

## Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 14, 2019

Nummer 14, 2019

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

### INHOUDSOPGAVE

#### Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1729](#) 08-11-2019

Project Domaine de la Palette

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1688](#) 01-11-2019

Apotheek Eemnes (2)

#### Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:10110](#) 25-11-2019

Jedi Lease/SRT

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:4226](#) 19-11-2019

Totaal Techniek

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:9683](#) 12-11-2019

Formele bestuurders gelijkstellen aan particuliere borgen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3920](#) 31-10-2019

Mutsaerts en De Wijnberg/Coöperatie Regionaal Kennis- en Expertisecentrum Roermond

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3820](#) 22-10-2019

Huis en Erf/oud-bestuurder

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7998](#) 01-10-2019

Synergievoordelen (banket)bakkerij

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7601](#) 17-09-2019

APB/Bestuurders KTP

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7565](#) 17-09-2019

Geïntimeerde/Bestuurders Luxury

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:7604](#) 17-09-2019

Blue Technology/Solar Centrum Nederland

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3757](#) 12-09-2019

Verzoekers/Coöperatieve Aankoopvereniging 'Den Ham' c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3393](#) 11-09-2019

EmVeDee/MD-Square c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4020](#) 10-09-2019

Silver Holding/Aandeelhouders Batenburg

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:5649](#) 09-07-2019

BMT International/SVHH Products

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:4415](#) 21-05-2019

Silverbird en Kwinta Korbis/Harbek q.q.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:1608](#) 07-05-2019

Vsquare/Vita Square

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:1151](#) 26-03-2019

Detacom/KSD c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:890](#) 18-03-2019

O&T Kindercentra B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:2640](#) 20-03-2018

Apotheek Eemnes (1)

## RECHTSPRAAK

### Jedi Lease/SRT

***Verzoek tot (her)opening van de vereffening wordt afgewezen, omdat niet summierlijk aannemelijk is gemaakt dat de vennootschap over baten beschikt. Vermeende aansprakelijkheid van bestuurders wegens selectieve betaling is geen bate van de vennootschap, omdat de vennootschap hierdoor geen schade heeft geleden.***

In december 2016 is Specialistische Reinigingstechnieken B.V. ('SRT') geturboliquideerd. Op besluit van de algemene vergadering is SRT ontbonden en op grond van artikel 2:19 lid 4 BW is bij de Kamer van Koophandel opgaaf gedaan dat SRT op het moment van ontbinding geen baten meer had. Jedi Lease B.V. ('Jedi') heeft een onvoldane vordering van bijna € 15.000 op SRT. In de procedure verzoekt Jedi (her)opening van de vereffening van SRT op grond van artikel 2:23c lid 1 BW. Jedi stelt zich op het standpunt dat heropening van de vereffening alleen al gerechtvaardigd is omdat zij er recht op heeft te weten of het SRT daadwerkelijk aan de mogelijkheid ontbrak om haar vordering te voldoen. Daarnaast stelt Jedi dat SRT voorafgaand aan de ontbinding baten had, waarmee alle vorderingen met uitzondering van de vordering van Jedi zijn voldaan. Hiermee is in strijd gehandeld met de gelijkheid van schuldeisers, waardoor de bestuurders van SRT onrechtmatig hebben gehandeld. Naar de mening van Jedi heeft SRT op grond hiervan een bate in de vorm van een vordering op haar bestuurders. Daarnaast heeft SRT – nog steeds naar de mening van Jedi – een bate omdat sprake is van paulianeus handelen.

De rechtbank heeft het verzoek afgewezen. Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank op grond van het volgende. Het hof stelt voorop dat een verzoek tot heropening in beginsel alleen kan worden toegewezen als de vennootschap een bate heeft, waarbij het begrip bate ruim opgevat moet worden en het ontbreken van een bate niet snel aangenomen mag worden. Het ligt op de weg van Jedi om summierlijk aannemelijk te maken dat er baten zijn. Jedi is er niet in geslaagd om de aanwezigheid van een bate aannemelijk te maken. Uit de liquidatiebalans die SRT heeft overgelegd, blijkt dat SRT een negatief eigen vermogen had op het moment van ontbinding. Weliswaar zijn de overige schuldeisers voldaan, maar door een vennootschap die tot dezelfde groep als Jedi behoorde en niet door Jedi zelf. Jedi kan hiermee

dus geen paulianeuze rechtshandeling hebben verricht. Ook de vermeende bestuurdersaansprakelijkheidsvordering levert geen bate op voor SRT. Als al sprake zou zijn van bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling, dan heeft SRT immers geen schade geleden door de selectieve betaling.

*H.J. de Kloe, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 25-11-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2019:10110

**Zaaknummer:** 200.261.546/01

**Rechters:** W.P.M. ter Berg, I. Tubben en M.A.L.M. Willems

**Advocaten:** H.H.M. Meijroos en M.F.H. van Delft

**Wetsartikelen:** 2:19 lid 4 BW en 2:23c BW

## RECHTSPRAAK

### Totaal Techniek

***Bestuurdersaansprakelijkheid wegens bewust niet-nakomen van een verstekvonnis, betalingsonwil en verhaalsfrustratie. Appellant stelt indirect bestuurder aansprakelijk. Vordering in eerste aanleg afgewezen, maar dit vonnis wordt in hoger beroep vernietigd. Indirect bestuurder treft persoonlijk ernstig verwijt.***

Geïntimeerde is indirect bestuurder van Totaal Techniek BV ('Totaal Techniek'), welke entiteit weer de enig aandeelhouder en bestuurder is van Installatiewerken BV ('Installatiewerken'). Een vennootschap van geïntimeerde sluit een overeenkomst met een klant om bepaalde werkzaamheden te verrichten, maar het is hierbij onduidelijk welke entiteit nu de overeenkomst aangaat: de offerte is uitgebracht op briefpapier van Totaal Techniek, maar is ondertekend namens Installatiewerken.

Appellante heeft als onderaannemer de werkzaamheden feitelijk uitgevoerd. Hoewel de klant keurig heeft betaald aan Installatiewerken, ontvangt appellante niets. Hij dagvaardt Totaal Techniek die vervolgens bij verstekvonnis is veroordeeld tot betaling van de facturen. Tegen dit vonnis wordt door Totaal Techniek geen verzet ingesteld, waardoor het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Appellante laat dan executoriaal beslag leggen ten laste van Totaal Techniek, maar dat treft geen doel. Wanneer appellante dreigt met het aanvragen van het faillissement van Totaal Techniek, krijgt hij van geïntimeerde te horen dat Totaal Techniek wel in staat is te betalen, maar dit weigert omdat zij niet de contractuele wederpartij van appellante is geweest.

Als reactie hierop stelt appellante geïntimeerde als indirect bestuurder van Totaal Techniek persoonlijk aansprakelijk tot nakoming van het verstekvonnis. De kantonrechter wijst de vordering af [SLH:helaas is dit vonnis niet gepubliceerd en blijkt ook niet uit het arrest waarom de vordering wordt afgewezen].

Het hof overweegt allereerst dat geïntimeerde als indirect bestuurder op grond van artikel 2:11 BW kan worden aangesproken, omdat alle gronden van bestuurdersaansprakelijkheid worden

‘doorgeschakeld’.

Het hof overweegt vervolgens dat Totaal Techniek een welbewuste keuze maakt om niet te betalen. Zij heeft immers gesteld dat zij wel kan, maar niet wil betalen omdat zij niet achter het verstekvonnis staat. Totaal Techniek heeft echter nagelaten tegen het verstekvonnis een rechtsmiddel aan te wenden. Nu niet is gebleken van enige betalingsonmacht, is het hof van oordeel dat geïntimeerde zonder terechte reden verhindert dat Totaal Techniek aan appellante betaalt, waarmee sprake is van betalingsonwil.

Daar komt bij dat het erop lijkt dat geïntimeerde verhaal door appellante heeft gefrustreerd. Immers, toen Totaal Techniek voor het eerst door appellante werd aangesproken, beschikte zij nog over waardevolle goederen, die later waren verkocht. Hiermee heeft geïntimeerde niet alleen bewerkstelligd dat Totaal Techniek haar betalingsverplichting tegenover appellante niet nakomt, maar ook dat de vordering onverhaalbaar blijft.

Een en ander levert een persoonlijk ernstig verwijt aan geïntimeerde op, op grond waarvan hij persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de door appellante geleden schade.

*Wenk*

*Kan een bestuurder persoonlijk aansprakelijk worden gehouden als de vennootschap bewust een vonnis niet nakomt?*

Deze interessante vraag was aan de orde bij een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 19 november jl. (ECLI:NL:GHSHE:2019:4226). Geïntimeerde is indirect bestuurder van twee vennootschappen, Totaal Techniek BV en Installatiewerken BV. Hij sluit als bestuurder een overeenkomst met een klant om bepaalde werkzaamheden te verrichten, maar het is hierbij onduidelijk welke entiteit nu de overeenkomst aangaat: de offerte was uitgebracht op briefpapier van Totaal Techniek, maar ondertekend namens Installatiewerken.

Appellant heeft als onderaannemer de werkzaamheden feitelijk uitgevoerd. Hoewel de klant keurig betaalt, krijgt appellant niets. Hij dagvaardt Totaal Techniek en krijgt daarvoor een verstekvonnis, dat wegens uitblijven van een rechtsmiddel in kracht van gewijsde is gegaan. Appellant laat dan executoriaal beslag leggen ten laste van Totaal Techniek, maar dat treft geen doel. Wanneer hij dreigt met het aanvragen van het faillissement van Totaal Techniek, krijgt hij van geïntimeerde te horen dat Totaal Techniek wel in staat is te betalen, maar dit weigert, omdat zij niet de contractuele wederpartij van appellant is geweest.

De vraag is of dit persoonlijke aansprakelijkheid van geïntimeerde als indirect bestuurder van Totaal Techniek oplevert. Uitgangspunt is immers dat alleen de vennootschap zelf

aansprakelijk is indien deze wanpresteert of een onrechtmatige daad pleegt. Alleen onder bijzondere omstandigheden, namelijk indien de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken, kan hij naast de vennootschap aansprakelijk zijn. Het hof overweegt dat het hierbij niet uitmaakt dat geïntimideerde slechts indirect bestuurder is: op grond van artikel 2:11 BW worden alle vormen van bestuurdersaansprakelijkheid die in Boek 2 BW zijn opgenomen 'doorgeschakeld'. Het hof zal hier overigens bedoeld hebben: 'alle vormen van bestuurdersaansprakelijkheid die in de wet zijn opgenomen'. De onrechtmatige daad staat immers niet in Boek 2, maar valt wel onder de werking van artikel 2:11 BW (zie ook HR 17 februari 2017, JOR 2017/121).

Het bijzondere aan deze casus is dat geïntimeerde namens Totaal Techniek aangeeft wel te kunnen betalen, maar dit niet te willen, omdat hij niet achter het verstekvonnis staat. Kennelijk wil hij koste wat kost een faillissement voorkomen (bang voor wat de curator allemaal zou tegengekomen?). Het komt hem duur te staan. Het hof overweegt dat Totaal Techniek een welbewuste keuze heeft gemaakt om niet te betalen. Waarom Totaal Techniek heeft nagelaten tegen het verstekvonnis een rechtsmiddel aan te wenden, blijft namelijk onduidelijk. Nu niet is gebleken van enige *betalingsonmacht*, is het hof van oordeel dat geïntimideerde zonder terechte reden verhindert dat Totaal Techniek aan appellant betaalt, waarmee sprake is van *betalingsonwil*.

Mijns inziens is deze betalingsonwil *an sich* al voldoende om aansprakelijkheid van de bestuurder aan te nemen. In 1986 besliste de Hoge Raad immers dat van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van betalingsonwil sprake is indien de bestuurder bewust bewerkstelligt dat betaling van een schuld wordt verhinderd (HR 13 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3112 (*De Leeuw/Wijnen*)). Dit is precies wat geïntimideerde doet.

Hier komt echter nog bovenop dat het erop lijkt dat geïntimideerde verhaal door appellant heeft gefrustreerd. Immers, toen Totaal Techniek voor het eerst door appellant werd aangesproken beschikte zij nog over waardevolle goederen, die later waren verkocht. Kennelijk is het hiermee verdiende geld weggesluisd, want beslag op de bankrekeningen van Totaal Techniek heeft geen doel getroffen. Hiermee heeft geïntimeerde volgens het hof niet alleen bewerkstelligd dat Totaal Techniek haar betalingsverplichting tegenover appellant niet nakomt, maar ook dat de vordering onverhaalbaar blijft.

