

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 03, 2020

Nummer 3, 2020

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:2020:73](#) 17-01-2020

Selectieve betalingen en bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:23](#) 10-01-2020

Trest/Verweerder

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:105](#) 07-01-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege selectieve betaling

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:2](#) 07-01-2020

Leidse Moskee/Bouwbureau

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:11265](#) 31-12-2019

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onbehoorlijk bestuur en onrechtmatig handelen

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:4711](#) 31-12-2019

X/Froger q.q.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3331](#) 24-12-2019

Medisch specialist/Ziekenhuis en maatschap van medisch specialisten

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4332](#) 03-12-2019

Arros c.s./Arnold Maassen Holding c.s. II

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295](#) 03-12-2019

Ontbinding ZED+

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:9529](#) 05-11-2019

Paas Totaalafbouw/Schuler Beheer

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3591](#) 19-09-2019

Enquêteverzoek ingediend door curatoren van bestuurder (natuurlijk persoon) van aandeelhouder (vennootschap)

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222](#) 03-09-2019

Arros c.s./Arnold Maassen Holding c.s.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3127](#) 27-08-2019

A c.s./LSVW Groep

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3312](#) 25-06-2019

Bestuurders niet aansprakelijk voor niet voldoen contractuele boete

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:1583](#) 07-05-2019

Equity Europe/Stanley

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:511](#) 22-01-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid afgewezen wegens gebrek aan schade

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:407](#) 21-01-2020

Selectieve betaling bij turboliquidatie

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:10459](#) 18-12-2019

X/VROZ

Annotatie

[Onnodige acrobatiek voor een aansprakelijk circus](#)

M. Mussche

Annotatie

[Onnodige acrobatiek voor een aansprakelijk circus](#)

M. Mussche

Annotatie

[Over de verzoekende pandhouder in het enquêterecht en voorlopige voorzieningen voor toewijzing onderzoek](#)

H. Koster

Annotatie

[De prospectusplicht bij executoriale verkoop van \(certificaten van\) aandelen](#)

S.C.M. de Visser-Wiggers

Annotatie

[De turboliquidatie en de belangen van crediteuren](#)

prof. mr. E.C.H.J. Lokin

Annotatie

[Commentaar bij Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, LJN BV3753 \(Fortis Votron Lippens en Mittler\)](#)

M.H.C. Sinninghe Damsté

Annotatie

['Ik ben overal tegen. Tot ik een besluit neem, dan ben ik ervoor. Lijkt me logisch.' \(Johan Cruijff\)](#)

D.J.F.F.M. Duynstee

Annotatie

[Commentaar bij Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam 7 februari 2012, LJN BV7329 \(Chinese Workers\)](#)

H. Koster

Annotatie

[Commentaar bij Rechtbank Amsterdam 25 januari 2012, LJN BV6199 \(Sveba\)](#)

M. Mussche

Annotatie

[Commentaar bij Rechtbank Rotterdam 11 januari 2012, LJN BV1956 \(Schiedamse maatschap huisartsen\)](#)

H. Koster

Annotatie

[Commentaar bij HR 25 februari 2011, LJN BO7067 \(Inter Acces Groep\)](#)

prof. mr. E.C.H.J. Lokin

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid afgewezen wegens gebrek aan schade

Eisers stellen een vordering in tegen de garant, die wordt toegewezen. De vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid jegens de bestuurders van de moeder wordt echter afgewezen, omdat de contractwissel niet tot schade heeft geleid. Indien de overeenkomst niet was overgegaan op de moeder, zouden eisers niet in een gunstigere situatie hebben verkeerd.

Een in Kroatië gevestigde rechtspersoon, door de rechtbank en ook hier aangeduid als 'bedrijf 3', heeft zich in maart en april 2017 jegens eisers bij overeenkomst verbonden tot vervaardiging en levering van een aantal substations. De substations zouden geleverd worden in Coevorden en waren bestemd voor projecten in een olieveld in Irak. Op verzoek van bedrijf 3 is deze overeenkomst in juni 2017 beëindigd en is een nieuwe overeenkomst gesloten met gedaagde 1, de holdingvennootschap van bedrijf 3. De reden voor deze 'contractwissel' was gelegen in de financiële situatie van bedrijf 3. De moedervernootschap van gedaagde 1, in de uitspraak aangeduid als AKB (bv), heeft zich garant gesteld voor de nakoming van deze overeenkomsten. De substations zijn niet tijdig geleverd door gedaagde 1, waarop eisers met gedaagde 1 hebben afgesproken dat de substations naar Nederland zouden worden getransporteerd, zodat ze daar konden worden afgemaakt.

In juli 2018 hebben eisers gedaagde 1, twee bestuurders van gedaagde 1 en AKB gedagvaard en een verklaring voor recht gevorderd dat gedaagden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door eisers geleden schade. In oktober 2018 is gedaagde 1 in Kroatië failliet verklaard. Uit artikel 29 IVO (herschikking) volgt dat de gevolgen van een insolventieprocedure voor lopende rechtsvorderingen beheerst worden door het recht van de lidstaat waar deze rechtsvordering aanhangig is. In artikel 32 Fw is artikel 29 Fw van overeenkomstige toepassing verklaard indien in een andere lidstaat van de Europese Unie een insolventieprocedure is geopend die op grond van artikel 5 lid 3 IVO in Nederland moet worden erkend. De rechtbank schorst daarom de procedure ten aanzien van gedaagde 1 op grond van artikel 32 jo. 29 Fw.

De vorderingen tegen AKB als garant worden toegewezen. De vorderingen tegen de bestuurders van gedaagde 1 worden afgewezen, omdat de contractwissel niet tot schade heeft geleid. Indien de overeenkomst niet was overgegaan op gedaagde 1, zouden eisers niet in een gunstigere situatie hebben verkeerd. Bedrijf 3 was namelijk een lege vennootschap en is reeds in december 2017 failliet verklaard. Tijdens de comparitie hebben eisers nog de stelling ingenomen dat één van de twee bestuurders ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, omdat hij substantiële bedragen zou hebben onttrokken aan het vermogen van gedaagde 1. De rechtbank wijst deze stelling, die voornamelijk gebaseerd is op het verweer van de andere bestuurder, af als onvoldoende onderbouwd. Nu deze stelling, die neerkomt op een wijziging van de gronden van de eis, pas is aangevoerd bij comparitie, ziet de rechtbank geen aanleiding om eisers in de gelegenheid te stellen deze stelling nader te onderbouwen.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:511

Zaaknummer: C/10/560110 / HA ZA 18-966

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: M.M. van Leeuwen, J.P. Hellinga en A.N. Broekhoven

Wetsartikelen: 29 Fw, 32 Fw, 29 IVO en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Selectieve betaling bij turboliquidatie

Een stichting die een voetveer exploiteerde, is ontbonden. Voor ontbinding is het vermogen van de stichting vereffend, door in ieder geval de vordering van een van de twee bestuurders grotendeels te voldoen. De bestuurders hebben hiermee onrechtmatig gehandeld jegens een schuldeiser die onbetaald is gebleven.

Twee personen zijn bestuurder van een stichting die een voetveer exploiteerde tussen Gelderland en Noord-Brabant. Op 12 april 2017 is eiser, een aannemingsbedrijf, bij verstek veroordeeld bijna € 25.000 te betalen aan de stichting. Dit vonnis is door de stichting ten uitvoer gelegd door middel van het leggen van derdenbeslag. Het aannemingsbedrijf heeft verzet ingesteld en de stichting begin december 2017 aansprakelijk gesteld wegens onrechtmatige beslaglegging. Kennelijk is de vordering van de stichting naar aanleiding van het ingestelde verzet afgewezen. Op 23 oktober 2019 heeft de Rechtbank Gelderland voor recht verklaard dat de beslaglegging door de stichting onrechtmatig was. De stichting is veroordeeld om de schade die het aannemersbedrijf hierdoor geleden heeft te vergoeden.

Eind december 2017 en begin januari 2018 is het vermogen van de stichting vereffend. Omdat bestuurder 1 een vordering had op de stichting, is het voetveer met een boekwaarde van € 51.182,35 overgedragen aan bestuurder 1 en is een bedrag van ongeveer € 19.584,94 aan bestuurder 1 betaald. Na deze inbetalinggeving en betaling resteerde nog een vordering van ongeveer € 8.000 van de bestuurder op de stichting. Bestuurder 2 had een vordering op de stichting van € 21.500, die ook nog betaald zou worden. In februari 2018 is de stichting bij bestuursbesluit ontbonden.

In deze procedure stelt het aannemersbedrijf de bestuurders van de stichting aansprakelijk,

omdat zij in aanloop naar de ontbinding van de stichting onrechtmatig selectief hebben betaald aan bestuurder 1. De rechtbank overweegt dat op het moment van de vereffening en ontbinding weliswaar niet in rechte vaststond dat het aannemingsbedrijf een vordering had op de stichting wegens onrechtmatige beslaglegging, maar de bestuurders wisten wel dat het aannemingsbedrijf een vordering pretendeerde te hebben. Ook was de stichting reeds aansprakelijk gesteld door het aannemingsbedrijf. Bovendien stond een deel van de schade vast, omdat de stichting beslag had gelegd boven het bedrag waarvoor de vordering van de stichting was toegewezen. Tot slot had het aannemingsbedrijf op het moment van de vereffening reeds een kortgedingdagvaarding uitgebracht tot schorsing van de executie. Onder deze omstandigheden mocht het bestuur naar het oordeel van de rechtbank niet uitsluitend de vordering van bestuurder 1 voldoen en vorderingen van andere schuldeisers onbetaald laten.

Het verweer van de bestuurders dat de stichting in financiële problemen verkeerde, doet niet af aan de onrechtmatigheid van de selectieve betalingen. Onder deze omstandigheden had het bestuur het faillissement moeten aanvragen of een vereffenaar moeten aanstellen. Het bestuur mocht in ieder geval niet een van de bestuurders bevoordelen boven de overige schuldeisers.

Bestuurder 2 heeft ter zitting nog een disculpatieverweer gevoerd. De rechtbank wijst dit verweer af, omdat door bestuurder 2 onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld voor disculpatie. Bestuurder 2 heeft ingestemd met de ontbinding en was betrokken bij de feitelijke vereffening, zodat zij naar het oordeel van de rechtbank hoofdelijk aansprakelijk is voor de geleden schade.

De rechtbank berekent de hoogte van de schade door eerst de totale schuldenlast van de stichting te delen door het vermogen van de stichting dat is vereffend. Wat omvang van het vermogen betreft, gaat de rechtbank uit van de boekwaarde van het voetveer, het bedrag dat is overgemaakt aan de bestuurder, de resterende vordering van bestuurder 1 en de vordering van bestuurder 2 op de stichting. Hoewel uit de overgelegde stukken niet volgt dat deze laatste vorderingen zijn voldaan, gaat de rechtbank hiervan uit omdat het de bedoeling van de bestuurders was om deze vorderingen te voldoen. Op basis van deze berekening zouden schuldeisers bij de vereffening 83% van hun vordering voldaan hebben gekregen. De schade die is veroorzaakt door de selectieve betaling, is daarom 83% van de schade die geleden is door

de onrechtmatige beslaglegging.

H.J. de Kloe, februari 2020

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 21-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:407

Zaaknummer: NL19.11533

Rechters: K.H.A. Heenk

Advocaten: S.A. van Snippenburg en T.G.G. Raijmakers

Wetsartikelen: 2:23c BW, 2:9 BW en 6:109 BW

RECHTSPRAAK

Selectieve betalingen en bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW

Een bestuurder van een vennootschap is niet persoonlijk aansprakelijk jegens een vennootschapsschuldeiser op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap één of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven die vennootschapsschuldeiser.

Verweersters 1 en 2 zijn direct respectievelijk indirect bestuurder van A B.V., een vennootschap die handelde in diepgevroren vlees en gevogelte. Verweester 1 was voorts enig aandeelhouder en bestuurder van D B.V., een vennootschap die een uitzendbureau exploiteerde.

Op 4 december 2014 heeft verweester 1 het faillissement van A B.V. aangevraagd. Op 12 december 2014 kwam nog een factuur van € 29.711,55 binnen van Limes International Taks + Expat B.V. (hierna: Limes). Deze factuur is door D B.V. in opdracht van A B.V. op 22 december 2014 voldaan; A B.V. heeft het bedrag vervolgens ten gunste van D B.V. geboekt in rekening-courant. Op 6 januari 2015 is A B.V. failliet verklaard.

De curator in dat faillissement deed in eerste aanleg een beroep op de faillissementspauliana en onrechtmatig handelen van de direct en indirect bestuurder van A B.V. en vorderde betaling van € 29.711,55. In hoger beroep bleef over een vordering op grond van onrechtmatige daad op de grond dat de direct en indirect bestuurder van A B.V. hebben bewerkstelligd dat A B.V. (via D B.V.) op 22 december 2014 de factuur van Limes heeft betaald, terwijl de directe bestuurder (thans verweester 1) op 4 december 2014 het faillissement van A B.V. al had aangevraagd. (Ook) bij het hof strandde deze vordering.

In cassatie staat de vraag centraal of een bestuurder van een vennootschap onrechtmatig handelt jegens onbetaald gebleven schuldeisers van die vennootschap als hij het faillissement van die vennootschap heeft aangevraagd en daarna een schuldeiser selectief betaalt,

behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. De Hoge Raad beantwoordt die vraag ontkennend: 'Een bestuurder van een vennootschap is niet persoonlijk aansprakelijk jegens een vennootschapsschuldeiser die is benadeeld wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering, op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven die vennootschapsschuldeiser.' De aansprakelijkheid van de bestuurder moet, ook in dit soort gevallen van betalingen in het zicht van faillissement, beoordeeld worden aan de hand van de in de rechtspraak ontwikkelde maatstaf of het handelen van de bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Het hof heeft deze maatstaf gehanteerd en toegepast op een wijze die geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en ook niet onbegrijpelijk is. Het cassatieberoep van de curator wordt daarom verworpen.

O. Oost, februari 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-01-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:73

Zaaknummer: 18/01948

Rechters: C.E. Du Perron, M.J. Kroeze, C.H. Sieburg, H.M. Wattendorf en C.A. Streefkerk

Advocaten: R.D. Boesveld en J. van der Beek

Wetsartikelen: 6:162 BW en 36 InvW

RECHTSPRAAK

Trest/Verweerder

Ontbinding koopovereenkomst. Russische koper eist terugbetaling aanbetaling. Arbitraal vonnis toegewezen jegens ontbonden cv. Koper stelt vordering uit onrechtmatige daad in jegens vertegenwoordiger van de CV (Verweerder). Verweerder probeert aansprakelijkstelling te voorkomen en stelt dat niet met de CV maar met de BV is gecontracteerd. Rechtbank wijst vordering uit onrechtmatige daad toe. Hof vernietigt vonnis in hoger beroep. In cassatie houdt de uitspraak van het hof geen stand, omdat het hof buiten de rechtsstrijd is getreden door in strijd met artikel 24 Rv de feitelijke grondslag van partijen aan te vullen.

A C.V. ('de CV') was een Nederlands bedrijf dat zich bezighield met de productie van pijpleidingen. Verweerder vertegenwoordigde de CV. De CV is op 3 mei 2013 ontbonden, terwijl de dag ervoor A B.V. ('de BV') is opgericht. De BV is op hetzelfde adres als de CV gevestigd en verricht dezelfde activiteiten. Verweerder houdt indirect alle aandelen in de BV en is tevens bestuurder. Op 17 mei 2013 heeft de BV een overeenkomst gesloten met het Russische Vankorneft JSC ('Vankorneft'). Bij de parafering van deze overeenkomst is een stempel van de CV gebruikt. Kort daarna sluiten de BV en Vankorneft een aanvullende overeenkomst waarin is bepaald dat in hun overeenkomst 'de BV' moet worden gelezen als 'de CV'. De reden daarvoor is dat de Russische autoriteiten invoervergunningen hebben afgegeven op naam van de CV en de naamswijziging in de BV de levering zou kunnen verstoren.

Uiteindelijk hoeft een deel van de bestelling van Vankorneft niet meer geleverd te worden. Dit deel wordt daarom verkocht aan een andere Russische vennootschap, genaamd Trest. In de overeenkomst wordt de CV als 'Seller' en Trest als 'Buyer' aangeduid. Verweerder heeft de overeenkomst namens de CV ondertekend. Omdat de bestelling niet wordt geleverd, ontbindt Trest de overeenkomst buitengerechtelijk en vordert terugbetaling van de aanbetaling. De vordering van Trest is via een arbitraal vonnis uit Moskou toegewezen. Trest wil daarna in

Nederland verlot tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis verzoeken, maar dan blijkt uit het handelsregister dat de CV is ontbonden. Ook de BV blijkt failliet te zijn. Trest richt haar pijlen dan ook op de persoon van Verweerder.

Trest vordert dat Verweerder wordt veroordeeld tot betaling van de aanbeting op grond van de overeenkomst tussen Trest en de CV, omdat Verweerder onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door zich voor te doen als vertegenwoordiger van de CV die in werkelijkheid al ontbonden was. Daarmee is Verweerder een verbintenis aangegaan waarvan hij wist dat deze niet kon worden nagekomen. Verweerder voert aan dat het duidelijk had moeten zijn voor Trest dat het contract weliswaar de CV als contractuele wederpartij vermeldt, maar dat in werkelijkheid werd gecontracteerd met de BV.

De rechtbank heeft de vordering van Trest toegewezen en daarbij in overweging genomen dat uit de stellingen van Verweerder niet kan worden afgeleid waarom het voor Trest duidelijk had moeten zijn dat de BV de werkelijke contractspartij was. Voor Trest was niet kenbaar dat het gebruik van de naam van de CV slechts ten doel had om de Russische autoriteiten te misleiden omtrent de werkelijke identiteit van de verkoper, zijnde de BV.

Het hof heeft dit vonnis vernietigd en de vordering alsnog afgewezen. Trest behoefde in de gegeven omstandigheden niet te begrijpen dat zij met de BV in plaats van met de CV te maken had. Echter, door de onderhandelingen over en het opstellen van de overeenkomst (grotendeels) over te laten aan Vankorneft, heeft Trest de schijn gewekt dat Vankorneft bevoegd was namens haar op te treden. De wetenschap van Vankorneft dat de BV als contractspartij van Trest zou optreden, moet dan ook aan Trest worden toegerekend. Onder deze omstandigheden heeft Verweerder niet onzorgvuldig jegens Trest gehandeld.

In cassatie wordt opgekomen tegen het oordeel van het hof dat Verweerder gerechtvaardigd erop heeft vertrouwd dat Vankorneft bevoegd was om Trest te vertegenwoordigen. De klacht is dat Verweerder dit verweer helemaal niet heeft gevoerd, en het hof daarom buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden.

De Hoge Raad acht deze klacht gegrond. Het oordeel van het hof dat de wetenschap van Vankorneft aan Trest moet worden toegerekend, berust op het oordeel dat Trest de schijn heeft gewekt dat Vankorneft bevoegd was om voor haar op te treden. Aan de door hem gestelde toerekening van de kennis van Vankorneft aan Trest heeft Verweerder ten grondslag gelegd dat dit past in de economische verhoudingen tussen Rosneft en Vankorneft enerzijds en Trest anderzijds, dat er een nauwe relatie bestond tussen Vankorneft en Trest en dat Trest op de hoogte was van de contractuele verhouding tussen Vankorneft en de BV. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat Verweerder aan de door hem gestelde

toerekening van de kennis van Vankorneft aan Trest niet ten grondslag heeft gelegd dat Verweerder gerechtvaardigd erop heeft vertrouwd dat Vankorneft bevoegd was om Trest te vertegenwoordigen. Het hof heeft in strijd met artikel 24 Rv de feitelijke grondslag van het verweer van Verweerder aangevuld, en is daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden. Het onderdeel slaagt. Het arrest van het hof wordt vernietigd.

M.F. van Schendel, januari 2020

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 10-01-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:23

Zaaknummer: 18/04302

Rechters: C.A. Streefkerk, C.E. du Perron, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en F.J.P. Lock

Advocaten: J. den Hoed

Wetsartikelen: 24 Rv en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Leidse Moskee/Bouw bureau

Vordering van vereniging op door schuldenaar nieuw opgerichte vennootschap ter voldoening schuld van oude vennootschap vanwege misbruik van identiteitsverschil door zowel rechtbank als hof toegewezen. Bestuurder treft bovendien persoonlijk ernstig verwijt.

Een religieuze vereniging sluit een overeenkomst met een bouw- en aannemersbedrijf, in het arrest aangeduid als 'Wibo', tot de bouw van een moskee in Leiden. Al snel ontstaan er bouwgerelateerde geschillen tussen de vereniging en Wibo, die uiteindelijk leiden tot een arbitrageprocedure voor de Raad van Arbitrage voor de Bouw ('RvA'). De RvA veroordeelt Wibo tot het betalen aan de vereniging van een bedrag nader op te maken bij staat, maar aannemelijk is dat de schade tussen de 2 en 3 ton bedraagt.

Tijdens de arbitrageprocedure, dus nog voordat de RvA uitspraak heeft gedaan, richt de indirect aandeelhouder (tevens bestuurder) van Wibo een nieuwe vennootschap op, aangeduid als 'Bouw bureau', met twee medewerkers van Wibo als bestuurder. Kort na de uitspraak van de RvA wordt Wibo 'geturboliquideerd', omdat sprake zou zijn van een negatief eigen vermogen.

De vereniging meent dat Bouw bureau louter is opgericht om de vereniging de mogelijkheid tot verhaal van haar vordering te ontnemen. Bouw bureau heeft namelijk de activiteiten van Wibo overgenomen, waardoor de verdien capaciteit van Wibo is overgeheveld en haar inkomsten zijn weggesluisd. De vereniging doet daarom een beroep op het leerstuk van misbruik van identiteitsverschil tussen rechtspersonen. Volgens Wibo is dit niet het geval: Wibo was toch al praktisch failliet dus de vereniging had de facto toch geen verhaal op Wibo. Bovendien was de nieuwe structuur bedoeld om het bedrijf (op den duur) over te dragen aan de werknemers die ook als bestuurder waren benoemd.

Zowel de rechtbank als het hof wijzen de vordering onder verwijzing naar het 'Rainbow-arrest' (ECLI:NL:HR:2000:AA7480) toe. Het hof somt een lange lijst argumenten op, waaronder: (i) bijna alle werknemers van Wibo zijn overgegaan op Bouw bureau, (ii) Wibo en Bouw bureau maakten gebruik van hetzelfde adres, dezelfde telefoonnummers en dezelfde

kredietfaciliteiten, (iii) Bouwbedrijf heeft geen overnamesom betaald aan Wibo, (iv) op de website van Bouwbedrijf staat dat het bedrijf reeds 100 jaar bestaat en (v) de vereniging was de enige schuldeiser die bij ontbinding van Wibo geheel onbetaald achterbleef. Het hof acht de argumenten van Wibo voorts onaannemelijk: Wibo was juist praktisch failliet omdat alle klanten zijn overgegaan naar Bouwbedrijf. Bovendien is geen nieuwe structuur nodig om een bedrijf over te dragen aan werknemers.

Het hof oordeelt voorts dat de bestuurder van Wibo (zijnde de indirect aandeelhouder) op grond van het voorgaande een persoonlijk ernstig verwijt treft, waardoor hij naast Bouwbedrijf persoonlijk aansprakelijk is voor de vordering van de vereniging.

S.L. Haanschoten, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 07-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:2

Zaaknummer: 200.243.086

Rechters: M.J. van der Ven, M.C.M. van Dijk en S.A. Kruisinga

Advocaten: P.J.B. van Deurzen, T. de Vries en S.C. Krekel

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege selectieve betaling

Een bestuurder van een bv is aansprakelijk wegens selectieve betaling. Vóór liquidatie zijn de verhuurders van bedrijfsruimte niet voldaan, terwijl de rekening-courantvordering van de bestuurder wél is voldaan door middel van verrekening van een vordering wegens voorraad die de bv verkocht heeft aan de bestuurder. Met wenk.

Genetap B.V. (Genetap) was huurder van een bedrijfsruimte. De bestuurder meldt op 17 januari 2014 aan de verhuurders van de bedrijfsruimte dat Genetap de ruimte nog drie maanden zal huren. Onderwijl heeft de bestuurder reeds een eenmanszaak opgericht. Tussen 17 januari 2014 en 11 juni 2014 verkoopt de bestuurder de voorraad van Genetap aan zijn eenmanszaak. Hij verrekent de koopprijs met een rekening-courantvordering die hij op Genetap heeft.

De vordering van de verhuurders op Genetap blijft onbetaald. De verhuurders spreken de bestuurder aan tot schadevergoeding, stellende dat hem een ernstig persoonlijk verwijt treft in dit verband. De rechtbank heeft de vordering van de verhuurders in eerste aanleg toegewezen. Volgens de rechtbank kon niet worden aangenomen dat de bestuurder reeds bij het aangaan van de huurovereenkomst wist dat Genetap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen (geen 'Beklamel'-aansprakelijkheid), maar was de bestuurder wel te verwijten dat hij het vermogen van Genetap heeft geliquideerd en daarbij door verrekening zijn eigen vordering met (onterechte) voorrang boven de andere schuldeisers heeft voldaan. Als de bestuurder de koopprijs voor de overgenomen voorraad met geld in plaats van door verrekening voldaan had, was er genoeg liquiditeit geweest om ook de vordering van de verhuurders te betalen.

In appel beroept de bestuurder zich er voor het eerst op dat hij een pandrecht (in tweede rang) op de voorraad had, dat hij de voorraad namens Genetap in het kader van een executie van dat pandrecht onderhands aan zichzelf heeft verkocht, en dat hij daarom wel mocht verrekenen – althans zichzelf met voorrang boven de verhuurders mocht voldoen. Het hof wijst alle grieven die uit deze lezing van de feiten voortvloeien af. De bestuurder heeft geen stukken overgelegd waaruit blijkt dat sprake was van een besluit van Genetap om haar (tweede) pandrecht te gaan

executeren en dat er in dat verband met de bestuurder als ondernemer in zijn eenmanszaak is afgesproken dat de verkoop van de voorraad onder de vigeur van artikel 3:251 lid 2 BW gebeurde. Het hof overweegt dat het al te gemakkelijk is om *achteraf* te stellen dat een dergelijke afspraak door de bestuurder met zichzelf gemaakt is, waarbij het hof ook gewicht toekent aan het feit dat de bestuurder dit alles pas in hoger beroep voor het eerst naar voren brengt.

Tevens overweegt het hof dat door de bestuurder in eerste aanleg is gesteld dat de rekening-courantvordering van de bestuurder achtergesteld en niet opeisbaar was. Dit leidt het hof tot de conclusie dat van executie van het pandrecht ook geen sprake kón zijn, aangezien in dat geval Genetap niet in verzuim was jegens de bestuurder. Hem kwam dan geen executiebevoegdheid toe. In appel is door de raadsman van de bestuurder tijdens een comparitie van partijen betoogd dat er geen grond is om te veronderstellen dat de vordering van de bestuurder daadwerkelijk achtergesteld was, aangezien dat niet goed rijmt met het vestigen van een tweede pandrecht. Daaraan gaat het hof echter voorbij, omdat er tegelijkertijd niet expliciet is teruggekomen van de in eerste aanleg herhaaldelijk gedane stelling dat de vordering was achtergesteld en ook geen nadere toelichting is gegeven over hoe deze ongerijmdheid heeft kunnen ontstaan.

Bij het bepalen van de omvang van de schade, toewijzing van een contractuele boete daaronder begrepen, heeft de bestuurder zich op matiging beroepen. Hij heeft echter geen concrete feiten of omstandigheden gesteld om te onderbouwen dat de gevorderde schadevergoeding en boete tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leiden. Daarom gaat het hof aan het beroep op matiging voorbij. Het vonnis van de rechtbank, waarbij de vorderingen van de verhuurders zijn toegewezen, wordt bekrachtigd.

Wenk

Deze uitspraak van het hof is een voorbeeld van bestuurdersaansprakelijkheid vanwege selectieve betaling. Een bestuurder van een rechtspersoon heeft normaal gesproken een ruime vrijheid om te bepalen welke schuldeiser door de rechtspersoon als eerste betaald wordt. Ook in deze uitspraak begint het hof met de overweging dat de bestuurder het betaalbeleid in hoge mate zelf mag kiezen zolang een rechtspersoon (enig) toekomstperspectief heeft. Die vrijheid valt pas weg als er niet meer gestreefd wordt naar (of in redelijkheid niet meer geloofd kan worden in) continuïteit van de rechtspersoon en het vermogen van de rechtspersoon ook niet volstaat om al zijn schuldeisers te voldoen. Zie r.o. 2.5 voor een heldere weergave van het door het hof toegepaste juridisch kader.

