. Aldus de rechtbank rechtvaardigt dit de verhoging van de bezoldiging. Het door de Vennootschap ingebrachte deskundigenrapport bevestigt bovendien de marktconformiteit op basis van een functiewaarderingsonderzoek.

De rechtbank stelt voorts vast dat het derde verhogingsbesluit niet nietig is, nu dit, ongeacht of

het voldoende duidelijk geagendeerd was, 'bekrachtigd' is door het vierde besluit tijdens de opvolgende BAVA. Bij de beoordeling of dit besluit op grond van artikel 2:15 lid 1 onder b BW vernietigbaar is, is een terughoudende toetsing op zijn plaats. Het gaat er immers om of het besluit ten opzichte van Eiseres als minderheidsaandeelhouder onaanvaardbaar was. Eiseres heeft echter niet aangetoond dat de verhoging niet marktconform was, noch dat de financiële positie van de Vennootschap op het moment van het besluit duidelijk geen ruimte bood voor de verhoging.

De rechtbank wijst de vorderingen tot nietigverklaring dan wel vernietiging van de besluiten af.

T.M. Goudzwaard, september 2024

Wenk

K.H. Boonzaaijer

Bij deze uitspraak zijn diverse kanttekeningen te plaatsen.

Eiseres vordert een verklaring voor recht dat de besluiten 1 tot en met 3 nietig zijn vanwege incorrecte agendering. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat een gebrek in de agendering een niet-fundamenteel totstandkomingsgebrek betreft dat leidt tot vernietigbaarheid ex artikel 2:15 lid 1 sub a BW en niet tot nietigheid ex artikel 2:14 BW.

De incorrecte agendering van besluit 3 doet volgens de Vennootschap en de rechtbank niet meer ter zake omdat dit besluit is 'bekrachtigd' door middel van besluit 4. Bekrachtiging ex artikel 2:14 lid 2 BW is hier echter niet mogelijk. Niet alleen is een gebrek in de agendering geen reden voor nietigheid (zie hiervoor), bovendien betreft het hierbij niet 'een door de wet of de statuten voorgeschreven voorafgaande handeling van of mededeling aan een ander dan het orgaan dat het besluit heeft genomen' en is besluit 4 genomen door dezelfde algemene vergadering als besluit 3 en is aldus geen sprake van bekrachtiging 'door die ander' (zie de tekst van artikel 2:14 lid 2 BW). Vermoedelijk is hier sprake geweest van bevestiging in de zin van artikel 2:15 lid 6 BW: als aan de totstandkoming van een besluit gebreken kleven, kan dat besluit worden bevestigd door een later besluit waaraan niet die gebreken kleven (zolang nog geen vordering tot vernietiging aanhangig is, wat ten tijde van besluit 4 nog niet het geval zal zijn geweest).

Het is overigens de vraag of Eiseres nog bevoegd was de vernietiging van de besluiten te vorderen gegeven de vervaltermijn van een jaar ex artikel 2:15 lid 5 BW. Vooral bij besluit 1 en 2 is dat onwaarschijnlijk. De rechtbank laat zich hierover niet uit. Nu de vorderingen zijn

afgewezen, is het voor de uitkomst echter niet relevant.

Eiseres vordert verder besluit 1 tot en met 3 'te vernietigen op grond van artikel 2:15 BW, omdat de besluiten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn' (r.o. 3.4). De rechtbank voegt hieraan toe '(artikel 2:8 lid 2 BW)' (r.o. 4.5). Artikel 2:8 lid 2 BW betreft echter de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid: een tussen partijen geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (het eventuele besluit zelf blijft onaangetaast). De vordering van Eiseres behelst daarentegen de vernietiging van een besluit wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 8 worden geëist (artikel 2:15 lid 1 sub b BW). De maatstaf is daarbij niet dat het besluit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar dat bij het nemen van het besluit zorgvuldigheid moet zijn betracht met betrekking tot de belangen van alle aandeelhouders, in het licht van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer in aanmerking mag worden genomen dat sprake is van minderheidsaandeelhouders en meerderheidsaandeelhouders (zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (*VEB/KLM*); vgl. HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857, NJ 2002/296 (*Zwagerman*)). De rechter past bij de beoordeling daarvan terughoudendheid, zo volgt eveneens uit het *VEB/KLM*-arrest, iets wat de rechtbank in casu ook terecht heeft onderkend. Zij heeft echter ten onrechte de hogere drempel van artikel 2:8 lid 2 BW gehanteerd en is niet ingegaan op de betrachte zorgvuldigheid en belangenafweging bij de totstandkoming van het besluit. De motivering van de uitspraak is daarmee voor verbetering vatbaar.