Mijns inziens neemt het hof op deze gronden terecht aan dat geïntimeerde een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken en zodoende persoonlijk aansprakelijk is voor de schade van appellant.

*S.L. Haanshoten, december 2019*

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 19-11-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2019:4226

**Zaaknummer:** 200.235.242/01

**Rechters:** E.J. van Sandick, O.G.H. Milar en J.G.J. Rinkes

**Advocaten:** A. Robustella en A.H.H.M. Roelofs

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 2:11 BW

## RECHTSPRAAK

### **Formele bestuurders gelijkstellen aan particuliere borgen**

***Het hof oordeelde in hoger beroep (na tussenarrest en bewijslevering) dat de bank in dit bijzondere geval de formele bestuurders moest gelijkstellen aan particuliere borgen. In dit bijzondere geval was er sprake van een op verzoek van de bank aangestelde interim-bestuurder terwijl de formele bestuurders terzijde werden geschoven. Het krediet waarvoor bestuurders zich borg hadden gesteld, werd door de boekhouder en de interim-bestuurder voor andere doeleinden gebruikt. De bank heeft haar zorgplicht geschonden door de bestuurders onvoldoende in te lichten over de gevolgen van de verstrekte borgtocht.***

Het gaat hier om een snel groeiend bedrijf in oud ijzer en metaal. Drie broers ('de broers') hebben dit bedrijf van hun vader voortgezet. De broers hielden zich alleen bezig met de veelal contante verkoop van oud ijzer en metaal buiten het bedrijf. De boekhouder van het bedrijf ('de boekhouder') was de dagelijkse leiding toebedeeld en hij regelde onder meer de financiële zaken, terwijl de broers geen bankpassen hadden; de boekhouder pinde het geld voor de inkoop.

In de financieringsovereenkomst van 2006 heeft de nieuwe huisbankier Rabobank bedongen dat de onderneming werd geleid door een haar conveniërend management bij gebrek aan vertrouwen in de broers. Op initiatief van de boekhouder is per 1 januari 2007 een interim-bestuurder toetreden. Door de financiële crisis van 2008 is het bedrijf bij Rabobank onder haar afdeling bijzonder beheer terechtgekomen. In het voorjaar van 2010 werd voorzien in een herstructurering van het bedrijf. De boekhouder en interim-bestuurder onderhielden al het contact met de bank. De broers werden buiten de aansturing van de onderneming gehouden, werden niet betrokken in het ontwerp van de vennootschapsrechtelijke en financiële herstructurering en hielden zich uitsluitend bezig met de handel.

In de loop van 2009 kreeg een van de broers van Rabobank € 450.000 aan handels- of kasgeld

zonder apart contract van Rabobank om daarmee handel te doen die winst bleek op te leveren. Dat concept was voor herhaling vatbaar, zodat Rabobank deze transactie dit keer wilde formaliseren in een kredietovereenkomst en wel in die van 16 maart 2010 voor € 450.000 onder de daarbij passende contractuele bepaling dat het geld uitsluitend mocht worden gebruikt voor de financiering van bedrijfskapitaal en ineens moest worden terugbetaald op 31 december 2010 of zoveel eerder als de verkoop en levering van voorraad plaatsvonden. Aan dit kredietbedrag waren drie borgtochten van elk € 150.000 gekoppeld.

Rabobank heeft op 28 maart 2012 de financiering van het hele concern opgezegd en de broers aangesproken op hun borgtochten van 2006 en 2010. De rechtbank heeft op 18 november 2015 het door Rabobank gevorderde toegewezen. Daartoe heeft de rechtbank de borgtochten van 2010 als zakelijke borgtochten aangemerkt. De broers gaan in hoger beroep.

*Het oordeel van het hof in tussenarrest (4 december 2018) ten aanzien van borgtochten 2006*

In 2006 werd een lening verstrekt door de Rabobank aan de vennootschap. Het ging om een kredietuitbreiding met ruim 250%. Gelijktijdig werd de vennootschap verkoopklaar gemaakt. Naar het oordeel van het hof betreft het een omvangrijke uitbreiding van het krediet voor een reorganisatie én om de onderneming in de etalage te zetten. Dat is dan zeker geen alledaags bankkrediet meer en zo uitzonderlijk dat het alleszins gewenst is dat een echtgenote het verstrekken van zo'n borgtocht kan tegenhouden. Blijkens de borgtochtakten van 2006 hebben de echtgenotes hun toestemming verleend.

Volgens de bestuurders is de in 2006 aanvaarde risicopositie bij het aangaan van de borgtochtovereenkomsten door toedoen van Rabobank ten nadele van hen gewijzigd en dienen de overeenkomsten van borgtocht daarom alsnog te worden ontbonden. De bestuurders hebben echter geen feiten en/of omstandigheden aangevoerd waaruit zou moeten worden afgeleid dat hun borgtochten in verband met andere verbintenissen als wederkerig zouden moeten worden aangemerkt. Daarom is voor ontbinding geen plaats.

*Het oordeel van het hof in tussenarrest (4 december 2018) ten aanzien van borgtochten 2010*

Deze borgtocht ziet op het terugbetalen van een lening ter financiering van het werkkapitaal. Dit is een lening in de normale uitoefening van het bedrijf. Er was dan ook geen toestemming van de echtgenotes van de bestuurders vereist. De bestuurders stellen het volgende. Door het aangaan van de nieuwe financiering is een zeer groot financieel risico genomen dat destijds voor de continuering van de vennootschap niet nodig en onverantwoord was. Op verzoek van Rabobank werd het bedrijf bestuurd door een interim-bestuurder. Op dat moment verkregen de broers een positie die gekwalificeerd moest worden als particuliere borgen. Zij hadden immers geen inzage in de administratie en/of boekhouding. Rabobank was er destijds mee

bekend dat de bestuurders geen privévermogen beschikbaar hadden om de borgstelling te voldoen, hetgeen voor hen zo belastend was dat in redelijkheid van hen en hun gezinnen niet geëist had mogen worden dat zij zich opnieuw als borgen zouden verbinden. Op Rabobank rustte ter zake een waarschuwplicht die zij heeft geschonden. Ten slotte heeft Rabobank de vennootschap niet aangesproken tot terugbetaling van het tekort en daardoor de bestuurders en hun echtgenotes benadeeld.

Aangezien Rabobank het voormelde weerspreekt, worden de bestuurders en hun echtgenotes in de gelegenheid gesteld dit te bewijzen.

*Het oordeel van het hof in arrest van 12 november 2019*

Rabobank had als professionele schuldeiser moeten begrijpen dat de broers in 2010 mogelijk nog formeel bestuurder waren, maar dat zij toen in feite al lang niets meer hadden in te brengen tegenover de boekhouder en de interim-bestuurder. Daar komt bij dat Rabobank ook moest weten dat de broers misschien wel goed waren in ijzerhandel maar onvoldoende opleiding hadden genoten om de door hen te tekenen papieren juridisch te doorgronden en dat zij, mede door haar onderschrijving van de feitelijke bestuurstaakuitoefening door de boekhouder en de interim-bestuurder, in feite niet als bestuurders beschouwd konden worden. Juist hun onvermogen om beslissingen op managementniveau van het concern te nemen was eerder aanleiding voor Rabobank geweest om te verlangen dat het management van het bedrijf door een (extern) interim-bestuurder vervuld werd, onder het terzijde schuiven van de broers. Onder deze omstandigheden behoorde Rabobank hen naar redelijkheid en billijkheid gelijk te stellen met en te behandelen als particuliere borgen en de daarbij de in acht te nemen zorgplicht te eerbiedigen. Zij behoorde hen voldoende voor te lichten over de inhoud en de gevolgen van de voorgestelde borgtochtovereenkomsten en te onderzoeken of zij goed begrepen waartoe zij zich zouden verbinden. Daaraan heeft het onmiskenbaar ontbroken. Rabobank mocht er dan onder deze omstandigheden niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat de broers zich verder borg wilden stellen dan voor een kortdurend krediet ten behoeve van een rondje handels- of kasgeld. Daartoe was de financiering in hun optiek (en van hun echtgenotes) beperkt en dus ook hun daarop gebaseerde en daarvan afhankelijke borgtochten.

Naar het oordeel van het hof heeft Rabobank door stil te zitten per 31 december 2010 en met de opvolgende schuldvernieuwingen ondanks de financiële achteruitgang van het bedrijf een situatie laten ontstaan waarin zij in redelijkheid niet langer mocht verwachten dat de broers daarvoor nog als borg gebonden wilden blijven.

Voort is er sprake van een aanmerkelijke verzwaring van de borgtocht omdat de interim-

bestuurder in 2010 het handelsgeld ad € 450.000 heeft gebruikt om daarmee rekeningen van Rabobank en van hemzelf en/of de boekhouder te voldoen. Aan Rabobank als huisfinancier van het bedrijf kan in redelijkheid niet zijn ontgaan waar deze € 450.000 uiteindelijk aan is besteed. Voor dit doel hebben de broers zich niet borg gesteld, zo hebben zij dat ook niet begrepen en ook daarom zijn zij niet als borg uit te winnen.

Volgens de borgtochten van 16 maart 2010 strekten zij ter vervanging van de op 10 maart 2006 ondertekende akten van borgtocht. Nu de borgtochten van 2010, zij het beperkt, in stand zijn gebleven, komen de borgtochten van 2006 niet meer op, zodat Rabobank hierop geen beroep kan doen.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en doet zelf uitspraak. Het hof wijst de vordering van Rabobank af en veroordeelt Rabobank in de proceskosten.

*J.D. van den Dolder, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 12-11-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2019:9683

**Zaaknummer:** 200.185.055

**Rechters:** A.W. Steeg, Ch.E. Bethlem en A.S. Gratama

**Advocaten:** C.L. Berkel en D.J. Kramer

**Wetsartikelen:** 1:88 BW

## RECHTSPRAAK

### Project Domaine de la Palette

***Borgstelling in privé door aandeelhouder en bestuurder vennootschap. Beslaglegging onder borgsteller door schuldeiser. Echtgenote vecht beslaglegging aan vanwege ontbreken toestemming. Het hof overweegt dat de borgtocht is aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap waarvan borgsteller (indirect) aandeelhouder en bestuurder is. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep (art. 81 lid 1 RO).***

Eisers tot cassatie ('X') is (indirect) aandeelhouder en bestuurder van de naar Belgisch recht opgerichte vennootschap Domaine de la Palette N.V. ('Domaine'). Verweerster in cassatie ('Y') exploiteert een bouwbedrijf. In 2006 zijn Domaine en Y een samenwerking aangegaan, waarbij Y zich verbond om appartementsgebouwen te bouwen. In dat kader hebben Domaine en Y een kaderovereenkomst gesloten, waarin zij afspraken hebben opgenomen aangaande de financieringskosten van het project en de verdeelsleutel van de verkoopopbrengst en van de winst. Na afronding van het project zou er tussen Domaine en Y een eindafrekening worden opgesteld.

Begin 2013 hebben Domaine en Y een overeenkomst gesloten die een aanvulling vormt op de kaderovereenkomst. In deze aanvullende overeenkomst hebben zij vastgelegd dat Domaine in verband met de afronding van de eerste fase van het bouwproject een schuld heeft aan Y van bijna 1 miljoen euro. Op dezelfde dag hebben partijen een garantieovereenkomst ondertekend, waarin X zich ten behoeve van Y in privé borg stelt voor deze vordering van Y op Domaine. Eind 2016 heeft Y X in gebreke gesteld en hem gesommeerd aan haar te betalen. Een reactie bleef uit. Vervolgens heeft Y begin 2017 conservatoire (derden)beslagen ten laste van X laten leggen. Kort daarna heeft de echtgenote van X jegens Y een beroep gedaan op de vernietigingsgrond ex artikel 1:88 lid 1 sub c BW en heeft zij de in de garantieverklaring neergelegde borgstelling van X in privé buitengerechtelijk vernietigd.