Opmerkelijk is dat het hof zich enigszins in een bocht wringt bij de onderbouwing dat er geen

sprake kan zijn geweest van executie van een pandrecht, omdat – nog afgezien van het niet-onderbouwd zijn van die laattijdige stelling – de vordering van de bestuurder achtergesteld en niet opeisbaar was. In r.o. 2.10 overweegt het hof dat, ondanks (zij het niet al te sterke) betwisting daarvan in appel, toch wordt aangenomen dat de vordering van de bestuurder achtergesteld was. In de laatste zin wordt de argumentatie van het hof circulair, of zelfs innerlijk tegenstrijdig, waar het hof overweegt dat de bestuurder zich er ook naar *gedragen* heeft alsof hij de vordering als achtergesteld beschouwde. Die denkstap wringt, aangezien het verwijt aan de bestuurder nu juist is dat hij zichzelf wél met voorrang heeft voldaan.

Blijkens het arrest was het pandrecht van de bestuurder een tweede pandrecht. Op grond van artikel 3:237 lid 3 laatste zinsdeel en 3:252 lid 2 tweede volzin BW kon executie door de tweede pandhouder rechtens niet plaatsvinden zonder medewerking van de eerste pandhouder. Reeds daaruit had kunnen voortvloeien dat het ‘pandrechtverweer’ van de bestuurder niet kon slagen, zonder de meer moeizame overwegingen over het al dan niet achtergesteld-zijn van de vordering.

I. Lakwijk, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:105

Zaaknummer: 200.201.300/01

Rechters: M.M.A. Wind, I.F. Clement en W.A. Zondag

Advocaten: P.J. Bos en M.J. Jeths

Wetsartikelen: 6:162 BW en 3:251 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

X/Froger q.q.

Aansprakelijkheid bestuurders (art. 2:248 BW); weerlegging vermoeden lid 2 niet geslaagd.

Drukwerk & PR B.V. heeft gedurende enkele jaren verschillende bestuurders gehad. Appellant 1 is enige tijd rechtstreeks bestuurder, en enige tijd bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder van Drukwerk & PR B.V. geweest. Appellant 2 is voorts enige tijd bestuurder van een andere rechtspersoon-bestuurder van Drukwerk & PR B.V. geweest. In eerste aanleg zijn de verschillende rechtspersonen-bestuurders en beide appellanten veroordeeld op de voet van artikel 2:248 BW. Tegen dit oordeel komen appellanten 1 en 2 thans in beroep. De rechtspersonen-bestuurders hebben in hun veroordeling berust.

Het hof volgt het oordeel van de rechtbank. Vaststaat dat de jaarrekening over 2012 te laat is gepubliceerd, hetgeen op grond van artikel 2:248 lid 2 BW met zich brengt dat vaststaat dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en dat wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Overigens oordeelt het hof dat ook de boekhoudplicht is geschonden. Appellanten 1 en 2 moeten derhalve andere feiten en omstandigheden dan hun onbehoorlijke taakvervulling aanvoeren als belangrijke oorzaak van het faillissement. In dat kader wordt aangevoerd dat de vennootschap bezig was een kelderbak in de tuin van appellant 1 aan te leggen. In die kelderbak zou dan (hoewel de rechtbank hier kennelijk twijfels over had, zie r.o. 3.8.3. van dit hof-arrest) een high-end toonzaal moeten worden gerealiseerd voor de producten en diensten van Drukwerk & PR B.V. De gemeente legde de bouw echter stil omdat de benodigde omgevingsvergunning niet was aangevraagd. Appellanten 1 en 2 betogen dat het uitgeven van gelden voor de aanleg van de kelderbak zonder de daaropvolgende inkomsten het faillissement heeft veroorzaakt. Het hof past het mechanisme van HR 30 november 2007, NJ 2008/91 (*Blue Tomato*) toe en oordeelt dat het starten met de bouw en het uitgeven van gelden daarvoor zonder dat de vereiste omgevingsvergunning was aangevraagd, ook kennelijk onbehoorlijk bestuur is. Daarmee slaagt de weerlegging van het vermoeden van lid 2 niet.

De beroepen op disculpatie en matiging worden voorts afgewezen.

O. Oost, januari 2020

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 31-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:4711

Zaaknummer: 200.238.763_01

Rechters: P.W.A. van Geloven, W.J.J. Beurskens en T.J. Dorhout Mees

Advocaten: G.C.L. van de Corput en P.P.A. Vroegrijk

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onbehoorlijk bestuur en onrechtmatig handelen

Nadat een vof door middel van een lening een groot deel van haar schulden heeft afgelost, wordt de onderneming van de vof (een kinderopvang) ingebracht in een bv. Ongeveer een half jaar na de inbreng wordt de bv op eigen aangifte failliet verklaard. De curator stelt de bestuurders van de bv primair aansprakelijk op grond van onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 BW) en subsidiair op grond van onrechtmatig handelen (art. 6:162 BW). Het hof wijst de vorderingen van de curator af.

Een vof drijft als onderneming een kinderopvang. In verband met liquiditeitsproblemen heeft de vof medio 2013 een Bbz-krediet aangevraagd en ontvangen van de gemeente. Dit krediet wordt door de vof aangewend om een aantal schulden te voldoen. Op 1 januari 2014 wordt de onderneming van de vof overgedragen aan een nieuw opgerichte bv waarvan een van de vennoten de enig bestuurder is. De andere vennoot is daarnaast feitelijk bestuurder van de bv. De koopsom is omgezet in een lening van de vof aan de bv. Vanaf dat moment wordt de kinderopvang geëxploiteerd vanuit de bv, maar de inkomsten en uitgaven van de bv lopen via de betaalrekening van de vof. Via deze rekening worden ook schulden van de vof voldaan, waarbij deze betalingen worden aangemerkt als aflossing op de schuld van de bv aan de vof. Medio 2014 wordt besloten de activiteiten binnen de bv te beëindigen. De onderneming, de bedrijfsinventaris en een aantal duoboxen worden verkocht. De verkoopopbrengst wordt aangewend om een deel van de schuld van de vof aan ABN AMRO af te lossen en daarmee ook een gedeelte van de schuld van de bv aan de vof. Vervolgens is de bv op 9 juli 2014 op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard.

In deze procedure stelt de curator de bestuurders primair aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW en subsidiair op grond van artikel 6:162 BW. De curator stelt onder meer dat de bestuurders niet hebben voldaan aan de boekhoudplicht uit artikel 2:10 BW, nu op het moment van de faillietverklaring nog niet alle stukken waren opgemaakt die verband houden

met de inbreng van de onderneming in de bv en de daaruit voortvloeiende schuld van de bv aan de vof. Echter, omdat de ontbrekende stukken ruim een maand na het faillissement alsnog zijn opgemaakt, de omvang en duur van de in de failliete vennootschap geëxplodeerde onderneming beperkt is en de daaruit voortvloeiende geldstromen overzichtelijk zijn, komt het hof tot de conclusie dat onvoldoende is gesteld om tot het oordeel te kunnen komen dat de boekhoudplicht is geschonden.

Daarnaast betoogt de curator dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur omdat de onderneming ten tijde van de inbreng van de onderneming in de bv niet levensvatbaar was en een faillissement binnen afzienbare tijd te voorzien was. Uit een door het Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf (IMK) in 2013 geschreven rapport volgt echter dat het in de vof geëxploiteerde bedrijf onder een aantal voorwaarden levensvatbaar zou zijn bij verstrekking van een Bbz-krediet door de gemeente. Omdat de activiteiten van de vof per 1 januari 2014 een-op-een zijn ingebracht in de bv, geldt de vaststelling van het IMK naar het oordeel van het hof ook voor de exploitatie van het bedrijf binnen de bv. Aangezien de gemeente het krediet aan de vof heeft verstrekt, gaat het hof ervan uit dat aan de door het IMK genoemde voorwaarden naar tevredenheid is voldaan.

Het hof oordeelt dat het feit dat de ontvangsten en uitgaven van de bv via de betaalrekening van de vof zijn blijven lopen, niet bijdragen aan het door de curator gestelde onbehoorlijk bestuur. Ook het feit dat de opbrengst van de verkoop van de onderneming zes maanden voor het faillissement veel lager is dan de bedongen koopsom ten tijde van de inbreng in de bv, maakt niet dat de werkelijke waarde ten tijde van de inbreng in de bv lager was en dus ook niet dat – zoals de curator stelt – de schuld van de bv aan de vof geen zakelijke schuld is. Het hof onderzoekt vervolgens nog of de aflossing op de schuld van de bv aan de vof door middel van betaling van oude schulden van de vof dient te worden gekwalificeerd als onbehoorlijke bestuur als gevolg van selectieve betalingen. De curator heeft onvoldoende gesteld om tot deze conclusie te kunnen komen.

Gelet op het vorenstaande komt het hof tot de conclusie dat er geen sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur of onrechtmatig handelen door de bestuurders. Het hof merkt ten overvloede nog op dat indien er wel sprake was van onbehoorlijk bestuur, het niet aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement zou zijn geweest.

V.G.M. Leferink, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:11265

Zaaknummer: 200.234.639

Rechters: H. Wammes, D. Stoutjesdijk en A.S. Gratama

Advocaten: W.B. Brusse en A.C. Blankestijn

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

RECHTSPRAAK

Medisch specialist/Ziekenhuis en maatschap van medisch specialisten

Medisch specialist X wordt de toegang tot het ziekenhuis ontzegd op basis van een samenwerkingsovereenkomst. Ook wordt de samenwerking in het kader van de maatschap van medisch specialisten beëindigd. X vecht dit zonder succes aan bij het Scheidsgerecht Gezondheidszorg. In kort geding eist X o.a. opheffing van de toegangszegging. Het hof laat zich uit over de vraag of een maatschapsovereenkomst al dan niet tot stand is gekomen, door toepassing van het leerstuk van afstemming met betrekking tot het arbitraal bodemvonniss. Afwijzing vordering tot opheffing toegangszegging. Afwijzing beroep op bestuurdersaansprakelijkheid.

Stichting het Van Weel-Bethesda Ziekenhuis ('het ZKH') biedt algemene ziekenhuiszorg. Aan de Maatschap van Medisch Specialisten in het Van Weel-Bethesda Ziekenhuis ('de Maatschap') zijn medisch specialisten verbonden die hun praktijk uitoefenen in het ZKH. Het ZKH en de Maatschap zijn een samenwerkingsovereenkomst aangegaan.

Sinds medio 2017 verricht X via zijn persoonlijke houdstermaatschappij Dicu B.V. ('Dicu') werkzaamheden als intensivist in het ZKH. Ruim een half jaar na aanvang van die werkzaamheden is de namens de Maatschap getekende overeenkomst tot toetreding van Dicu tot de Maatschap ter ondertekening verstuurd aan het adres van X. In de periode daarna is tussen de betrokkenen meermalen gecorrespondeerd over de voorwaarden voor de toetreding van Dicu tot de Maatschap. Daarnaast zijn in diezelfde periode tussen enerzijds Dicu en anderzijds het ZKH en/of de Maatschap verschillende conflicten ontstaan. In 2018 heeft X een door hem getekend exemplaar van de toetredingsovereenkomst, met daarin meerdere door hemzelf handgeschreven aangepaste voorwaarden, aan de Maatschap en het ZKH gestuurd. Het ZKH en de Maatschap hebben vervolgens laten weten dat zij niet akkoord gaan met de

voorwaarden zoals door X gesteld. Kort daarna is aan X de toegang tot het ZKH ontzegd op grond van de samenwerkingsovereenkomst, en hebben de Maatschap en het ZKH Dicu meegedeeld de samenwerking te willen beëindigen. In reactie daarop heeft Dicu een arbitrale zaak gericht tegen de Maatschap, het ZKH en haar statutair bestuurder Stichting Curamare ('de Stichting'), aanhangig gemaakt bij het Scheidsgerecht Gezondheidszorg ('het Scheidsgerecht'). Bij vonnis in het incident heeft het Scheidsgerecht beslist niet bevoegd te zijn tot kennisneming van de vorderingen van Dicu jegens de Stichting, maar wel bevoegd te zijn tot kennisneming van de vorderingen van Dicu tegen het ZKH en de Maatschap. Bij vonnis in de hoofdzaak heeft het Scheidsgerecht de vorderingen van Dicu tegen het ZKH en de Maatschap afgewezen.

In eerste aanleg van dit kort geding heeft Dicu onder meer gevorderd de onmiddellijke opheffing van de ontzegging van de toegang tot het ZKH, rectificatie en de nakoming van de maatschaps- en de samenwerkingsovereenkomst. De voorzieningenrechter heeft Dicu niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen jegens de Stichting. De vorderingen jegens de Maatschap en het ZKH zijn door de voorzieningenrechter afgewezen, omdat niet aannemelijk is dat tussen Dicu en de Maatschap een toetredingsovereenkomst tot stand is gekomen. Nu het bestaan van de toetredingsovereenkomst de grondslag is voor (nagenoeg) alle vorderingen van Dicu, is er geen ruimte om te komen tot opheffing of schorsing van de toegangszegging. Dicu is tegen het kortgedingvonnis in hoger beroep gekomen en vordert vernietiging van het vonnis en toewijzing van de vorderingen in eerste aanleg.

Het hof overweegt dat met toepassing van de afstemmingsregel (de kortgedingrechter dient zijn uitspraak af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter ook al is er een rechtsmiddel tegen die uitspraak ingesteld, vgl. HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015) er vanuit moet worden gegaan dat Dicu is toegetreden tot de Maatschap en gebonden is aan de samenwerkingsovereenkomst. Het Scheidsgerecht heeft namelijk in het arbitraal beding geoordeeld dat Dicu is toegetreden tot de Maatschap, zodat het arbitraal beding in de maatschapsovereenkomst van toepassing was. Voorts geldt in dit hoger beroep in kort geding als uitgangspunt dat Dicu zich niet met succes kan beroepen op de volgens haar formele gebreken in de besluitvorming met betrekking tot (i) de toegangszegging door het ZKH en (ii) de opzegging van de maatschapsovereenkomst. Het kort geding leent zich daar niet voor. Verder geldt dat voor het ZKH en de Maatschap voldoende grond bestond om de relatie met Dicu met onmiddellijke ingang te verbreken, omdat de gedragingen van X van zodanig ernstige aard waren dat zijn aanwezigheid in het ziekenhuis niet langer kon worden geaccepteerd en zijn samenwerking met de Maatschap in redelijkheid niet kon worden voortgezet. Het hof concludeert dan ook dat er geen grond bestaat voor het oordeel dat de voorzieningenrechter de vorderingen van Dicu jegens de Maatschap en het ZKH ten onrechte

heeft afgewezen.

Ten aanzien van de vordering jegens de Stichting overweegt het hof dat het uitgangspunt is dat enkel een rechtspersoon zelf aansprakelijk kan worden gehouden voor zijn handelen. Daarnaast kan een bestuurder onder omstandigheden persoonlijk aansprakelijk gesteld worden, mits hem of haar een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758 (*Ontvanger/Roelofsen*)). Voor een ernstig verwijt bestaat in casu geen grond, zodat de Stichting niet aansprakelijk kan worden gehouden voor het handelen van het ZKH.

Het hof bekrachtigt het vonnis tussen Dicu, de Maatschap en het ZKH, vernietigt het vonnis tussen Dicu en de Stichting en wijst de vorderingen van Dicu jegens de Stichting af.

M.J. van de Graaf, februari 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3331

Zaaknummer: 200-250-448/01

Rechters: J. van der Kluit, M.M. Olthof en L. Reurich

Advocaten: N. Köse-Albayrak en K.D. Meersma

Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:217 BW

RECHTSPRAAK

X/VROZ

Vennootschap is niet geturboliquideerd, maar na vereffening opgehouden te bestaan. Ook de pauliana-vordering is op grond van artikel 3:45 BW tegen de verkeerde partij ingesteld. Geen onrechtmatig handelen van indirect bestuurder/enig aandeelhouder. Eiser kan als derde geen beroep doen op artikel 2:216 BW.

Door het instorten van een balkon van een pand van VROZ, raakt eiser op 31 oktober 2017 gewond. Via zijn beheervenootschap was gedaagde enig aandeelhouder/bestuurder van VROZ. VROZ verhuurde het pand aan een accountantskantoor, waarin gedaagde tot en met eind oktober 2017 een aandelenbelang had en waar hij parttime werkte. Bij aandeelhoudersbesluit van 16 november 2017 is VROZ ontbonden. Het pand is op die datum aan gedaagde geleverd tegen verrekening in rekening-courant. Eiser heeft zich op 10 april 2018 bij gedaagde gemeld, gewezen op de mogelijke aansprakelijkheid van VROZ en vragen gesteld over haar ontbinding. Gedaagde heeft navraag gedaan over de verzekeringsdekking van VROZ, maar deze bleek per 1 augustus 2017 te zijn beëindigd.

VROZ heeft volgens eiser het pand voor een te lage koopprijs aan gedaagde overgedragen, vlak nadat hij ernstig letsel had opgelopen. Daarop volgde een dividenduitkering, waarna VROZ geen activa meer had. Eiser stelt in zijn verhaalsmogelijkheden te zijn benadeeld en verlangt vernietiging van het samenstel van rechtshandelingen dat tot het leeghalen van VROZ heeft geleid op grond van artikel 3:45 BW. Daarnaast zouden VROZ en gedaagde met deze constructie onrechtmatig jegens eiser hebben gehandeld. Bovendien zou gedaagde tot crediteur zijn gemaakt en vervolgens met voorrang zijn voldaan. VROZ en gedaagde wordt verder verweten dat zij het dividendverbod van artikel 2:216 BW hebben geschonden. Ten slotte had VROZ niet volgens artikel 2:19 lid 4 BW mogen worden afgewikkeld.

Eiser is niet-ontvankelijk in zijn vorderingen op VROZ, omdat zij niet meer bestaat. De verrekening met gedaagde in rekening-courant vond na haar ontbinding plaats en pas toen had zij geen baten meer. Aldus was het vermogen vereffend en is VROZ op grond van artikel 2:19 lid 6 BW opgehouden te bestaan. Van turboliquidatie was geen sprake.

Het beroep van eiser op de pauliana strandt, omdat eiser ter zake de verkeerde partij in rechte heeft betrokken. Niet gedaagde maar diens beheervennootschap was enig aandeelhouder van VROZ. De uitkering van dividend en/of reserves vond dan ook (eerst) plaats aan deze vennootschap. Doordat eiser deze vennootschap niet in rechte heeft betrokken, strandt de vordering op grond van artikel 3:51 lid 2 BW, waarin is bepaald dat een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling tegen de partij(en) bij die rechtshandeling moet worden ingesteld.

Volgens gedaagde had de overdracht van het pand en de liquidatie van VROZ niets met het ongeval van eiser van doen. Gedaagde was partij bij een aandeelhoudersovereenkomst van 2 april 2015, die hem verplichtte tot overdracht van zijn indirecte belang in het accountantskantoor. Bij gebrek aan dit belang was het bovendien fiscaal aantrekkelijk om het pand zelf in eigendom te hebben. Ten slotte had VROZ buiten de verhuur van het pand geen bestaansreden. Gedaagde hoefde ook geen rekening te houden met een vordering van eiser, die zich pas enkele maanden later bij gedaagde heeft gemeld. Bovendien wist gedaagde ten tijde van het ongeval niet beter dan dat VROZ adequaat was verzekerd.

In het licht van deze omstandigheden is voor de rechtbank duidelijk dat de overdracht van het pand en de liquidatie van VROZ niet zijn uitgevoerd om eiser in zijn verhaalsmogelijkheden te benadelen. Bovendien heeft gedaagde meteen na het ongeval een bloemetje naar eiser gestuurd en contact gehad met diens werkgever. Gedaagde ging er gerechtvaardigd van uit dat de kosten door de ziektekostenverzekering of de verzekering van de werkgever van eiser zouden worden voldaan, omdat VROZ en gedaagde na het ongeval niet door eiser of derden vanwege het ongeval werden aangesproken.

Ten slotte oordeelt de rechtbank dat eiser als derde geen beroep toekomt op het dividendverbod van artikel 2:216 BW.

J.E. van Nuland, januari 2020

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 18-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:10459

Zaaknummer: C/15/281383 / HA ZA 18.755

Rechters: L.J. Saarloos

Advocaten: D.Th.J. van der Klei en E.F. Seunke

Wetsartikelen: 3:45 BW, 3:51 lid 2 BW, 2:19 lid 6, 2:19 lid 4, 6:162 BW en 2:216 BW

RECHTSPRAAK

Paas Totaalafbouw/Schuler Beheer

Schadevergoedingsvordering ingesteld door de vennootschap (in plaats van de nieuwe aandeelhouder) tegen een oud-aandeelhouder. De vennootschap stelt dat zij schade heeft geleden door een toerekenbare tekortkoming van de oud-aandeelhouder vanwege misleidende mededelingen door de oud-aandeelhouder. Het hof overweegt dat de vennootschap de huurovereenkomst zelf is aangegaan voor bepaalde tijd. Ook zonder de verweten gedraging van de oud-aandeelhouder zou de huur verschuldigd zijn.

Op 14 juli 2015 heeft Schuler Beheer BV ('Schuler Beheer') als bestuurder van Paas & Schuler Totaalafbouw een overeenkomst gesloten waarmee een bedrijfsruimte werd gehuurd tot 1 oktober 2017. Schuler Beheer en Paas Beheer BV ('Paas Beheer') hielden ieder voor de helft de aandelen in Paas & Schuler Totaalafbouw en vormden het bestuur van de vennootschap. Op 28 december 2016 zijn de door Schuler Beheer gehouden aandelen in Paas & Schuler Totaalafbouw verkocht en geleverd aan Paas Beheer en is de naam van de vennootschap gewijzigd in Paas Totaalafbouw.

Paas Totaalafbouw heeft de huurovereenkomst nog voor de aandelenoverdracht opgezegd met ingang van 1 maart 2017. Vanwege deze voortijdige opzegging is Paas Totaalafbouw in de hoofdzaak veroordeeld tot schadevergoeding aan de verhuurder. Paas Totaalafbouw vordert op haar beurt schadevergoeding van Schuler Beheer vanwege de toegewezen schadevergoedingsvordering in de hoofdzaak.

Paas Totaalafbouw stelt dat zij schade heeft geleden door een toerekenbare tekortkoming van Schuler Beheer als aandeelhouder en verkoper van haar aandelenpakket vanwege misleidende mededelingen van Schuler Beheer. Door deze mededelingen verkeerde Paas Totaalafbouw in de veronderstelling dat de huurovereenkomst voor onbepaalde tijd was aangegaan en derhalve kon worden opgezegd.

Het hof oordeelt dat Paas Totaalafbouw zelf de huurovereenkomst voor bepaalde tijd is

aangegaan. Daaraan doet niet af dat de vennootschap indertijd een andere naam had en door Schuler Beheer werd vertegenwoordigd. De vennootschap kan niet zijn misleid door onjuiste mededelingen van haar toenmalige aandeelhouder (Schuler Beheer) aan de toenmalige medeaandeelhouder (Paas Beheer). Daarbij overweegt het hof dat de tekortkoming hooguit betrekking kan hebben op de overeenkomst die ten grondslag lag aan de aandelenoverdracht, oftewel op de relatie tussen Schuler Beheer en Paas Beheer als aandeelhouders. De vordering is evenwel niet door Paas Beheer ingesteld, maar door Paas Totaalafbouw.

Het hof oordeelt voorts dat de tot 1 oktober 2017 verschuldigde huur niet als schade aan de verweten gedraging kan worden toegerekend. De huur zou immers even zo goed verschuldigd zijn indien de verweten gedraging wordt weggedacht.

Evenals eerder de kantonrechter wijst het hof de vordering van Paas Totaalafbouw tot schadevergoeding door Schuler Beheer af.

S.R.M.C. Vogelsang, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:9529

Zaaknummer: 200.253.572/01

Rechters: M.W. Zandbergen, L. Janse en H. de Hek

Advocaten: E. Heuzeveldt en R.P. van Boven

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Enquêteverzoek ingediend door curatoren van bestuurder (natuurlijk persoon) van aandeelhouder (vennootschap)

De curatoren van een natuurlijk persoon hebben een enquêteverzoek ingediend ten aanzien van een vennootschap waarin failliet 99% van de (certificaten van) aandelen houdt. De OK oordeelt dat er weliswaar onduidelijkheden zijn, maar dat er onvoldoende grond is voor het gelasten van een onderzoek.

Van Sluisveld (een natuurlijk persoon) is bij vonnis van 19 april 2018 in staat van faillissement verklaard. Dit vonnis is op 30 augustus 2018 in hoger beroep bekrachtigd. Van Sluisveld houdt nagenoeg alle (certificaten van) aandelen in het kapitaal van Sypesteyn Holding B.V. ('Sypesteyn'). Deze zaak gaat over het enquêteverzoek dat de curatoren in het faillissement van Van Sluisveld hebben ingediend tegen Sypesteyn.

Enquête bevoegdheid curatoren

Van Sluisveld houdt ruim 99% van de (certificaten van) aandelen in het kapitaal van Sypesteyn. Van Sluisveld zou op grond van artikel 2:346 lid 1 BW dus bevoegd zijn tot het doen van een enquêteverzoek. De curatoren stellen dat de (certificaten van) aandelen in de failliete boedel van Van Sluisveld vallen, zodat de bevoegdheid tot het doen van een enquêteverzoek vanwege het faillissement is overgegaan naar de curatoren. De Ondernemingskamer (OK) gaat daar (terecht) in mee. Opgemerkt wordt dat het aan de certificaten verbonden enquêterecht weliswaar zelf geen vermogensrecht is, maar dat een certificaathouder met een enquêteverzoek kan beogen een vermogensbelang te dienen. Het doen van een enquêteverzoek heeft daarom het karakter van een daad van beheer als bedoeld in artikel 68 Fw. De curatoren zijn dus bevoegd het enquêterecht uit te oefenen (zie het arrest van de Hoge Raad van 29 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0144).

Grondslagen voor enquêteverzoek

De curatoren stellen dat er gegronde redenen waren voor twijfel aan een juist beleid en een

juiste gang van zaken van Sypesteyn en dat gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Daartoe voeren de curatoren de volgende zes argumenten aan, die de OK allemaal van tafel veegt.

Ten eerste voeren de curatoren aan dat Sypesteyn blijft weigeren een opeisbare vordering aan de failliete boedel van Van Sluisveld te voldoen, althans daarover onduidelijkheid creëert. De OK oordeelt dat de vraag of de boedel van Van Sluisveld een opeisbare vordering heeft op Sypesteyn, een vermogensrechtelijk geschil is. Sypesteyn betwist dat Van Sluisveld een (opeisbare) vordering heeft en de daarvoor aangevoerde argumenten kunnen niet op voorhand als onpleitbaar worden aangemerkt. Bovendien heeft het geschil verder geen gevolgen voor de verhoudingen binnen de vennootschap. De OK concludeert daarom dat deze kwestie geen gegronde reden is om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen.

Ten tweede stellen de curatoren dat Sypesteyn eerder een door de OK als ongegrond en evident onjuist beoordeeld enquêteverzoek heeft ingediend tegen Rohaas, van welke vennootschap Sypesteyn 50% aandeelhouder is. Het derde argument dat de curatoren aanvoeren, hangt hiermee samen. De curatoren stellen dat door dat enquêteverzoek een verharding is ontstaan tussen Sypesteyn en de andere 50% aandeelhouder van Rohaas die er mede toe heeft geleid dat kandidaat-kopers voor de bedrijfsactiviteiten van Rohaas werden afgeschrikt. De OK behandelt deze twee argumenten gezamenlijk en komt tot de conclusie dat de eerste kandidaat-koper zich al had teruggetrokken voordat Sypesteyn de enquêteprocedure aanhangig had gemaakt. Maar ook als de moeizame verhouding tussen Sypesteyn en Rohaas wel de reden was geweest voor het afhaken van de kandidaat-koper, zou dat niet zonder meer gelden als een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Sypesteyn. Zou Sypesteyn de kandidaat-kopers (naar objectieve maatstaven beoordeeld) doelbewust hebben afgeschrokken, dan zou de situatie mogelijk anders zijn, maar dat kan niet worden vastgesteld. Onbekend is waarom de kandidaat-kopers zijn afgehaakt. Daarbij merkt de OK op dat Sypesteyn op zichzelf het recht heeft kritische (inhoudelijke) vragen te stellen over de financiële gegevens van Rohaas, zolang het stellen van dergelijke vragen geen doel op zich wordt en geen onderdeel wordt van een obstructiemethode. De OK oordeelt dat het handelen van Sypesteyn in haar hoedanigheid van aandeelhouder van Rohaas onvoldoende grond biedt om een enquête bij Sypesteyn zelf te gelasten.