Het is tot slot opvallend dat de rechtbank besluit 1 en 2 (de verhoging van € 10.000 naar € 15.000 per maand) aan andere criteria toetst dan besluit 3 en 4 (de verhoging van € 15.000 naar € 25.000 per maand). De eerste verhoging is volgens de rechtbank niet onaanvaardbaar vanwege de verdubbeling van de verantwoordelijkheid van de Bestuurder en marktconformiteit, de tweede verhoging is niet onaanvaardbaar vanwege marktconformiteit en omdat de financiële positie van de Vennootschap ruimte bood. Als een verhoging tot € 25.000 aanvaardbaar is, dan geldt dat zeker voor een verhoging tot € 15.000. Ik vraag mij af waarom de rechtbank andere argumenten hanteert bij de beoordeling van besluit 1 en 2 en deze afzonderlijke beoordeling naast die van besluit 3 en 4 nodig heeft geacht.

Hoewel bij de vorderingen van Eiseres en de motivering door de rechtbank kanttekeningen zijn te plaatsen, is de uitkomst alleszins billijk. Financiële draagkracht van de Vennootschap en marktconformiteit van de bezoldiging zijn valide argumenten die de redelijkheid en billijkheid van de bestuurdersbezoldiging schragen. Temeer nu de Vennootschap voorafgaand aan het ontslag van Eiseres als bestuurder € 20.000 per maand aan bezoldiging uitkeerde en financieel slechter presteerde dan na haar ontslag.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 28-02-2024

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2024:4354

Zaaknummer: 539098

Rechters: N.A.J. Purcell

Advocaten: M.J. Elkhuisen en J.P. van Veenendaal

Wetsartikelen: 2:245 BW, 2:14 BW, 2:8 BW, 2:15 BW en 2:224 BW

RECHTSPRAAK

Aaron Investments B.V. c.s./Twenty Seven B.V. c.s.

Een vennootschap die een luxe hotel exploiteert, lijdt in de opstartfase verliezen en heeft een aanzienlijk grotere financieringsbehoefte dan begroot. De aandeelhouders hebben een aandeelhoudersovereenkomst gesloten waarin onder meer is afgesproken dat de vennootschap in beginsel extern wordt gefinancierd en dat een aandelenuitgifte pas wordt overwogen als dat vanwege de liquiditeit en solvabiliteit in redelijkheid noodzakelijk is en alternatieve financiering om commerciële redenen niet mogelijk of wenselijk is. Tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders wordt besloten tot uitgifte van nieuwe aandelen. Twee aandeelhouders die samen 25% van de aandelen hebben, stemmen tegen en zien af van hun voorkeursrecht. Na de aandelenuitgifte houden zij samen, als gevolg van verwatering, nog maar 2,46% van de aandelen en houden de overige drie aandeelhouders elk ongeveer een derde van de aandelen. De twee verwaterde aandeelhouders stellen dat het besluit op de voet van artikel 2:15 BW moet worden vernietigd wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW worden vereist. Evenals eerder de rechtbank wijst het hof hun vorderingen af.

Feiten

Appellanten zijn Aaron Investments B.V. ('Aaron') en [appellant] ('Appellant'). Aaron is een vennootschap waarvan de aandelen indirect worden gehouden door 'Persoon 1' via Group Aaron B.V. Persoon 1 is een belegger in vastgoed en actief in vastgoedontwikkeling via zijn concern, Ivy Group. Hij was ook aandeelhouder van Veritas Industria B.V. ('Veritas'), dat eigenaar is van het pand. Veritas wordt bestuurd door verschillende vennootschappen binnen 'Ivy Group. Appellant is een bevriende zakenrelatie van Persoon 1. Op een gegeven moment

benadert Persoon 1 'Persoon 2', een ervaren hotelier en bestuurder van Torn B.V. ('Torn'), met het voorstel een hotel te vestigen in het pand van Veritas. Torn richt ook Twenty Seven B.V. ('Twenty Seven') op met als doel het ontwikkelen en exploiteren van een boutiquehotel in het luxe segment, inclusief een hoogwaardig restaurant.