Bij kortgedingvonnis heeft de voorzieningenrechter de gelegde conservatoire beslagen opgeheven, omdat voorshands onvoldoende is gebleken dat Y een vordering op Domaine heeft

en dat bovendien voorshands niet ondenkbaar is dat de echtgenote van Y de overeenkomst van borgtocht rechtsgeldig heeft vernietigd. Daarmee moet worden geoordeeld dat de aan het conservatoir beslag ten grondslag liggende vordering ondeugdelijk is, aldus de voorzieningenrechter.

Y is van dit kortgedingvonnis in spoedappel gekomen bij het gerechtshof. Het hof gaat kort gezegd in op de vraag of Y op grond van de rechtsverhouding met Domaine een vordering op Domaine heeft die met voldoende mate vaststaat om onder Y als borg beslag te leggen en of X op grond van de door hem verleende borgstelling aansprakelijk is voor die vordering.

Het hof acht het voorshands voldoende aannemelijk dat op grond van de kaderovereenkomst en de aanvullende overeenkomst Domaine op het moment van het indienen van het beslagrekest verplicht was medewerking te verlenen aan het opstellen van een eindafrekening en dat een eventueel door Y te vorderen positief saldo opeisbaar is. Het hof acht het voorts voorshands aannemelijk dat partijen met het sluiten van de aanvullende overeenkomst beoogd hebben om vast te stellen dat Y uit hoofde van fase 1 van het project recht heeft op een betaling van ruim 1 miljoen euro, welk bedrag ten gunste van Y in de eindafrekening zou worden betrokken. Het hof concludeert dan ook dat voorshands voldoende aannemelijk is geworden dat Y uit hoofde van de kaderovereenkomst en de aanvullende overeenkomst een thans opeisbare vordering heeft.

Met betrekking tot de stelling van X dat zijn echtgenote de borgtocht heeft vernietigd, nu deze niet ten behoeve van de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening is aangegaan, oordeelt het hof dat X – als bestuurder van Domaine die tevens de meerderheid van de aandelen in Domaine houdt – voor de borgstelling geen toestemming van zijn echtgenote behoefde op grond van artikel 1:88 lid 1 BW. Reden daartoe is dat de aanvullende overeenkomst in het licht van de kaderovereenkomst (ook) moet worden aangemerkt als een overeenkomst die is aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap, aldus het hof. De uitgebrachte verklaring tot vernietiging van de borgstelling heeft geen effect gesorteerd, zo vervolgt het hof, omdat de borgstelling niet op grond van artikel 1:89 lid 1 BW kon worden vernietigd. Het hof komt dan ook tot de slotsom dat voorshands aannemelijk is dat Y een opeisbare vordering op Domaine heeft van ruim 1 miljoen euro en dat X zich hiervoor rechtsgeldig borg heeft gesteld, hetgeen betekent dat niet summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van de ingeroepen vordering, zodat de vordering tot opheffing van de beslagen moet worden afgewezen.

De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Rank-Berenschot en verwerpt het door X ingestelde cassatieberoep met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

*M.J. van de Graaf, november 2019*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 08-11-2019

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2019:1729

**Zaaknummer:** 18/02498

**Rechters:** E.J. Numann, M.V. Polak, C.E. du Perron, M.J. Kroeze en mr. drs. F.J.P. Lock

**Advocaten:** A.C. van Schaick, N.E. Groeneveld-Tijssens en D.M. de Knijff

**Wetsartikelen:** 1:88 BW, 1:89 BW, 705 Rv en 81 RO

RECHTSPRAAK

## **Apotheek Eemnes (2)**

***Overdracht van aandelen in strijd met statutaire change-of-controlbepaling. Mede-aandeelhouder vordert verplichte aanbieding van de aandelen. Vordering in eerste aanleg toegewezen.***

***Bekrachtiging vonnis in hoger beroep. Cassatie. A-G meent dat voor een subjectieve uitleg van statuten geen plaats is. HR doet cassatie af op grond van artikel 81 RO.***

*Voor een samenvatting van de casus verwijzen wij naar het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden onder OR Updates 2019-0180*

Aan de orde is de wijze waarop statuten dienen te worden uitgelegd. Apotheek Eemnes BV is een joint venture met twee aandeelhouders. De vraag is of één van die aandeelhouders in strijd heeft gehandeld met een change-of-controlbepaling die was opgenomen in de statuten van de apotheek, toen hij zijn aandelen onderbracht in een STAK. Weliswaar is de STAK als nieuwe (indirect) aandeelhouder van de apotheek toegetreden, maar omdat de aandeelhouder de enig bestuurder was van de STAK, alsmede de enig houder van door de STAK uitgegeven certificaten, heeft er de facto geen materiële wijziging in de structuur plaatsgevonden. Op basis van een subjectieve, op de *Haviltex*-norm gebaseerde lezing, zou de aandeelhouder volgens hemzelf dus niet in strijd met de statuten hebben gehandeld.

Zowel de rechtbank als het hof meenden, op basis van een objectieve lezing van de statuten (gebaseerd op de CAO-norm, zie HR 20 februari 2004, NEDERLANDS\_ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493 (*DSM/Fox*)) echter van wel. Het cassatiemiddel van de aandeelhouder richt zich dus primair tegen de wijze waarop het hof de statuten heeft uitgelegd.

A-G Valk merkt in zijn conclusie op dat in het algemeen in de literatuur wordt aangenomen dat statuten objectief moeten worden uitgelegd. Dit mede omdat statuten openbaar zijn en informatie bevatten die voor derden (zoals een nieuwe, toetredende aandeelhouder) relevant kunnen zijn. Objectieve uitleg is volgens hem echter iets anders dan grammaticale uitleg. In

gevallen als de onderhavige, zijnde een (kleine) joint venture, vormen de statuten maar een onderdeel van de totale rechtsverhouding tussen aandeelhouders. Tussen de oprichters hebben allerlei gesprekken plaatsgevonden die tot de oprichting van de vennootschap hebben geleid. Bovendien is er vaak een aandeelhoudersovereenkomst die aanvullende regels bevat (hetgeen ook in deze casus het geval is). Aandeelhouders zien de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst daarom vaak als één pakket. De A-G vraagt zich in dit verband af waarom de aandeelhoudersovereenkomst wél subjectief kan worden uitgelegd, terwijl de statuten objectief moeten worden gelezen.

Toch meent Valk dat voor een subjectieve uitleg van statuten geen plaats is. Dit impliceert immers dat mogelijk is dat dezelfde statutaire bepaling tussen de huidige aandeelhouders anders wordt uitgelegd dan in de verhouding tot derden, of na verloop van tijd (bijvoorbeeld na toetreding van één of meer nieuwe aandeelhouders) anders dan daarvoor. Het naar gelang de omstandigheden verschillend uitleggen van dezelfde statutaire bepaling is onwenselijk.

Wel meent hij dat het denkbaar is dat de redelijkheid en billijkheid een complementaire rol kunnen spelen in de onderlinge verhouding tussen aandeelhouders. Zo zou de volgens de *Haviltex*-norm uit te leggen aandeelhoudersovereenkomst ertoe kunnen leiden dat een bepaalde vordering, die op zichzelf aan de inhoud van de statuten zou kunnen worden ontleend, toch niet toewijsbaar is.

De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Valk en verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

*S.L. Haanschoten, november 2019*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 01-11-2019

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2019:1688

**Zaaknummer:** 18/02695

**Rechters:** W.L. Valk, M.V. Polak, M.J. Kroeze, T.H. den Tanja-van Broek en C.H. Sieburg

**Advocaten:** H.J.W. Alt en J. den Hoed

**Wetsartikelen:** 2:8 BW en 81 RO

## RECHTSPRAAK

### **Mutsaerts en De Wijnberg/Coöperatie Regionaal Kennis- en Expertisecentrum Roermond**

***OK; enquête. Gegronde redenen om aan juist beleid of juiste gang van zaken binnen coöperatie te twijfelen. Instandhouding benoeming tijdelijk bestuurder en aanstelling tijdelijk commissaris bij wijze van onmiddellijke voorziening.***

Coöperatie Regionaal Kennis- en Expertisecentrum Roermond ('de Coöperatie') is opgericht door de Mutsaertsstichting ('Mutsaerts'), Onderwijsstichting De Wijnberg ('De Wijnberg'), tezamen 'Verzoeksters', en Aloysius Stichting Onderwijs Jeugdzorg ('Aloysius'). De Coöperatie voorziet in ondersteuning op het gebied van jeugdzorg en speciaal onderwijs. Een beoogd vierde lid van de Coöperatie, SWV, is niet toegetreden tot de Coöperatie. De financiering van de coöperatie is echter gebaseerd op vier deelnemers en niet aangepast aan de daadwerkelijke situatie. Partijen hebben in 2018 [A] benoemd tot interim-bestuurder van de Coöperatie ('de Interim-bestuurder'), maar verschillen van mening over de vraag of de verlenging van de aanstelling van de Interim-bestuurder in juni 2019 geldig tot stand is gekomen en het contractuele stemrecht in de ledenvergadering dat aan de Interim-bestuurder is toegekend nog geldig is. Hierdoor zijn geen afspraken gemaakt over de verdeling van de financiering, zijn conceptbegrotingen niet goedgekeurd, zijn jaarrekeningen niet vastgesteld en kan er geen contributie worden geheven.

Verzoeksters hebben de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de Coöperatie over de periode vanaf december 2015 en als voorlopige voorziening de Interim-bestuurder of een andere bestuurder te benoemen als bestuurder van de Coöperatie. De Coöperatie heeft bij verweerschrift verzocht de statutair vereiste unanimititeit of drie vierde meerderheid voor besluitvorming in de ledenvergadering voor de duur van het geding te vervangen door een gewone meerderheid en tot benoeming van een onafhankelijk functionaris met doorslaggevende stem in die vergadering, mochten de stemmen staken.

In de tussenbeschikking van 29 augustus 2019 heeft de OK overwogen dat, nu partijen niet in staat zijn gebleken te voorzien in een bestuurder voor de Coöperatie, er gegronde redenen zijn

om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de Coöperatie te twijfelen en heeft de OK de Interim-bestuurder, voor zover zij geen bestuurder meer was, bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemd tot zelfstandig bevoegd bestuurder tot op de overige verzoeken is beslist.

In de onderhavige beschikking constateert de OK dat partijen niet in staat zijn (geweest) op korte termijn afspraken te maken die gericht zijn op een duurzame samenwerking, er geen duidelijke vastlegging van afspraken betreffende financiële aangelegenheden plaatsvindt en partijen het niet eens worden over de rechtsgeldigheid van de benoeming van de Interim-bestuurder. De OK oordeelt daarom dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken binnen de Coöperatie en beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de Coöperatie.

De OK acht het vanwege de toestand van de Coöperatie noodzakelijk de Interim-bestuurder als tijdelijk bestuurder binnen de Coöperatie te handhaven, maar zonder dat de Interim-bestuurder stemrecht in de algemene vergadering toekomt. Wel benoemt de OK een onafhankelijk commissaris die in de algemene vergadering van de Coöperatie een doorslaggevende stem kan uitoefenen en beslist de OK dat alle besluiten in de algemene vergadering in aanwezigheid van de commissaris en met een meerderheid van ten minste drie vierde van de uitgebrachte stemmen moeten worden genomen. De aanwijzing van een onderzoeker wordt aangehouden en ook het treffen van andere voorzieningen acht de OK vooralsnog niet noodzakelijk.

*T.M. Goudzwaard, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 31-10-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2019:3920

**Zaaknummer:** 200.263.490/01

**Rechters:** G.C. Makkink, A.W.H. Vink, M.P. Nieuwe Weme, J.B.M. Streppel en G. Boon

**Advocaten:** D.C.M.H. Vielvoye, M. van der Schoor, M. Mussche, W.B. Fonville en F. Eikelboom

**Wetsartikelen:** 2:349a BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

## **Synergievoordelen (banket)bakkerij**

***De overeenkomst tot overname van een banketbakkerij wordt door geïntimeerden niet nagekomen, waarop appellanten schadevergoeding vorderen wegens het mislopen van synergievoordelen met hun eigen bakkerij. Op basis van het deskundigenrapport begroot het hof de gemiste synergievoordelen op netto € 17.226.***

Tussen appellanten en geïntimeerden is een koopovereenkomst gesloten voor een banketbakkerij. Deze overeenkomst is echter door geïntimeerden niet nagekomen, waarop appellanten besluiten een schadevergoedingsvordering in te stellen ter zake de gemiste synergievoordelen met hun eigen (uiteindelijk gefailleerde) bakkerij en overige schade.