Als vierde argument voeren de curatoren aan dat zij als curatoren van de (economisch) gerechtigde tot ruim 99% van het vermogen van Sypesteyn, recht hebben op de informatie die van belang is voor de afwikkeling van het faillissement van Van Sluisveld. Die informatie wordt hun echter niet door Sypesteyn verstrekt. Hierover is de OK kort. Van Sluisveld is degene die failliet is, dus alleen zij is degene die verplicht is haar curatoren van informatie te voorzien. Dat Van Sluisveld dat niet doet, kan niet leiden tot het gelasten van een enquête bij

Sypesteyn. Sypesteyn heeft slechts een informatieverplichting tegenover de curatoren in hun hoedanigheid van curatoren van haar certificaathouder. De curatoren hebben echter niet nader gespecificeerd of onderbouwd om welke informatie zij in die hoedanigheid concreet hebben verzocht. Dat (de bestuurder van) Sypesteyn de curatoren niet uit eigen beweging heeft geïnformeerd, is geen reden een enquête te gelasten.

Het vijfde argument van de curatoren luidt dat het vermoeden gerechtvaardigd is dat Sypesteyn en haar bestuurders proberen te voorkomen dat baten in de boedel van Van Sluisveld zullen vloeien. De OK oordeelt dat dit (algemene) vermoeden er niet toe kan leiden dat op grond daarvan op voorhand moet worden geoordeeld dat er bij Sypesteyn gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken. Ten overvloede merkte de OK daarbij op dat de curatoren geacht moeten worden over voldoende andere middelen te beschikken om het wegvloeien van baten te voorkomen.

Het zesde en laatste argument dat de curatoren hebben aangevoerd is dat Sypesteyn over 2014 t/m 2017 geen jaarrekeningen heeft gedeponereerd en dat de jaarrekeningen van Sypesteyn (de aandeelhouder) over 2014 t/m 2016 zijn opgesteld vóórdat de jaarrekeningen van Rohaas (de dochter) zijn vastgesteld, hetgeen meerdere vragen oproept over de juistheid en authenticiteit van de jaarrekeningen van Sypesteyn. De OK merkte op dat de curatoren het niet-tijdig deponeren van de jaarrekeningen voor het eerst bij pleidooi hebben aangevoerd, terwijl zij dat al eerder moeten hebben geweten. Verder heeft Sypesteyn de beschikking gehad over conceptjaarrekeningen van Rohaas. De jaarrekeningen waren feitelijk dus wel voorhanden, reden waarom de OK concludeert dat de gang van zaken rond de jaarrekeningen geen enquête rechtvaardigt.

Beslissing

De slotsom van de procedure is dat er onvoldoende grond is voor het gelasten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Sypesteyn. De OK merkt daarbij op dat deze conclusie niet anders wordt als de argumenten die de curatoren hebben aangevoerd in onderling verband en samenhang worden beschouwd. Het treffen van voorzieningen is dus niet aan de orde. Het verzoek van de curatoren wordt afgewezen en zij worden veroordeeld in de kosten van de procedure.

K.C.S. Meekes, februari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3591

Zaaknummer: 200.257.960/01 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, A.H.W. Vink, C. Smits-Nusteling RC en J.S. Tiemstra Ra

Advocaten: R.C.M. Michielsen

Wetsartikelen: 6:159 BW, 2:346 lid 1 BW, 21 Rv en 68 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurders niet aansprakelijk voor niet voldoen contractuele boete

Een contractuele boete komt in rechte vast te staan, maar wordt jaren lang niet voldaan, terwijl andere schuldeisers wel worden betaald. Vervolgens faillieert de schuldenaar. Geen sprake van bestuurdersaansprakelijkheid (Ontvanger/Roelofsen, categorie II). Ook aansprakelijkheid op grond van een door de moeder afgegeven 403-verklaring wordt afgewezen.

In november 2001 hebben appellanten een pand voor € 2,2 miljoen verkocht aan Zaanse Ontwikkelingsmaatschappij B.V. ('ZOM'). Geïntimeerden waren (indirect) bestuurder van ZOM. In de koopovereenkomst staat dat (1) ZOM een bankgarantie stelt ten belope van € 1,3 miljoen, (2) partijen over en weer een boete verschuldigd worden van een percentage van de koopsom voor elke dag dat zij in gebreke zijn en dat (3) levering uiterlijk op 31 december 2002 dient plaats te vinden. Het pand is uiteindelijk ruim twee jaar te laat geleverd, waardoor ZOM een boete moest betalen aan appellanten. Omdat ZOM de boete maar niet voldeed, zijn appellanten een procedure gestart. De boete is in tweede feitelijke instantie voor een bedrag van € 1 miljoen toegewezen. Omdat geïntimeerden hierna alsnog weigerden te betalen, zijn er daarna nog meer procedures gevoerd over het betalen van de boete en het invoeren van de bankgarantie. Uiteindelijk is de bankgarantie uitbetaald en is aan appellanten een deel van de boete (€ 900.000) voldaan. Ruim een jaar later wordt het faillissement van ZOM uitgesproken en bestaat haar schuldenlast voor 90% uit de vorderingen van appellanten. Uit het faillissementsverslag blijkt dat ZOM een actieve vennootschap was die door familie werd gefinancierd, en dat zij haar andere schuldeisers al die jaren wel heeft voldaan.

Appellanten voeren aan dat geïntimeerden jegens hen aansprakelijk zijn omdat zij hebben bewerkstelligd of toegelaten dat ZOM haar verplichtingen jegens hen niet is nagekomen – de tweede categorie van het *Ontvanger/Roelofsen*-criterium. Het hof oordeelt dat appellanten hebben nagelaten concreet te stellen welke schuldeisers op welk moment betaald zijn op een tijdstip waarop ernstig rekening moest worden gehouden met een tekort. Daarbij neemt het

hof ook in aanmerking dat appellanten niet de enige onbetaald gebleven schuldeisers zijn, en er sprake was van een relatief beperkte schuldenlast omdat de vennootschap geen personeel had en weinig activiteiten ontplooidde.

De groep waartoe ZOM behoorde, beschikte weliswaar over een groepskrediet, maar appellanten hebben onvoldoende omstandigheden aangevoerd ter onderbouwing dat het niet aanwenden van de groepsfaciliteit voor de betaling van de vorderingen van appellanten in dit geval onrechtmatig is. Ook is volgens het hof niet gebleken dat ZOM zonder meer aanspraak kon maken op de groepskredietfaciliteit om de vorderingen van appellanten te voldoen. Het verwijt dat het onrechtmatig was de groepsfaciliteit niet aan te wenden voor de boete gaat daarom ook niet op.

Ten aanzien van het verwijt dat geïntimeerden onrechtmatig hebben gehandeld door vanaf het moment van de inleidende dagvaarding geen voorziening te treffen, oordeelt het hof dat geïntimeerden niet wisten of behoorden te begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelwijze tot gevolg zou hebben dat ZOM haar verplichtingen niet zou nakomen, en op grond waarvan geïntimeerden ernstig rekening hadden moeten houden met de mogelijkheid dat ZOM, ondanks het door haar gevoerde verweer in de gerechtelijke procedures, de boetes (uiteindelijk) verschuldigd zou zijn.

Tot slot staat een door de moedervenootschap afgegeven 403-verklaring ter discussie. Appellanten menen dat de moedervenootschap op basis van de afgegeven 403-verklaring aansprakelijk is voor de vorderingen die voortvloeien uit de koopovereenkomst. Het hof oordeelt dat dit niet het geval is. De in 2008 afgegeven 403-verklaring luidt dat de moedervenootschap hoofdelijk aansprakelijk is voor rechtshandelingen van de dochter die *worden* verricht. Hiermee heeft de moedervenootschap zich naar het oordeel van het hof uitsluitend aansprakelijk gesteld voor rechtshandelingen van ZOM die zijn verricht na de deponering van de 403-verklaring. Nu de koopovereenkomst is gesloten in 2001 en de 403-verklaring in 2008 is gedeponerd, is de moeder niet op grond van de 403-verklaring aansprakelijk voor de vorderingen die voortvloeien uit de koopovereenkomst.

Het hof wijst de vorderingen dan ook af.

S.E. Streng, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3312

Zaaknummer: 200.220.261/01

Rechters: B.J. Lensenink, J. van der Kluit en H.M. Vletter-van Dort

Advocaten: V. Terlouw en J.A. Dullaart

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:403 BW

RECHTSPRAAK

Ontbinding ZED+

OK; enquête. OK gaat over tot ontbinding van ZED+ en benoemt door haar benoemde tijdelijk bestuurder tot vereffenaar. De vennootschap moet daarnaast de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer betalen van de tijdelijk bestuurder en de beheerder van de aandelen in een eventuele toekomstige aansprakelijkheidsprocedure tegen hen.

In 2014 heeft de OK bij beschikking (zie *OR Updates 2015-0005*) een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken bij ZED+ B.V. ('ZED+'). Bambalia Limited ('Bambalia'), Gelvaser Investment Limited ('Gelvaser'), Wisdom Entertainment S.A.R.L ('Wisdom'), Veon Holdings B.V. ('Veon') zijn aandeelhouders van ZED+. Planeta Corporacion S.L. ('Planeta') houdt aandelen in een dochtervennootschap van ZED+.

In 2017 heeft de OK geoordeeld dat bij ZED+ sprake is van wanbeleid (zie *OR Updates 2018-0003*). In diezelfde beschikking heeft zij onder meer een bestuurder en de voltallige RvC ontslagen en bij wijze van voorziening mr. P.N. Wakkie ('Wakkie'), die eerder door de OK reeds als tijdelijk bestuurder was aangesteld (zie daarover ook *OR Updates 2017-0069*), benoemd tot bestuurder van ZED+ en tevens alle aandelen in ZED+ overgedragen ten titel van beheer. Verder zijn alle aan de RvC toekomende bevoegdheden overgedragen aan de beheerder van de aandelen. Deze voorzieningen zijn bij latere beschikkingen verlengd (zie o.a. *OR Updates 2019-0047*).

Bij het verzoekschrift dat leidde tot de onderhavige beschikking verzoekt ZED+ de OK onder meer om ZED+ te ontbinden; de door de OK benoemde tijdelijk bestuurder Wakkie te benoemen als vereffenaar; alle aandelen ten titel van beheer over te dragen aan een beheerder en een aantal concept-besluiten goed te keuren die de risico's op aansprakelijkheid van de tijdelijk bestuurder en beheerder beperken. Wisdom, de eerder door de OK ontslagen bestuurder van ZED+ en een derde belanghebbende ('Wisdom c.s.') stellen dat ontbinding niet noodzakelijk is en betwisten de onafhankelijkheid van de tijdelijk bestuurder Wakkie. Wakkie zou volgens Wisdom c.s. niet onafhankelijk zijn nu hij in het verleden, voordat hij als tijdelijk

bestuurder werd aangewezen in deze enquêteprocedure, enige maanden onafhankelijk bestuurder is geweest van een partij die gelieerd is aan een partij die geïnteresseerd was om, gedurende deze enquêteprocedure, een dochtervennootschap van ZED+ over te nemen.

De OK oordeelt, in het verlengde van haar eerdere beschikkingen, dat er ook thans geen enkele reden is om te twijfelen aan het functioneren van Wakkie als tijdelijk bestuurder. De OK overweegt dat ZED+ geen eigen activiteiten ontplooit, geen werknemers heeft en dat haar enige actief bestaat uit een deelneming die in het niet staat bij de diverse schulden die ZED+ heeft bij banken en derden. Het vennootschappelijk belang van ZED+ wordt dan ook in overwegende mate bepaald door het belang van haar schuldeisers. Deze schuldeisers zijn erbij gebaat dat de activa van ZED+ tegen de laagst mogelijke kosten en zo spoedig mogelijk worden geliquideerd. Hierbij hecht de OK ook aanzienlijke waarde aan de steun van de banken voor het verzoek tot ontbinding van ZED+.

De OK oordeelt dan ook dat het belang van de aandeelhouders en het openbaar belang zich niet verzetten tegen ontbinding van ZED+. Zij wijst het verzoek tot ontbinding toe en benoemt Wakkie tot vereffenaar.

Ten aanzien van het verzoek tot het goedkeuren van een aantal besluiten stelt de OK vast dat uitgesloten moet worden geacht dat in de vereffening aan de aandeelhouders van ZED+ enige uitkering kan worden gedaan en dat het, gezien de meermaals ongegrond bevonden beschuldigingen van Wisdom c.s. aan het adres van bestuurder Wakkie, in de rede ligt dat ZED+ deze besluiten wil nemen ter bescherming tegen eventuele aansprakelijkheidsacties en om te voorzien in de dekking van de kosten van verweer, waarbij deze besluiten kunnen bijdragen aan een effectieve vereffening van ZED+ na ontbinding. Naar het oordeel van de OK behoort het echter niet tot haar taak om deze besluiten goed te keuren, maar komt deze bevoegdheid op grond van de eerdere beschikkingen toe aan de bestuurder respectievelijk de beheerder van de aandelen in de uitoefening van zijn bevoegdheden die eerder toekwamen aan de RvC. Wel dient ZED+ de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer te betalen van de tijdelijk bestuurder en de beheerder van de aandelen in een eventuele toekomstige aansprakelijkheidsprocedure tegen hen.

T.M. Goudzwaard, februari 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4295

Zaaknummer: 200.197.493/08 OK

Rechters: G.C. Makink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, D.E.M. Aleman en S. ten Have

Advocaten: J.H. Lemstra, T. de Waard, D.S. de Waard, M.H.C. Sinninghe Damsté, B.A. Keizers, D.H. Tilanus, M.W.E. Evers en J.A.I. Verheul

Wetsartikelen: 2:355 BW, 2:356 BW en 2:357 BW

RECHTSPRAAK

Arros c.s./Arnold Maassen Holding c.s. II

Vordering van appellanten tegen geïntimeerden met betrekking tot procedure rondom uittreding. De OK laat zich uit over peildatum, waarderingmethode en vertrouwelijkheid en beveelt voorts een onderzoek naar de waarde van de aandelen en benoemt een onderzoeker.

Voor een samenvatting van de casus verwijzen wij naar het arrest van het Hof Amsterdam onder *OR Updates 2020-0029*. In dit arrest achtte de OK de uittreedvordering van appellanten, Beheermaatschappij Arros B.V. ('Arros') c.s., tegen geïntimeerden, Arnold Maassen Holding B.V. ('AM Holding') c.s., toewijsbaar. De OK overwoog dat zij een deskundige zal benoemen ter vaststelling van de waarde van de aandelen in AM Holding.

Partijen hebben zich bij akte uitgelaten over de te benoemen deskundige en de aan de deskundige voor te leggen vraag. AM Holding c.s. pleiten voor een andere peildatum voor het waarderen van de aandelen, die voor hen minder belastend en bezwarend zou zijn. De OK oordeelt dat het denkbaar is dat de peildatum meer kosten en moeite voor AM Holding c.s. kan meebrengen, maar acht het bezwaar van onvoldoende gewicht om de peildatum te veranderen.

Daarnaast stellen AM Holding c.s. dat de waardering volgens de DCF-methode dient te geschieden, terwijl Arros c.s. stellen dat tevens de intrinsieke waarde moet worden bepaald. De OK laat de te gebruiken methode aan de deskundige. De deskundige dient volgens de OK onder andere rekening te houden met de noodzakelijke normalisaties, de relevante management fee en de kosten van rechtsbijstand van AM Holding c.s. Een vordering die nog aanhangig is bij de rechtbank in Antwerpen dient buiten de door de deskundige uit te voeren waardering te worden gehouden.

Verder komt aan bod dat AM Holding c.s. hebben gevraagd of de OK bijzondere vertrouwelijkheid aan de deskundige op kan leggen vanwege concurrerende activiteiten. De OK wijst er in dit verband op dat de artikelen 194 tot en met 199 Rv op de

uittredingsprocedure van toepassing zijn verklaard. Dit leidt ertoe dat alle informatie die aan de deskundige wordt verstrekt, voor appellanten toegankelijk behoort te zijn. De gestelde concurrerende activiteiten kunnen geen uitzondering op deze regel rechtvaardigen. De concurrerende verhoudingen kunnen wel meebrengen dat de te verstrekken (concurrentiegevoelige) informatie over AM Holding en haar dochtervennootschappen geanonimiseerd, althans niet herleidbaar tot handelsrelaties, kan worden aangeleverd.

De OK beveelt een onderzoek naar de waarde van de aandelen en benoemt een onderzoeker.

J.M. Schepel, januari 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4332

Zaaknummer: 200.229.369/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.J. Wolfs, H.J. Vetter, M.N. Hoogendoorn en C. Smits-Nusteling

Advocaten: R.H.G.M. Kerckhoffs en Ph.W. Schreurs

Wetsartikelen: 2:339 BW en 2:343 BW

RECHTSPRAAK

Arros c.s./Arnold Maassen Holding c.s.

Familiëgeschil tussen vier broers. Vordering appellanten tegen geïntimeerden tot nakoming beweerdelijke overeenkomst tot aandelenruil, schadevergoeding en uittreding. Evenals de rechtbank wijst het hof de vordering tot nakoming en schadevergoeding af. Anders dan de rechtbank acht de OK de uittreedvordering toewijsbaar en beveelt zij deskundigenbericht over de waarde van de aandelen.

Deze procedure vloeit voort uit een conflict binnen familiebedrijf Arnold Maassen Holding B.V. ('AM Holding'). AM Holding houdt alle aandelen in Arnold Maassen Exploitatie Maatschappij B.V. ('AM Exploitatie') en Ceco B.V. ('Ceco'). AM Exploitatie houdt alle aandelen in Arnold Maassen Handelsmaatschappij B.V. ('AM Handel'), Arnold Maassen Engineering & Constructiën ('E&C') en B.V. Transport en Expeditiebedrijf Cargofoor ('Cargofoor'). Daarnaast houden AM Exploitatie en AM Handel samen alle aandelen in de Belgische vennootschap Arnold Maassen Handel- en Transportmaatschappij N.V. ('AM België'). De vier statutair directeurs van AM Holding zijn broers: Roel, Naud, Guy en Marc. Zij houden via hun holdingmaatschappijen Beheermaatschappij Arros B.V. (van Roel, hierna: 'Arros'), Eisendalhof B.V. (van Naud), Beheermaatschappij Gerem B.V. (van Guy) en Elbana Beheer B.V. (van Marc) ieder een kwart van de aandelen in AM Holding. AM Holding en haar dochtervennootschappen houden zich bezig met – kort gezegd – de handel in bouwstoffen en de handel en advisering in geokunststoffen.

Roel was bestuurder van en gaf feitelijk leiding aan AM Handel. Daarnaast was Roel de bestuurder van E&C. Naud en Guy waren de bestuurders van Cargofoor en Marc was de bestuurder van Ceco. Geruime tijd kwam het merendeel van de omzet van de gehele onderneming binnen via AM Handel.

Op een gegeven moment geeft Roel aan dat hij ongelukkig is met de gang van zaken en de onderlinge verstandhouding binnen het bedrijf. Hij wil alleen verder met E&C en AM Handel. Een jaar later zegt hij zijn managementovereenkomst met AM Holding op en biedt hij zijn aandelen in AM Holding conform de blokkeringsregeling in de statuten aan de andere

aandeelhouders aan.

De broers praten jaren met elkaar om het conflict op te lossen. Een belangrijk gesprek vindt plaats tussen Roel en Marc. Tijdens dit gesprek wordt een document met de titel 'Kernafspraken voor ontvlechting Arnold Maassen' opgesteld. Het document stelt onder andere dat er – na deskundigenwaardering – een aandelenruil zal plaatsvinden, waardoor uiteindelijk Roel met Arros de aandelen in AM Handel en AM België in handen zal krijgen. Indien uit de waardering blijkt dat Roel zou moeten bijbetalen, volgt onderhandeling. Indien uit de waardering blijkt dat Roel niet hoeft bij te betalen, zullen de aandelen bindend worden overgedragen. Roel en Marc paraferen dit document. Marc stuurt het geparafeerde document ('de Kernafspraken') naar Guy en Naud, en later ook naar Roel, waarbij hij duidelijk maakt dat het een conceptvoorstel is waarover iedereen nog moet nadenken.

Roel vordert nakoming van de – beweerdelijke – overeenkomst tot ruil van de aandelen die Arros houdt in AM Holding tegen de aandelen die AM Holding houdt in AM Handel en in AM België, zonder waardering van de aandelen (i.e. met gesloten beurzen) en vordert schadevergoeding wegens niet nakoming van die overeenkomst. Roel stelt dat over de aandelenruil overeenstemming is bereikt (o.a. vanwege de Kernafspraken), de andere broers stellen dat geen wilsovereenstemming is bereikt. Tevens vordert Roel zijn broers te veroordelen tot overname van de door Arros gehouden aandelen in AM Holding, tegen een door een deskundige te bepalen prijs. Aan deze vordering is ten grondslag gelegd dat in redelijkheid niet meer van Arros kan worden gevergd dat haar aandeelhouderschap voortduurt. Als onderbouwing wordt aangevoerd dat sprake is van ernstig verstoorde (familie)verhoudingen, dat de aandeelhoudersvergaderingen de afgelopen jaren niet netjes verlopen zijn, dat de managementfee van de andere broers onterecht verhoogd is na het vertrek van Roel en dat een gebrekkig dividendbeleid wordt gevoerd. De andere broers stellen dat er geen zwaarwegende omstandigheden zijn die toewijzing van de uittredingsvordering rechtvaardigen. De rechtbank heeft de vorderingen van Roel afgewezen.

Het hof oordeelt dat niet vaststaat dat Marc heeft ingestemd met een aandelenruil zonder waardering. Het feit dat Marc de Kernafspraken heeft opgesteld en geparafeerd, impliceert niet dat hij akkoord was met de inhoud daarvan. Marc beweert dat de Kernafspraken dienden om vast te leggen waartoe Roel bereid was.

Daar komt bij dat zelfs al zou Marc zich akkoord hebben verklaard met de Kernafspraken, geen overeenkomst tot stand kan zijn gekomen, omdat Naud en Guy daaraan niet gebonden zijn. Er kan slechts een overeenkomst bestaan als over de inhoud ervan wilsovereenstemming bestond tussen alle vier de broers. Dat door Naud en Guy een volmacht is verleend aan Marc, blijkt niet uit de feiten.

Daarnaast mocht Roel er naar het oordeel van het hof niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat Marc beschikte over een volmacht om ook namens Guy en Naud in te stemmen met een aandelenruil zonder waardering. Er is niet gebleken van feiten en omstandigheden die voor rekening en risico van Naud en Guy komen en die bij Roel het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt dat Marc beschikte over een volmacht van Naud en Guy om namens hen in te stemmen met de Kernafspraken. Verder is er geen reden om aan te nemen dat Naud en Guy wisten dat Roel veronderstelde dat Marc als hun gevolmachtigde handelde. Naar het oordeel van het hof is het verwoorden van gezamenlijke standpunten in afwezigheid van Naud en Guy iets wezenlijk anders dan het verrichten van rechtshandelingen namens hen buiten hun afwezigheid. Over een essentieel onderdeel van de aandelenruil – de ruilverhouding – is geen overeenstemming bereikt.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Met betrekking tot de uittreedvordering oordeelt de OK dat van zwaarwegende omstandigheden geen sprake hoeft te zijn. De maatstaf is dat Arros als aandeelhouder door gedragingen van één of meer medeaandeelhouders zodanig in haar rechten of belangen is geschaad, dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd. De OK oordeelt dat de uittredingsvordering toewijsbaar is gegeven de ontwrichte samenwerking, de verstoorde verhoudingen en de gang van zaken tijdens de laatste aandeelhoudersvergaderingen. De OK concludeert dat de mate waarin de verstandhoudingen zijn verstoord en de opstelling van Marc, Naud en Guy tot gevolg hebben dat het voor Roel onmogelijk is om invulling te geven aan het aandeelhouderschap van Arros.

De OK zal een deskundige benoemen ter vaststelling van de waarde van de aandelen in AM Holding en partijen in de gelegenheid stellen zich bij akte uit te laten over de persoon van de deskundige en de vraagstelling.

J.M. Schepel, januari 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3222

Zaaknummer: 200.237.643 en 200.229.369/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.J. Wolfs, H.J. Vetter, M.N. Hoogendoorn en J.B.M. Streppel

Advocaten: R.H.G.M. Kerckhoffs en Ph.W. Schreurs

Wetsartikelen: 2:339 BW, 2:343 BW en 3:69 BW

RECHTSPRAAK

A c.s./LSVW Groep

OK. Geschillenregeling. Hoger beroep. Appellanten stellen vordering tot uittreding in op grond van artikel 2:343 lid 1 BW en vorderen daar onlosmakelijk mee verbonden een schadeloosstelling (op grond van billijke verhoging dan wel schadevergoeding). Grootaandeelhouder stelt dat aan een inhoudelijke beoordeling niet hoeft te worden toegekomen, aangezien zij zich niet verzet tegen overname van de aandelen. Zowel de rechtbank als de OK gaan over tot beoordeling van de gedragingen van de grootaandeelhouder, vanwege de onlosmakelijke verbondenheid van de vorderingen. Beiden komen tot een afwijzing van de vordering, zij het op andere gronden. Toetsingskader rechtbank wordt door de OK als te nauw beoordeeld.

Power to the People B.V. ('P2tP') heeft onder meer tot doel de exploitatie van een collectieve inkooporganisatie. A c.s. ('Appellanten') zijn voor 9,98% houder van de aandelen in het kapitaal van P2tP. LSVW Groep is houder van 90,02% van de aandelen in het kapitaal van P2tP. P2tP en LSVW Groep hebben een managementovereenkomst gesloten, op grond waarvan LSVW Groep managementwerkzaamheden voor P2tP zal verrichten. LSVW Groep is een zekere periode bestuurder van P2tP.

Appellanten hebben gevorderd LSVW Groep te veroordelen om de aandelen van Appellanten in P2tP over te nemen, tegen gelijktijdige betaling van een nader te bepalen prijs, vastgesteld door een deskundige (op grond van art. 2:343 e.v. BW). Onlosmakelijk verbonden met deze vordering, vorderen appellanten primair toepassing van een billijke verhoging bij het bepalen van de prijs van de aandelen, subsidiair betaling van een schadevergoeding.

De rechtbank heeft deze vordering afgewezen, omdat – naar het oordeel van de rechtbank – de vordering tot uittreding slechts kan zien op eigen gedragingen van LSVW Groep en dat LSVW Groep in de periode waarop de verweten gedragingen betrekking hebben geen aandeelhouder en/of bestuurder was van P2tP.

Appellanten zijn in hoger beroep gekomen tegen het vonnis van de rechtbank. Appellanten voeren in hoger beroep aan dat zij door gedragingen van de bestuurder tevens grootaandeelhouder van de vennootschap, LSVW Groep, zodanig in hun rechten en belangen zijn geschaad dat het voortduren van hun aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hen kan worden gevergd.

LSVW Groep is van mening dat de OK Appellanten niet-ontvankelijk dient te verklaren in hun vorderingen en het vonnis van de rechtbank dient te bekrachtigen.

De OK oordeelt dat de vordering van Appellanten wel dient te worden beoordeeld, omdat Appellanten slechts uittreding wensen als daarbij tevens wordt bepaald dat zij aanspraak kunnen maken op schadeloosstelling. De vordering tot uittreding is onlosmakelijk verbonden met de vordering tot primair toepassing van een billijke verhoging bij het bepalen van de prijs voor de aandelen, subsidiair schadevergoeding. Daarom is een inhoudelijke beoordeling van de gestelde gedragingen van LSVW Groep nodig.

Naar het oordeel van de OK heeft de rechtbank een te beperkt toetsingskader aangelegd, omdat ook gedragingen van nauw bij LSVW Groep betrokken personen (al dan niet via hun persoonlijke holdings) relevant kunnen zijn. Onder omstandigheden kan er aanleiding zijn ook gedragingen van nauw betrokken personen bij de beoordeling te betrekken. Beoordeling van de vraag in hoeverre de door Appellanten gestelde gedragingen van anderen dan LSVW Groep zelf voor toepassing van artikel 2:343 lid 1 BW gelijk moeten worden gesteld met de eigen gedragingen van LSVW Groep kan hier echter achterwege blijven, omdat die gedragingen niet zodanig zijn dat zij kunnen leiden tot toewijzing van de vordering tot uittreding en billijke verhoging dan wel schadevergoeding.