Torn is bestuurder van Twenty Seven en de aandelen worden verdeeld. Torn, BCDH Beheer B.V. ('BCDH') en Van Strien Beheer B.V. ('Van Strien') krijgen elk 25%, Aaron 20,05%, en Appellant 4,95%. De aandeelhouders sluiten ook een aandeelhoudersovereenkomst, waarin staat dat verdere financiering, indien mogelijk, wordt verkregen door externe leningen en dat aandeelhouders niet verplicht zijn extra kapitaal te storten. Tegelijk sluiten Twenty Seven en Veritas een huurovereenkomst voor het pand.

ABN AMRO verstrekt een lening aan Twenty Seven. Torn, BCDH, Van Strien en Aaron stellen zich hoofdelijk borg. Persoon 2 meldt aan de aandeelhouders dat Twenty Seven acute liquiditeitsproblemen heeft en vraagt om extra kapitaal naar rato van hun belang. BCDH stemt hiermee in, maar Aaron en Appellant niet, wat leidt tot spanningen. BCDH dringt aan op een besluit om faillissement te voorkomen.

Een maand later vindt een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders ('BAVA') plaats. Tijdens de BAVA is het besluit tot emissie van nieuwe aandelen om de financieringsproblemen op te lossen genomen ('Besluit'). Aaron en Appellant zijn afwezig tijdens de BAVA, maar Aaron heeft bezwaren geuit tegen de emissie en is tijdens de BAVA vertegenwoordigd door haar advocaat. De andere aandeelhouders stemmen in met de emissie. Hierdoor daalt het aandelenbelang van Aaron tot 1,97% en dat van Appellant tot 0,49%, terwijl de andere aandeelhouders hun belangen vergroten. Dit leidt tot juridische en financiële conflicten over de verdeling van de lasten en de waardevermindering van hun aandelen, gezien de noodzaak voor aanvullende financiering en de herstructurering van de aandelenverhoudingen binnen Twenty Seven.

Eerste aanleg

Aaron c.s. vorderen in eerste aanleg vernietiging van het Besluit. Ze eisen ongedaanmaking van de aandelenuitgifte, terugbetaling van eventuele dividenden, en dat aandeelhouders die op de aandelen hebben gestort hun inleg terug krijgen. Aaron c.s. stellen dat het Besluit in strijd is met redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) en bedoeld is om hun aandelenbelang te verwateren. Ze voeren aan dat geen behoorlijke poging is gedaan alternatieve financiering te verkrijgen en dat Twenty Seven's waardering te laag is vastgesteld. De rechtbank wijst deze vorderingen af.

Grieven

Aaron c.s. voeren zes grieven tegen het vonnis aan. Primair eisen ze het terugdraaien van de emissie, of als dat niet kan, een schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen of ongerechtvaardigde verrijking. Ze stellen met de eerste grief dat de rechtbank hen ten onrechte niet als minderheidsaandeelhouder beschermt. De tweede grief betwist de noodzaak van de aandelenuitgifte voor financiering, terwijl de derde grief stelt dat alternatieve financieringsopties onvoldoende zijn onderzocht. De vierde grief betwist de redelijkheid van de uitgifteprijs. In de vijfde grief klagen ze dat de andere aandeelhouders voordeel hebben van de verwatering. De zesde grief concludeert tot vernietiging van het vonnis en toewijzing van de vorderingen van Aaron c.s.

Toetsingsmaatstaf

Het hof beoordeelt de zaak op basis van artikel 2:8 BW. Vennootschappen en betrokkenen moeten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid met elkaar omgaan. Deze verplichting vereist zorgvuldigheid ten opzichte van alle aandeelhouders, met bijzondere aandacht voor minderheidsaandeelhouders. De rechter toetst echter terughoudend of de vennootschap alle belangen juist heeft afgewogen bij het nemen van het Besluit. Aaron c.s. stellen dat hun belangen als minderheidsaandeelhouder zijn geschonden door de verwatering. Het hof oordeelt dat de status van Aaron als minderheidsaandeelhouder niet doorslaggevend is; de focus ligt op het Besluit.