Het hof gaat er vanuit dat appellanten door de wanprestatie van geïntimeerden mogelijke synergievoordelen van de banketbakkerij met hun eigen bakkerij hebben gemist, dat die synergievoordelen niet gemakkelijk geconcretiseerd kunnen worden, dat het effect van de synergievoordelen beperkt is en in dit geval wegens het faillissement van de bakkerij van appellanten ook in tijd beperkt moet worden. Het hof overweegt dat indien de koop zou zijn gerealiseerd, appellanten voor een bedrag van € 325.000 een banketbakkerij met een waarde van € 317.226 zouden hebben gekocht en daarnaast synergievoordelen zouden hebben gerealiseerd in hun eigen bakkerij ter waarde van € 25.000. Hun schade wegens winstderving als gevolg van de wanprestatie van geïntimeerden komt daarmee uit op netto € 17.226, aldus het hof.

*M.J. van de Graaf, december 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 01-10-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2019:7998

**Zaaknummer:** 200.115.702/01

**Rechters:** H. de Hek, B.J.H. Hofstee en W.F. Boele

**Advocaten:** J. Werle en J.M. Pol

**Wetsartikelen:** 6:74 BW, 6:95 BW, 6:96 BW en 6:97 BW

RECHTSPRAAK

## **Geïntimeerde/Bestuurders Luxury**

***Overeenkomst van opdracht. Indirecte bestuurders aansprakelijk wegens het onbetaald en onverhaald laten van de vordering van geïntimeerde op de vennootschap. Maatstaf aansprakelijkheid wegens betalingsonwil. De indirecte bestuurders hebben toegelaten dan wel bewerkstelligd dat de vennootschap haar verplichtingen uit de overeenkomst niet is nagekomen. Indirecte bestuurders treft een persoonlijk ernstig verwijt.***

Via hun houdstermaatschappijen bestuurden appellanten ('Bestuurders') Luxury Fashion Media Group B.V. ('Luxury'). Luxury en geïntimeerde sloten een overeenkomst van opdracht op basis waarvan geïntimeerde een applicatie ontwikkelde tegen betaling van € 40.000 in termijnen. De laatste drie termijnen zijn door Luxury onbetaald gebleven. Tijdens de loop van een procedure waarin geïntimeerde betaling vorderde – welke vordering in eerste aanleg is toegewezen – is Luxury door een turboliquidatie ontbonden.

Geïntimeerde stelt de Bestuurders aansprakelijk voor de schade die zij door de onverhaalbare vordering heeft geleden. Geïntimeerde legt aan haar vordering ten grondslag dat de Bestuurders hun taak als bestuurder van Luxury onbehoorlijk hebben vervuld en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat. De rechtbank volgt deze stelling en oordeelt dat er sprake is van aansprakelijkheid wegens betalingsonmacht dan wel betalingsonwil aan de zijde van Bestuurders.

Het hof onderzoekt de redenen voor het onbetaald blijven van de uitstaande betaling. Hoewel Luxury stopte met de termijnbetalingen, bleef zij wel uitvoering van de overeenkomst verlangen. Er zijn geen omstandigheden waaruit volgt dat geïntimeerde is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst. Later heeft Luxury de overeenkomst eenzijdig en zonder wederzijds goedvinden opgezegd en er zijn geen onderhandelingen gevoerd die tot een beëindigingsovereenkomst hebben geleid. Door de eenzijdige opzegging is de overeenkomst geëindigd voordat de opdracht was voltooid, terwijl het loon afhankelijk was van de volbrenging van de opdracht. Daarom heeft geïntimeerde recht op het volle loon op grond van

artikel 7:411 lid 2 BW.

Vast staat dat de vordering van geïntimeerde op Luxury onbetaald en onverhaalbaar is gebleven, waardoor zij is benadeeld. Het hof behandelt dan ook de vraag of de Bestuurders aansprakelijk zijn voor de ontstane schade. Daar kan volgens het hof grond voor zijn als van degene die als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, waarbij het handelen van deze bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van dergelijk ernstig verwijtbaar handelen is in ieder geval sprake als de bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de vennootschap als gevolg van de door hem bewerkstelligde handelswijze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Deze maatstaf geldt op grond van artikel 2:11 BW ook voor indirecte bestuurders.

Het hof oordeelt dat de Bestuurders – als indirecte bestuurders van Luxury – van geïntimeerde hebben verlangd dat zij de werkzaamheden bleef uitvoeren, terwijl de tweede termijn onbetaald werd gelaten door hen. Daarnaast hebben zij bewerkstelligd dan wel toegelaten dat Luxury na opzegging de tweede en opvolgende termijnen niet voldeed. Deze termijnen hadden zij wel kunnen voldoen, zo volgt uit een in hoger beroep overlegde kredietovereenkomst. Desondanks hebben de Bestuurders bewerkstelligd dan wel toegelaten dat de gelden bestemd voor geïntimeerde op andere wijze zijn besteed. Hun stelling dat er kansrijke pogingen zijn gedaan om investeerders te vinden, hebben de Bestuurders niet verder onderbouwd. Op grond hiervan komt het hof tot het oordeel dat de Bestuurders wegens betalingsonwil aansprakelijk zijn voor de schade die geïntimeerde heeft geleden door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van haar vordering op Luxury. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

*O.R.J.C. Freens, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 17-09-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2019:7565

**Zaaknummer:** 200.226.639

**Rechters:** C.G. ter Veer, M.H.F. van Vugt en I.W. Levelt-Iseger

**Advocaten:** P.A. de Lange en J.H. Brouwer

**Wetsartikelen:** 2:11 BW, 7:441 BW en 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **Blue Technology/Solar Centrum Nederland**

***Probleem met nakoming verplichting uit overeenkomst door vennootschap. Vennootschap is inmiddels opgeheven. Geïntimeerde vordert ontbinding, terugbetaling en schadevergoeding bij gelieerde vennootschap. Toewijzing in eerste instantie, afwijzing in hoger beroep. Geen sprake van rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel. Noch kan gebondenheid worden opgemaakt uit verklaringen en gedragingen.***

Centraal in deze uitspraak staat de koop van een solarsysteem door Blue Technology and Consulting B.V. ('Blue Technology') van Solar Centrum Nederland Ltd. ('Solar'). Solar handelde ook onder de namen PowerField en ZonnePort en had één bestuurder ('de Solar Bestuurder').

Het solarsysteem is op de woning geplaatst van de broer ('geïntimeerde') van een bestuurder van Blue Technology ('de BT Bestuurder'). Omdat de geleverde stroom-omvormers niet zijn goedgekeurd in Duitsland, kon het solarsysteem niet worden aangesloten.

Op een gegeven moment wordt PowerField Free Zone N.V. ('Powerfield N.V.') opgericht, die eveneens de handelsnamen PowerField en ZonnePort gebruikt. De Solar Bestuurder is ook bestuurder van PowerField N.V. Ongeveer een jaar na oprichting van PowerField N.V., wordt Solar opgeheven en uitgeschreven uit het handelsregister. Solar hield zich bezig met de levering van zonnepalen, PowerField N.V. richtte zich ook een tijd op deze activiteiten.

De BT Bestuurder en de Solar Bestuurder hebben contact gehad over het niet-werkende solarsysteem. De Solar Bestuurder voert dit mailcontact (in de periode voordat Solar werd opgeheven) vanaf onder andere 'powerfield@live.nl' en 'powerfieldaruba@outlook.com'. Geïntimeerde heeft PowerField N.V. in gebreke gesteld en per mail benadrukt dat hij recht heeft op een functionerend solarsysteem en schadevergoeding. Op deze ingebrekestelling volgen onder andere telefoongesprekken tussen partijen, maar geen oplossing voor het probleem.

Blue Technology en geïntimeerde hebben een akte van cessie ondertekend, waarbij Blue Technology haar rechten van de met Solar gesloten koopovereenkomst aan geïntimeerde overdraagt. Kort daarna ontbindt geïntimeerde de koopovereenkomst.

Geïntimeerde vordert in deze procedure terugbetaling van de koopsom van het solarsysteem en schadevergoeding. PowerField N.V. heeft zich op het standpunt gesteld dat de overeenkomst niet met haar, maar met Solar is gesloten. Daarom kan zij niet aan de koopovereenkomst gebonden zijn. De kantonrechter heeft de vorderingen van geïntimeerde toegewezen. PowerField N.V. komt op tegen dit vonnis in hoger beroep.

Het hof oordeelt dat de koopovereenkomst is gesloten met Solar. Solar en PowerField N.V. zijn verschillende juridische entiteiten en van rechtsopvolging is geen sprake. In geschil is of PowerField N.V. desondanks wel aan deze overeenkomst gebonden is. Dit hangt af van wat de Solar Bestuurder en Blue Technology dan wel geïntimeerde jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.

Geïntimeerde heeft volgens het hof uit de verklaringen en gedragingen van de Solar Bestuurder niet mogen afleiden dat hij handelde namens PowerField N.V. Het hof legt hier onder andere aan ten grondslag dat het feit dat ondernemingen een raakvlak in activiteiten en dezelfde bestuurder hebben, nog niet maakt dat de ene onderneming aansprakelijk is voor een tekortkoming van de andere onderneming. Niet gesteld of gebleken is dat de Solar Bestuurder op enig moment daadwerkelijk kenbaar heeft gemaakt dat hij namens PowerField N.V. optrad. Het hof acht het aannemelijker dat de Solar Bestuurder de kwestie uit coulance heeft willen oplossen, zonder PowerField N.V. hierbij contractspartij te willen maken.

Ondanks het feit dat geïntimeerde al jarenlang geen werkend solarsysteem heeft, komt het hof tot de conclusie dat niet is komen vast te staan dat de Solar Bestuurder zich namens PowerField N.V. heeft gebonden tot nakoming van de koopovereenkomst die met Solar is gesloten. Daarom is PowerField N.V. ook niet gehouden tot nakoming en kan door geïntimeerde geen aanspraak worden gemaakt op terugbetaling van de koopsom en schadevergoeding.

Het hof vernietigt het vonnis van de kantonrechter en wijst de vorderingen van geïntimeerde af.

*J.M. Schepel, november 2019*

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 17-09-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2019:7604

**Zaaknummer:** 200.232.718/01

**Rechters:** M. Willemse, I. Tubben en W.F. Boele

**Advocaten:** K. Roderburg en J.J. Veldhuis

**Wetsartikelen:** 6:265 BW

RECHTSPRAAK

## **Silver Holding/Aandeelhouders Batenburg**

***OK; uitkoop. Vordering tot uitkoop van de minderheidsaandeelhouders. Tussenarrest vanwege keuzemogelijkheid prijsbepaling en eindarrest.***

VP Exploitatie N.V. ('VPE') is bestuurder en enig aandeelhouder van Silver Holding B.V. ('Silver Holding'). VPE houdt vanaf 2007 aandelen in Batenburg Techniek N.V. ('Batenburg'), een technisch dienstverlener.

In de periode tussen 21 september 2015 en 11 januari 2019 heeft VPE door middel van een openbaar bod en meerdere onderhandse transacties 95,13% van de aandelen in Batenburg verworven.

Vervolgens heeft Batenburg bij persbericht van 11 maart 2019 aangekondigd haar beursnotering per 26 april 2019 te beëindigen en aangeboden alle aandelen die niet reeds door VPE worden gehouden in te kopen tegen een prijs van € 46 per aandeel cum dividend. Het persbericht meldt ook dat VPE voornemens is na beëindiging van de beursnotering een uitkoopprocedure te starten.

Uiteindelijk wordt 86,45% van de aandelen waarop het bod betrekking heeft aangemeld. Batenburg beëindigt haar beursnotering en deponeert een besluit tot intrekking van de ingekochte aandelen bij de KvK. Dit besluit wordt op 27 april 2019 gepubliceerd in een landelijk dagblad. Er wordt hiertegen geen verzet aangetekend, zodat het besluit op 28 juni 2019 van kracht is geworden.