Daarnaast hebben Appellanten aan hun vordering ten grondslag gelegd dat zij door gedragingen van LSVW Groep, bestuurder en tevens grootaandeelhouder van de vennootschap, zodanig in hun rechten en belangen zijn geschaad dat het voortduren van hun aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hen kan worden gevergd. Van zodanige gedragingen is, ook als hetgeen Appellanten hebben aangevoerd in onderling verband en samenhang wordt gezien, echter in casu geen sprake.

Tot slot merkt de OK op dat als een gedraging door een partij wordt aangemerkt als een gedraging in de zin van artikel 2:343 lid 1 BW, in het algemeen in redelijkheid te vergen is dat de wederpartij (hier: LSVW Groep), de gelegenheid krijgt deze te herstellen. De OK oordeelt dat op grond van de feiten en omstandigheden Appellanten niet over de gang van zaken hebben geklaagd zodra zij hiervan kennis kregen.

De OK oordeelt dat de vordering van Appellanten niet voor toewijzing vatbaar is. Dit geldt ook

wanneer hetgeen Appellanten hebben aangevoerd in onderling verband en samenhang wordt gezien. De OK bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Q.M.J.A. Crul, januari 2020

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3127

Zaaknummer: 200.236.744/01 OK

Rechters: A.J. Wolfs, M.M.M. Tillema, A.W.H. Vink, F. van der Wel en C. Smits-Nusteling

Advocaten: N.W.M. van den Heuvel en T.M. Schraven

Wetsartikelen: 2:343 e.v. BW

RECHTSPRAAK

Equity Europe/Stanley

Vordering tot nakoming van contractuele afspraak tot aanvulling van werkkapitaal naar aanleiding van aandelentransactie. Rechtbank wijst vordering af, hof wijst vordering toe. De hoogte van de schadevergoeding wordt beperkt door de afgesproken cap in de koopovereenkomst (SPA).

Equity Europe B.V. ('Equity Europe') is een entiteit die door Israëlische investeerders is opgericht om de aandelen te verwerven in Scan Modul Byrum ApS en Scan Modul Holdings B.V. (tezamen met hun dochtermaatschappijen hierna aan te duiden als 'Scan Modul'). Scan Modul houdt zich bezig met transportmiddelen en distributie- en opslagsystemen ten behoeve van de medische branche. De aandelen in Scan Modul zijn verkregen van Stanley Nordic ApS (tezamen met topholding Stanley Black & Dekker Inc. hierna aan te duiden als 'Stanley').

Equity Europe en Stanley raken na de overname van Scan Modul in geschil over de interpretatie van de gesloten koopovereenkomst. Dit geschil spitst zich met name toe op een afspraak over het aanvullen van het werkkapitaal. In de koopovereenkomst was afgesproken dat het werkkapitaal van Scan Modul op een bepaald overeengekomen niveau moest zijn. Geparafraseerd was de tekst: *'The level of Operating Assets and Liabilities is in accordance with the ordinary course of operations of the Companies and consistent with such levels of Operating Assets and Liabilities in the period of twelve months prior to July 31, 2014.'*

Equity Europe stelt dat het werkkapitaal zich na de overname niet op dat niveau bevond en start een rechtszaak. Zij vordert betaling door Stanley van het verschil tussen het volgens Equity Europe toegezegde en het feitelijk bij Scan Modul op *closing* aanwezige werkkapitaal. Daarnaast maakte Equity Europe aanspraak op betaling onder diverse (andere) garanties. In de rechtbankprocedure werd geoordeeld dat Equity Europe ten tijde van de *closing* op de hoogte was van de afwijkende omvang van het werkkapitaal en dat Equity Europe door desalniettemin mee te werken aan de *closing*, afstand heeft gedaan van haar recht om ontbinding van de koopovereenkomst te vorderen. Stanley mocht er gerechtvaardigd op

vertrouwen dat Equity Europe zich na de *closing* niet alsnog op de gestelde tekortkoming in het werkkapitaal zou beroepen. Ook ten aanzien van de andere garantieschendingen overweegt de rechtbank dat deze moeten worden afgewezen. Onder andere tegen deze beslissingen van de rechtbank komt Equity Europe in hoger beroep.

Het hof bespreekt allereerst de bezwaren van Equity Europe tegen het oordeel van de rechtbank met betrekking tot het werkkapitaal, en oordeelt dat daartegen terecht is opgekomen. Zij past in dat kader de Haviltex-norm toe op wat partijen met betrekking tot (de hoogte van) het werkkapitaal hebben afgesproken in de koopovereenkomst en besteedt aandacht aan de definitieve tekst en de voorafgaande onderhandelingen. In redelijkheid kon de bepaling over het werkkapitaal niet anders worden begrepen, dan dat door Stanley werd gegarandeerd dat het werkkapitaal zich op het moment van de *closing* rond het gemiddelde werkkapitaal in de twaalf maanden voorafgaand aan 31 juli 2014 zou begeven, aldus het hof.

In de koopovereenkomst is de totale aansprakelijkheid beperkt tot een bedrag van € 1.500.000. Ondanks een betoog van Equity Europe dat dit maximum in de huidige omstandigheden niet van toepassing is, houdt het hof aan het maximum vast. Het hof veroordeelt Stanley om € 1.500.000, vermeerderd met wettelijke rente, aan Equity Europe te vergoeden. Nu daarmee het maximum aan schadevergoeding bereikt is, heeft Equity Europe geen verder belang bij bespreking van andere grieven. De grief met betrekking tot het werkkapitaal is (deels) terecht voorgesteld. Stanley wordt als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van het principaal en incidenteel hoger beroep.

J.M. Schepel, januari 2020

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:1583

Zaaknummer: 200.224.317/01

Rechters: W.A.H. Melissen, E.E. van Tuyl Serooskerken - Röell en J.G. Sijmons

Advocaten: J.E. Polet en R.S. Meijer

Wetsartikelen: 3:296 BW

ANNOTATIE

Onnodige acrobatiek voor een aansprakelijk circus

M. Mussche

1. Feitelijke achtergrond

Circus Althoff is een private limited company naar Engels recht, die opereerde op het Nederlandse grondgebied en daar vennootschapsbelastingplichtig was. Op 19 oktober 2010 heeft de rechtbank te Dordrecht Circus Althoff failliet verklaard. De enige bestuurder van Circus Althoff was Althoff Beheer, eveneens een Engelse limited, welke op zijn beurt werd bestuurd door de natuurlijke persoon X. De te bespreken uitspraak gaat over de aansprakelijkheid voor het boedeltkort van Althoff Beheer en een lokale manager van Circus Althoff, verder te noemen Y, en de persoonlijke aansprakelijkheid van de indirecte bestuurder X.

2. Geen aansprakelijkheid van de bestuurder

De curator van Circus Althoff heeft de indirecte bestuurder X aansprakelijk gesteld voor de door de schuldeisers van Circus Althoff geleden schade op grond van art. 6:162 BW. De grond van de aansprakelijkstelling is, kort gezegd, dat X heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Circus Althoff haar verplichtingen niet is nagekomen (de welbekende norm uit het arrest Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659)). Hoewel Circus Althoff de administratie- en publicatieplicht had geschonden (zie hierna), heeft de curator ten aanzien van X niet gepoogd gebruik te maken van de daaraan verbonden bewijsficties van art. 2:138 BW. De reden hiervoor ligt voor de hand: X is niet de directe, maar de indirecte bestuurder van Circus Althoff. Omdat Circus Althoff geen in boek 2 BW geregelde rechtspersoon is, is de doorbraakbepaling van art. 2:11 BW niet van toepassing. Aansprakelijkheid van Althoff Beheer op grond van art. 2:138 BW zou dus niet kunnen leiden tot aansprakelijkheid van X. Daarom moest X rechtstreeks worden aangesproken. Deze aansprakelijkstelling verliep niet succesvol. De rechtbank oordeelde dat niet is voldaan aan de norm uit Ontvanger/Roelofsen, omdat, zelfs indien X op de hoogte zou zijn geweest van de financiële situatie van Circus Althoff, die enkele wetenschap niet worden aangemerkt als een zodanig onzorgvuldig handelen dat hem

een ernstig persoonlijk verwijt valt te maken.

3. Aansprakelijkstelling van het circus en diens manager

De aansprakelijkstelling van Circus Althoff en manager Y wordt wel gebaseerd op art. 2:138 BW. Deze bepaling is als hoofdregel weliswaar slechts toepasselijk op bestuurders in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen, maar art. 10:121 lid 1 BW (het vroegere art. 5 Wet conflictenrecht corporaties) bepaalt expliciet dat deze bepaling ook van toepassing is op bestuurders van buitenlandse vennootschappen. Het artikel bevat bovendien de volgende zinsnede: "Als bestuurders zijn eveneens aansprakelijk degenen die met de leiding van de in Nederland verrichte werkzaamheden zijn belast." Op deze grond heeft de curator getracht manager Y onder het toepassingsbereik van art. 2:138 BW te brengen. Die poging slaagt: de rechtbank overwoog dat Y als 'lokale manager' feitelijk de leiding had over Circus Althoff in Nederland. Het had volgens de rechtbank op de weg van Y gelegen om feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit zou blijken dat de leiding van het circus bij (een) ander(en) lag. Y heeft dit nagelaten.

Tot zover is er weinig opmerkelijks onder de zon. Bij de volgende stap in de redenering van de rechtbank – het optuigen van aansprakelijkheid van Althoff Beheer en Y ex art. 2:138 BW – wordt het interessant. De curator wenste gebruik te maken van de bewijsvermoedens van art. 2:138 lid 2 BW. Daartoe voerde hij aan dat X Beheer niet heeft voldaan aan de publicatieplicht van art. 2:394 BW en evenmin aan de administratieplicht van art. 2:10 BW, inhoudende dat de rechtspersonen "op zodanige wijze een administratie [dienen] te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en gegevensdragers op zodanige wijze [dienen] te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend." Als de curator in dit bewijs zou slagen, dan zou de onbehoorlijke taakvervulling vaststaan en bovendien worden vermoed dat deze een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Circus Althoff.

De rechtbank overwoog hieromtrent dat art. 2:394 BW en 2:10 BW, vanwege de in Nederland gehuldigde incorporatieleer, niet van toepassing zijn op Circus Althoff. De rechtbank vervolgt echter met de overweging dat, zoals door de curator aangevoerd, art. 3:15i BW wel op buitenlandse vennootschappen van toepassing is. De wetgever heeft dat inderdaad expliciet bepaald: "Volgens dit wetsartikel [rechtbank: lees 3:15i BW] is een ieder die een bedrijf of zelfstandig een beroep uitoefent, verplicht van zijn vermogenstoestand en van alles betreffende zijn bedrijf of beroep, naar de eisen van dat bedrijf of beroep, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend. In het algemeen kan worden gesteld dat deze bepaling ook geldt voor

buitenlandse rechtspersonen voorzover zij in Nederland een bedrijf uitoefenen.” (MvA Kamerstukken II 1992-1993, nr. 6 p. 2)

Vervolgens stelt de rechtbank vast dat van een deugdelijke administratie geen sprake was, omdat Althoff Beheer en Y onvoldoende hebben weersproken dat op de faillissementsdatum van Circus Althoff de rechten en verplichtingen niet uit de administratie waren af te leiden en een redelijk inzicht in de vermogenspositie van Circus Althoff ontbrak. Daarmee kon de gebruikelijke beoordeling van de administratie door een accountant achterwege worden gelaten (zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 2 december 1991, *NJ* 1993, 713 en Rb. Maastricht 22 augustus 1996, *JOR* 1997, 4). Noemenswaardig is de onderbouwing van de schending van de administratieplicht door de rechtbank: het feit dat Y heeft verklaard dat hij zich nooit met de administratie heeft bemoeid en hij er niets vanaf weet, wordt in aanmerking genomen bij het oordeel dat art. 3:15i BW is geschonden. Dat lijkt mij niet juist: Y's betrokkenheid bij de administratie, of de afwezigheid daarvan, zegt op zichzelf uiteraard niets over de deugdelijkheid daarvan.

4. Art. 3:15a ingelezen in art. 2:138 lid 2 BW

De volgende stap in de redenering van de rechtbank is de meest opmerkelijke van dit vonnis: "Nu de terminologie van de verplichting in artikel 3:15i BW dezelfde is als die in artikel 2:10 BW en gezien in het licht van artikel 10:121 BW is de rechtbank van oordeel dat als vast zou komen te staan dat niet is voldaan aan de verplichting om een administratie te voeren als bedoeld in artikel 3:15i BW, daaraan de conclusie dient te worden verbonden dat evenmin aan de boekhoudverplichting uit artikel 2:10 BW is voldaan." Gezien de wetsgeschiedenis van art. 3:15i BW en art. 2:10 BW – beide bepalingen komen voort uit de boekhoudverplichting van het voormalige art. 6 WvK – kan inderdaad geconcludeerd worden dat beide bepalingen inhoudelijk hetzelfde willen bewerkstelligen (zie uitgebreid: C.M. Harmsen, 'Artikel 2:10 BW: een vreemde eend in de 10 jaar NBW bijt', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 77-91). Echter, het feit dat art. 2:10 BW materieel beschouwd is overtreden, betekent niet dat daar ook rechtsgevolgen aan verbonden kunnen worden. Een bepaling die niet van toepassing is op een rechtssubject, kan immers niet door dat rechtssubject worden overtreden.

Inhoudelijk zijn er mijns inziens desalniettemin goede argumenten voor de benadering van de rechtbank. Het is immers niet verdedigbaar dat een buitenlandse vennootschap die in Nederland actief is niet aan dezelfde standaarden hoeft te voldoen dan Nederlandse vennootschappen. De wetgever heeft dat kennelijk ook gemeend, want art. 5 lid 1 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen ("Wfbv") luidt: "Onverminderd het tweede lid is op een formeel buitenlandse vennootschap artikel 10 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van

overeenkomstige toepassing. De daarin bedoelde verplichtingen rusten op de bestuurders van de vennootschap." Deze bepaling doet de volgende vraag rijzen: had de rechtbank Dordrecht het zichzelf niet eenvoudiger kunnen maken door aan de hand van deze bepaling te overwegen dat de bewijsvermoedens van art. 2:138 BW van toepassing waren?

5. Eerdere jurisprudentie

Het antwoord op deze vraag zou volgens mij bevestigend moeten zijn en is bovendien al eens bevestigend geweest. Het is namelijk niet de eerste keer dat wordt geoordeeld over het wettelijke bewijsvermoeden van art. 2:138 BW ten aanzien van buitenlandse vennootschappen. In 2006 oordeelde de Rechtbank Rotterdam, net als de Rechtbank Dordrecht in deze zaak, dat art. 3:151 BW voor de toepassing van art. 2:138 lid 2 BW gelijkgesteld kan worden aan art. 2:10 BW (Rb. 29 nov. 2006, *JOR* 2007, 36). In 2005 lag een vergelijkbare zaak al eens voor bij de Rechtbank Arnhem (Rb. Arnhem 13 april 2005, *JOR* 2005, 141). Zij oordeelde dat het Engelse recht ter zake van het voorhanden en toegankelijk zijn van een deugdelijke financiële administratie in de Companies Act 1989 vergelijkbare voorschriften kent als art. 2:10 BW. Omdat aan die voorschriften niet was voldaan, kwam de rechtbank op grond van art. 2:138 lid 2 BW tot het oordeel dat sprake was van onbehoorlijk bestuur. In 2005 had de Rechtbank Rotterdam ook al eens over deze problematiek geoordeeld (Rb. Rotterdam 4 mei 2005, *JOR* 2005, 205). Ook in deze zaak werd onbehoorlijke taakvervulling aangenomen op grond van art. 2:138 BW (Rb. Rotterdam 4 mei 2005, *JOR* 2005, 205). Daarvoor werd de volgende argumentatie gebruikt: "Naar het oordeel van de rechtbank blijft artikel 5 lid 1 van de Wfbv [...] binnen de kaders voor de toepassing van nationaal recht op buitenlandse vennootschappen, zoals die zijn gesteld in het Inspire Art arrest (HJvEG 30 september 2003, NJ 2004, 394). De boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is immers in overeenstemming met c.q. een uitwerking van de op het terrein van het vennootschapsrecht tot stand gekomen Europese richtlijnen, die ook geacht worden in het Engelse recht te zijn geïmplementeerd." Deze redenering via art. 5 lid 1 Wfbv verdient mijns inziens de voorkeur. De oplossing over de band van art. 3:151 BW is namelijk onnodig en bovendien in strijd met de tekst van art. 2:138 lid 2 BW. Voor de uitkomst van het geschil maakt een en ander uiteraard geen verschil. Het is dan ook zeer de vraag of deze zaak een vervolg krijgt.

ANNOTATIE

Onnodige acrobatiek voor een aansprakelijk circus

M. Mussche

1. Feitelijke achtergrond

Circus Althoff is een private limited company naar Engels recht, die opereerde op het Nederlandse grondgebied en daar vennootschapsbelastingplichtig was. Op 19 oktober 2010 heeft de rechtbank te Dordrecht Circus Althoff failliet verklaard. De enige bestuurder van Circus Althoff was Althoff Beheer, eveneens een Engelse limited, welke op zijn beurt werd bestuurd door de natuurlijke persoon X. De te bespreken uitspraak gaat over de aansprakelijkheid voor het boedeltekort van Althoff Beheer en een lokale manager van Circus Althoff, verder te noemen Y, en de persoonlijke aansprakelijkheid van de indirecte bestuurder X.

2. Geen aansprakelijkheid van de bestuurder

De curator van Circus Althoff heeft de indirecte bestuurder X aansprakelijk gesteld voor de door de schuldeisers van Circus Althoff geleden schade op grond van art. 6:162 BW. De grond van de aansprakelijkstelling is, kort gezegd, dat X heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Circus Althoff haar verplichtingen niet is nagekomen (de welbekende norm uit het arrest Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659)). Hoewel Circus Althoff de administratie- en publicatieplicht had geschonden (zie hierna), heeft de curator ten aanzien van X niet gepoogd gebruik te maken van de daaraan verbonden bewijsficties van art. 2:138 BW. De reden hiervoor ligt voor de hand: X is niet de directe, maar de indirecte bestuurder van Circus Althoff. Omdat Circus Althoff geen in boek 2 BW geregelde rechtspersoon is, is de doorbraakbepaling van art. 2:11 BW niet van toepassing. Aansprakelijkheid van Althoff Beheer op grond van art. 2:138 BW zou dus niet kunnen leiden tot aansprakelijkheid van X. Daarom moest X rechtstreeks worden aangesproken. Deze aansprakelijkstelling verliep niet succesvol. De rechtbank oordeelde dat niet is voldaan aan de norm uit Ontvanger/Roelofsen, omdat, zelfs indien X op de hoogte zou zijn geweest van de financiële situatie van Circus Althoff, die enkele wetenschap niet worden aangemerkt als een zodanig onzorgvuldig handelen dat hem

een ernstig persoonlijk verwijt valt te maken.

3. Aansprakelijkstelling van het circus en diens manager

De aansprakelijkstelling van Circus Althoff en manager Y wordt wel gebaseerd op art. 2:138 BW. Deze bepaling is als hoofdregel weliswaar slechts toepasselijk op bestuurders in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen, maar art. 10:121 lid 1 BW (het vroegere art. 5 Wet conflictenrecht corporaties) bepaalt expliciet dat deze bepaling ook van toepassing is op bestuurders van buitenlandse vennootschappen. Het artikel bevat bovendien de volgende zinsnede: "Als bestuurders zijn eveneens aansprakelijk degenen die met de leiding van de in Nederland verrichte werkzaamheden zijn belast." Op deze grond heeft de curator getracht manager Y onder het toepassingsbereik van art. 2:138 BW te brengen. Die poging slaagt: de rechtbank overwoog dat Y als 'lokale manager' feitelijk de leiding had over Circus Althoff in Nederland. Het had volgens de rechtbank op de weg van Y gelegen om feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit zou blijken dat de leiding van het circus bij (een) ander(en) lag. Y heeft dit nagelaten.

Tot zover is er weinig opmerkelijks onder de zon. Bij de volgende stap in de redenering van de rechtbank – het optuigen van aansprakelijkheid van Althoff Beheer en Y ex art. 2:138 BW – wordt het interessant. De curator wenste gebruik te maken van de bewijsvermoedens van art. 2:138 lid 2 BW. Daartoe voerde hij aan dat X Beheer niet heeft voldaan aan de publicatieplicht van art. 2:394 BW en evenmin aan de administratieplicht van art. 2:10 BW, inhoudende dat de rechtspersonen "op zodanige wijze een administratie [dienen] te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en gegevensdragers op zodanige wijze [dienen] te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend." Als de curator in dit bewijs zou slagen, dan zou de onbehoorlijke taakvervulling vaststaan en bovendien worden vermoed dat deze een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Circus Althoff.

De rechtbank overwoog hieromtrent dat art. 2:394 BW en 2:10 BW, vanwege de in Nederland gehuldigde incorporatieleer, niet van toepassing zijn op Circus Althoff. De rechtbank vervolgt echter met de overweging dat, zoals door de curator aangevoerd, art. 3:15i BW wel op buitenlandse vennootschappen van toepassing is. De wetgever heeft dat inderdaad expliciet bepaald: "Volgens dit wetsartikel [rechtbank: lees 3:15i BW] is een ieder die een bedrijf of zelfstandig een beroep uitoefent, verplicht van zijn vermogenstoestand en van alles betreffende zijn bedrijf of beroep, naar de eisen van dat bedrijf of beroep, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend. In het algemeen kan worden gesteld dat deze bepaling ook geldt voor

buitenlandse rechtspersonen voorzover zij in Nederland een bedrijf uitoefenen.” (MvA Kamerstukken II 1992-1993, nr. 6 p. 2)

Vervolgens stelt de rechtbank vast dat van een deugdelijke administratie geen sprake was, omdat Althoff Beheer en Y onvoldoende hebben weersproken dat op de faillissementsdatum van Circus Althoff de rechten en verplichtingen niet uit de administratie waren af te leiden en een redelijk inzicht in de vermogenspositie van Circus Althoff ontbrak. Daarmee kon de gebruikelijke beoordeling van de administratie door een accountant achterwege worden gelaten (zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 2 december 1991, *NJ* 1993, 713 en Rb. Maastricht 22 augustus 1996, *JOR* 1997, 4). Noemenswaardig is de onderbouwing van de schending van de administratieplicht door de rechtbank: het feit dat Y heeft verklaard dat hij zich nooit met de administratie heeft bemoeid en hij er niets vanaf weet, wordt in aanmerking genomen bij het oordeel dat art. 3:15i BW is geschonden. Dat lijkt mij niet juist: Y's betrokkenheid bij de administratie, of de afwezigheid daarvan, zegt op zichzelf uiteraard niets over de deugdelijkheid daarvan.

4. Art. 3:15a ingelezen in art. 2:138 lid 2 BW

De volgende stap in de redenering van de rechtbank is de meest opmerkelijke van dit vonnis: "Nu de terminologie van de verplichting in artikel 3:15i BW dezelfde is als die in artikel 2:10 BW en gezien in het licht van artikel 10:121 BW is de rechtbank van oordeel dat als vast zou komen te staan dat niet is voldaan aan de verplichting om een administratie te voeren als bedoeld in artikel 3:15i BW, daaraan de conclusie dient te worden verbonden dat evenmin aan de boekhoudverplichting uit artikel 2:10 BW is voldaan." Gezien de wetsgeschiedenis van art. 3:15i BW en art. 2:10 BW – beide bepalingen komen voort uit de boekhoudverplichting van het voormalige art. 6 WvK – kan inderdaad geconcludeerd worden dat beide bepalingen inhoudelijk hetzelfde willen bewerkstelligen (zie uitgebreid: C.M. Harmsen, 'Artikel 2:10 BW: een vreemde eend in de 10 jaar NBW bijt', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 77-91). Echter, het feit dat art. 2:10 BW materieel beschouwd is overtreden, betekent niet dat daar ook rechtsgevolgen aan verbonden kunnen worden. Een bepaling die niet van toepassing is op een rechtssubject, kan immers niet door dat rechtssubject worden overtreden.

Inhoudelijk zijn er mijns inziens desalniettemin goede argumenten voor de benadering van de rechtbank. Het is immers niet verdedigbaar dat een buitenlandse vennootschap die in Nederland actief is niet aan dezelfde standaarden hoeft te voldoen dan Nederlandse vennootschappen. De wetgever heeft dat kennelijk ook gemeend, want art. 5 lid 1 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen ("Wfbv") luidt: "Onverminderd het tweede lid is op een formeel buitenlandse vennootschap artikel 10 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van

overeenkomstige toepassing. De daarin bedoelde verplichtingen rusten op de bestuurders van de vennootschap." Deze bepaling doet de volgende vraag rijzen: had de rechtbank Dordrecht het zichzelf niet eenvoudiger kunnen maken door aan de hand van deze bepaling te overwegen dat de bewijsvermoedens van art. 2:138 BW van toepassing waren?

5. Eerdere jurisprudentie

Het antwoord op deze vraag zou volgens mij bevestigend moeten zijn en is bovendien al eens bevestigend geweest. Het is namelijk niet de eerste keer dat wordt geoordeeld over het wettelijke bewijsvermoeden van art. 2:138 BW ten aanzien van buitenlandse vennootschappen. In 2006 oordeelde de Rechtbank Rotterdam, net als de Rechtbank Dordrecht in deze zaak, dat art. 3:151 BW voor de toepassing van art. 2:138 lid 2 BW gelijkgesteld kan worden aan art. 2:10 BW (Rb. 29 nov. 2006, *JOR* 2007, 36). In 2005 lag een vergelijkbare zaak al eens voor bij de Rechtbank Arnhem (Rb. Arnhem 13 april 2005, *JOR* 2005, 141). Zij oordeelde dat het Engelse recht ter zake van het voorhanden en toegankelijk zijn van een deugdelijke financiële administratie in de Companies Act 1989 vergelijkbare voorschriften kent als art. 2:10 BW. Omdat aan die voorschriften niet was voldaan, kwam de rechtbank op grond van art. 2:138 lid 2 BW tot het oordeel dat sprake was van onbehoorlijk bestuur. In 2005 had de Rechtbank Rotterdam ook al eens over deze problematiek geoordeeld (Rb. Rotterdam 4 mei 2005, *JOR* 2005, 205). Ook in deze zaak werd onbehoorlijke taakvervulling aangenomen op grond van art. 2:138 BW (Rb. Rotterdam 4 mei 2005, *JOR* 2005, 205). Daarvoor werd de volgende argumentatie gebruikt: "Naar het oordeel van de rechtbank blijft artikel 5 lid 1 van de Wfbv [...] binnen de kaders voor de toepassing van nationaal recht op buitenlandse vennootschappen, zoals die zijn gesteld in het Inspire Art arrest (HJvEG 30 september 2003, NJ 2004, 394). De boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is immers in overeenstemming met c.q. een uitwerking van de op het terrein van het vennootschapsrecht tot stand gekomen Europese richtlijnen, die ook geacht worden in het Engelse recht te zijn geïmplementeerd." Deze redenering via art. 5 lid 1 Wfbv verdient mijns inziens de voorkeur. De oplossing over de band van art. 3:151 BW is namelijk onnodig en bovendien in strijd met de tekst van art. 2:138 lid 2 BW. Voor de uitkomst van het geschil maakt een en ander uiteraard geen verschil. Het is dan ook zeer de vraag of deze zaak een vervolg krijgt.

ANNOTATIE

Over de verzoekende pandhouder in het enquêterecht en voorlopige voorzieningen voor toewijzing onderzoek

H. Koster

1. Algemene opmerkingen

De onderhavige uitspraak is op zichzelf gezien niet opzienbaar en de beslissingen van de Ondernemingskamer lijken mij zonder meer juist. Wel biedt deze uitspraak van de Ondernemingskamer een mooie aanleiding om in te gaan op enkele recente ontwikkelingen, die verband houden met twee aspecten, die in de onderhavige uitspraak aan de orde komen. Het betreft ten eerste het verzoek om een enquête door een schuldeiser en ten tweede de omstandigheid dat het onderzoek is geopend maar direct geschorst tot het moment dat een der partijen het onderzoek wil (her)openen), terwijl er al wel onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen.

2. Enkele opmerkingen over enquêtebevoegdheid

Voor het antwoord op de vraag wie om een enquête bij een BV of NV kunnen verzoeken, is artikel 2:346 BW van belang. Daarin staat dat onder meer een of meer aandeelhouders bij voldoende belang als in dat artikel omschreven, bevoegd zijn tot het indienen van een verzoek tot enquête bij een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap. Daarnaast kunnen ook certificaathouders bij voldoende belang een dergelijk verzoek indienen. Certificaathouders zijn sinds 1971 bevoegd tot het uitlokken van een enquête. Deze bevoegdheid vindt haar oorsprong in het rapport van de Commissie Verdam uit 1965. De commissie beval destijds aan dat certificaathouders op gelijke voet als aandeelhouders de bevoegdheid verleend moest worden om een enquêteverzoek in kunnen te dienen omdat zij ook verschaffers van risicodragend kapitaal zijn. Uit onderzoek blijkt dat in de periode 2000-2007 ruim 90% van de enquêteverzoeken door kapitaalverschaffers zijn ingediend, waarvan 10% door certificaathouders.