Volgens de aandeelhoudersovereenkomst moet externe financiering de voorkeur krijgen, en aandelenuitgifte is alleen gerechtvaardigd als dit strikt noodzakelijk is voor solvabiliteit en liquiditeit, en als andere financieringsopties niet beschikbaar of wenselijk zijn. Het hof concludeert dat, gezien alle omstandigheden, redelijk is gehandeld door te besluiten tot aandelenemissie. De belangen van Aaron c.s. zijn in deze overwegingen meegewogen. Er zijn geen andere financieringsmogelijkheden, waardoor de aandelenuitgifte noodzakelijk is, met een gerechtvaardigde uitgiftekoers.

Extra financiering redelijkerwijze noodzakelijk

Het hof verwerpt het betoog dat een verzonden e-mail onvoldoende is om een acute noodsituatie aan te nemen. De aandeelhoudersovereenkomst vereist geen noodsituatie voor emissies; commerciële redenen volstaan. Aaron c.s. betwisten niet de acute liquiditeitsproblemen van Twenty Seven, die al gemeld zijn, noch de oproepingsbrief. Het liquiditeitstekort is niet verrassend, gezien de aanhoudende verliezen waar Aaron c.s. zelf op wijzen. Daardoor is financiering noodzakelijk.

Geen reële financieringsalternatieven

Aaron c.s. betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat Aaron c.s. moeten bewijzen dat externe financiering mogelijk is. De rechtbank concludeerde dat Twenty Seven door eerdere verplichtingen geen nieuwe zekerheden kan bieden, wat externe financiers afschrikt. In hoger beroep tonen Aaron c.s. niet aan dat alternatieve financiering haalbaar is. Hun voorstel dat andere aandeelhouders extra leningen zouden verstrekken, beoordeelt het hof als onrealistisch, aangezien zij niet bereid zijn dit risico te nemen. Twenty Seven c.s. leveren voldoende bewijs dat alternatieve financiering niet mogelijk is.

Uitgifteprijs niet onredelijk

Het hof oordeelt dat de uitgifteprijs voor de aandelen van Twenty Seven niet onredelijk is. Aaron c.s. stellen dat de prijs te laag is en dat de emissie heeft geleid tot disproportionele verwatering van hun belang. Hun bezwaar is gebaseerd op een waarderingsrapport dat gebruikmaakt van een andere peildatum en waarderingsmaatstaf dan het oorspronkelijke rapport. Daarnaast komt de waardering van Aaron's eigen expert lager uit dan de oorspronkelijke berekening. Het hof concludeert dat de bezwaren onvoldoende onderbouwd zijn en verwerpt deze.

Disproportionele verwatering niet in strijd met artikel 2:8 BW

Het hof oordeelt dat de aanhoudende verliezen en dreigende discontinuïteit van Twenty Seven leiden tot een lage aandelenwaarde en hoge financieringsbehoefte. De uitgifte van nieuwe aandelen, met bijbehorende verwatering, is noodzakelijk en niet disproportioneel, omdat de uitgifteprijs redelijk is. De aandeelhouders, inclusief Aaron c.s., hebben het principe van 'pay or dilute' overeengekomen. Aaron c.s. hebben kunnen deelnemen aan de uitgifte, maar kozen ervoor dit niet te doen, waardoor de verwatering niet aan het besluit van de aandeelhouders te wijten is.

Beslissing

Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep.

G.M. Unval, september 2024

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-07-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:1899

Zaaknummer: 200.307.171/01

Rechters: J.M. van den Berg, Y. Steeg-Tijms en T.M. Snoep

Advocaten: Y.A. Wehrmeijer, L.H.J. Baijer en B.W. Brouwer

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:15 BW en

RECHTSPRAAK

Enquêteprocedure VMS Holding c.s.