Op 23 april 2019 worden alle door VPE gehouden aandelen in Batenburg ingebracht in Silver Holding. Silver Holding start vervolgens de aangekondigde uitkoopprocedure op grond van artikel 2:92a BW. Zij verzoekt de OK daarbij de prijs van de aandelen vast te stellen. Primair op € 46 en subsidiair op € 48,12 per aandeel. Een prijs van € 46 per aandeel is volgens Silver Holding redelijk, omdat:

VPE in de periode van 18 juli 2018 tot en met 11 januari 2019 in vier substantiële onderhandse transacties aandelen heeft verworven waarbij de hoogst betaalde prijs € 43,20 was;

86,45% van de minderheidsaandeelhouders het inkoopbod van Batenburg tegen een inkoopprijs van € 46 heeft geaccepteerd;

deze prijs tot stand is gekomen met inachtneming van een onafhankelijk waarderingsrapport van AenF Partners; en

het bestuur en de raad van commissarissen van Batenburg het inkoopbod tegen deze prijs hebben aanbevolen.

De OK stelt op basis van overgelegde stukken vast dat Silver Holding op de dag van dagvaarding ten minste 95% van het geplaatste kapitaal verschaft. Bovendien zijn zowel Batenburg als de overige minderheidsaandeelhouders op juiste wijze gedagvaard. Van een afwijzingsgrond op de voet van artikel 2:92a lid 4 BW is volgens de OK niet gebleken. De vordering tot uitkoop wordt derhalve toegewezen.

Met betrekking tot de prijs van de over te dragen aandelen overweegt de OK dat de primaire uitkoopprijs van € 46 niet kan worden toegewezen. Deze prijs werd weliswaar door 86,45% van de aandeelhouders bij het inkoopbod geaccepteerd, maar dat bod had slechts betrekking op minder dan 5% van de aandelen. Bovendien wordt in het rapport van Sman Business Value uitgegaan van een waarde tussen € 42,44 en € 48,97 per aandeel, met als puntschatting een economische waarde van € 48,12 (cum dividend). Sman Business Value heeft daarbij opgemerkt dat de onderkant van de bandbreedte mede is bepaald door de uitkomsten van onderhandse transacties die inmiddels verder in het verleden hebben plaatsgevonden, en dat een opwaartse trend waarneembaar is. De OK acht het daarom nodig ter bepaling van de toewijsbaarheid van de primaire vordering een waarderingsdeskundige te benoemen. Voor de subsidiaire vordering ligt dit anders, nu het rapport van Sman Business Value de redelijke economische waarde reeds heeft vastgesteld op € 48,12.

De OK stelt Silver Holding in haar tussenarrest in de gelegenheid om zich bij akte uit te laten over de vraag of zij de voorkeur geeft aan het gelasten van een deskundigenbericht met het oog op de primaire vordering dan wel aan aanstondse toewijzing van de subsidiaire vordering.

Silver Holding geeft in voornoemde akte vervolgens te kennen dat zij de voorkeur geeft aan aanstondse toewijzing van de subsidiaire vordering. Hierop veroordeelt de OK de overige

aandeelhouders bij eindarrest tot overdracht van het onbezwaarde recht op de door elk van hen gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van Batenburg en stelt zij de prijs van de over te dragen aandelen per 26 april 2019 vast op een bedrag van € 48,12 per aandeel.

*C. Groen, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 10-09-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2019:4020

**Zaaknummer:** 200.261.810/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, A.W.H. Vink, M.P. Nieuwe Weme, P.M. Verboom en J.B.M. Streppel

**Advocaten:** J.L. van der Schrieck, F.L.G. Hazewinkel en S. van der Mei

**Wetsartikelen:** 2:92a BW

## RECHTSPRAAK

### **BMT International/SVHH Products**

***Cessionaris vordert nakoming van een vordering uit een agentuurovereenkomst die is overgenomen van een failliete agent op een meubelbedrijf. Centraal staan de vragen of het meubelbedrijf kan verrekenen, of de cessionaris de agentuurovereenkomst heeft overgenomen (ex art. 6:159 BW) en of het meubelbedrijf provisie en servicekosten aan de cessionaris is verschuldigd voor orders die zijn binnengekomen nadat de failliete agent zijn werkzaamheden heeft gestaakt en nadat de vordering op het meubelbedrijf al was overgenomen.***

Bergsma Meubeltrading B.V. ('Meubeltrading') treedt op als agent voor BMT International Sp.z.o.o ('BMT'), uit hoofde van een agentuurovereenkomst. Nadat Meubeltrading faillieert, richt haar dga een nieuwe vennootschap op, SVHH Products B.V. ('SVHH') die de het klantenbestand en de orderportefeuille overneemt van de curator, evenals een vordering van Meubeltrading op BMT van ca. € 200.000. Twee maanden na het faillissement zegt BMT de agentuurovereenkomst met Meubeltrading op. In deze procedure vordert SVHH onder meer voldoening van de overgenomen vordering en servicekosten. De kantonrechter heeft de eerste vordering toegewezen en de tweede afgewezen. Beide partijen zijn hiertegen in hoger beroep gekomen. Het hof bekrachtigt het oordeel van de kantonrechter waarin de vordering van ca. € 200.000 wordt toegewezen. Met name de discussie omtrent (i) verrekening, (ii) contractsovername en de (iii) provisievordering is interessant.

#### *(i) Verrekening*

BMT doet een beroep op verrekening van een tegenvordering van ca. € 20.000 uit hoofde van geleverde demoproducten die niet zijn geretourneerd. Hoewel beide partijen het erover eens zijn dat een reconventionele vordering niet noodzakelijk is voor een beroep op verrekening, voert SVHH aan dat de tegenvordering niet eenvoudig is vast te stellen en doet zij een beroep op artikel 6:136 BW.

Het beroep op artikel 6:136 BW faalt. Het hof oordeelt dat dit artikel ingevolge artikel 53 lid 3 Fw niet geldt in faillissement. Volgens het hof is artikel 53 lid 3 Fw van overeenkomstige toepassing in een geval als dit waarin verrekening met een door de curator gecedeerde vordering van de failliet wordt voorgestaan (met een verwijzing naar HR 11 juli 2003, NJ 2003/539). Daarbij weegt voor het hof ook mee dat BMT ter zake van de tegenvordering geen reconventionele vordering tegen SVHH kon instellen, omdat dit niet haar contractuele wederpartij was. Ten aanzien van de verrekening overweegt het hof dat de levering van de producten en de juistheid van de (pro forma) facturen niet voldoende door SVHH zijn betwist. Ook acht het hof de enkele stelling van BMT dat de producten zelf geen bedrag van ca. € 20.000 euro waard zijn daartoe onvoldoende. Het beroep op verrekening slaagt daarom.

*(ii) Contractsovername en zelfstandige agentuurovereenkomst*

SVHH heeft nog aangevoerd dat zij met de overeenkomst die zag op de overname van het klantenbestand en de orderportefeuille, ook de agentuurovereenkomst heeft overgenomen in de zin van artikel 6:159 BW. Aan het vereiste van toestemming van BMT komt het hof niet toe, omdat in de overeenkomst tussen SVHH en de curator van Meubeltrading de overgedragen activa nauw zijn omschreven en de agentuurovereenkomst hierin niet is genoemd. Ook oordeelt het hof dat partijen niet zelfstandig een agentuurovereenkomst zijn aangegaan omdat SVHH niet is geslaagd te bewijzen dat BMT ermee heeft ingestemd dat SVHH haar handelsagent wordt als opvolger van Meubeltrading.

*(iii) Provisie en servicekosten*

Tot slot heeft SVHH aanspraak gemaakt op provisie en servicekosten uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, omdat BMT een omzet van ruim € 1.3 miljoen heeft behaald met de orders die zij zou hebben aangedragen in de periode nadat Meubeltrading failliet was verklaard en haar activiteiten had gestaakt. BMT heeft dit betwist en gesteld dat dit enkel een gebruikelijke nasleep was van de werkzaamheden die Meubeltrading voor haar faillissement had verricht. Volgens BMT voorziet de wet in een billijke vergoeding van de oud-agent voor deze nasleep, die uitsluitend aan de oud-agent toekomt. Het hof oordeelt dat de provisie en servicekosten waarop SVHH aanspraak maakt, zien op de twee maanden dat de agentuurovereenkomst tussen BMT en Meubeltrading nog van kracht was. De vordering op BMT van bijna € 200.000 was toen al overgedragen, en zag niet op de provisie in de maanden na die overdracht. De aanspraak op een billijke vergoeding over die maanden komt in wezen dus toe aan Meubeltrading, en niet aan SVHH zelf. Ook het beroep van SVHH op ongerechtvaardigde verrijking faalt daarom.

*S.E. Streng, december 2019*

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 09-07-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2019:5649

**Zaaknummer:** 200.174.823

**Rechters:** L.F. Wiggers-Rust, M.F.J.N. van Osch en H. van Loo

**Advocaten:** P.A.J.M. Lodestijn

**Wetsartikelen:** 6:136 BW, 6:159 BW en 53 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Silverbird en Kwinta Korbis/Harbek q.q.**

***Onbehoorlijke taakvervulling door bestuurders van een gefailleerde vennootschap. Bestuurders leenden geld uit zonder een daar tegenoverstaande vergoeding en/of zekerheidsstelling. Zij wisten of behoorden redelijkerwijs te begrijpen dat de geldnemer onder deze omstandigheden mogelijk niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en dat de vennootschap dientengevolge schade zou lijden.***

De rechtbank heeft het faillissement uitgesproken van Harbek Holding B.V. ('Harbek'), Kinderopvang Noordwest Veluwe KDV B.V., Kinderopvang Noordwest Veluwe BSO B.V. en Kinderopvang Noordwest Veluwe Projecten B.V. ('Harbek e.a.'). In alle faillissementen is mr. Van Oss aangesteld tot curator van Harbek e.a.

Harbek was ten tijde van het uitspreken van het faillissement bestuurder en enig aandeelhouder van Harbek e.a., die zich bezighielden met de exploitatie van kinderdagverblijven en buitenschoolse opvang. Bestuurders van Harbek waren Silverbird B.V. en Kwinta Korbis B.V. Bestuurder en enig aandeelhouder van Silverbird B.V. was en is X. Bestuurder en enig aandeelhouder van Kwinta Korbis B.V. was en is Y.

Harbek heeft een geldleningsovereenkomst gesloten met Manege B.V. Ten tijde van het aangaan van de overeenkomst waren X en Y bestuurders van Manege B.V. In de geldleningsovereenkomst is vermeld dat Harbek aan Manege B.V. een bedrag van € 63.543 heeft geleend. Op de datum van haar faillissement was Manege B.V. volgens de administratie van Harbek op grond van de geldleningsovereenkomst nog een bedrag van € 55.930,61 aan Harbek verschuldigd. Daarnaast hebben Harbek en Manege B.V. een aanvullende overeenkomst gesloten op grond waarvan Harbek gebruik mag maken van de buitenschoolse activiteiten/manegeactiviteiten van Manege B.V. onder verrekening van de kosten met voormelde geldlening.

De curator heeft (i) Silverbird B.V. en Kwinta Korbis B.V. op grond van artikel 2:9 lid 1 BW en (ii) X en Y als bestuurders van Harbek e.a. op grond van artikel 2:11 BW aansprakelijk gesteld

voor de schade die Harbek Holding B.V. heeft geleden, omdat zij een geldlening zijn aangegaan namens Harbek Holding, die geen ander redelijk denkend bestuurder zou zijn aangegaan onder die omstandigheden. De schade bestaat uit de bedragen voortvloeiende uit de geldleningsovereenkomst.

De rechtbank heeft de schadevergoedingsvordering jegens de (indirect) bestuurders van Harbek e.a. (Silverbird, Kwinta Korbis, X en Y) toegewezen op grond van artikel 2:9 BW. Appellanten richten zich tegen deze beslissing van de rechtbank.