Van belang is verder dat in de Scheipar-beschikking van 6 juni 2003, LJN AF9440, en verduidelijkt in de Butôt Holding/Butôt-uitspraak van 10 september 2010, LJN BM6077, de

Hoge Raad heeft geoordeeld dat de economisch rechthebbende op certificaten van aandelen gelijkgesteld kan worden met de certificaathouder uit artikel 2:346 BW indien de certificaten geheel en al voor rekening en risico van de economische certificaathouder worden gehouden. Uit de uitspraak van de Hoge Raad inzake Bamford/TESN en BTCL van 8 april 2011 volgt dat iemand ook enquêtebevoegdheid kan toekomen wanneer deze kan worden beschouwd als of gelijkgesteld met de economisch rechthebbende op de aandelen voor wier rekening en risico de aandelen worden gehouden. Voorts heeft de Ondernemingskamer in de Chinese Workers B.V.-uitspraak van 7 februari 2012, LJN BV7329, geoordeeld dat de feiten en omstandigheden van een specifiek geval, gelet op de economische werkelijkheid, kunnen rechtvaardigen dat een uitzondering dient te worden gemaakt op de (hoofd)regel van artikel 2:346 lid 1 BW en bewerkstelligen dat sprake is van een economische gerechtigdheid in een kapitaalvennootschap die iemand, hoewel niet zelf aandeelhouder of certificaathouder, toch enquêtegerechtigd maakt. Tegen deze laatste uitspraak is inmiddels cassatie ingesteld. Ten slotte wijs ik nog op de Landis-uitspraak van de Hoge Raad uit 2005 (HR 4 februari 2005, NJ 2005, 127). Toen ging het over de vraag of degenen die niet rechtstreeks deelnemen in een dochtervennootschap, maar dit doen via een holdingmaatschappij, ontvankelijk zijn in een enquêteverzoek mede gericht op de dochter. De Hoge Raad oordeelde destijds van wel. Beslissend voor de erkenning van een dergelijke concernenquête was ook toen de economische werkelijkheid.

Kunnen verschaffers van vreemd vermogen aldus ook enquêtegerechtigd zijn? Anders gezegd: kan aan schuldeisers, gelet op de economische werkelijkheid, ook enquêtegerechtigdheid toekomen? Ik weet het niet, maar het valt niet geheel uit te sluiten, zo lijkt mij.

3. Enquêtebevoegdheid pandhouder/schuldeiser

De onderhavige uitspraak bevestigt dat schuldeisers in elk geval enquêtebevoegdheid kunnen creëren door pandrecht op aandelen te vestigen. Heeft een schuldeiser het stemrecht op de verpande aandelen, dan is hij daarmee direct bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoek. Maar ook zonder stemrecht bestaat die mogelijkheid. Dat is het geval wanneer de statuten bepalen dat de pandhouder beschikt over dezelfde rechten als een certificaathouder met vergaderrecht en daarvan in de akte van verpanding of bij overgang van het pandrecht niet is afgeweken. Dit volgt uit artikel 2:89 lid 4 en 2:198 lid 4 BW waarin aan dergelijke pandhouders de rechten (zoals enquêtebevoegdheid bij voldoende belang) die door de wet zijn toegekend aan de houders van certificaten van aandelen waaraan vergaderrecht is verbonden, zijn toebedeeld.

Voor besloten vennootschappen is recent door de flex BV-wetgeving de regeling over pandrecht op aandelen overigens herzien en flexibeler geworden. Zo is in artikel 2:198 lid 3

BW verduidelijkt dat de toekenning van het stemrecht aan de pandhouder (en de vereiste goedkeuring) ook onder opschortende voorwaarde kan worden verleend. Een andere aanpassing is de mogelijkheid dat toekenning van het stemrecht aan de pandhouder op een later tijdstip kan plaatsvinden. Dat kan worden bewerkstelligd door een schriftelijke overeenkomst tussen de aandeelhouder en de pandhouder.

Echter, het kan nog eenvoudiger. Men kan namelijk ook gebruik maken van de in artikel 2:346 lid 1 sub e BW opgenomen optie om in de statuten of bij overeenkomst aan de desbetreffende schuldeiser enquêtebevoegdheid toe te kennen. Omdat stemrecht voor schuldeisers niet altijd aantrekkelijk is, bijvoorbeeld vanwege het aansprakelijkheidsrisico, terwijl de gelijkstelling met een certificaathouder met vergaderrecht ertoe leidt dat bij besluitvorming met de certificaathouder rekening moet worden gehouden, zal dit in de praktijk niet altijd de voorkeur hebben. Vastlegging in de kredietovereenkomst ligt daarom meer voor de hand. Overigens kan ook gekozen worden voor vastlegging in zowel de kredietovereenkomst als opschortend in de akte van verpanding. In de praktijk doen schuldeisers er in elk geval goed aan om de enquêtebevoegdheid vast te leggen.

4. Voorlopige voorzieningen voor toewijzing onderzoek?

Het tweede aspect dat waar ik enkele opmerkingen over maak, betreft de omstandigheid dat het onderzoek is geopend maar direct geschorst tot het moment dat een der partijen het onderzoek wil (her)openen), terwijl er wel dadelijk onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen. Deze handelswijze komt veel voor (zie Cools/Kroeze/Geerts/Pijls, Het recht van enquêtes, Kluwer 2009, 75). In de periode 2000–2007 is de toewijzing van een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in 42% van de gevallen niet gevolgd door een onderzoek.

Sinds 1 januari 2013 is deze mogelijkheid gecodificeerd in het nieuwe derde lid van artikel 2:349a BW. De nieuwe bepaling luidt:

‘Ingeval nog geen onderzoek is gelast, wordt een onmiddellijke voorziening slechts getroffen indien er naar het voorlopig oordeel van de ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen. De ondernemingskamer beslist daarna binnen een redelijke termijn op het verzoek als bedoeld in artikel 345.’

Deze tekst heeft als voordeel dat duidelijker dan de huidige jurisprudentie wordt verwoord dat de Ondernemingskamer geen onmiddellijke voorzieningen mag treffen, voordat voorlopig is getoetst aan de criteria van artikel 2:350 lid 1 BW.

Daarnaast is nu bepaald dat de Ondernemingskamer binnen een redelijke termijn nadat

onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen, moet beslissen over de vraag of een onderzoek plaatsvindt. Volgens de minister voorkomt dit dat de rechtspersoon of degene die door een onmiddellijke voorziening is geraakt, zoals een geschorste bestuurder, lange tijd in onzekerheid blijft over de voortzetting van de procedure. Doorgaans zal, zo de minister in de memorie van toelichting, over het onderzoek worden beslist binnen enkele maanden na het treffen van de onmiddellijke voorzieningen. Onder bijzondere omstandigheden kan die termijn echter langer zijn, bijvoorbeeld wanneer de Ondernemingskamer ervan overtuigd is dat de procespartijen op korte termijn op een schikking kunnen uitkomen en geen behoefte hebben aan een onderzoek op korte termijn. Ook kan gedacht worden aan de omstandigheid dat uit een oogpunt van proceseconomie pas een onderzoek wordt bevolen wanneer zeker is gesteld dat de daarvoor benodigde gelden beschikbaar zijn. In de Nota naar aanleiding van het verslag (p. 24) merkt de minister nog op dat de Ondernemingskamer de behandeling van het enquêteverzoek niet simpelweg naar de toekomst kan verschuiven. Concluderend meen ik dat 'de redelijke termijn', mede gelet op de toelichting van de minister, de praktijk voldoende flexibiliteit biedt en geen breuk lijkt op te leveren met de bestaande praktijk.

5. Overgangsrecht

Voor zover daar anders over zou worden gedacht, merk ik op dat voor de onderhavige uitspraak deze wettelijke bepaling nog geen betekenis toekomt. Artikel III van de Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête bepaalt hierover namelijk het volgende:

'Het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet blijft van toepassing ten aanzien van zaken waarin het verzoek als bedoeld in artikel 345 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is ingediend voor dat tijdstip,'

ANNOTATIE

De prospectusplicht bij executoriale verkoop van (certificaten van) aandelen

S.C.M. de Visser-Wiggers

1. Introductie

Artikel 5:2 van de Wet op het financieel toezicht ('Wft') verbiedt het aanbieden van effecten aan het publiek zonder prospectus. In cassatie komt, kort gezegd, de vraag aan de orde of de prospectusplicht uit artikel 5:2 Wft zich ook uitstrekt tot de executoriale verkoop van (certificaten van) aandelen (hierna 'aandelen') en, zo ja, hoe het begrip 'de tegenwaarde van de aanbieding' in dat geval moet worden uitgelegd. De Hoge Raad besluit naar aanleiding hiervan de volgende drie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') voor te leggen:

1. Dient art. 3 lid 1 van de Prospectusrichtlijn aldus te worden uitgelegd dat de daarin opgenomen prospectusplicht in beginsel (dat wil zeggen afgezien van de in de richtlijn opgenomen vrijstellingen en uitzonderingen voor bepaalde gevallen) ook van toepassing is op een executoriale verkoop van effecten?
2. (a) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, dient dan het begrip 'de totale tegenwaarde van de aanbieding' als bedoeld in art. 1 lid 2, punt h, van de Prospectusrichtlijn, aldus te worden uitgelegd dat bij een executoriale verkoop van effecten uitgegaan moet worden van de, met inachtneming van het bijzondere karakter van een executieverkoop, redelijkerwijs te verwachten opbrengst, ook indien de redelijkerwijs te verwachten opbrengst aanzienlijk onder de waarde in het economisch verkeer ligt?
- (b) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, maar het antwoord op vraag 2(a) ontkennend luidt, hoe moet dan 'de totale tegenwaarde van de aanbieding' als bedoeld in art. 1 lid 2, punt h, van de Prospectusrichtlijn uitgelegd worden, in het bijzonder bij een executoriale verkoop van effecten?

2. Aanbieden van effecten aan het publiek

Aangenomen dat de executoriale verkoop zodanig is vormgegeven dat sprake is van 'aanbieden van effecten aan het publiek' (zie hiervoor de noot van C.M. Grundmann-van der Krol bij Hoge Raad 5 oktober 2012 en onderhavige uitspraak in JOR 2012/328) valt niet uit te sluiten dat het HvJ EU oordeelt dat de prospectusplicht van toepassing is. Nu het opstellen van een prospectus in een zodanig geval tot praktische problemen kan leiden (het gebrek aan benodigde informatie en tijd, extra kosten en mogelijke prospectusaansprakelijkheid), bespreken wij hieronder een aantal mogelijke oplossingen waardoor onder de prospectusplicht uitgekomen kan worden waarbij wij als uitgangspunt de situatie nemen dat executoriaal beslag is gelegd op aandelen in een besloten vennootschap (die niet zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt). Zie hiervoor uitvoerig het proefschrift van G.C. van Daal, Executoriaal en conservatoir verhaalsbeslag op aandelen in kapitaalvennootschappen en op certificaten daarvan, Proefschrift Erasmusuniversiteit Rotterdam, Den Haag 2008.

3. Juridisch kader 474(g) Rv

Artikel 474(g) Rv biedt rechters de mogelijkheid voorwaarden te stellen aan de executoriale verkoop van aandelen. De wetgever heeft er in dit artikel bewust voor gekozen de rechter aanzienlijke vrijheid gegeven om de 'beste' verkoopopbrengst te realiseren. Hierbij heeft de wetgever alleen bepaald dat 'de wettelijke en statutaire bepalingen ter zake van vervreemding van aandelen moeten worden in acht genomen'. Hierop bestaat één uitzondering, namelijk indien deze wettelijke en statutaire bepalingen de executoriale verkoop onmogelijk zouden maken. Zie hierover de noot van C.J. Groffen bij Rechtbank Utrecht van 11 april 2012, JOR 2012/212 en J.D. van Vlastuin naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 24 november 2011 in Beslag en Executie in de Rechtspraak nr. 1 maand 2012.

Prospectusplicht van toepassing bij executoriale verkoop van aandelen?

Uit de (lagere) rechtspraak inzake artikel 474 (g) Rv volgt en ook in de literatuur wordt wel verdedigd dat bij de executoriale verkoop van aandelen de prospectusplicht niet in acht hoeft te worden genomen. Zie onder meer de aangehaalde literatuur in de conclusie van de A-G onder 3.19 e.v. bij dit arrest en de uitspraken van de Rechtbank Amsterdam van 24 april 2011 waar – mede onder verwijzing naar artikel 7:19 BW – geoordeeld werd dat de prospectusplicht bij de executoriale verkoop van aandelen niet van toepassing is en tot slot de eerder genoemde uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 11 april 2012 waarin geoordeeld werd dat de prospectusplicht niet toegepast hoeft te worden omdat (gevreesd moest worden dat) de vennootschap waarvan de aandelen executoriaal verkocht werden geen medewerking zou verlenen aan het opstellen van het prospectus en de prospectusplicht in dat geval de verkoop van de aandelen de facto onmogelijk zou maken.

Naar onze mening is dit niet juist en miskent het bovenstaande het karakter van de prospectusplicht. Allereerst kan de rechter niet – met een beroep op de 474(g) Rv – de prospectusplicht buiten toepassing verklaren. Bovendien moet artikel 5:2 van de Wft uitgelegd worden in het licht van de bewoordingen en het doel (het beschermen van beleggers en het waarborgen van de efficiency van de markt) van de Prospectusrichtlijn (Richtlijn 2010/73/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van Richtlijn 2003/71/EG, Pb L 327/1). Dat naar Nederlands recht op grond van artikel 7:19 BW de koper bij een executoriale verkoop minder bescherming heeft, doet daaraan niet af. Nog daargelaten dat aandelen ingevolge artikel 3:2 BW niet als zaken kwalificeren.

Afgaande op de bewoordingen van de Prospectusrichtlijn zien wij niet in waarom de prospectusplicht niet van toepassing zou zijn op de executoriale verkoop van aandelen. Indien gekeken wordt naar het doel van de Prospectusrichtlijn zijn zowel argumenten voor als tegen de toepasselijkheid van de prospectusplicht te vinden. Een exposé hierover gaat het bestek van deze noot te buiten. In beide gevallen is, met inachtneming van de uiteenlopende doelstellingen van de Prospectusrichtlijn, voor het antwoord van het HvJ EU op de eerste prejudiciële vraag van de Hoge Raad een creatieve interpretatie van het HvJ EU vereist.

4. Praktische oplossingen

Aannemende dat het HvJ EU oordeelt dat de prospectusplicht van toepassing is bij de executoriale verkoop van aandelen, zien wij verschillende mogelijkheden om aan de prospectusplicht te ontkomen door gebruik te maken van een vrijstelling of uitzondering.

Voor de volledigheid merken wij in dit verband allereerst op dat Nederland gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid vrijstelling te verlenen van de prospectusplicht indien de tegenwaarde kleiner is dan € 2,5 miljoen. Er kan onderscheid gemaakt worden tussen de situatie waarin de tegenwaarde van aanbidding kleiner is dan € 2,5 miljoen en de situatie waarin de tegenwaarde van aanbidding groter is dan € 2,5 miljoen.

Indien de tegenwaarde van de aangeboden aandelen kleiner is dan € 2,5 miljoen biedt artikel 53(2) Vrijstellingsregeling Wft de mogelijkheid deze aandelen zonder prospectus aan het publiek aan te bieden. Het relevante begrip in deze vrijstelling is ‘tegenwaarde’. Met de A-G menen wij dat voor de invulling van het begrip tegenwaarde (bij executoriale verkoop) kan worden uitgegaan van de in redelijkheid te verwachten opbrengst (zie de conclusie van de A-G onder 3.51-3.59) en dat er bij de diverse wijzen van verkoop verschillende tegenwaardes kunnen bestaan (zie de conclusie van de A-G onder 3.59). Indien het HvJ EU dienovereenkomstig oordeelt en vraag 2a van de Hoge Raad bevestigend beantwoordt dan zal het – mogelijk (moeten) zijn op voorhand te bepalen of de tegenwaarde van de aan te bieden

aandelen meer of minder dan € 2,5 miljoen bedraagt.

Indien (i) de tegenwaarde van de aan te bieden aandelen groter is dan € 2,5 miljoen of (ii) indien het HvJ EU oordeelt dat de tegenwaarde op een andere wijze moet worden bepaald en er (op voorhand) geen (enkele) zekerheid bestaat over de tegenwaarde kunnen de uitzonderingen op de prospectuslicht wellicht uitkomst bieden. Wij denken aan artikel 5:3(a) Wft (aanbieding uitsluitend aan gekwalificeerde beleggers), artikel 5:3(b) Wft (aanbieding aan minder dan 150 personen niet zijnde gekwalificeerde beleggers) en artikel 5:3(c) Wft (de aangeboden aandelen kunnen slechts worden verworven tegen een tegenwaarde van ten minste € 100.000 per belegger). In de laatste twee gevallen dient wel het zogenaamde ‘wild west bordje’ in eventuele vermeldingsuitingen te worden opgenomen. Het wild west bordje houdt in dat duidelijk wordt gemaakt dat een bepaalde activiteit buiten het toezicht van de AFM geschiedt.

In geval de tegenwaarde van de aan te bieden aandelen groter is dan € 2,5 miljoen maar de vordering waarvoor verhaal wordt gezocht kleiner is dan € 2,5 miljoen zou overwogen kunnen worden slechts een gedeelte van de aandelen aan te bieden om onder artikel 53(2) Vrijstellingsregeling te kunnen vallen. Echter, in de praktijk zal dit (en in andere situaties waarin niet 100% van de aandelen in een vennootschap wordt aangeboden) doorgaans geen optie zijn, doordat er geen kopers te vinden zullen zijn voor een dergelijk belang.

Uit de Parlementaire Geschiedenis bij 474(g) Rv blijkt dat de executoriale verkoop van aandelen niet is gebonden aan bijzondere vormvoorschriften (MvT, Kamerstukken II, 1970/71, 11 288, nr 3, p. 7). Zowel onderhandse verkoop als verkoop in het openbaar is toegestaan. Hoewel 474(g) Rv dateert van ver voor de invoering van de Wft zou naar onze mening op grond hiervan de rechter ook mogen bepalen dat er wordt aangeboden (i) aan uitsluitend gekwalificeerde beleggers of (ii) aan minder dan 150 personen, niet zijnde gekwalificeerde beleggers, of (iii) tegen een tegenwaarde van ten minste € 100.000 per belegger. Wel zou de beslagdebiteur hier bezwaren tegen kunnen hebben en hiertegen inbrengen dat een dergelijke verkoop niet tot de ‘hoogste’ opbrengst leidt. Aangezien in deze drie gevallen de verkoop aan een beperking onderhevig is met als potentiële consequentie een lagere opbrengst, zal de rechter een belangenafweging moeten maken. Gezien het feit dat de rechter gehouden is de beste prijs na te streven is het niet op voorhand onmogelijk dat de rechter in het voordeel van de executant zal oordelen.

Ter afsluiting: ook indien de prospectusplicht bij executoriale verkoop van aandelen van toepassing is, zijn praktische oplossingen voorhanden. Hierbij geldt wel dat bij de belangenafweging door de rechter om de voorgestelde aanbieding zodanig vorm te geven dat deze onder een vrijstelling/uitzondering valt, de inventiviteit van partijen en de mate waarin

het voorstel tot aanbidding van effecten is geconcretiseerd van doorslaggevend belang zullen zijn.

* Met dank aan Pieter de Visser, advocaat bij Simmons&Simmons.

ANNOTATIE

De turboliquidatie en de belangen van crediteuren

prof. mr. E.C.H.J. Lokin

1. De feiten

Op 10 februari 2012 is de vennootschap (opgericht op 4 juni 2010) ontbonden conform art. 2:19 lid 4 BW (turboliquidatie) en opgehouden te bestaan omdat er geen bekende baten meer aanwezig waren. De schuldeisers van de vennootschap komen in verzet tegen deze ontbinding en verzoeken tot faillietverklaring van de vennootschap. Zij stellen dat voldaan is aan de vereisten van heropening van de vereffening van een vennootschap als bedoeld in artikel 2:23c lid 1 BW en aan de vereisten van faillietverklaring. Er zijn twee schuldeisers die tot het saldo opkomen en volgens de schuldeisers is er tevens summierlijk gebleken van het bestaan van baten bestaande uit een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid en een mogelijk positief aandelenkapitaal en/of latente belastingteruggaven.

2. De uitspraak

De rechtbank wijst het verzoek tot faillissement af omdat niet summierlijk is gebleken van het bestaan van de door schuldeisers gestelde baten.

Het hof komt echter tot een andere conclusie, namelijk dat wel aannemelijk is gemaakt dat er nog (toekomstige) baten in de vennootschap aanwezig waren. Het hof komt tot deze conclusie doordat de vennootschap toen deze nog bestond te laat aan haar publicatieplicht conform art. 2:394 BW heeft voldaan door 2,5 maand na de uiterlijke termijn de jaarrekening te deponeren. Hierdoor zou de vennootschap op grond van art. 2:248 BW in geval van faillissement het bestuur persoonlijk aansprakelijk kunnen stellen voor kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt tevens vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Aangezien er geen, althans onvoldoende, feiten en omstandigheden gesteld of gebleken zijn op basis waarvan het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is, kan worden weerlegd of die kunnen leiden tot de gevolgtrekking dat sprake is van een onbelangrijk verzuim, is voldoende aannemelijk dat de bestuurder in geval van faillissement kan worden aangesproken uit hoofde van

bestuurdersaansprakelijkheid, uit welke aanspraak een bate voor de boedel kan voortvloeien.

Ten overvloede wordt nog in aanmerking genomen dat het handelsregister weliswaar vermeldt dat op het moment van de ontbinding er geen baten meer waren, doch dat de juistheid van deze opgave niet aannemelijk is geworden, te minder nu de vennootschap, althans haar bestuurder, heeft nagelaten om desgevraagd informatie te verstrekken over de financiële toestand van de vennootschap op het moment van ontbinding.

3. Commentaar

Turboliquidaties zijn veel schuldeisers een doorn in het oog. Men heeft nog een vordering op de vennootschap, maar ondanks verschillende aanmaningen blijft betaling uit. Op het moment dat de maat vol is en de schuldeiser over wil gaan tot het aanvragen van faillissement, schrijft de schuldeiser nog een laatste brief aan de vennootschap met het verzoek te betalen en faillissement af te wenden. Niet veel later blijkt ineens dat de vennootschap ontbonden is bij gebrek aan baten en blijft de schuldeiser zonder verhaal.

Uit bovenstaande uitspraak van het hof Den Haag blijkt, dat schuldeisers niet per se met lege handen blijven staan. Indien men kan aantonen dat er sprake is van het bestaan van (toekomstige) baten, dan kan alsnog de vereffening heropend worden op grond van art. 23c lid 1 BW en kan alsnog de faillissementsprocedure in werking treden.

De vraag is echter of de bewijslast en mogelijkheden tot bewijsvergaring wel zo eerlijk verdeeld zijn. In dit commentaar wil ik graag ingaan op het oorspronkelijke doel van de turboliquidatie en het wettelijke vereiste voor schuldeisers om het bestaan van baten aan te tonen alvorens men kan overgaan tot (her)opening van de vereffening en een eventueel faillissement. Ten slotte zal ik beargumenteren dat de wetgever bij een turboliquidatie zou moeten kiezen voor een andere maatstaf dan het bestaan van baten.

De mogelijkheid van de turboliquidatie is in 1994 in het leven geroepen en was bedoeld voor het opruimen van 'lege vennootschappen' (zie MvT 1991 - 1992, 22 482). Bij 'lege vennootschappen' moest men bijvoorbeeld denken aan vennootschappen waarvan de enige aandeelhouder/bestuurder overleden was en waarvan de onderneming wordt opgeheven, maar de vennootschap niet ontbonden wordt. De schulden worden netjes betaald en de baten worden feitelijk ter beschikking gesteld aan de aandeelhouders. De 'lege' vennootschap blijft evenwel voortbestaan. Ook kon men denken aan vennootschappen die wel in het handelsregister worden ingeschreven, maar in feite nooit zaken doen, omdat de plannen die men met de vennootschap had om een of andere reden niet doorgaan.

Voor 1976 had opgave aan het handelsregister van de opheffing van een onderneming tot

gevolg, dat ook de inschrijving van de rechtspersoon verviel. Door een wetwijziging in dat jaar verviel deze regeling echter, zodat de rechtspersoon ingeschreven blijft, ook al is hij in feite leeg. Hierdoor kwam het voor dat er vele lege vennootschappen waren die nog wel ingeschreven stonden in het handelsregister.

Vanwege dit nieuwe probleem ontstond het idee, dat deze lege vennootschappen op eenvoudige wijze ontbonden moesten kunnen worden. Daarvoor werden twee redenen gegeven (MvT 1991 - 1992, 22 482). Enerzijds om te voorkomen dat van de lege vennootschappen misbruik kan worden gemaakt. Lege vennootschappen kunnen immers gemakkelijk in handen komen van lieden die de voor de oprichting van een vennootschap (toen nog) vereiste ministeriele verklaring van geen bezwaar niet zouden hebben gekregen. Ook kan door het overnemen van een lege vennootschap het vereiste van storting van het minimumkapitaal worden ontgaan. Het is voorts niet uitgesloten dat crediteuren worden misleid door het in de statuten opgenomen geplaatste kapitaal waar tegenover geen of onvoldoende waarden staan. Anderzijds moesten lege vennootschappen eenvoudig ontbonden kunnen worden om de registers, waarin deze rechtspersonen staan ingeschreven, te ontlasten.

In de afgelopen decennia is de reikwijdte van de turboliquidatie toegenomen en wordt art. 2:19 lid 4 BW niet alleen gebruikt voor bovengenoemde lege vennootschappen. Steeds vaker komt het voor dat bestuurders van een vennootschap in moeilijkheden toewerken naar een situatie waarin de vennootschap niet meer over baten beschikt om zodoende tot een snelle liquidatie te komen. Schuldeisers blijven in die gevallen achter met lege handen. Het is dan ook enigszins ironisch, dat de mogelijkheid van de turboliquidatie in het leven geroepen is om misbruik tegen te gaan en schuldeisers te beschermen, terwijl in veel gevallen de turboliquidatie juist gehanteerd wordt om verhaal van schuldeisers te bemoeilijken.

Een turboliquidatie is vrij eenvoudig te bewerkstelligen. De aandeelhouders besluiten tot ontbinding van de vennootschap bij gebrek aan baten. Daarbij ligt de taak om vast te stellen of er nog baten zijn bij het bestuur. Het oordeel van het bestuur omtrent de afwezigheid van (een vooruitzicht op) baten is daarbij voldoende. Vervolgens dient de ontbinding bij gebrek aan baten ingeschreven te worden in het Handelsregister. Met name in die gevallen waarin sprake is van een enig bestuurder/aandeelhouder is de turboliquidatie zo gepiept.

Het grote voordeel van de turboliquidatie voor de bestuurder/aandeelhouder is dat er geen vereffening aan te pas komt. Hierdoor kan er flink bespaard worden op tijd en kosten. Een bijkomend voordeel voor de bestuurder is, dat er, in het geval dat er onbetaalde schuldeisers aanwezig zijn, geen faillissement aangevraagd hoeft te worden en er dus ook geen curator komt neuzen in de boeken om te kijken of er geen paulianeuze handelingen zijn verricht en

de bestuurder zijn taken wel behoorlijk heeft vervuld.

Zoals gezegd kan de schuldeiser wel iets doen. Onder de huidige regeling is er een mogelijkheid om toch tot vereffening over te gaan en de onderste steen boven te krijgen. Op grond van art. 2:23c lid 1 BW kan de rechtbank, indien een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, op verzoek van een belanghebbende de vereffening heropenen. In dat geval herleeft de rechtspersoon, doch uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening. De vereffening kan ook 'heropend' worden als er geen sprake geweest is van een vereffening, zoals het geval bij een turboliquidatie op grond van art. 2:19 lid 4 BW.

Naast pluraliteit van schuldeisers hoeven deze schuldeisers 'slechts' summierlijk feiten en omstandigheden te stellen die voldoende aannemelijk maken dat er nog (toekomstige) baten zijn. Slagen de schuldeisers daar in, dan kan het faillissement worden uitgesproken, ook al is de vennootschap reeds ontbonden. In dat geval moet de rechtspersoon geacht worden ter afwikkeling van het faillissement te blijven bestaan (HR 27 januari 1995, NJ 1995, 579 (APH/Söderqvist)).