De ernstig verstoorde verhoudingen binnen een scheepvaartconcern leiden uiteindelijk tot het ontslag van een van de bestuurders. Deze oud-bestuurder, die tevens (middellijk) aandeelhouder is, start een enquêteprocedure bij de OK. In haar verweerschrift stelt de verweerster dat de verzoeker niet-ontvankelijk is ten aanzien van een aantal vennootschappen binnen het concern, omdat de bezwarenbrief (zoals bedoeld in art. 2:349 lid 1 BW) van de verzoeker niet aan alle vennootschappen binnen het concern is gericht en overigens ook geen bezwaren tegen het beleid of gang van zaken van al deze vennootschappen bevat. De OK overweegt dat voor het aannemen van de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken, is vereist dat het concern en de in de onderhavige procedure betrokken (klein)dochtervennootschappen in een groep in de zin van artikel 2:24b BW met elkaar zijn verbonden. Het feit dat de bezwarenbrief niet expliciet aan de (klein)dochtervennootschappen is gericht en geen bezwaren bevat tegen elk van de (klein)dochtervennootschappen betekent naar het oordeel van de OK niet dat niet is voldaan aan de ontvankelijkheidseis van artikel 2:349 lid 1 BW, zodat de verzoekster ontvankelijk wordt verklaard in haar enquêteverzoek. De OK komt uiteindelijk tot het oordeel dat de feitenconstellatie ertoe leidt dat er ook inhoudelijk gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken binnen het concern. Bij de inhoudelijke beoordeling overweegt de OK dat het (mogelijk) bestaan van ook vermogensrechtelijke belangen van verzoeksters niet afdoet aan het feit dat de geformuleerde bezwaren enquêterechtelijk van aard zijn. Het betoog van verweersters dat er onvoldoende belang bestaat bij onderzoek omdat de verzoekster met haar verzoek slechts eigen

vermogensrechtelijke doeleinden zou nastreven, wordt niet gevolgd.

Achtergrond

Deze enquêteprocedure draait om de verslechterde verhoudingen binnen het concern van VMS Holding B.V. ('VMS Holding').

VMS Holding en de aan haar gelieerde vennootschappen zijn actief in de scheepvaartbranche en houden zich bezig met het bieden van managementdiensten voor scheepvaartondernemingen. De belangrijkste personen binnen het concern zijn 'A' en 'B' die gezamenlijk indirect 100% van de aandelen in VMS Holding en haar werkmaatschappijen houden (gezamenlijk: 'de VMS-groep'). In de algemene vergadering van VMS Holding vertegenwoordigt B met zijn echtgenote via PMV Investments B.V. ('PMV Investments') 50,5% van de stemmen en de persoonlijke holding van A ('A Holding') 49,5%. Tot enkele maanden voor het entameren van de enquêteprocedure was A via A Holding bestuurder van VMS Holding.

In de loop der tijd verslechteren de verhoudingen tussen A en B sterk. Verschillende intragroepsleningen en sommaties tot terugbetalingen van de leningen leiden tot een verdere verslechtering van de onderlinge verhoudingen. Dit culmineert in het ontslag van A als middellijk bestuurder van VMS Holding, hetgeen ertoe leidt dat een aantal werknemers binnen de VMS-groep ontslag neemt.

Verzoek aan OK

A Holding start een enquêteprocedure bij de OK met het verzoek tot het bevelen van een onderzoek naar de gang van zaken binnen de PMV-groep. Ter toelichting brengt A Holding de volgende punten naar voren:

- er is sprake van onttrekkingen uit de VMS-groep door aan B gelieerde vennootschappen, althans van ongesecureerde leningen aan vennootschappen van B;
- er wordt getracht het belangrijkste resterende actief (het scheepscasco De Atlantic) te verkopen of te ruilen met een ander scheepscasco dat minder waard is ('asset stripping');
- het plotselinge ontslag van A Holding heeft geleid tot discontinuïteit van de activiteiten van de VMS-groep en de VMS-vennootschappen worden sindsdien niet op behoorlijke wijze bestuurd;

– de verhoudingen tussen B en A zijn ernstig en structureel verstoord.

Beslissing OK

Ontvankelijkheidsverweer

De OK gaat eerst in op het ontvankelijkheidsverweer van VMS Holding c.s. VMS Holding c.s. voeren aan dat A Holding niet ontvankelijk moet worden verklaard ten aanzien van een aantal vennootschappen binnen de groep, omdat de bezwarenbrief (zoals bedoeld in art. 2:349 lid 1 BW) van A Holding niet aan deze vennootschappen is gericht en overigens ook geen bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken van al deze vennootschappen bevat. Aan de vereisten voor het houden van een concernenquête is volgens verweersters niet voldaan.

De OK gaat niet in dit ontvankelijkheidsverweer mee. Daartoe overweegt de OK dat voor het aannemen van de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken, is vereist dat VMS Holding en de in de onderhavige procedure betrokken (klein)dochtervennootschappen in een groep in de zin van artikel 2:24b BW met elkaar zijn verbonden. Daarnaast is vereist dat VMS Holding het beleid of de gang van zaken van de (klein)dochtervennootschappen ten aanzien van de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, mede heeft bepaald. Het feit dat de bezwarenbrief niet expliciet aan de (klein)dochtervennootschappen is gericht en geen bezwaren bevat tegen elk van de (klein)dochtervennootschappen betekent naar het oordeel van de OK niet dat niet is voldaan aan de ontvankelijkheidseis van artikel 2:349 lid 1 BW, zodat A Holding ontvankelijk wordt verklaard in haar enquêteverzoek.