Het hof overweegt als volgt. Manege B.V. heeft de door haar gedreven onderneming overgenomen van een door een faillissement getroffen stichting. Hierdoor kwam Manage B.V. niet meer in aanmerking voor financiering door een bank of kredietinstelling. Harbek heeft wel diverse bedragen aan Manege B.V. geleend en daarvoor geen zekerheidsstelling verlangd. Evenmin heeft Harbek (in eerste instantie) rente in rekening gebracht. De exploitatie van de buitenschoolse opvang door Manege B.V. was niet kostendekkend zonder de jaarlijkse vergoeding van Harbek. In het jaar van het aangaan van de leningsovereenkomst stonden Harbek e.a. er financieel slecht voor en werden er substantiële verliezen geleden. Tegen die achtergrond is het aangaan van een ongesecureerde geldlening aan Manege B.V. ernstig verwijtbaar. De geldleningsovereenkomst is feitelijk (direct) ontkracht door de aanvullende overeenkomst. Deze aanvullende overeenkomst is in deze procedure door de curator vernietigd op grond van artikel 42 Fw en doet geen afbreuk aan de aansprakelijkheidsstelling van de bestuurders van Harbek. Het hof is concluderend van oordeel dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW, omdat een redelijk bekwaam en redelijk handelend bestuurder gezien de geschetste feiten en omstandigheden niet zou (behoren) over te gaan tot het uitlenen van geld zonder dat zij hiervoor enige vergoeding ontving en zonder zekerheidsstelling. Het bestuur kan hiervan een ernstig verwijt worden gemaakt. Silverbird, Kwinta Korbis, X en Y wisten of behoorden te begrijpen dat Manage B.V. niet aan haar verplichtingen uit de geldleningsovereenkomst zou kunnen voldoen en dat Harbek op grond daarvan schade zou lijden.

Het hof oordeelt dat de vordering jegens Silverbird, Kwinta Korbis, X en Y terecht was toegewezen en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

*Q.M.J.A. Crul, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 21-05-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2019:4415

**Zaaknummer:** 200.205.692

**Rechters:** B.J. Engberts, Ch.E. Bethlem en I.W. Levelt-Iseger

**Advocaten:** H.C.J. Coumou en S. Coerts

**Wetsartikelen:** 2:9 BW, 2:11 BW en 42 Fw

## RECHTSPRAAK

### **Detacom/KSD c.s.**

***Vordering van schuldeiser op grond van onrechtmatige daad (misbruik van identiteitsverschil) dan wel groepsaansprakelijkheid na onbetaald blijven vorderingen schuldenaar die tot groep van vennootschappen behoort. Evenals de rechtbank wijst het hof de vordering af.***

KSD Groep is een concern, bestaande uit KSD Holding B.V. als moedermaatschappij ('KSD Holding') en KSD Divisie 1.0 B.V. ('KSD 1') en KSD Divisie 2.0 B.V. ('KSD 2') als werkmaatschappijen (gezamenlijk aangeduid als 'KSD c.s.'). De heer X is enig aandeelhouder en bestuurder van KSD Holding. KSD Holding is bestuurder van KSD 1 en KSD 2. De heer X is directeur van KSD 1 en KSD 2.

Detacom, appellant, heeft met KSD 2, handelend onder de naam KSD Groep, vier detacheringsovereenkomsten gesloten voor ICT-personeel. Detacom heeft KSD 2 in maart 2015 gesommeerd tot betaling van openstaande facturen met een totaalbedrag van € 79.312,81. Tussen partijen is daarna gecorrespondeerd over de openstaande facturen. Detacom heeft uiteindelijk geen enkele betaling ontvangen.

De overwegingen van de rechtbank komen erop neer dat Detacom onvoldoende heeft aangevoerd om vereenzelviging van vennootschappen of groepsaansprakelijkheid aan te nemen, dat zij haar stelling onvoldoende onderbouwd heeft dat doelbewust is gekozen voor de vennootschapsrechtelijke constructie van KSD c.s. om schuldeisers van KSD 2 te benadelen, dat geen sprake is van misbruik van vennootschapsrecht en dat onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld door Detacom voor onrechtmatig handelen van KSD c.s.

Ten aanzien van vereenzelviging overweegt het hof dat in het *Rainbow*-arrest is overwogen dat door degenen die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen. Dergelijk misbruik hoeft niet in rechte te worden gehonoreerd en zal in de regel worden aangemerkt als een onrechtmatige daad.

Detacom heeft gesteld dat KSD c.s. de opdrachten aannemen in KSD 1, terwijl zij de met die

opdrachten gemoeide kosten bij KSD 2 laten, door gebruik te maken van door KSD 2 ingehuurde mensen. Indien blijkt dat het project verliesgevend is, laat KSD 2 (aldus Detacom) haar schuldeisers onbetaald en biedt zij geen verhaal voor schuldeisers. KSD c.s. presenteren zich extern als één onderneming (KSD Groep). Zij hebben over het identiteitsverschil tussen de tot de groep behorende vennootschappen verwarring laten ontstaan, aldus Detacom.

KSD c.s. hebben erop gewezen dat Detacom ook onderdeel uitmaakt van een groep (Detacom-Educom) en dat die groep het contract heeft opgesteld. Bij het opstellen van de overeenkomst heeft de medewerker van Detacom-Educom laten weten dat de inhuur verloopt via een 'zusterorganisatie'. Daarop heeft de heer X namens KSD c.s. aangegeven dat KSD 2 opdrachtgever zou zijn. Gesteld noch gebleken is dat dit bij Detacom aanleiding heeft gegeven tot vragen of opmerkingen. Het contract is daarna opgesteld op naam van KSD 2. Volgens het hof valt niet in te zien dat door deze in het handelsverkeer gebruikelijke gang van zaken KSD c.s. verwarring hebben gecreëerd of laten bestaan over het identiteitsverschil tussen de bij de groep behorende entiteiten.

KSD c.s. weerspreken niet dat zij verschillende activiteiten en risico's onderbrengen in verschillende entiteiten. Het hof overweegt dat dit op zichzelf geoorloofd is. Het enkele feit dat een vennootschap binnen de groep een opdracht aanneemt, daarvoor betaling ontvangt en voor die opdracht personeel inleent van een andere entiteit binnen de groep maakt niet dat KSD c.s. misbruik maken van hun vennootschapsstructuur. Naar het oordeel van het hof heeft Detacom onvoldoende onderbouwd dat KSD c.s. gekozen hebben hun vennootschap zo in te zetten met de bedoeling hun schuldeisers te benadelen. Naar het oordeel van het hof ontbreekt tevens een deugdelijke feitelijke grondslag voor de stelling van Detacom dat KSD 2 als een lege huls dan wel doorgeefluik dient te worden beschouwd.

Naar het oordeel van het hof is tevens niet voldaan aan de vereisten voor toepassing van groepsaansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:166 lid 1 BW. Uit het hiervoor overwogene volgt immers dat hetgeen Detacom heeft aangevoerd niet de conclusie kan dragen dat een van de vennootschappen van KSD c.s. onrechtmatig heeft gehandeld.

Ten slotte heeft Detacom aangevoerd dat de heer X bij Detacom het vertrouwen heeft gewekt dat KSD Groep de vorderingen van Detacom zou voldoen. Dit betoog kan niet slagen, aldus het hof. Uit de betreffende e-mail blijkt niet dat de heer X, naast KSD 2, ook KSD Holding en KSD 1 heeft verbonden tot betaling van de vordering van Detacom. Met de enkele vermelding van KSD Groep onder de e-mail heeft de heer X niet het vertrouwen gewekt dat elke vennootschap uit de KSD Groep gehouden zou zijn tot betaling. Detacom heeft moeten begrijpen dat het betalingsvoorstel alleen van KSD 2 afkomstig was, nu KSD 2 de contractspartij van Detacom was bij de detacheringsovereenkomsten en de vordering de terugbetaling van achterstallige

facturen door KSD 2 betrof.

*F. van Schendel, december 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 26-03-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2019:1151

**Zaaknummer:** 200.216.372\_01

**Rechters:** J.W. van Rijkom, J.P. de Haan en R.J. Voorink

**Advocaten:** E.M. Uijttewaal en H.C.M. Schaeken

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 6:166 BW

## RECHTSPRAAK

### **Apotheek Eemnes (1)**

***Overdracht van aandelen in strijd met statutaire change-of-controlbepaling. Mede-aandeelhouder vordert verplichte aanbieding van de aandelen. Vordering in eerste aanleg toegewezen.***

***Bekrachtiging vonnis in hoger beroep. Objectieve maatstaven dienen bij de uitleg van statuten in beginsel centraal te staan. Wel kan bij hechte joint-ventureverhoudingen, waarbij het geschil zich alleen tussen de oprichters afspeelt, rekening worden gehouden met de bedoeling van partijen.***

Apotheek Eemnes BV ('de Apotheek') is een joint venture waarvan twee vennootschappen zowel de aandeelhouders (ieder voor 50%) als de bestuurders zijn ('AH 1 BV' en 'AH 2 BV'). De aandeelhouder van AH 1 BV, een individu ('de Belanghebbende'), richt een STAK op waaraan hij alle aandelen in AH 1 BV overdraagt. De STAK wordt hiermee dus aandeelhouder van AH 1 BV. De STAK geeft vervolgens certificaten verbonden aan de aandelen in AH 1 BV uit aan de Belanghebbende. De Belanghebbende is tevens de enig bestuurder van STAK. [SLH: in ro. 2.4. van het arrest staat dat de STAK de aandelen in de Apotheek heeft gecertificeerd, maar ik begrijp het arrest zo dat bedoeld is de aandelen in AH 1 BV].

In de statuten van de Apotheek staat een change-of-controlbepaling, onder andere inhoudende dat indien een natuurlijke of rechtspersoon als aandeelhouder van AH 1 BV of AH 2 BV toetreedt, de betreffende aandeelhouder haar aandelen in de Apotheek moet overdragen aan de andere aandeelhouder. Blijft de bewuste aandeelhouder hierbij in verzuim, dan kan de Apotheek op den duur zelf de aandelen te koop aanbieden. Bovendien wordt, zolang het verzuim duurt, het stemrecht van de betreffende aandeelhouder opgeschort.

Omdat AH 1 BV na tussenkomst van de STAK haar aandelen in de Apotheek niet heeft aangeboden aan AH 2 BV, meent deze laatste dat AH 1 BV in verzuim is. Er komt een aandeelhoudersvergadering van de Apotheek waarin op voorstel van AH 2 BV het besluit voorligt om AH 1 BV als bestuurder van de Apotheek te ontslaan. AH 1 BV stemt uiteraard

tegen, maar AH 2 BV meent dat het stemrecht van AH 1 BV wegens het verzuim is opgeschort, waardoor het voorstel wel is aangenomen. Hiernaast verzoekt AH 2 BV dat AH 1 BV haar aandelen in de Apotheek aanbiedt.

AH 1 BV stelt zich op het standpunt dat de tussenkomst van de STAK niet valt onder de hierboven bedoelde statutaire bepaling. De gedachte achter die bepaling was immers dat de aandeelhouders niet wilden dat één van hen zonder toestemming van de ander een derde bij de samenwerking zou kunnen betrekken. Omdat de Belanghebbende de enig certificaathouder is van de aandelen in AH 1 BV en tevens de enig bestuurder van de STAK, is er de facto geen sprake van een derde die bij de samenwerking is betrokken.

Het hof overweegt dat bij uitleg van de statuten, verwijzend naar de CAO-norm (zie HR 20 februari 2004, NEDERLANDS\_ECLI:NL: HR:2004:AO1427,NJ 2005/493 (*DSM/Fox*)), objectieve maatstaven bij de uitleg van de statuten in beginsel centraal dienen te staan. Wel meent het hof dat bij hechte joint-ventureverhoudingen, waarbij het geschil zich alleen tussen de oprichters afspeelt, rekening kan worden gehouden met de bedoeling van partijen (*Haviltex*-norm).

Het hof meent dat uit een taalkundige uitleg van de statuten blijkt dat ook de STAK onder de change-of-controlbepaling valt. De STAK is immers een rechtspersoon die aandeelhouder van AH 1 BV is geworden. Niet is gebleken dat partijen bij het opstellen van de statuten een STAK specifiek hadden willen uitsluiten. Het hof hecht daarbij belang aan het feit dat via een bestuurswissel op niveau van de STAK eenvoudig een derde bij de samenwerking betrokken kan worden, waardoor het juist aannemelijk is dat een STAK wel valt onder de change-of-controlbepaling. Het feit dat de Belanghebbende nu nog de enig bestuurder van de STAK is, doet daar niet aan af.

Omdat AH 1 BV in verzuim is met het aanbieden van haar aandelen in de Apotheek, zijn haar stemrechten opgeschort. Het ontslagbesluit is dus rechtsgeldig genomen. Bovendien dienen de aandelen van AH 1 BV in de Apotheek aangeboden te worden.