Hoewel slechts summierlijk moet blijken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, is het voor de schuldeisers vaak een hele kunst om uit te vinden of de vennootschap nog over een (toekomstige) bate beschikt. Vaak wordt daarbij gekeken naar de aanwezigheid van een bate in de vorm van activa, een vordering van de vennootschap op een derde, aandelenkapitaal of latente belastingteruggaven.

Schuldeisers hebben niet dezelfde mogelijkheden tot hun beschikking als een curator. Zij zijn hierdoor aangewezen op openbaar gemaakte stukken zoals een jaarverslag. Hierdoor wordt het aantonen of ontdekken van mogelijke baten ernstig bemoeilijkt en is er een grote kans dat mogelijke baten die wel door een curator gevonden zouden worden, verborgen blijven. Denk bijvoorbeeld aan paulianeuze handelingen of het bevoorrechten van 'eigen' crediteuren boven anderen.

In de memorie van toelichting (1991 - 1992, 22 482) wordt expliciet gerept over het bestaan van een bate, indien de rechtspersoon nog een vordering heeft tegen bestuurders of commissarissen wegens wanbeleid. Een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid is dus een belangrijke steunpilaar om aan te tonen dat er nog (toekomstige) baten aanwezig zijn. Ook in onderhavige casus speelt de bestuurdersaansprakelijkheid een belangrijke rol. Deze rol lijkt, vanwege de bewijslast die op de crediteuren rust, echter voornamelijk beperkt tot het te laat deponeren van het jaarverslag (art. 2:248 lid 2 BW jo art. 2:394 BW). Het tijdstip van deponeren van het jaarverslag is immers

gemakkelijk te verifiëren voor een schuldeiser. Houdt de bestuurder zich aan het op tijd deponeren maar verzuimt hij bijvoorbeeld om een goede administratie bij te houden (art. 2:248 lid 2 BW jo art. 2:10 BW) dan wordt het al een stuk lastiger voor een schuldeiser om via deze weg het bestaan van (toekomstige) baten op grond van bestuurdersaansprakelijkheid aannemelijk te maken.

Als we kijken naar de onderliggende redenen om de mogelijkheid van een turboliquidatie in het leven te roepen, dan zijn we mijns inziens enigszins afgedreven. De in de memorie van toelichting genoemde redenen om te vrezen voor mogelijke vormen van misbruik van een lege vennootschap, zoals het omzeilen van de ministeriële verklaring van geen bezwaar en het minimumkapitaal, zijn door de tijd (en de invoering van de Flex-BV) ingehaald. Ondertussen is de remedie die de turboliquidatie moest zijn tegen misbruik, getransformeerd en onderdeel van het probleem van misbruik geworden.

Een aandeelhouder/bestuurder heeft weinig te verliezen met een turboliquidatie en veel te winnen. Het bestraffen van de bestuurder door hem persoonlijk aansprakelijk te houden in het geval hij over is gegaan tot ontbinding zonder baten terwijl achteraf toch wordt vastgesteld dat er nog baten zijn, lijkt mij echter (behoudens uitzonderingen) in beginsel ongewenst. Hoe dan het misbruik tegengaan?

In de onderhavige casus werd naast het bestaan van baten tevens aangevoerd dat pluraliteit van schuldeisers voldoende zou moeten zijn om vereffening en faillissement in geval van een turboliquidatie te (her)openen. Door het hof

's-Gravenhage wordt daar helaas niet verder op ingegaan. Deze mogelijkheid acht ik echter het overwegen waard, hoewel hier wel een wetswijziging voor nodig zal zijn. Indien er sprake is van een lege vennootschap die geen functie meer vervult zoals ten grondslag lag aan het creëren van de mogelijkheid tot turboliquidatie dan zijn er geen onbetaalde schuldeisers (zie MvT, 22 482). Vaak heeft vereffening buiten de wet plaatsgevonden en zijn alle schuldeisers netjes betaald of zijn er in het geheel geen schuldeisers geweest. In dat geval zal de turboliquidatie dus nog steeds zijn eigenlijke doel kunnen vervullen. Hetzelfde geldt in het geval dat de schuldeisers vertrouwen hebben in (en eventueel instemmen met) het liquideren van de vennootschap op grond van art. 2:19 lid 4 BW en niet in verzet komen.

In andere gevallen, zoals in de onderhavige casus, is het mijns inziens goed te verdedigen dat de bewijslast niet bij de crediteuren neergelegd dient te worden. In sommige gevallen heeft men nu eenmaal de mogelijkheden van de curator nodig om vast te stellen of er nog (toekomstige) baten aanwezig zijn. Kiest men er wel voor dat de bewijslast voor rekening van de schuldeisers komt, dan zal het voorkomen dat een bestuurder/aandeelhouder in bepaalde

gevallen weg kan komen met onbehoorlijk bestuur en schuldeisers benadeeld worden. Hiervoor is de turboliquidatie geenszins bedoeld. Door pluraliteit van schuldeisers als vereiste voor opening van de vereffening en faillissement op te nemen in plaats van het summierlijk aantonen van het bestaan van baten kan de turboliquidatie weer haar eigenlijke rol vervullen. Hierdoor wordt de aandeelhouder/bestuurder de kans op een snelle en kostenloze liquidatie van de vennootschap niet ontnomen, mits hij daarbij in het reine is met (mogelijke) schuldeisers. In de andere gevallen dienen mijns inziens de belangen van de schuldeisers te prevaleren boven de mogelijkheid van een snelle liquidatie.

* Met dank aan mr. T.S. van Veen (advocaat bij Schuit, Polak, Van den Hout advocaten en betrokken bij onderhavige zaak)

ANNOTATIE

Commentaar bij Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, LJN BV3753 (Fortis Votron Lippens en Mittler)

M.H.C. Sinninghe Damsté

1. Inleiding

Op basis van de feiten als vastgesteld in het verslag van de onderzoekers in de enquêteprocedure inzake Fortis van 15 juni 2012 is een aantal (voormalig) houders van 'aandelen' in het aan Euronext in Amsterdam genoteerde Fortis een aansprakelijkheidsprocedure begonnen tegen Fortis en een drietal van haar voormalige topmannen (Votron, Mittler en Lippens) (tezamen Fortis c.s.). Bij vonnis van 15 februari 2012 heeft de rechtbank Utrecht geoordeeld dat Fortis c.s. – met uitzondering van Lippens – onrechtmatig jegens de aandeelhouders hebben gehandeld ex artikel 6:162 BW en hen veroordeeld tot schadevergoeding nader op te maken bij staat. Interessant aan deze uitspraak is dat de rechtbank de aansprakelijkheid van Fortis c.s. hoofdzakelijk baseert op schending van gedragsregels in de Wft, te weten het verbod op marktmanipulatie en het gebod om koersgevoelige informatie (KGI) onverwijld naar buiten te brengen. Bovendien wordt in deze uitspraak ook – voor het eerst – geoordeeld over de aansprakelijkheid van een niet-uitvoerend bestuurder in een one-tierboard (zie tevens de noot van B.J. de Jong bij Rb Utrecht 15 februari 2012, Ondernemingsrecht 2012/51). In dit commentaar zal ik ingaan op voornoemde aspecten. Ook zal ik het wanbeleid-oordeel van de Ondernemingskamer van 5 april 2012 (twee maanden na de uitspraak van de rechtbank Utrecht in deze zaak) afzetten tegen het onrechtmatigheidsoordeel van de rechtbank (OK 5 april 2012, LJN BW0991 (Fortis)).

2. Feiten

De rechtbank heeft de volgende feiten aan haar uitspraak ten grondslag gelegd, waarbij de rechtbank zich bij de vaststelling van de feiten in belangrijke mate heeft gebaseerd op het verslag van de onderzoekers in de enquêteprocedure inzake Fortis van 15 juni 2012.

Op 20 juli 2007 brengt Fortis, samen met Royal Bank of Scotland en Banco Santander, een openbaar bod uit op de aandelen in ABN Amro. Bij de bieding presenteert Fortis een

financieringsplan bestaande uit (1) een liquiditeitsplan ter financiering van de koopsom van 24 miljard euro; en (2) een solvabiliteitsplan waarmee onderdelen van het liquiditeitsplan worden geherfinancierd. Meer dan 90% van de aandeelhouders van Fortis stemt op 6 augustus 2007 in met het openbaar bod en de financiering daarvan. Bij persbericht van 3 oktober 2007 bericht Fortis dat zij de goedkeuring heeft gekregen van de Europese Commissie voor de overname van ABN Amro. Daaraan is de voorwaarde verbonden dat onder meer de Hollandsche Banken Unie (HBU), toen onderdeel van ABN Amro, uiterlijk op 3 juli 2008 zou zijn verkocht, bij gebreke waarvan een onafhankelijke trustee die verkoop ter hand zou nemen. De voorgeschreven verkoop van HBU wordt tezamen met andere onder de voorwaarden van de Europese Commissie vallende en eveneens te verkopen entiteiten wel aangeduid als de EC-remedies.

In het eerste halfjaar van 2008 heeft de solvabiliteit van Fortis te lijden onder de gevolgen van de kredietcrisis. Daarnaast zijn er in dezelfde periode een aantal negatieve ontwikkelingen waarneembaar ten aanzien van de zogenaamde 'look through' solvabiliteit, die ziet op de noodzakelijke solvabiliteit van Fortis op het moment dat de verworven ABN Amro onderdelen volledig zouden zijn geïntegreerd in Fortis, hetgeen volgens de planning eind 2009 zou gebeuren. Op basis van deze look through solvabiliteit wordt bij Fortis vastgesteld of de versterking van de solvabiliteit op schema ligt. In mei 2008 (naar de rechtbank aanneemt op 20 mei 2008) wordt echter duidelijk dat de verkoop van HBU slechts kan plaatsvinden op voor Fortis zeer ongunstige voorwaarden, hetgeen een gat in de solvabiliteit oplevert van 1,1 miljard euro. Eveneens op 20 mei 2008 bleek dat de middelen om te voorzien in extra Tier I kapitaal door middel van uitgifte van niet verwaterende financiële instrumenten (de zogenaamde NITSH financiële instrumenten) niet tot het gewenste resultaat leidden. Ook andere door Fortis geplande middelen om te voorzien in Tier I kapitaal waren moeilijk, of moesten negatief worden bijgesteld (te realiseren winst), terwijl reeds ingeboekte toenames van het Tier I kapitaal (verkoop van een deel van de vermogensbeheeractiviteiten door Fortis aan de Chinese partij Ping An en een samenwerking met Vinci) feitelijk nog niet zeker waren.

Desondanks doen Fortis c.s., bijvoorbeeld in persberichten en tijdens interviews, in de periode van 2007 tot september 2008 diverse geruststellende mededelingen over de look through solvabiliteit. Zo spreekt Mittler tijdens een Investor Day op 22 mei 2008 van 'solid pro forma look through capital ratio's' en laat hij weten dat 'we therefore remain firmly on track to meet our solvency targets by 2009'. Votron doet op deze dag en ook tijdens latere presentaties soortgelijke mededelingen. Ook herhaalt Fortis veelvuldig de eerder gedane toezeggingen dat geen nieuw aandelenkapitaal zal worden uitgegeven ten gevolge waarvan de zittende aandeelhouders verwateren en het interim dividend over 2008 niet zal worden geschrapt.

De rest is geschiedenis. Bij persbericht van 26 juni 2008 kondigt Fortis aan dat zij haar

solvabiliteitsplan versneld zal uitvoeren onder meer door over te gaan tot een onmiddellijke aandelenemissie van circa 1,5 miljard euro. Ook maakt Fortis het besluit bekend over 2008 geen interim dividend uit te keren. De voorbereidingen voor dit besluit van de raad van bestuur van Fortis waren reeds tijdens de bestuursvergadering van 18/19 juni 2008 getroffen.

Aan het einde van 26 juni 2008 sluit het aandeel Fortis 18,89% lager dan de slotkoers van de dag ervoor.

3. De beoordeling van de rechtbank

Bij de beoordeling van de vordering van de aandeelhouders stelt de rechtbank voorop dat het verbod op marktmanipulatie (artikel 5:58 (oud) Wft) geldt voor eenieder. Dit verbod geldt daarmee niet alleen voor Fortis maar ook voor Votron, Mittler en Lippens. De rechtbank overweegt dat voor zover er sprake is van een overtreding van het verbod op marktmanipulatie door Fortis c.s. er zonder meer sprake is van onrechtmatig handelen jegens de aandeelhouders. Ook een eventuele schending van Fortis van de op haar (als uitgevende instelling) rustende verplichting om KGI onverwijld naar buiten te brengen, kwalificeert volgens de rechtbank als onrechtmatige gedraging (r.o. 4.4 t/m 4.9).

De beoordeling van de rechtbank ten aanzien van Fortis

Op basis van de door haar vastgestelde feiten overweegt de rechtbank dat Fortis vanaf 20 mei wist, althans had moeten weten, dat haar look through solvabiliteitspositie niet (meer) sterk was noch op schema lag en dat er daarom andere (niet gewenste) middelen noodzakelijk werden om haar doelstellingen te halen, bijvoorbeeld het uitgeven van aandelen en het niet uitkeren van interim dividend. Vervolgens overweegt de rechtbank dat een zestal uitlatingen van Fortis na 20 mei 2008 (onder meer persberichten en mondelinge mededelingen van Votron en Mittler), die – kort gezegd – inhielden dat alles volgens plan liep en/of dat de solvabiliteitspositie sterk was, niet stroken met de werkelijkheid (r.o. 4.34). Door de mededeling dat de solvabiliteitspositie gezond/solide respectievelijk volgens plan eruit ziet, mocht de buitenwereld – volgens de rechtbank – begrijpen dat er niet veel aan de hand was en dat de eerder en veelvuldig gedane mededeling dat verwaterende aandelen niet zouden worden uitgegeven en dat het dividendbeleid niet zou worden aangepast, gestand zou worden gedaan. Als gevolg daarvan acht de rechtbank het aannemelijk dat de mededeling in het persbericht van 26 juni 2008 over de aandelenemissie en het besluit om over 2008 geen interim dividend uit te keren voor de aandeelhouders als een donderslag bij heldere hemel is gekomen.

De rechtbank overweegt vervolgens dat van genoemde zes uitlatingen een onjuist en misleidend signaal was te duchten met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar en de

koers van aandelen Fortis. Dat informatie over de solvabiliteitspositie en de (mogelijk) te nemen maatregelen dienaangaande van invloed was op de koers van aandelen Fortis, volgt – aldus de rechtbank – reeds uit de koersdaling van 18,89% na het persbericht van 26 juni 2008. In het licht van dit alles concludeert de rechtbank dat Fortis in strijd met het verbod op marktmanipulatie en daarmee onrechtmatig jegens de aandeelhouders heeft gehandeld (r.o. 4.39).

Daarnaast oordeelt de rechtbank dat Fortis op 20 mei 2008 beschikte over KGI aangezien Fortis vanaf dat moment rekening moest houden met de negatieve gevolgen van een ongunstige verkoop van HBU, te weten een (nieuw) gat in de solvabiliteit van 1,1 miljard euro. Op grond van artikel 5:59 lid 3 (oud) Wft mocht Fortis de openbaarmaking van deze KGI uitstellen tot de – op dat moment reeds geplande – Investor Day op 22 mei 2008 (publicatie op 20/21 mei 2008 had immers grote onrust kunnen veroorzaken). Fortis kan zich vanaf 22 mei 2008 echter niet meer beroepen op mogelijkheden om openbaarmaking van deze KGI uit te stellen. Ook omdat bij gebreke van de bekendmaking van de KGI, die directe gevolgen heeft voor de look through solvabiliteit eind 2009, misleiding van het publiek te duchten is en er ook overigens geen sprake meer is van een rechtmatig belang van Fortis om de KGI niet openbaar te maken (de AFM heeft aan Fortis in dit kader ook twee boetes opgelegd).

De beoordeling van de rechtbank ten aanzien van Lippens, Votron en Mittler

Vooreerst overweegt de rechtbank dat voor zover Lippens, Votron en Mittler in hun hoedanigheid van bestuurder dan wel feitelijk beleidsbepaler wordt verweten dat Fortis relevante KGI niet tijdig naar buiten heeft gebracht, aansprakelijkheid slechts ontstaat indien hen van dat handelen ‘een persoonlijk ernstig verwijt’ kan worden gemaakt. Dit omdat de rechtsplicht om KGI naar buiten te brengen rust op de uitgevende instelling en niet op de bestuurders (of feitelijk beleidsbepalers) van de uitgevende instelling. Bij overtreding van het verbod op marktmanipulatie ligt dat – volgens de rechtbank – anders. Indien een gedaagde zelf uitlatingen heeft gedaan die kwalificeren als een overtreding van het voor eenieder geldende verbod op marktmanipulatie, geldt dat de betreffende gedaagde daarvoor zelf aansprakelijk is. De beperking van ‘een persoonlijk ernstig verwijt’ is in dat geval niet van toepassing, aldus de rechtbank. De beperking van ‘een persoonlijk ernstig verwijt’ geldt weer wel voor zover het gaat om overtreding van het verbod op marktmanipulatie ten aanzien van de gewraakte uitlatingen die door anderen zijn gedaan dan de desbetreffende gedaagde zelf (r.o. 4.49).

De rechtbank overweegt voorts dat de vraag of van een persoonlijk ernstig verwijt sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval (r.o. 4.52). De rechtbank lijkt er vervolgens van uit te gaan dat de normstelling ontwikkeld in de

jurisprudentie ten aanzien van het handelen van een bestuurder in een two-tierboard ook van toepassing is op het handelen van een bestuurder in een one-tierboard. Deze normstelling dient echter te worden ingevuld aan de hand van de positie die de desbetreffende bestuurder bekleed (uitvoerend of niet-uitvoerend), zijn formele taken en bevoegdheden, alsmede de feitelijke uitwerking daarvan (r.o. 4.53).

Ten aanzien van Lippens, voorzitter van de raad van bestuur, niet-uitvoerend bestuurder, komt de rechtbank tot het (feitelijke) oordeel dat Lippens niet betrokken was bij de dagelijkse gang van zaken en de bedrijfsvoering van Fortis, Lippens voor zijn informatievoorziening (met name) afhankelijk was van Votron en Lippens pas na 6 juni 2008 – nadat de misleidende mededelingen door Fortis waren gedaan – bekend wordt met de negatieve ontwikkelingen met betrekking tot de look through solvabiliteit. Op basis van deze feitelijke vaststelling concludeert de rechtbank dat Lippens de overtreding van het verbod op marktmanipulatie (die plaatsvond voor 6 juni 2008) niet had kunnen voorkomen en hiervoor ook niet aansprakelijk kan worden gehouden (r.o. 4.60).

Voorts overweegt de rechtbank dat Lippens gezien zijn formele en materiele positie binnen Fortis en zijn rol als ‘toezichthouder’ niet persoonlijk aansprakelijk is voor het niet naar buiten brengen van de KGI. Een en ander wordt door de rechtbank mede gebaseerd op het feit dat Lippens – gezien zijn gebrek aan kennis – er niet van uit hoefde te gaan dat er sprake was van KGI of behoefde te weten dat het dividendbeleid van Fortis zou moeten worden aangepast. Er is hier geen sprake van een voldoende ernstig verwijt, aldus de rechtbank (r.o. 4.61 en 6.62). Ook de vraag of Lippens aansprakelijk is in verband met het feit dat hij op de vergadering van de raad van bestuur op 18 en 19 juni 2008 alle relevante informatie (KGI) heeft verkregen en ook toen niet voor openbaarmaking heeft gezorgd, beantwoordt de rechtbank ontkennend. Gezien de positie van Lippens als ‘toezichthouder’, het kennelijk aanwezig geachte belang van Fortis bij uitstel in verband met de voorbereiding van de aandelenuitgifte en het feit dat niet is gebleken dat Lippens op dat moment wist of had moeten weten dat vertrouwelijkheid onvoldoende was gewaarborgd – voor zover dat al het geval was – kan Lippens geen persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt dat hij er niet voor heeft gezorgd dat eerder, namelijk in de periode tussen 19 en 26 juni 2008, deze informatie openbaar werd gemaakt.

Met betrekking tot Votron (CEO) komt de rechtbank tot de conclusie dat hij feitelijk op de hoogte was van alle informatie op grond waarvan Fortis aansprakelijk wordt geacht (r.o. 4.67) en derhalve wist of behoorde te weten dat de look through solvabiliteit van Fortis niet (meer) sterk was. Votron heeft vervolgens zelf – onder meer op de Investor Day – mededelingen gedaan waarvan, volgens de rechtbank, een onjuist of misleidend signaal uitgaat of is te duchten (de rechtbank spreekt van twee van de zes als onjuist gekwalificeerde mededelingen). Votron wordt reeds hierom – op grond van (een eigen) overtreding van het verbod op

marktmanipulatie – aansprakelijk geacht jegens de aandeelhouders ex artikel 6:162 BW (r.o. 6.68).

Daarnaast onderzoekt de rechtbank of Votron een voldoende persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat Mittler bepaalde misleidende mededelingen heeft gedaan aan het publiek en er misleidende persberichten zijn uitgegaan, althans van het feit dat Votron de misleiding die uitging van deze mededelingen niet ongedaan heeft gemaakt. De rechtbank beantwoordt ook deze vraag bevestigend (r.o. 4.69). Eveneens komt de rechtbank tot een bevestigend antwoord op de vraag of Votron een persoonlijk verwijt valt te maken van het verzwijgen van KGI door Fortis (r.o. 4.70).

Tot slot oordeelt de rechtbank ten aanzien van Mittler dat hij niet kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler en om die reden de tegen hem ingestelde vorderingen voor wat betreft (het niet corrigeren van) de misleidende uitlatingen van Votron en Fortis geen bespreking behoeven (r.o. 4.72 en 4.73). Voorts overweegt de rechtbank dat gelet op de bekendheid van Mittler met de financiële situatie bij Fortis, er wat betreft zijn eigen uitlatingen (onder meer tijdens de Investors Day) sprake is van handelen door Mittler in strijd met het mede op hem rustende verbod tot marktmanipulatie. Het feit dat Mittler geen (formeel) bestuurder maar slechts werknemer van Fortis is, doet aan het voorgaande niet af. Mittler wist immers dat de door hem verstrekte informatie onjuist was en dat daarvan een misleidend signaal uitging of te duchten was (r.o. 4.75).

Het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de schade

De aandeelhouders hebben volgens de rechtbank voldoende aannemelijk gemaakt dat zij (mogelijk) schade hebben geleden (r.o. 4.77). De rechtbank wijst daarom de vordering tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat toe. De gevorderde hoofdelijkheid ten aanzien van de schadeveroordeling wordt afgewezen.

4. Commentaar

Marktmanipulatie en KGI - algemeen

De schending van gedragsregels met betrekking tot marktmanipulatie en KGI, als opgenomen in de Wft, vormt de belangrijkste grondslag voor het aannemen van onrechtmatig handelen van Fortis, Votron en Mittler. Hoewel in de literatuur al eerder werd aangenomen dat een schending van deze gedragsregels leidt tot aansprakelijkheid en er hierbij is voldaan aan de relativiteitseis ex artikel 6:163 BW (o.a. S.B. van Baalen, 2010, p. 1018.), wordt dit thans voor het eerst in de rechtspraak bevestigd.

Bij de beoordeling van de vraag of het verbod op marktmanipulatie is overtreden, past de rechtbank eerst een (strikt feitelijke) toets toe om te bezien of de gewraakte mededelingen al dan niet juist waren in het licht van de door de rechtbank vastgestelde feiten. De rechtbank komt tot de conclusie dat de mededelingen in de periode van 22 mei 2008 tot 26 juni 2008 niet strookten met de werkelijkheid. De rechtbank oordeelt voorts dat van de gewraakte uitlatingen een onjuist en misleidend signaal was te duchten, hetgeen reeds zou blijken uit de koersval die het aandeel Fortis op 26 juni 2008 maakt. De rechtbank onderzoekt derhalve niet per mededeling of daarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is maar kijkt slechts naar het geheel van mededelingen. Anders dan wellicht verwacht mocht worden, zoekt de rechtbank geen aansluiting bij het World Online-arrest van de Hoge Raad waarin – in het kader van aansprakelijkheid voor mededelingen in en buiten het prospectus – is geoordeeld dat er van misleiding sprake is als de onjuistheid of onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de ‘maatman-belegger’ te kunnen misleiden (HR 27 november 2009, JOR 2010/53 (WOL)).

Marktmanipulatie en KGI – ten aanzien van Fortis

De rechtbank komt tot het oordeel dat Fortis met de zes onder r.o. 4.34 vermelde mededelingen in strijd met het verbod op marktmanipulatie heeft gehandeld. Voor zover het hier om persberichten gaat, kunnen deze zonder meer worden geacht afkomstig te zijn van Fortis. De rechtbank rekent (kennelijk) ook de mededelingen van Mittler en Votron aan Fortis toe, hetgeen in lijn is met de jurisprudentie (HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babbel)).

Ten aanzien van de verwijten van de aandeelhouders jegens Fortis met betrekking tot het niet tijdig naar buiten brengen van de onderhandelingen met betrekking tot de verkoop van HBU aan Deutsche Bank (de EC-remedies) en de mogelijk grote negatieve gevolgen daarvan op de look through solvabiliteit, oordeelt de rechtbank dat er vanaf 20 mei 2008 sprake was van KGI, die uiterlijk op de Investor Day van 22 mei 2008 door Fortis naar buiten had moeten worden gebracht. Het nalaten van Fortis om de KGI onverwijld naar buiten te brengen, kwalificeert de rechtbank als onrechtmatig. In het verleden is – zoals gezegd – ook in de literatuur al betoogd dat het verzwijgen van KGI als onrechtmatig handelen van de uitgevende instelling kwalificeert ook omdat het naar buiten brengen van KGI een eigen verplichting van de uitgevende instelling betreft (S.B. van Baalen, 2010).

Marktmanipulatie en KGI – ten aanzien van Lippens, Votron en Mittler

Ook het handelen van de gedaagde Fortis-topmannen Votron en Mittler, die zelf (feitelijk onjuiste) mededelingen hebben gedaan waarvan een misleidend signaal uitging of te duchten

was, wordt beoordeeld aan de hand van het verbod op marktmanipulatie. De rechtbank overweegt dat aangezien Votron en Mittler wisten of behoorden te weten dat de gewraakte mededelingen onjuist waren gelet op de negatieve ontwikkelingen ten aanzien van de look through solvabiliteit, zij hebben gehandeld in strijd met het verbod op marktmanipulatie en daarmee onrechtmatig jegens de aandeelhouders. Een en ander ongeacht het feit dat Mittler geen bestuurder (of feitelijk beleidsbepaler) van Fortis was. De rechtbank overweegt bovendien dat het hierbij niet relevant is of er al dan niet sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt. De rechtbank baseert dit op de gedachte dat het verbod op marktmanipulatie geldt voor eenieder en meent daarmee dat eenieder die zodanige gewraakte mededeling doet daarvoor zonder meer aansprakelijk is. De rechtbank lijkt er in haar uitspraak echter aan voorbij te gaan dat de gedragsregels in de Wft niet primair zijn geschreven in het kader van de civiele aansprakelijkheid dus dat er wellicht enige nuance dient te worden gemaakt bij de 'doorwerking' van deze regels in een aansprakelijkheidsprocedure. Dit geldt zeker waar het de (externe) aansprakelijkheid van bestuurders ten opzichte van aandeelhouders betreft aangezien in de jurisprudentie van de Hoge Raad hier een 'hoge drempel' voor wordt aangenomen (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven), HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (Willemsen/Nom) en HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen)).

Voor uitvoerend bestuurder Votron lijkt de rechtbank voorts aan te nemen dat op hem – persoonlijk – een verplichting rust om marktmanipulatie door de vennootschap, medebestuurders en/of werknemers te corrigeren en om hem bekende KGI onverwijld naar buiten te (doen) brengen. Deze correctieplicht vloeit niet uit de Wft voort en ook overigens is niet duidelijk waarop de rechtbank deze correctieplicht baseert. Uit het feit dat de rechtbank oordeelt dat genoemde correctieplicht niet geldt voor Mittler aangezien hij niet kwalificeert als bestuurder of feitelijk beleidsbepaler valt mogelijk af te leiden dat de correctieplicht slechts rust op de (formeel) bestuurders van Fortis. Helemaal duidelijk is dit niet. Ten aanzien van niet-uitvoerend bestuurder Lippens concludeert de rechtbank dat er gelet op zijn rol als 'toezichthouder' en zijn gebrek aan wetenschap geen correctieplicht bestaat. Hieruit leid ik af dat de rechtbank meent dat ook een niet-uitvoerend bestuurder onder omstandigheden wel zodanige correctieplicht kan hebben.