Inhoudelijke beoordeling

Vervolgens gaat de OK over tot een inhoudelijke beoordeling van het enquêteverzoek. Ten aanzien van de leningen aan de vennootschappen van B overweegt de OK dat het gaat om aanzienlijke geldbedragen die nimmer schriftelijk zijn vastgelegd en waarvoor geen zekerheden voor terugbetaling zijn bedongen. De OK oordeelt dat een hogere mate van zorgvuldigheid bij de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering is vereist bij de verstrekking van de leningen en dat bovendien sprake was van een tegenstrijdig belang van B bij de besluitvorming. Daarnaast overweegt de OK dat de poging om het scheepscasco De Atlantic te ruilen vragen oproept en dat de verhoudingen tussen A en B bovendien ernstig zijn verstoord. De OK oordeelt daarom dat dit alles ertoe leidt dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken binnen de VMS-groep.

Voorts gaat de OK in op het betoog van VMS Holding c.s. dat er onvoldoende belang bestaat

bij onderzoek, dat onderzoek jegens VMS Holding c.s. niet bijdraagt aan openheid van zaken omdat A tot voor kort zelf bestuurder van VMS Holding was en dat A Holding volgens VMS Holding c.s. met haar verzoek slechts eigen vermogensrechtelijke doeleinden nastreeft.

De OK stelt voorop dat de bevoegdheid een enquête te bevelen indien er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen een discretionaire is: bij de uitoefening van die bevoegdheid dient een afweging van de betrokken belangen plaats te vinden. De belangenafweging moet steunen op de feiten en omstandigheden van het concrete geval, waarbij naast de doeleinden van het enquêterecht mede moeten worden betrokken de aard van het tussen de verzoeker en de rechtspersoon bestaande geschil en de bezwaren tegen een ruime toepassing van het middel van enquête (vgl. HR 18 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1705, OR 2022-0260). In dit geval is de OK van oordeel dat het belang van VMS Holding c.s. voldoende is gediend bij een onderzoek. Dat er (mogelijk) ook de vermogensrechtelijke belangen van verzoeksters meespelen doet daaraan niet af, aldus de OK, nu de geformuleerde bezwaren enquêterechtelijk van aard zijn. Bovendien kan een onderzoek naar het oordeel van de OK leiden tot de beantwoording van de vraag wie de verantwoordelijkheid draagt voor de continuïteitsproblemen waarin de VMS-groep door de feitenconstellatie is terechtgekomen. Een onderzoek kan ten slotte bijdragen aan een ordentelijke afwikkeling van (de laatste activiteiten van) VMS Holding c.s.

Beslissing

De OK komt tot de slotsom dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van VMS Holding c.s., die een onderzoek rechtvaardigen. De OK beveelt daarom een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de VMS-groep. Daarnaast benoemt de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening voor de duur van de procedure een onafhankelijke derde als bestuurder van VMS Holding aan wie in het bestuur van VMS Holding voor zover nodig in afwijking van de statuten een beslissende stem toekomt, wat betekent dat overeenkomstig die stem wordt besloten, ook als die stem afwijkt van de meerderheid van de uitgebrachte stemmen, en die zelfstandig bevoegd is VMS Holding te vertegenwoordigen en zonder wie VMS Holding niet vertegenwoordigd kan worden. De te benoemen bestuurder mag het ook tot zijn/haar taak rekenen te bezien of een minnelijke regeling tussen partijen kan worden bereikt.

A. El Allaoui, september 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-06-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:1725

Zaaknummer: 200.339.500/01 OK

Rechters: W.A.H. Melissen, C.C. Meijer, M.A.M. Vaessen, V. Moolenaar en S.M. Zijderfeld

Advocaten: G.R.G. Driessen, D.J. Verduin, N. Saidi en E.J. Heijnen

Wetsartikelen: 2:349 lid 1 BW, 2:24b BW, 2:350 lid 1 BW en 2:349a lid 2 BW