*S.L. Haanschoten, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 20-03-2018

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2018:2640

**Zaaknummer:** 200.190.567/01

**Rechters:** M.B. van den Beekhoven Boezem, S.M. Evers en C.J.M. Klaassen

**Advocaten:** G. Dietz en I.M.C.A. Reinders Folmer

**Wetsartikelen:** 2:8 BW

## RECHTSPRAAK

### Huis en Erf/oud-bestuurder

***Vordering woningcorporatie tegen haar oud-bestuurder tot aansprakelijkstelling voor (nog te lijden) schade als gevolg van een door de oud-bestuurder gestart project. Rechtbank en hof wijzen de vordering af, omdat de verweten gedragingen onder de verleende decharge vallen.***

Woningbouwvereniging Huis en Erf ('Huis en Erf') is een woningcorporatie die circa 3600 (woon)eenheden exploiteert. Geïntimeerde, ('de bestuurder') was van 2006 tot 2011 enig statutair bestuurder van Huis en Erf. Begin 2010 is de bestuurder onder voorbehoud van het statutair vereiste akkoord van de raad van toezicht ('RvT') van Huis en Erf akkoord gegaan met een bouwproject ter waarde van 11 miljoen euro ('het project'). Na dit besluit heeft zich het nodige afgespeeld. Zo is de bestuurder geschorst door de RvT, welke schorsing vrij snel is opgeheven door de kantonrechter. Ook is er een toezichthouder aangewezen op verzoek van de algemene vergadering. De RvT weigert initieel om toestemming voor het bouwproject te geven. Uiteindelijk is een e-mail van de RvT door de bestuurder, in overleg met het managementteam en de toezichthouder, geïnterpreteerd als akkoord voor het project. Daarnaast is de conceptbegroting voor 2011, waarin het project genoemd wordt, goedgekeurd door de RvT. Twee maanden later, in februari 2011, is de bestuurder op verzoek van Huis en Erf door de kantonrechter ontslagen. In juni 2011 worden de jaarrekening en het jaarverslag van 2010 goedgekeurd door de algemene vergadering en wordt de bestuurder decharge verleend. In die vergadering worden de slechte financiële positie en het feit dat de financiering voor het project nog niet rond is eveneens besproken.

In de procedure bij de rechtbank vordert Huis en Erf dat voor recht wordt verklaard dat de bestuurder op grond van artikel 2:9 en/of 6:162 BW aansprakelijk is jegens Huis en Erf voor de geleden en nog te lijden schade die het gevolg is van zijn handelswijze in verband met het project. De rechtbank heeft de vordering afgewezen omdat de algemene vergadering, die volledig bekend was met de handelswijze van de bestuurder, de bestuurder decharge heeft verleend.

In hoger beroep betoogt Huis en Erf dat geen kwijting is verleend aan de bestuurder, maar aan de interim-bestuurder die met ingang van 15 februari 2011 is aangetreden en verantwoordelijk was voor het jaarverslag. Het hof overweegt dat de verslagperiode niet op de interim-bestuurder maar op de bestuurder betrekking had. Daar komt bij dat de bestuurder altijd de enige bestuurder is geweest, op een korte schorsing na. De kwijting ziet volgens het hof dan ook op de bestuurder.

Huis en Erf stelt verder in hoger beroep dat het project weliswaar in het jaarverslag wordt genoemd, maar dat de verweten handelingen zélf niet uit het jaarverslag blijken. Het hof gaat hier niet in mee en oordeelt dat de algemene vergadering van Huis en Erf vaak, ook tijdens extra ingelaste vergaderingen, geïnformeerd is over de gang van zaken rond het project. Daaronder viel ook informatie over de fundamentele kritiek op het bestuur, de vertrouwensbreuk met de RvT en de gebrekkige gang van zaken rondom de financiële kant van het project. Terwijl de algemene vergadering over deze gegevens beschikte en het jaarverslag uitgebreid heeft besproken, heeft zij zonder voorbehoud kwijting verleend.

Tot slot gaat het hof in op de vordering van Huis en Erf op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De rechtbank oordeelde hieromtrent dat er geen grond was voor deze vordering, gelet op de afwijzing van de vordering ex artikel 2:9 BW. Het hof oordeelt in lijn hiermee dat de vordering uit onrechtmatige daad op dezelfde feitelijke grondslag berust en evenzeer door de verleende kwijting wordt gedekt.

Alle grieven falen derhalve en het vonnis van de rechtbank wordt bekrachtigd. Huis en Erf wordt veroordeeld in de kosten van het geding.

*F.C.W. Wijffels, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 22-10-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2019:3820

**Zaaknummer:** 200.248.181/01

**Rechters:** M.P. van Achterberg, J.M. de Jongh en Chr.M. Stokkermans

**Advocaten:** A.P.P. Witteveen en J. Ekelmans

**Wetsartikelen:** 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

**APB/Bestuurders KTP**

***Vordering van opdrachtnemer tot betaling onbetaald gebleven facturen van inmiddels failliete vennootschap door de (feitelijk) bestuurders van die vennootschap. Afwijzing eerste grondslag; dat een (mondelinge) overeenkomst tot stand is gekomen tussen opdrachtnemer en de (feitelijk) bestuurders. Afwijzing tweede grondslag; beroep op bestuurdersaansprakelijkheid vanwege het onbetaald blijven van verschuldigde facturen (Ontvanger/Roelofsen).***

APB Management B.V. ('APB') heeft, op basis van een mondeling gegeven opdracht, in 2015 onder meer stucwerk verricht aan een appartementencomplex in Haarlem. Hiervoor heeft zij wekelijks facturen verzonden naar KTP Brandpreventie B.V. ('KTP'). Voor de betaling van een aantal van deze facturen heeft APB KTP gedagvaard. KTP is bij verstek veroordeeld tot betaling van deze facturen. Een week later wordt KTP failliet verklaard.

APB richt haar pijlen vervolgens op de feitelijk bestuurders van KTP ('de Geïntimeerden'). APB vordert betaling van hen, en baseert zich hierbij op twee gronden. Ten eerste dat tussen APB en de Geïntimeerden een (mondelinge) overeenkomst tot stand is gekomen, op basis waarvan de verschuldigde facturen onbetaald zijn gebleven. Ten tweede dat de Geïntimeerden uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid aansprakelijk zijn jegens APB voor het onbetaald blijven van de door KTP aan APB verschuldigde facturen. De rechtbank heeft alle vorderingen afgewezen, vanwege onvoldoende onderbouwing.

In hoger beroep worden dezelfde twee gronden behandeld door het hof. Het hof begint met de behandeling van de eerste grond en overweegt dat de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam optreedt, moet worden beoordeeld aan de hand van de criteria die de Hoge Raad heeft verwoord in het *Kribbebijter*-arrest (HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1877). Nu een vennootschap slechts kan spreken bij monde van haar bestuurders, kan uit het feit dat het de Geïntimeerden als bestuurders waren die het feitelijk contact met APB verzorgden per telefoon of per sms, bezwaarlijk worden geconcludeerd dat de Geïntimeerden het doel hadden zich persoonlijk te binden.

Dan behandelt het hof de tweede grond. In navolging van de rechtbank toetst het hof aan de hand van het arrest *Ontvanger/Roelofsen* (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758), recentelijk bevestigd in HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 (*X c.s./TMF c.s.*), of de Geïntimeerden als bestuurders van de vennootschap jegens APB aansprakelijk zijn.

Het hof wijst het beroep van APB op bestuurdersaansprakelijkheid af. Hetgeen APB stelt komt grotendeels neer op een herhaling van het normatieve criterium inzake bestuurdersaansprakelijkheid, met summiere feitelijke inkleuring. Uit de verwijzing naar feitelijkeheden valt op begrijpelijke wijze niet te herleiden hoe daarmee invulling kan worden gegeven aan het bestaan van een persoonlijk ernstig verwijt bij de Geïntimeerden. Ook de omstandigheid dat de Geïntimeerden bij eerdere faillissementen van vennootschappen en verhaalsonttrekkingen betrokken zijn geweest, kan APB niet baten, nu uit deze nauwelijks onderbouwde stelling, niet geconcludeerd kan worden dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt APB in de kosten van het hoger beroep.

*T.M. Goudzwaard, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 17-09-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2019:7601

**Zaaknummer:** 200.213.471/01

**Rechters:** G. van Rijssen, B.J.H. Hofstee en S.E. Vlaanderen-Schüttenheim

**Advocaten:** A.A. Westers en O.M.M. Philips

**Wetsartikelen:** 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **Verzoekers/Coöperatieve Aankoopvereniging ‘Den Ham’ C.S.**

***OK; enquête. Verzoek tot het mogen overleggen van het onderzoeksverslag in rechtbankprocedure afgewezen.***

Een maatschap bestaande uit drie rechtspersonen (resp. ‘de maatschap’ en ‘A’, ‘B’ en ‘C’), samen met nog 30 andere rechtspersonen verzoeker, houdt zich bezig met het fokken en houden van melkvee en varkens voor de consumptieve sector. Coöperatieve Aankoopvereniging ‘Den Ham’ U.A. (‘Den Ham’), verweerster, heeft in 2015 een (koop)overeenkomst gesloten met de maatschap op grond waarvan Den Ham € 300.000 beschikbaar stelt aan de maatschap en de maatschap zich verplicht mengvoer van Den Ham af te nemen (‘de overeenkomst’). In 2016 hoort de maatschap van vermeende misstanden bij Den Ham en staakt zij haar betalingen. Samen met een aantal andere leden van Den Ham verzoekt zij tot het gelasten van een enquêteverzoek. De resultaten van het onderzoek, dat plaatsvond in 2018, hebben bij de griffie van de OK ter inzage gelegen. Er is destijds geen verzoek ex artikel 2:355 BW gedaan.

Heden is een procedure bij de Rechtbank Almelo gaande waarin Den Ham € 80.000 vordert uit hoofde van de overeenkomst; de maatschap en A, B en C vorderen in reconventie een schadevergoeding van € 90.000 voor het leveren van gebrekkig mengvoer (‘de procedure’). Verzoekers hebben in dat kader de voorzitter van de OK verzocht primair voor recht te verklaren dat zij geen machtiging ex artikel 2:353 lid 3 BW nodig hebben om het verslag van voornoemd onderzoek te overleggen in de rechtbankprocedure. Subsidiair verzoeken zij, eveneens op grond van artikel 2:353 lid 3 BW, hen te machtigen mededelingen te mogen doen over het onderzoeksverslag aan derden ofwel het onderzoeksverslag in de rechtbankprocedure te mogen inbrengen. Zij leggen hieraan ten grondslag dat de machtiging niet vereist is omdat Den Ham en zij de enige partijen zijn in de procedure en zij het verslag reeds kennen. Zij zijn daarom geen ‘derde’ in de zin van artikel 2:353 BW. Den Ham verzoekt de OK primair de verzoeken af te wijzen, althans het subsidiaire verzoek beperkt en voorwaardelijk toe te wijzen. Verschillende belanghebbenden hebben zich achter Den Ham geschaard.

De OK wijst het primaire verzoek af en overweegt daartoe dat, indien het verslag wordt overlegd, anderen bekend kunnen raken met de inhoud daarvan, aangezien terechtzittingen openbaar zijn en uitspraken veelal worden gepubliceerd. Zonder machtiging van de voorzitter van de OK kan het verslag dan ook niet door verzoekers worden overlegd.

Aan het subsidiaire verzoek leggen verzoekers ten grondslag dat zij willen voldoen aan hun verplichting ex artikel 21 Rv. In de procedure willen zij aantonen dat het onderzoek wat betreft de kwaliteit van het voer onvolledig c.q. onjuist was en vragen zij een deskundige te benoemen. Omdat verzoekers verwachten dat Den Ham stelt dat het onderzoeksverslag aantoonde dat geen gebrekkig mengvoer is geleverd, menen zij dat zij in hun bewijspositie worden geschaad als zij het verslag niet kunnen inbrengen. De OK gaat hierin niet mee: het staat verzoekers vrij om in de rechtbankprocedure te zeggen waarop het onderzoek betrekking had, maar zij zijn op grond van artikel 21 Rv niet verplicht het verslag in te brengen, hetgeen zonder machtiging van de voorzitter ook niet is toegestaan. Daar komt aldus de OK bij dat verzoekers onvoldoende belang hebben om de vertrouwelijkheid van het verslag te doorbreken. Zij willen het onderzoek namelijk niet gebruiken om iets over de gang van zaken te zeggen, maar enkel om nakoming van contractuele verplichtingen te bewerkstelligen. Ook het subsidiaire verzoek wordt afgewezen.