De Jong merkt op dat de rechtbank het criterium van een persoonlijk ernstig verwijt weliswaar veelvuldig aanhaalt in haar overwegingen maar hieraan verder weinig gewicht lijkt toe te kennen (De Jong, *Ondernemingsrecht* 2012/51). Ik deel die mening. De rechtbank lijkt slechts te onderzoeken of er sprake is van objectieve wetenschap van handelen in strijd met de Wft, waarmee de ernstige verwijtbaarheid en daarmee de onrechtmatigheid in beginsel is gegeven. Het is de vraag of de aansprakelijkheidsverzekeringen van bestuurders van beursfondsen zijn toegerust op verregaande aansprakelijkheid als de onderhavige.

One-tierboard

De uitspraak van de rechtbank Utrecht is nog om andere redenen interessant. Het betreft immers de eerste uitspraak met betrekking tot de aansprakelijkheid van een niet-uitvoerend bestuurder in een one-tierboard. In zijn algemeenheid wordt door de rechtbank overwogen dat de toe te passen maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid met betrekking tot de aansprakelijkheid van bestuurders bij een two-tierboard ook kan worden toegepast bij een one-tier board, voor zover daarbij acht wordt geslagen op zowel de formele als de feitelijke taken en bevoegdheden van de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. De rechtbank overweegt bovendien uitdrukkelijk dat een niet-uitvoerend bestuurder in zijn algemeenheid minder snel aansprakelijk zal worden geacht dan een uitvoerend bestuurder.

Lippens, voorzitter van de raad van bestuur en niet uitvoerend bestuurder, wordt door de rechtbank vervolgens als 'toezichthouder' gekwalificeerd. Op basis hiervan, alsmede op grond van het feit dat Lippens tot 6 juni 2008 geen wetenschap zou hebben gehad van de negatieve ontwikkelingen met betrekking tot de look through solvabiliteit, komt de rechtbank tot het oordeel dat Lippens niet onrechtmatig heeft gehandeld. Hoewel de kwalificatie van 'toezichthouder' ook slechts een feitelijke kwalificatie kan zijn (dit is niet helemaal duidelijk), meen ik dat een niet uitvoerende bestuurder – in juridische zin – meer is dan enkel en alleen een toezichthouder. Een niet-uitvoerend bestuurder maakt immers – anders dan bijvoorbeeld een commissaris – deel uit van het bestuur en draagt, evenals de overige bestuurders, taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheid, met name met betrekking tot algemene beleidsterreinen als financiën. Bovendien is het de vraag of de rol van de voorzitter van de raad van bestuur van een vennootschap als Fortis, niet meer mag worden verwacht dan een afwachtende en zuiver toezichthoudende rol. Een en ander geldt te meer daar het algemeen bekend was dat Fortis woelige tijden doormaakte.

Het wanbeleid-oordeel van de Ondernemingskamer

Het wanbeleid-oordeel van de Ondernemingskamer wijkt op een aantal feitelijke en juridische punten af van het hierboven besproken onrechtmatigheidsoordeel van de rechtbank (uiteraard mede ingegeven door de inkleding van de verschillende vorderingen/verzoeken).

Bij de beoordeling van het verzoek tot vaststelling van wanbeleid stelt de Ondernemingskamer voorop dat voor (het bestuur van) Fortis een bijzondere zorgplicht geldt gelet op de aard van de door Fortis gedreven onderneming, (onder meer) een bank, en gelet op de daarbij betrokken belangen (r.o. 4.3, zie ook HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 (Safe Haven) m.nt. Mok en HR 27 november 2009, JOR 2010/53 (WOL)). Ten aanzien van het

communicatiebeleid van Fortis merkt de Ondernemingskamer hierbij op dat banken in het bijzonder afhankelijk zijn van het vertrouwen dat de spaarders, de depositohouders, andere (systeem)banken, de aandeelhouders en het publiek in het algemeen in hen stellen. Ondernijning van dat – voor een goed functioneren van een bank – essentiële vertrouwen brengt grote en onmiddellijke risico's mee voor dat functioneren en daarmee voor de continuïteit van de bank. Dit kenmerk scherpt – aldus de Ondernemingskamer – de zorgplicht van Fortis aan, ook op het punt van een zorgvuldig communicatiebeleid (r.o. 6.129). Het is wellicht op basis van deze 'aangescherpte' zorgplicht dat de Ondernemingskamer tot het oordeel komt dat niet alleen ten aanzien van de verkoop van HBU/EC-remedies sprake was van KGI die vanaf 21 mei, althans 14 juni 2008 naar buiten had moeten worden gebracht, maar ook concludeert dat er vanaf 19 september 2008 – en te sterker vanaf 24 september 2008 – sprake was van KGI met betrekking tot het niet doorgaan van de transactie met Ping An.

Voorts overweegt de Ondernemingskamer dat Fortis, door op 13 mei 2008, 22 mei 2008, 23 mei 2008, 5 juni 2008 en 10 juni 2008 openbare mededelingen te doen die de onjuiste indruk wekten dat zij aan haar vermogensdoelstellingen (per eind 2008 en/of 2009) kon voldoen althans dat een aandelenemissie of het niet uitkeren van dividend daartoe niet nodig waren en ook niet als reële mogelijkheden werden overwogen, Fortis ernstig is tekortgeschoten. De Ondernemingskamer maakt hier overigens – anders dan de rechtbank – niet de koppeling met het verbod op marktmanipulatie. Ook meent de Ondernemingskamer dat Fortis ernstig is tekortgeschoten door het voornemen tot de aandelenemissie en de dividendmaatregelen niet onmiddellijk na de vergadering van 18-19 juni 2008 bekend te maken, maar dit pas op 26 juni 2008 te doen. Ook door op 26 september 2008 – misleidend – haar 'solide positie' te benadrukken en ook overigens in hoofdzaak – voor zover het Fortis betreft – gunstige berichten te geven, zonder tegelijkertijd gewag te maken van, althans inzicht te verschaffen in (de gevolgen van) omstandigheden op grond waarvan moest worden aangenomen dat de liquiditeits- en solvabiliteitspositie in direct gevaar waren, althans aanmerkelijk minder gunstig waren dan het persbericht suggereerde, is Fortis ernstig tekortgeschoten (r.o. 6.129) (de rechtbank heeft de vordering van de aandeelhouders op dit punt afgewezen). De Ondernemingskamer concludeert dat dit handelen van Fortis – tezamen – wanbeleid oplevert.

De Ondernemingskamer neemt aldus een langere periode van misleiding aan dan de rechtbank (van 13 mei tot 26 september 2008) en lijkt Fortis – ook ten aanzien van KGI met betrekking tot Ping An en de besluitvorming op 18/19 juni en 26 september 2008 – strenger te beoordelen. Een nuance is echter op zijn plaats. De toetsingsnormen in geval van een enquêteprocedure (veelal gedragsnormen) betreffen immers andere normen dan in geval van een aansprakelijkheidsprocedure (Asser 2-II* 2009, nr. 443; L. Timmerman, Ondernemingsrecht 2003/15, p. 555-562).

Het is dus maar de vraag of het oordeel van de Ondernemingskamer een op een kan worden overgenomen in een aansprakelijkheidsprocedure.

Schadestaatprocedure

In de schadestaatprocedure zal aan de orde moeten komen of de aandeelhouders ook daadwerkelijk schade hebben geleden (en de hoogte daarvan), of er een causaal verband bestaat tussen die schade en het onrechtmatig handelen van Fortis en/of Votron en/of Mittler en, zo ja, of er aanleiding is de schade te verminderen, bijvoorbeeld op basis van de 'toerekening naar redelijkheid' van artikel 6:98 BW. Relevante factoren bij toerekening naar redelijkheid zijn de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade en de voorzienbaarheid (C.J.M. Klaassen, Mon. BW B35, nr. 33.). Interessant in het kader van de voorzienbaarheid zijn de overwegingen van de Ondernemingskamer met betrekking tot het staartrisiko, ook wel black swan (r.o. 4.7). Het staartrisiko is een risico op financieel onheil waarvan de kans dat het werkelijkheid wordt, statistisch gezien uiterst klein is, maar waarvan de gevolgen (alsdan) zeer ernstig kunnen zijn. Onderzoekers hebben in hun verslag tot uitgangspunt genomen dat 'de ineenstorting van het wereldwijde vertrouwen in financiële markten na de ondergang van Lehman Brothers niet echt te voorspellen was', en dat 'deze crisis als een uiterst onwaarschijnlijk "staartrisiko" beschouwd' moest worden, zodat Fortis niet kan worden verweten dat zij met dat risico geen rekening hield. De Ondernemingskamer volgt dit standpunt van de onderzoekers. Fortis zou zich hierop ook in de schadestaatprocedure kunnen beroepen.

Tot slot

De aandeelhouders hebben er in deze zaak voor gekozen om de aansprakelijkheidsprocedure in te stellen alvorens de Ondernemingskamer uitspraak heeft gedaan in de tweede fase van de enquêteprocedure. Met succes. Gelet op de uitkomst van de tweede fase van de enquêteprocedure waren de aandeelhouders waarschijnlijk echter (nog) beter af geweest in de rechtbankprocedure indien zij het wanbeleid-oordeel van de Ondernemingskamer wel hadden afgewacht. Dit geldt te meer gelet op de bijzonder zorgplicht die de Ondernemingskamer aanneemt met betrekking tot (het bestuur van) Fortis (zeker met betrekking tot het communicatiebeleid), de KGI ten aanzien van Ping An en de ruimere periode waarover misleiding – in de optiek van de Ondernemingskamer – heeft plaatsgevonden.

ANNOTATIE

‘Ik ben overal tegen. Tot ik een besluit neem, dan ben ik ervoor. Lijkt me logisch.’ (Johan Crujff)

D.J.F.F.M. Duynstee

Inleiding

1. Kort gezegd ziet het arrest op de vraag of er gebreken kleven aan de besluitvorming binnen de Raad van Commissarissen van AFC Ajax N.V. (‘Ajax’) ten aanzien van nieuw te benoemen bestuurders (o.a. Van Gaal). Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend (Hof Amsterdam 7 februari 2012, JOR 2012/76 m.nt. J.M. Blanco Fernández).

Feiten

2. Het onderliggende feitencomplex laat zich als volgt kort schetsen. Ajax is volledig onderworpen aan het structuurregime en plaatste bij haar beursgang in 1998 27% van haar aandelen bij externe aandeelhouders. De overige 73% van de aandelen in het kapitaal van Ajax is in handen van de vereniging Amsterdamsche Football Club Ajax (de ‘Vereniging’). Binnen de Raad van Commissarissen van Ajax (de ‘RvC’), bestaande uit in totaal vijf leden, heeft de nodige discussie plaatsgehad over de invulling van de positie van voorzitter van de hoofddirectie. In de media is dit breed uitgemeten, denk bijvoorbeeld aan Van Basten die het uiteindelijk toch niet werd en de discussie rondom Crujffs lieveling La Ling. Er zijn door de voorzitter van de RvC, buiten medeweten van het vijfde lid van de RvC (Crujff) om, gesprekken gevoerd met Van Gaal. Bekend uit de media is dat Crujff en Van Gaal bepaald geen vrienden zijn en zij een verschil van mening zouden hebben over voetbal (ik vertaal vrij: de topvoetballer die coach wordt tegen de ‘gymleraar’ die coach wordt). Deze besprekingen leidden uiteindelijk tot overeenstemming met Van Gaal over de positie van voorzitter van de hoofddirectie. Wat die overeenstemming precies inhield, is mij overigens niet duidelijk.

3. Op grond van het reglement van de RvC (art. 5.2) dient de oproeping voor een vergadering van de RvC te geschieden niet later dan zes werkdagen voorafgaand aan de vergadering. Bij e-mailbericht in de ochtend van 16 november 2011 (6:59 uur) heeft de voorzitter van de RvC de RvC bijeengeroepen voor een vergadering, nog diezelfde dag om 16:00 uur te houden.

Onderwerp van deze vergadering zou zijn 'rapportage commissie en voortgang samenstelling directie'. Uit die e-mail blijkt ook dat (1) de voorzitter van de RvC Cruijff heeft proberen te bellen om een afspraak te plannen, maar dat Cruijff daar niet op heeft gereageerd en (2) de voorzitter aangaf indien Cruijff niet in Nederland zou zijn hij kon inbellen of gebruik kon maken van een videosysteem om de vergadering op die wijze toch bij te wonen. Cruijff reageert later die dag (per e-mail 13:28 uur) dat hij, mede gezien de korte oproepingstermijn, niet aanwezig kan zijn.

4. De vier overige commissarissen besluiten tijdens deze RvC-vergadering tot de voorgenomen benoeming van Van Gaal en Sturkenboom en tot goedkeuring en aanstelling van enkele functionarissen. Zij stellen Cruijff daarvan diezelfde avond op de hoogte en roepen hem op voor een RvC-vergadering te houden op 25 november 2011. Het lijkt erop dat deze tweede RvC-vergadering bijeen werd geroepen omdat de voorzitter van de RvC, de secretaris of de betrokken (juridisch) adviseurs zich realiseerden dat de wel heel korte oproepingstermijn wellicht later de toets der kritiek niet zou kunnen doorstaan. De oproeping voor de tweede RvC-vergadering vindt plaats binnen de zes werkdagen-termijn en wordt conform artikel 5.2 van het reglement van de RvC dit keer door de secretaris gedaan (en niet zoals bij de eerste vergadering door de voorzitter van de RvC).

5. Op de volgende RvC-vergadering van 25 november 2011 worden de hierboven genoemde besluiten nogmaals genomen c.q. bevestigd. Cruijff is wederom niet aanwezig. In een vergadering van de Vereniging (grootaandeelhouder in het kapitaal van Ajax) op 28 november 2011 is het vertrouwen in de voltallige RvC opgezegd.

Kort geding

6. In de door Cruijff c.s. geëntameerde procedure bij de Voorzieningenrechter Amsterdam heeft de Voorzieningenrechter op 12 december 2011 geoordeeld dat aan het besluit van 16 november 2011 gebreken kleven, maar dat het besluit alsnog op 25 november 2011 rechtsgeldig tot stand is gekomen. Zij het dat de algemene vergadering van aandeelhouders (de 'AVA'), alvorens de besluiten genomen door de RvC zouden kunnen worden geïmplementeerd, zich eerst zou moeten kunnen uitspreken over een eventueel ontslag van de gehele RvC. Als gevolg van het toepasselijke structuurregime kan de AVA geen individuele commissarissen ontslaan, maar kan de AVA wel het vertrouwen opzeggen in de gehele RvC. Die kans was aanzienlijk, omdat de Vereniging het vertrouwen in de voltallige RvC ook inmiddels had opgezegd.

7. Naar mijn mening een onwenselijke uitkomst van dit kort geding, omdat dit tot gevolg zou kunnen hebben dat de RvC bij elk belangrijk (benoemings)besluit door een partij gedwongen zou kunnen worden eerst te moeten afwachten of de AVA (lees de

meerderheidsaandeelhouder) haar niet in zijn geheel heen zal zenden op de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering. Dat is in strijd met de vennootschappelijke rolverdeling binnen de vennootschap: het bestuur bestuurt en bepaalt de strategie, de RvC houdt daar toezicht op en de AVA kan haar opvattingen ter zake tot uitdrukking brengen door uitoefening van haar rechten (HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 (ABN AMRO)). Bovendien bestaat dan het gevaar dat de RvC zich teveel richt op de belangen van de AVA (lees: de Vereniging) in plaats van op de belangen van de vennootschap en haar overige stakeholders.

8. Een andere overweging van de Voorzieningenrechter over de rol van de AVA lijkt mij ook niet in overeenstemming met het ABN AMRO-arrest.

‘Het vorenstaande geeft grond voor een ordemaatregel zoals in kort geding kan worden gegeven. De Voorzieningenrechter is van oordeel dat de hierna te vermelden ordemaatregel moet worden getroffen om de keuze voor de “lijn Cruijff” of voor de “lijn Van Gaal”, indien en voor zover daadwerkelijk van een tegenstelling sprake is, in handen van de aandeelhouders te leggen. Deze keuze hoort thuis bij de AvA als het hoogste orgaan van Ajax.’ (r.o. 4.12)

9. De vraag of de ‘lijn Cruijff’ of de ‘lijn Van Gaal’ moet worden gevolgd, lijkt mij bij uitstek een strategische beslissing die dus bij het bestuur ligt en niet thuis hoort ‘bij de AvA als het hoogste orgaan van Ajax’. Daar komt bij dat de benoeming (van bijvoorbeeld Van Gaal) op grond van de statuten van Ajax (art. 15) ‘slechts’ ter kennisgeving aan de AvA dient te worden voorgelegd.

Hoger beroep

10. Het Hof volgt – in mijn ogen terecht – deze redenering van de Voorzieningenrechter niet. In hoger beroep buigt het Hof zich onder andere wederom over de vraag of het voorgenomen besluit tot benoeming van Van Gaal en Sturkenboom tot statutair directeur en het besluit tot goedkeuring van de titulaire benoemingen ad interim van Sturkenboom en Blind geldig zijn.

11. Het Hof concludeert dat de besluiten van de vergadering van 16 november 2011 vernietigbaar zijn op grond van artikel 2:15 BW, door een combinatie van (1) een te korte oproepingstermijn en (2) een onduidelijke aankondiging van de te behandelen besluiten. Zulks komt mij voor als juist. Zeker punt (2) het verzwijgen van het feit dat het agendapunt de benoeming van Van Gaal zou inhouden, lijkt mij in strijd met artikel 2:8 BW. Het Hof neemt niet mee in zijn overweging dat Cruijff de week ervoor niet heeft gereageerd op pogingen tot contact door de voorzitter van de RvC en ook niet heeft gereageerd op de mogelijkheid dat Cruijff kan inbellen (zoals dat eerder kennelijk wel is gebeurd). De korte oproepingstermijn en het verzwijgen van de voorgenomen benoeming wegen zwaarder. Dat lijkt mij terecht.

12. Anders dan de Voorzieningenrechter komt het Hof tot de conclusie dat, nu de uitvoering van deze besluiten reeds in gang is gezet alvorens de tweede vergadering van 25 november 2011 had plaatsgevonden, het in redelijkheid als onmogelijk moet worden beschouwd dat op de besluiten van 16 november 2011, na onderlinge gedachtewisseling, nog teruggekomen kon worden. Cruijff is volgens het Hof in het geheel niet in de gelegenheid gesteld om, 'op een moment dat nog zinvol was' aan overleg over de besluiten deel te nemen: de besluiten waren geen vrucht van onderling overleg (r.o. 3.14 e.v.). Ook de besluiten van de tweede vergadering zouden derhalve vernietigbaar zijn (het Hof laat in het midden of sprake is geweest van bevestiging van de eerdere besluiten of van nieuwe besluiten). Dit anders dan de Voorzieningenrechter die op dit punt oordeelde dat de besluiten van 25 november 2011 wel op rechtsgeldige wijze tot stand zijn gekomen.

13. Deze laatste overweging van het Hof steunt op de leer volgend uit de Wijsmuller-beschikking dat in een meerhoofdig orgaan van een rechtspersoon een besluit 'tot stand komt als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wenselijk deel te nemen' (HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 m.nt. GJS (Wijsmuller)). Alle leden van het orgaan die zulks wenselijk dienen dus in de gelegenheid te worden gesteld aan het overleg deel te nemen; de regel impliceert geen verplichting om daadwerkelijk deel te nemen. Er zijn goede argumenten voor de stelling dat het bewust niet gebruikmaken van dit recht door Cruijff om de tweede RvC-vergadering (en in mindere mate ook de eerste RvC-vergadering, bijvoorbeeld telefonisch) niet bij te wonen voor zijn eigen rekening zou moeten komen. Vgl. de 'weinig coöperatieve houding' van Cruijff, die kennelijk moeilijk te bereiken was en op één RvC-vergadering met een ongenode gast (La Ling) verscheen.

14. Een en ander lijkt mij zich moeizaam te verhouden tot de constatering van het Hof dat Cruijff niet in de gelegenheid is gesteld om 'op een moment dat nog zinvol was' aan overleg deel te nemen. Moeilijk valt dan immers in te zien hoe na 16 november 2011 deze besluiten alsnog geldig genomen konden worden. Dit heeft Ajax ook aangevoerd. Het Hof meent echter dat:

'Niet valt in te zien waarom, na ongedaanmaking – voor zover nodig – van hetgeen ongeldig/ontijdig is verricht, deze besluiten, na een geldige oproeping van alle commissarissen en na (het mogelijk maken van) een open gedachtenwisseling binnen de RvC, waarin zowel de bedoelde besluiten als mogelijke alternatieven onder ogen worden gezien, niet alsnog binnen zeer afzienbare termijn geldig genomen kunnen worden.' (r.o. 3.13).

15. Maar waarom kon hiervan geen sprake zijn bij de vergadering van 25 november 2011? Ook het Hof moet immers erkennen dat Cruijff zich bepaald niet coöperatief heeft opgesteld. Het

had dan toch op de weg van Cruijff gelegen zijn standpunten uiteen te zetten op de tweede vergadering van 25 november 2011. Zoals de Voorzieningenrechter in mijn ogen terecht constateerde:

‘Voorts geldt dat in de vergadering van 25 november 2011, in ieder geval in theorie, de mogelijkheid bestond tot het voeren van overleg binnen de RvC, als bedoeld in artikel 11.11 van het reglement van de RvC, met de eveneens theoretische mogelijkheid om tot een ander besluit te komen. Blijkens de overgelegde e-mailcorrespondentie tussen Cruijff en Ten Have met betrekking tot de vergadering van 25 november 2011, heeft de voorzitter van de RvC voldoende aangedrongen op het belang van aanwezigheid van de voltallige RvC, is voorafgaand aan de vergadering de gelegenheid geboden de vergadering te verplaatsen en was Cruijff blijkens het e-mailbericht van 25 november 2011, zoals genoemd onder 2.20, op de hoogte van de geplande vergadering.’ (r.o. 4.5)

16. Mij overtuigt deze overweging. Het Hof is echter niet overtuigd en is van mening dat: ‘Cruijff in het geheel niet in de gelegenheid is gesteld om, op een moment dat dat nog zinvol was, aan overleg over de litigieuze besluiten deel te nemen.’ (r.o. 3.14).

Slot

17. Onlangs zijn alle commissarissen van Ajax gefaseerd afgetreden. Tijdens de Buitengewone Algemene vergadering van Aandeelhouders van 14 juni 2012 zullen naar alle waarschijnlijkheid drie nieuwe commissarissen worden benoemd. De tumultueuze ontwikkelingen binnen Ajax hebben geen effect gehad op de sportieve prestaties van Ajax dat in mei 2012 voor de 31ste keer landskampioen werd.

ANNOTATIE

Commentaar bij Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam 7 februari 2012, LJN BV7329 (Chinese Workers)

H. Koster

De Ondernemingskamer komt in onderhavige uitspraak met een opvallende noviteit. Ik doel hierbij niet op de inhoudelijke beoordeling dat sprake is van een patstelling die een gegronde reden vormt om aan de juistheid van het beleid van Chinese Workers B.V. te twijfelen. Dat oordeel is namelijk niet verrassend en is op basis van deze feiten zeker redelijk te noemen.

De noviteit ziet op de ontvankelijkheid van verzoekster. Zij had namelijk om een enquête verzocht en een voorlopige voorziening terwijl zij zelf geen aandelen hield in Chinese Workers B.V. Niettemin wijst de Ondernemingskamer het verzoek toe. Van belang daarbij is dat de aandelen in Chinese Workers B.V. werden gehouden door Chinnede Ltd., een vennootschap naar Chinees recht, gevestigd te Hongkong, die eveneens enig bestuurder was van Chinese Workers B.V. Verzoekster hield minimaal 25% van de aandelen in Chinnede Ltd. Op zich voldoet een dergelijk belang voor toegang tot het enquêterecht ware het niet dat zij niet rechtstreeks de aandelen in de besloten vennootschap bezat. Er was overigens sprake van minimaal 25% omdat over de exacte omvang van haar aandelenbelang in Chinnede Ltd. een geding aanhangig was bij de rechter in Hong Kong.

Om toch ontvankelijk te zijn, deed verzoekster daarom een beroep op het feit dat aan haar, als economisch gerechtigde tot de aandelen in Chinese Workers B.V., evenzeer als aan een economisch gerechtigde tot certificaten, de bevoegdheid toekwam een enquêteverzoek te doen. Dit werd bestreden door de andere aandeelhouders in Chinnede Ltd., de belanghebbenden. Zij betoogden dat Chinnede Ltd. bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van verzoekster niet kon worden weggedacht. Dit is in lijn met de De Vries-Robbé uitspraak van de Hoge Raad (HR 1 februari 2002, JOR 2002/29) dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquêteonderzoek alleen toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend.

De Ondernemingskamer meende evenwel dat gelet op de feiten in het onderhavige geval de

aandeelhouders in Chinnede Ltd. kunnen worden aangemerkt als de economisch gerechtigden in Chinese Workers B.V. Aangezien verzoekster minimaal 25% van de aandelen in Chinnede Ltd. hield, was daarmee het pleit in haar voordeel beslist. De Ondernemingskamer motiveerde haar oordeel door te verwijzen naar de 'economische werkelijkheid' welke in dit geval rechtvaardigde dat er een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van artikel 2:346 lid 1 BW, volgens welke bepaling slechts houders van aandelen in de vennootschap waarop het onderzoek betrekking heeft bevoegd zijn tot het indienen van zodanig verzoek.

Dat een beroep op de economische werkelijkheid in dit kader denkbaar zou kunnen zijn, bleek al uit de recente uitspraken van de Hoge Raad inzake Bamford/TESN en BTCL. Daarin wees de Hoge Raad een beroep op de economische werkelijkheid overigens nog af. De Hoge Raad was in die kwestie van mening dat "ook indien de onderhavige constructie uitsluitend om fiscale redenen is opgezet, is de betekenis van Global en Castor in ieder geval - mede - dat zij, en niet Bamford of BTCL, de aandelen in TESH houden alsmede dat de onderscheiden vennootschappen telkens zijn gevestigd in een andere staat". Aldus konden de tussenliggende entiteiten niet worden 'weggedacht' bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag. De Hoge Raad bevestigde vervolgens dat "niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting geeft het oordeel van de ondernemingskamer dat verzoeker tot cassatie als 'primary beneficiary' van een trust naar het recht van Bermuda, welke trust de aandelen houdt in twee Nederlands-Antilliaanse vennootschappen die op hun beurt de aandelen houden in een Nederlandse besloten vennootschap, niet bevoegd is een enquête te verzoeken naar het beleid en de gang van zaken van deze besloten vennootschap".

Eerder, in de Scheipar-beschikking van 6 juni 2003, LJN: AF9440, en verduidelijkt in de Butôt Holding/Butôt uitspraak van 10 september 2010, LJN: BM6077, had de Hoge Raad geoordeeld dat de economisch rechthebbende op certificaten van aandelen gelijk gesteld kan worden met de certificaathouder uit art. 2:346 BW indien de certificaten geheel en al voor rekening en risico van de economische certificaathouder worden gehouden. Naar deze economische werkelijkheid is overigens ook al verwezen in de Landis uitspraak van de Hoge Raad uit 2005 (HR 4 februari 2005, NJ 2005, 127). Toen ging het over de vraag of degenen die niet rechtstreeks deelnemen in een dochtervennootschap, maar dit doen via een holdingmaatschappij, ontvankelijk zijn in een enquêteverzoek mede gericht op de dochter. De Hoge Raad oordeelde destijds van wel. Beslissend voor de erkenning van een dergelijke concernenquête was ook toen de economische werkelijkheid.

Aan deze uitspraken kan nu dus de onderhavige uitspraak toegevoegd worden over wat kan worden aangeduid als het wegdenken van rechtspersonen in het kader van de ontvankelijkheidsvraag in een enquêteprocedure op basis van de economische werkelijkheid.

De feiten en omstandigheden van een specifiek geval kunnen, gelet op de economische werkelijkheid, rechtvaardigen dat een uitzondering dient te worden gemaakt op de (hoofd)regel van artikel 2:346 lid 1 BW en bewerkstelligen dat sprake is van een economische gerechtigdheid in een kapitaalvennootschap die iemand, hoewel niet zelf aandeelhouder of certificaathouder, toch enquêtegerechtigd maakt. De betekenis en reikwijdte van de gebruikte bewoordingen ‘economische werkelijkheid’ zullen daarbij afhankelijk zijn van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval.