De voorzitter van de OK ziet geen reden voor een proceskostenveroordeling.

*F.C.W. Wijffels, december 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 12-09-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2019:3757

**Zaaknummer:** 200.224.904/03 OK

**Rechters:** G.C. Makkink

**Advocaten:** C.P.B. Kroep, S. Erkel, A.N. Stoop, C.I. Corsten, P.F. Schepel en P.J. van der Korst

**Wetsartikelen:** 2:353 lid 3 BW en 21 Rv

## RECHTSPRAAK

### **EmVeDee/MD-Square c.s.**

#### ***OK; enquête. Afwijzing van het verzoek tot het bevelen van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen.***

EmVeDee B.V. ('EmVeDee') bezit een derde van de aandelen in en is statutair bestuurder van MD-Square B.V. ('MD-Square'), een vennootschap die holding is van dochtermaatschappij MD-Projects B.V. ('MD-Projects'). De andere twee aandeelhouders van MD-Square zijn eveneens statutair bestuurder van deze vennootschap. Bij aandeelhoudersbesluit van 15 april 2019 is EmVeDee ontslagen als bestuurder van MD-Square en is besloten de managementovereenkomst met EmVeDee te beëindigen.

EmVeDee heeft bij verzoekschrift de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van MD-Square en MD-Projects en onmiddellijke voorzieningen te treffen. Ter toelichting heeft EmVeDee – kort samengevat – het volgende naar voren gebracht:

de administratie van MD-Projects bevat talloze onregelmatigheden die wijzen op het re-alloceren van vermogen en activiteiten, teneinde het aan EmVeDee toe te rekenen deel van de onderneming 'af te slanken'; de informatieverstrekking aan EmVeDee is onvoldoende; het ontslag van EmVeDee is onterecht, onnodig en onwenselijk; door de conflicten tussen de aandeelhouders/bestuurders is onrust in de onderneming ontstaan, waardoor belangrijke medewerkers en klanten vertrekken en MD-Square en MD-Projects niet meer in staat zijn aan hun overeengekomen verplichtingen jegens hun klanten te voldoen; en er is een onjuist dividendbeleid vastgesteld.

De OK oordeelt als volgt. Er zijn onvoldoende aanwijzingen van onregelmatigheden in de boekhouding zoals door EmVeDee betoogd, die meebrengen dat in zoverre aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van MD-Square en MD-Projects moet worden getwijfeld. Ook ten aanzien van het verwijt aangaande de informatievoorziening is EmVeDee er niet in geslaagd haar standpunt dat de haar gegeven informatie afwijkt van de realiteit voldoende te concretiseren. De OK overweegt voorts dat EmVeDee niet in rechte is opgekomen tegen haar

ontslag en evenmin heeft aangevoerd dat het ontslag is gegeven in strijd met de daarvoor krachtens de wet en de statuten van MD-Square geldende regels. In deze procedure moet daarom van de rechtsgeldigheid van het tot ontslag strekkende besluit worden uitgegaan. Ten slotte staat als onvoldoende bestreden vast dat de besluitvorming over de winstbestemming 2018 nog moet plaatsvinden. Pas wanneer die besluitvorming is uitgekristalliseerd, kan worden beoordeeld of aan de maatstaf van artikel 2:350 lid 1 BW is voldaan.

De verzoeken van EmVeDee worden daarom afgewezen.

*T.A.A.M. van Kemenade, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 11-09-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2019:3393

**Zaaknummer:** 200.262.173/01

**Rechters:** G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, C.C. Meijer, E. Eeftink en W. Wind

**Advocaten:** D.J.J. Folgering, L. Krieckaert en C.L. Kruse

**Wetsartikelen:** 2:350 lid 1 BW

## RECHTSPRAAK

### **Vsquare/Vita Square**

***OK; Enquête. Geschil tussen joint-venturepartners in het kader van financiële problemen bij de vennootschap. Afwijzing verzoek, geen schending informatieplicht, terughoudende toetsing investeringsbeslissingen in kader beleidsvrijheid bestuur.***

Vita Square B.V. ('Vita Square') is een vennootschap die zich bezighoudt met het ontwikkelen en produceren van ingrediënten voor de babyvoedings- en medische voedingsindustrie. Vita Square heeft twee aandeelhouders: Vsquare Holding B.V. ('Vsquare') (25%) en Vitablend Holding B.V. ('Vitablend') (75%). Een aandeelhouder van Vsquare ('de Vsquare Bestuurder') vormt samen met Vitablend en een derde persoon het bestuur van Vita Square.

De aandelen- en bestuursverhouding lagen aanvankelijk anders. In 2014 trad N.V. NOM, Investerings- en Ontwikkelingsmaatschappij voor Noord-Nederland ('NOM') toe als aandeelhouder. Toen hadden NOM, Vsquare en Vitablend allen een derde van de aandelen. Nadat het toetreden van NOM, werd Vitablend enig bestuurder van Vita Square en werd een raad van commissarissen ingesteld. De Vsquare Bestuurder verrichte toen werkzaamheden op basis van een managementovereenkomst tussen Vsquare en Vita Square. Zijn verantwoordelijkheden waren onder andere het leiding geven aan de R&D Nutrition-afdeling, het budget en de marktstrategie.

De huidige aandelenverhouding ontstond in 2016, toen Vitablend de aandelen van NOM overnam, samen met een deel van de door Vsquare gehouden aandelen. In dit kader werd ook een nieuwe joint venture overeenkomst afgesloten, waarin bepaalde elementen van de governance werden veranderd. Zo werd afgesproken dat het bestuur tijdig kwartaalcijfers moest verstrekken, alsmede de informatie die de aandeelhouders redelijkerwijs nodig hebben. Vsquare kreeg vergaande aandeelhoudersrechten.

Vita Square kreeg last van financiële problemen. Er ontstond een flinke additionele financieringsbehoefte, het eigen vermogen was zwaar negatief en er moest flink worden bijgestort.

De financiële malaise vormt een van de redenen voor Vsquare om een enquêteverzoek in te dienen. Ter ondersteuning van het enquêteverzoek, brengt Vsquare het volgende naar voren: (i) de verstrekking van financiële informatie aan Vsquare en de Vsquare Bestuurder is gebrekkig, (ii) er is sprake van financieel wanbeleid, (iii) zonder overleg met de Vsquare Bestuurder zijn de overige bestuursleden ongunstige financiering aangegaan met Vitablend, (iv) het bestuur heeft de financiële positie van Vita Square opzettelijk laten verslechteren en (v) de joint venture overeenkomst wordt niet nagekomen.

Bij haar beoordeling van het verzoek stelt de OK voorop dat Vsquare als aandeelhouder een bijzondere positie binnen Vita Square had. In de joint venture overeenkomst had zij ten aanzien van meerdere belangrijke onderwerpen een vetorecht of vergaande inspraak. Vsquare was zodoende minderheidsaandeelhouder, maar had alsnog een sterke positie binnen de vennootschap.

Onder andere omdat de Vsquare Bestuurder niet in staat was een voorbeeld te noemen van een concrete vraag om informatie die nog onbeantwoord is gebleven, en hij als bestuurder toegang tot alle relevante informatiebronnen had, oordeelt de OK dat het verwijt van gebrekkige informatieverstrekking ongegrond is. De verwijten dat alles buiten de Vsquare Bestuurder om is gegaan, kan de OK niet volgen. In de hoedanigheid van bestuurder was hij volledig op de hoogte.

De overige verwijten zijn volgens de OK onvoldoende onderbouwd, of betreffen investeringsbeslissingen van de onderneming. Deze investeringsbeslissingen toetst de OK terughoudend, aangezien het bepalen van de strategie in beginsel tot de beleidsvrijheid van het bestuur behoort. De OK concludeert dat geen van de verwijten aanleiding geven tot het aannemen van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.

*J.M. Schepel, november 2019*

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 07-05-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2019:1608

**Zaaknummer:** 200.251.793/01 OK

**Rechters:** A.W.H. Vink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, G. Boon en W. Wind

**Advocaten:** K.S. Guldemon, D.A.Q. Willemse, J.W. Leedekerken en K. Notenboom

**Wetsartikelen:** 2:245 BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

## **O&T Kindercentra B.V.**

### ***OK; enquête. Ontheffingsverzoek tijdelijk bestuurder en beheerder van de aandelen wegens financiële tekortkoming. Afwijzing verzoek tot veroordeling in de werkelijke proceskosten.***

De OK heeft bij eerdere beschikkingen een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken bij O&T Kindercentra B.V. ('O&T') over de periode vanaf 20 juni 2013. Daarnaast heeft de OK met ingang van 30 juli 2018:

besloten een nader aan te wijzen onderzoeker te benoemen; A en B geschorst als bestuurders van O&T; drs. H.C. van Eyck van Heslinga benoemd als tijdelijk bestuurder; en bepaald dat de aandelen in O&T – met uitzondering van één aandeel van ieder van de aandeelhouders – ten titel van beheer zijn overgedragen aan mr. H.F. Doeleman.

B heeft de OK later verzocht:

A te ontslaan als bestuurder van O&T; de schorsing van B als bestuurder van O&T op te heffen; Van Eyck van Heslinga te ontheffen uit haar functie van bestuurder; het gelaste onderzoek nader aan te houden; en A te veroordelen in de werkelijke proceskosten op grond van artikel 289 Rv.

A heeft bij verweerschrift geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek en verzocht B te veroordelen in de proceskosten.

Bij brief van 21 februari 2019 heeft Van Eyck van Heslinga de OK verzocht haar te ontheffen uit haar functie als tijdelijk bestuurder van O&T nu de vennootschap over onvoldoende liquide middelen beschikt om haar declaraties te voldoen en evenmin zekerheid kan stellen. Doeleman heeft bij brief van 22 februari 2019 om gelijke redenen verzocht hem te ontheffen als beheerder van de aandelen.

De OK stelt partijen hierop in de gelegenheid om zich uit te laten over (i) de verzoeken van de tijdelijk bestuurder en de beheerder en (ii) de verdere voortgang van de procedure, met name over de vraag of de kosten van de onmiddellijke voorzieningen en een onderzoek zullen worden betaald.

B trekt hierop haar verzoek tot het treffen van aanvullende onmiddellijke voorzieningen in, maar handhaaft het verzoek om een werkelijke proceskostenveroordeling op de voet van artikel 289 Rv.

De OK ontheft Van Eyck van Heslinga en Doeleman uit hun functies, omdat is gebleken dat hun declaraties onbetaald blijven en de aandeelhouders niet bereid of niet in staat zijn om die kosten voor te schieten.

De OK constateert voorts dat er, vanwege het gebrek aan financiële middelen bij O&T en het ontbreken van uitzicht op het (alsnog) verkrijgen van die middelen, en gelet op het uitblijven van een concreet voorstel tot financiering van de kosten van het bevolen onderzoek en de getroffen onmiddellijke voorzieningen, geen reëel uitzicht bestaat op voortgang van de procedure en het afronden van het bevolen onderzoek. Het onderzoek en de getroffen onmiddellijke voorzieningen in O&T worden derhalve per direct beëindigd.

Voor een veroordeling van B in de kosten voor de onmiddellijke voorzieningen en de werkelijke proceskosten, bestaat volgens de OK geen grond. Hierover is reeds bij eerdere beschikking beslist. De kosten voor de getroffen onmiddellijke voorzieningen, in dit geval de werkzaamheden van Van Eyck van Heslinga en Doeleman, komen ten laste van O&T. Daarnaast draagt elke partij haar eigen kosten.

De OK:

ontheft Van Eyck van Heslinga als bestuurder; ontheft Doeleman als beheerder; stopt het bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van O&T en beëindigt de getroffen onmiddellijke voorzieningen; en verklaart B niet-ontvankelijk in haar verzoek tot het treffen van aanvullende onmiddellijke voorzieningen.

*C. Groen, november 2019*

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 18-03-2019

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2019:890

**Zaaknummer:** 200.235.091/01 en 02 OK

**Rechters:** A.J. Wolfs, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, P.M. Verboom en D.E.M. Aleman

**Advocaten:** J.J. Wittekamp, P. Wezelenburg, P. Quist en J.G. Mulder

**Wetsartikelen:** 2:349a BW en 289 Rv