Is het in dit kader nog vereist dat sprake is van het verschaffen van risicodragend kapitaal? Zo zijn certificaathouders sinds 1971 bevoegd tot het uitlokken van een enquête omdat, zo werd destijds toegelicht, zij ook verschaffers van risicodragend kapitaal zijn. Wat echter als bijvoorbeeld een flex-BV met een geplaatst en gestort kapitaal van een eurocent als holding fungeert en zij verder met vreemd vermogen is gefinancierd? Kan aan dergelijke crediteuren, gelet op de economische werkelijkheid, ook enquêtegerechtigdheid toekomen bij deze holdingvennootschap? En ook bij een dochtervennootschap? Maakt het daarbij uit of er sprake is van (deels) winstafhankelijke dan wel hybride leningsvoorwaarden? Ik weet het niet, maar het valt niet geheel uit te sluiten, zo lijkt mij.

In het Verenigd Koninkrijk speelde nog niet zo lang geleden een enigszins vergelijkbare kwestie. Het ging er daarbij om of een crediteur, die tevens aandeelhouder was, in zijn hoedanigheid als crediteur baat kon hebben bij een regeling bedoeld voor aandeelhouders. Dit betrof de uitspraak van de Privy Council (*Gamlestaden Fastigheter AB v Baltic Partners Ltd*, [2007] UKPC 26, [2007] B.C.C. 272) over een beroep van een minderheidsaandeelhouder op ‘unfair prejudice’, een in de praktijk in het Verenigd Koninkrijk veel toegepaste wettelijk regeling waar aandeelhouders bescherming aan kunnen ontleen.

In die zaak had een aandeelhouder een beroep gedaan op deze regeling om zijn belangen als crediteur te beschermen. Deze aandeelhouder had een substantiële lening aan de vennootschap verstrekt, die nadien failliet was gegaan. De verweerder in de unfair prejudice procedure beriep zich erop dat “the relief sought would confer no financial benefit on Gamlestaden qua member. The award of damages to Baltic would not restore it to solvency. So while Gamlestaden stood to benefit qua creditor, it had no legitimate interest to protect qua member”. De Privy Council was het daar echter niet mee eens en oordeelde dat “If the company is a joint venture company and the joint venturers have arranged that one, or more, or all of them, shall provide working capital to the company by means of loans, it would ... be inconsistent with the purpose of these statutory provisions to limit the availability of the remedies they offer to cases where the value of the ... shares held by the applicant member would be enhanced by the grant of the relief sought.” Ook in het Verenigd Koninkrijk valt derhalve een verschuiving te onderkennen van een beperkte, formele benadering naar een

ruimere benadering waarbij de economische belangen worden meegenomen.

Ten slotte nog iets over de omstandigheden die de Ondernemingskamer noemt ter motivering van de economische werkelijkheid die rechtvaardigt dat verzoekster ontvankelijk is. Dit betreffen: (i) dat Chinnede Ltd. uitsluitend de aandelen van Chinese Workers B.V. beheert en verder geen enkele (ondernemings)activiteit verricht, (ii) dat er geen reden is waarom dat beheer vanuit Hong Kong zou moeten worden verricht en dat dit beheer feitelijk ook niet vanuit Hong Kong wordt verricht, (iii) dat alle ondernemingsactiviteiten door of in opdracht van Chinese Workers B.V. worden verricht (ik vermoed dat dit aspect mede het verschil in uitkomst verklaart tussen deze uitspraak en de uitspraak inzake Bamford/TESN en BTCL waar de Nederlandse vennootschap een houdstervenootschap was), (iv) dat dit ook geldt voor de werving van horecapersoneel in China: deze geschiedt door de Chinese uitzendbureaus in opdracht van Chinese Workers B.V., en (v) dat de verschuldigde commissie door verzoekster wordt gefactureerd vervolgens door de Chinese uitzendbureaus rechtstreeks aan de aandeelhouders van Chinnede Ltd. in de verhouding van hun aandelenbezit wordt betaald.

De meeste van deze omstandigheden zijn niet uitzonderlijk te noemen en komen in de praktijk wel vaker voor. De enige omstandigheid die hierop mogelijk een uitzondering vormt, is de omstandigheid dat de verschuldigde commissie door de Chinese uitzendbureaus rechtstreeks aan de aandeelhouders van Chinnede Ltd. in de verhouding van hun aandelenbezit wordt betaald. Dit zal in de praktijk denk ik minder vaak voorkomen. Het is de vraag hoe zwaar dit aspect het ontvankelijkheidsoordeel heeft beïnvloed.

Duidelijk is wel dat het naar de mening van de Ondernemingskamer niet onmogelijk is dat indirecte aandeelhouders enquêtegerechtigd zijn. Of dat ook het geval kan zijn, wanneer er zich meer (deels) passieve entiteiten in de keten van entiteiten bevinden, is niet zeker, maar het lijkt mij niet onmogelijk. Afrondend merk ik op dat het goed zou zijn om in de wet de enquêtebevoegdheid vast te leggen voor de economisch gerechtigde in een kapitaalvennootschap en zodoende de wettekst te laten weergeven wat nu al toegestaan lijkt te zijn.

ANNOTATIE

Commentaar bij Rechtbank Amsterdam 25 januari 2012, LJN BV6199 (Sveba)

M. Mussche

Sveba Beheer B.V. (Sveba Beheer) heeft haar 100% dochter Sveba Bouwen & Wonen B.V. (Sveba B&W) in september 2010 verkocht aan Vitalis B.V. (Vitalis). Sveba Beheer was via een advertentie in een landelijk dagblad in contact gekomen met Vitalis (met wervende teksten als: "Uw bv in zwaar weer? Wij nemen uw bv met alle lusten en lasten graag van u over."). Vitalis voerde een onderneming die bv's opkoopt. Zij neemt de aandelen van noodlijdende bv's over voor een symbolisch bedrag. Buiten de boeken om betaalde de vervreemder een fors bedrag voor de overname. Dit geld kwam terecht bij de heer [A], die via Stichting Hygia indirect bestuurder van Vitalis was. Na de overname kregen de verworven bv's een nieuw bestuur, een nieuwe naam (in de onderhavige zaak Svalan B.V.) en een correspondentieadres in Duitsland. De administratie raakt 'kwijt' en de vennootschappen werden leeggehaald: de onderneming werd beëindigd, de crediteuren niet betaald en de activa verkocht. Het Financieele Dagblad heeft op 10 maart 2012 uitgebreid aandacht besteed aan deze handelswijze ' in het artikel 'Criminelen namen honderden bedrijven over'. Op vrijdag 30 maart 2012 werd [A] door de Rechtbank Almelo veroordeeld tot 24 maanden gevangenisstraf waarvan zes maanden voorwaardelijk wegens faillissementsfraude en witwaspraktijken.

De rechtbank oordeelde dat Sveba Beheer aansprakelijk is voor de onbetaald gebleven vorderingen van de eiser. Zij overweegt daartoe, onder verwijzing naar HR 8 december 2006, LJN ZA0758 (Ontvanger/Roelofsen), dat in het algemeen alleen dan mag worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Op grond van onder meer de in r.o. 4.3 opgesomde omstandigheden komt de rechtbank tot de conclusie dat in casu aan het 'ernstig verwijt'-criterium is voldaan. Op grond van 2:11 BW is de bestuurder van Sveba Beheer, de heer [B], daarom persoonlijk aansprakelijk jegens de eiser.

Uit de overwegingen volgt dat Sveba Beheer aansprakelijk wordt bevonden als bestuurder van

Sveba B&W. Dat is opvallend, omdat de benadeling van de crediteur van Sveba B&W is ontstaan door de aandelenoverdracht door Sveba Beheer aan Vitalis. Sveba Beheer heeft de aandelen uiteraard niet overgedragen in haar rol als bestuurder, maar in haar rol als aandeelhouder. Strikt genomen heeft de bestuurder van Sveba B&W dus niets van doen met de aandelenoverdracht. De eisende crediteur in dit geding was zich hiervan mogelijk bewust. Hij heeft ter onderbouwing van zijn vordering naast het arrest Ontvanger/Roelofsen namelijk ook Albada Jelgersma II (HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487) aangehaald. In Albada Jelgersma II oordeelde de Hoe Raad dat een moedermaatschappij die zich intensief en indringend met haar dochter bemoeit, aansprakelijk kan zijn jegens crediteuren van die dochter indien zij voorzag of behoorde te voorzien dat deze crediteuren door de dochter benadeeld worden. Een moedermaatschappij kan dus aansprakelijk zijn jegens crediteuren van een dochter waarvan zij niet tevens bestuurder was.

Het is begrijpelijk dat de rechtbank Sveba Beheer niet enkel in haar rol van aandeelhouder aansprakelijk heeft willen houden. De doorbraakbepaling van art. 2:11 BW is namelijk slechts van toepassing in geval van "aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon." Indien Sveba Beheer aansprakelijk zou zijn als aandeelhouder van Sveba B&W, zou de bestuurder van Sveba Beheer – degene die de facto heeft besloten tot de verkoop van Sveba B&W aan Vitalis – aansprakelijkheid ontlopen. De rechtbank heeft dat kennelijk niet gewild, maar laat een beetje in het midden op welke gronden zij komt tot bestuurdersaansprakelijkheid van Sveba Beheer.

Wat mij betreft kan de bestuurdersaansprakelijkheid van Sveba Beheer op basis van het vonnis op (tenminste) twee manieren worden geconstrueerd:

- De eerste manier is door het aftreden door Sveba Beheer als bestuurder van Sveba B&W in de gegeven omstandigheden als onbehoorlijk te kwalificeren. De rechtbank noemt in de opsomming van omstandigheden die tot aansprakelijkheid van Sveba leiden onder andere het feit dat Sveba Beheer per datum overdracht is afgetreden als bestuurder van Sveba B&W. Daarvan zou het Sveba Beheer in theorie een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Zij heeft zich immers, zoals de rechtbank heeft geoordeeld, geen enkele moeite getroost om zich ervan te vergewissen dat Vitalis daadwerkelijk de bedoeling had om de onderneming van Sveba weer vlot te trekken, althans om de belangen van haar crediteuren te respecteren. Door onder die omstandigheden onverplicht af te treden, zou Sveba Beheer aansprakelijkheid jegens de crediteuren van Sveba B&W over zich kunnen hebben afgeroepen.

- Een tweede mogelijkheid is dat Sveba Beheer in haar rol van aandeelhouder is aangemerkt

als feitelijk bestuurder van Sveba B&W. Het arrest Albada Jelgersma II geeft reden voor deze benadering. In Albada Jelgersma II werd de moedermaatschappij aansprakelijk bevonden voor schulden van haar dochter, omdat zij vanwege haar intensieve en indringende bemoeienis ook als feitelijk bestuurder kon worden aangemerkt. Lennarts geeft deze uitleg aan het arrest in haar proefschrift (M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 186). In het geval van Sveba Beheer is de stap naar het feitelijke bestuurderschap minder lastig; zij was immers (tevens) daadwerkelijk bestuurder van Sveba B&W. Het zou onbegrijpelijk zijn om aan te nemen dat een moedermaatschappij wél aansprakelijk kan worden gehouden wanneer zij zich zo intensief en indringend met haar dochter bemoeit dat zij kan worden aangemerkt als feitelijk bestuurder (zoals in Albada Jelgersma II), maar niét als zij naast haar aandeelhouderschap ook daadwerkelijk bestuurder is (zoals Sveba Beheer). Op grond van die redenering zou Sveba Beheer uit hoofde van haar functie als bestuurder aansprakelijk kunnen zijn jegens de benadeelde crediteuren van Sveba B&W.

Als ik zou moeten kiezen tussen beide mogelijkheden, dan gaat mij voorkeur uit naar de tweede redenering. Deze redenering doet recht aan de werkelijke verhoudingen tussen een moeder-bestuurder en een dochtervennootschap. Bovendien is bij mijn weten de verplichting om als bestuurder aan te blijven nog nooit aangenomen in de Nederlandse jurisprudentie. Het is overigens de vraag of tussen beide redeneringen gekozen moet worden. Ik denk het niet. Zij zouden immers ook gezamenlijk de conclusie kunnen dragen dat een moeder-bestuurder in dit soort gevallen als bestuurder aansprakelijk is jegens crediteuren van haar dochter.

Voor het rechtsgevoel zou het overigens bevredigender zijn wanneer benadeelde crediteuren [A] aansprakelijk zouden stellen. Wellicht gebeurt dit nog. Gezien de omvang van de faillissementsfraude lijkt het waarschijnlijk dat meer benadeelde crediteuren zich in de nabije toekomst tot de rechter zullen wenden.

ANNOTATIE

Commentaar bij Rechtbank Rotterdam 11 januari 2012, LJN BV1956 (Schiedamse maatschap huisartsen)

H. Koster

Eisers en gedaagde waren maten in een maatschap tot uitoefening van een huisartsenpraktijk. Hun samenwerking had tot doel tezamen een praktijkruimte te huren, bepaalde kosten gezamenlijk te dragen en eventuele inkomsten te delen, waarbij iedere partij in de huisartsengeneeskunde voor eigen rekening en risico een praktijk uitoefende. Partijen waren onder meer een huurovereenkomst voor de praktijkruimte en een meerjarige leaseovereenkomst voor medische apparatuur aangegaan.

Gedaagde had verzocht om wijziging van artikel 4 lid 2 van de maatschapovereenkomst. Uit de feiten blijkt dat deze bepaling mogelijk niet overeenstemde met de intentie van gedaagde, zoals uit oudere notulen bleek. Artikel 4 schreef voor dat de bestaande en toekomstige investeringen door ieder van de huisartsen gelijkelijk zou worden voldaan en dat zij naar rato van patiëntenaantallen zouden bijdragen in de vaste en variabele kosten.

Eisers lieten hem evenwel weten niet akkoord te gaan met wijziging van artikel 4. Partijen hebben hierover verder gecommuniceerd en bij brief van 28 augustus 2007 hebben eisers gedaagde laten weten dat zij zijn brief van 14 augustus 2007 aanmerken als opzegging van de maatschapovereenkomst. Zij informeerden gedaagde ook dat zij er geen bezwaar tegen hadden dat de opzegtermijn werd verkort tot 26 januari 2008. Op 19 december 2007 heeft gedaagde zijn praktijk verplaatst. Volgens eisers gebeurde dit plotseling en zonder voorafgaande mededeling aan hen. In het kader van de ontwikkelingen, mede gelet op het aanbod van eisers om de opzegtermijn te verkorten tot eind januari 2008, lijkt deze verplaatsing echter niet bijzonder verrassend. Opmerkelijk vind ik dat de maatschapovereenkomst geen voortzettingsbeding bevatte, behoudens bij overlijden. Uit de stukken blijkt dat deze overeenkomst volgens partijen een standaardovereenkomst is, aangeleverd door de adviseur van de voormalige maten, waarbij partijen niet hebben

nagedacht over de afzonderlijke bedingen. Artikel 10 van de maatschapovereenkomst bevatte limitatief de volgende ontbindingsgronden: opzegging, bereiken leeftijd van 65 jaar, overlijden, curatele, faillissement, verlies van de bevoegdheid te praktiseren, arbeidsongeschiktheid, beëindiging van de huurovereenkomst van het praktijkpand en op grond van een arbitrale uitspraak. Omdat eisers de huisartsenpraktijk hebben voortgezet, oordeelde de rechtbank terecht dat dit juridisch hergekwalificeerd moet worden en dat het resultaat is dat eisers niet langer een maatschap vormen op grond van de oorspronkelijk aangegane maatschapovereenkomst maar schriftelijk dan wel stilzwijgend een nieuwe maatschap zijn aangegaan. De oorspronkelijke maatschap is dus ontbonden. Het uitgangspunt van de huidige wettelijke regeling (artikel 7A:1683 BW) is eveneens dat een maatschap in principe eindigt bij opzegging, overlijden, curatele of faillissement. Willen partijen anders dan dienen zij een voortzettingsbeding overeen te komen. De huidige wet bevat hier overigens nauwelijks bepalingen over. Het onlangs ingetrokken wetsvoorstel over de herziene regeling van personenvennootschappen stak wat dat betreft beter in elkaar. Daarin gold als uitgangspunt dat slechts sprake was van partiële ontbinding bij de dood van een vennoot, het onbekwaam worden van een vennoot, faillissement van een vennoot, bij bepaalde eindtermijn (bijv. het bereiken van de 65-jarige leeftijd van een vennoot), opzegging door een vennoot aan de andere vennoten en opzegging aan een vennoot indien althans dat in de vennootschapsovereenkomst mogelijk was gemaakt. Deze partiële ontbinding resulteerde erin dat de vennootschap ten aanzien van de overige vennoten in stand zou blijven. In de praktijk is de mogelijkheid tot dergelijke continuïteit doorgaans wenselijk. Het is van belang dat een personenvennootschapsovereenkomst goede voortzettingsafspraken bevat, zodat ontbinding waar wenselijk kan worden vermeden. Zo kan worden voorkomen dat ontbinding tot ongewenste fiscale consequenties leidt. Het belangrijkste geschilpunt was de vraag of de verdeling van de praktijkkosten op basis van patiëntenaantallen diende plaats te vinden. Gedaagde had in correspondentie en gesprekken duidelijk meegedeeld niet akkoord te zijn met de verdeling op basis van patiëntenaantallen. De maatschapovereenkomst wees evenwel in deze richting, alhoewel uit oudere notulen een andere opvatting bleek. In dit verband was van belang dat artikel 7 van de maatschapovereenkomst partijen verplichtte na afloop van elk boekjaar een balans en winst- en verliesrekening op te maken. Onbetwist was dat gedaagde de jaarstukken 2006 pas in 2008 had ontvangen en dat gedaagde geen bemoeienis heeft gehad met de inhoud van deze jaarstukken. Artikel 7 lid 5 van de maatschapovereenkomst hield in dat kader in dat indien één de van partijen niet met de inhoud van de jaarstukken akkoord gaat, hij zijn bezwaren binnen twee maanden na ontvangst van de jaarstukken middels aangetekend schrijven aan de andere partijen kenbaar moet maken, bij gebreke waarvan bedoelde stukken worden beschouwd onherroepelijk door ieder der partijen te zijn goedgekeurd. Vindt deze kennisgeving tijdig plaats en komen partijen er onderling niet uit,

dan beslissen arbiters. De rechtbank was van mening dat gedaagde geen gebruik van de contractuele geschillenregeling had gemaakt en dat hij zijn rechten ter zake daarom had verwerkt om terug te komen op de jaarrekening 2006, waarin de afrekeningsmethodiek op basis van patiëntenaantallen was toegepast. Voor het boekjaar 2007 komt de rechtbank tot hetzelfde oordeel. Dit roept bij mij toch wel enige twijfel op. Wellicht had gedaagde zijn bezwaren niet per aangetekend schrijven kenbaar gemaakt, althans dit blijkt niet uit de uitspraak. Maar kenbaar gemaakt had hij ze wel. Ik vraag mij daarom af of de rechtbank hier niet te gemakkelijk uitspreekt dat gedaagde zijn rechten heeft verwerkt. De feiten, met name de notulen en het feit dat de 'standaard' maatschapovereenkomst afkomstig was van hun adviseur, lijken niet uit te sluiten dat gedaagde erop vertrouwd dat dit contract een juiste weergave bevatte van de gemaakte afspraken, zoals onder meer uit de notulen bleek, en er daarom minder of geen aandacht meer aan heeft besteed. Daarbij geldt dat niet te snel tot rechtsverwerking moet worden geconcludeerd. Het is immers nogal een zware sanctie. Ik rond af. De onderhavige uitspraak bevestigt maar weer eens het belang van een goed maatschapcontract.

ANNOTATIE

Commentaar bij HR 25 februari 2011, LJN BO7067 (Inter Acces Groep)

prof. mr. E.C.H.J. Lokin

1. In de Inter Access-beschikking staan vier interessante vragen centraal. Allereerst speelt de vraag of de Stichting Continuïteit Inter Access terecht ontvankelijk is verklaard. Ten tweede geeft de HR enig inzicht over de mogelijkheid van een gedeeltelijke ontkoppeling tussen onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek. Vervolgens richt de vraag zich op de reikwijdte van de onmiddellijke voorzieningen die de OK kan treffen en ten slotte hoe de getroffen voorzieningen zich verhouden met lid 1 van het Eerste Protocol van het Europese Verdrag van de rechten van de mens.

Stichting niet-ontvankelijk

2. Door Marigot en Willemse wordt in cassatie aangevoerd dat Stichting Continuïteit Inter Access Groep door de OK ten onrechte ontvankelijk is verklaard. De HR heeft in De Vries Robbé (HR 1 februari 2002, LJN AD8831, NJ 2002, 225) beslist dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een onderzoek conform art. 2:345 BW alleen toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend. De rechtspersoon, ten aanzien waarvan het onderzoek zou moeten worden ingesteld, behoort niet tot de gerechtigden. Aangezien de Stichting opgezet is door de commissarissen van IAG is de enquêtebevoegdheid in feite toegekend aan de rechtspersoon zelf. Op het eerste gezicht een solide stelling.

3. Het middel faalt echter in cassatie, omdat ook Rapar eenzelfde verzoek heeft ingediend en Rapar wel de bevoegdheid toekomt. Het toetsen van een eventuele bevoegdheid van de Stichting wordt daardoor overbodig. Interessant blijft echter de vraag of de rechtspersoon, dan wel direct (nieuw recht) dan wel via een dergelijke constructie die de commissarissen in casu hebben gekozen (huidig recht), de bevoegdheid dient te krijgen een enquêteverzoek in te dienen.

4. Van verschillende kanten wordt geadviseerd de rechtspersoon deze bevoegdheid te verlenen. De Commissie Vennootschapsrecht pleitte op 19 oktober 2010 in haar reactie op het voorontwerp tot aanpassing van het enquêterecht expliciet voor een bepaling waarin wordt opgenomen dat de rechtspersoon, vertegenwoordigd door het bestuur of de raad van commissarissen, een enquêteverzoek kan indienen. Hoewel de IAG-beschikking zich uitstekend leent voor het verschaffen van meer duidelijkheid, hult de HR zich helaas in stilzwijgen waardoor deze vraag onbeantwoord blijft. De mogelijkheid die de commissarissen hanteren lijkt echter niet uitgesloten. Het blijft vooralsnog wachten op het wetsvoorstel.

Ontkoppeling onmiddellijke voorziening en onderzoek

5. Vervolgens wordt de HR uitgedaagd een oordeel te vellen over een eventuele ontkoppeling tussen onmiddellijke voorzieningen en het enquêteonderzoek. In cassatie is aangevoerd, dat de OK – overeenkomstig de wensen van partijen – onmiddellijke voorzieningen heeft getroffen, maar het onderzoek vooralsnog niet heeft laten aanvangen. Hierdoor heeft de OK het onderzoek en de onmiddellijke voorzieningen van elkaar gekoppeld, hetgeen in strijd is met het stelsel van de wet (zie Gucci, HR 27 september 2000, LJN: AA 7245, NJ 2000, 653).

6. De Hoge Raad maakt hier korte metten mee. De OK heeft, aldus de Hoge Raad, in onderhavige zaak de vraag of er sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid bij IAG al zonder voorbehoud bevestigend beantwoord. De OK heeft dus al een onderzoek bevolen (en heeft zelfs de maximale kosten van het onderzoek vastgesteld op 25.000 euro), maar – overeenkomstig de wens van partijen - het benoemen van een onderzoeker uitgesteld. Deze gang van zaken acht de HR niet in strijd met het stelsel van de wet.

7. Over de beslissing van de OK dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van IAG te twijfelen, valt weinig aan te merken. Conflicten binnen de vennootschap die de continuïteit van de daaraan verbonden onderneming bedreigen zijn normaliter voldoende om een enquêteverzoek en het daarmee samenhangende onderzoek toe te wijzen. Daarnaast is het handelen van Willemse op zijn minst dubieus te noemen.

8. De vraag die hier echter voornamelijk de interesse wekt, is of de OK ook onmiddellijke voorzieningen mag treffen zonder dat het onderzoek aangevangen is, dan wel zonder dat er daadwerkelijk een onderzoek plaatsvindt. De eerste vraag wordt in onderhavige casus niet door de HR beantwoord. In de DSM beschikking heeft de Hoge Raad hierover beslist dat de OK onmiddellijke voorzieningen kan treffen voordat zij op het verzoek tot het instellen van een onderzoek heeft beslist. De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen

voordat een onderzoek is gelast, brengt echter wel met zich mee dat daarvan slechts gebruik kan worden gemaakt indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek zwaarwegende redenen bestaan.

9. De HR oordeelt echter dat in casu het onderzoek reeds geopend is. Conform de wens van partijen is deze opgeschort. De praktische insteek die de OK in haar beschikking hanteert, wordt zodoende door de HR in stand gehouden. Hierdoor lijkt de OK echter wel een opening geboden het nemen van onmiddellijke voorzieningen enigszins te scheiden van het daadwerkelijke onderzoek. In casu staan namelijk de onmiddellijke voorzieningen centraal. In onderhavige casus moet worden opgemerkt dat het verzoek is ingediend om het onderzoek alsnog te laten aanvangen. Denkbaar is echter dat in vergelijkbare gevallen het voortzetten van het onderzoek, na het treffen van de onmiddellijke voorzieningen, theoretisch wellicht mogelijk is maar nooit zal worden uitgevoerd omdat het geschil in de vennootschap is beëindigd.

10. De losgezongen wijze waarop de onmiddellijke voorziening wordt toegepast, komt in deze beschikking dus nadrukkelijk naar voren. De onmiddellijke voorziening van art. 2:349a lid 2 BW was van origine bedoeld als ordemaatregel. De OK had zodoende een middel om tijdelijk in te grijpen alvorens definitieve maatregelen ex art. 2:356 BW getroffen werden. Als de kern van het enquêterecht moest gezien worden het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken. In de praktijk fungeert de onmiddellijke voorziening veelal als de oplossing voor een impasse waardoor verder onderzoek overbodig wordt. Bijzonder efficiënt maar is het niet strijdig met de rol die het onderzoek binnen het enquêterecht dient te vervullen?

11. In de literatuur zijn de meeste auteurs het erover eens dat het verband tussen onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek niet uit het oog moet worden verloren. In het voorstel tot wijziging van boek 2 wil de minister de koppeling tussen onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen handhaven. De Commissie Vennootschap merkt op dat het wenselijk is dat in de wet zelfs een sterker verband wordt gelegd tussen de onmiddellijke voorziening en het onderzoek. In beginsel moet de beslissing over onmiddellijke voorzieningen niet losstaan van de beslissing op het verzoek van een onderzoek. Volgens de Commissie zou in de wet kunnen worden bepaald dat de OK slechts een onmiddellijke voorziening treft nadat er voorlopig is geoordeeld dat er voldoende aanleiding is voor de toewijzing van het enquêteverzoek, tenzij partijen uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven dat zij geen behoefte hebben aan een onderzoek. Deze passage van de Commissie ziet opvallend nauwkeurig op onderhavige casus. De HR lijkt met deze gedachte in te stemmen. Indien door de OK bepaald is dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, is hierdoor het onderzoek geopend en is de weg vrij voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

12. Uit de beschikking vallen nog twee voorwaarden af te leiden waaraan moet zijn voldaan om onmiddellijke voorzieningen te treffen, lopende een onderzoek dat echter op voorhand geschorst is. Naast de voorwaarde (i) dat het opschorten van het onderzoek voortvloeit uit de wens van alle partijen, dient ook te zijn gewaarborgd (ii) dat partijen altijd in de gelegenheid zijn om alsnog uitvoering van het onderzoek te gelasten. Deze voorwaarden lijken mij juist, aangezien hierdoor de OK in staat wordt gesteld in de praktijk onmiddellijke voorzieningen te treffen zonder dat het onderzoek feitelijk is aangevangen, echter niet tegen de wens van een van de partijen in. Indien een van partijen de wens heeft het onderzoek feitelijk aan te laten vangen, dan zal hier gehoor aan moeten worden gegeven.

In strijd met de dwingende bevoegdheidsverdeling

13. In cassatie is tevens aangevoerd dat het ontnemen aan de aandeelhoudersvergadering van haar emissiebevoegdheid in strijd is met de dwingende bevoegdheidsverdeling tussen de organen van de vennootschap onderling. De getroffen onmiddellijke voorzieningen passen niet binnen de door de wetgever en de HR getrokken kwalitatieve grenzen waarbinnen de voorzieningen in de zin van art. 2:349s lid 2 BW dienen te blijven. Gesteld wordt dat zij in afwijking zijn van hetgeen de HR in haar beschikking van 19 oktober 2001, LJN AD5138, NJ 2002, 92 (Skygate) bepaalde. De onmiddellijke voorzieningen zijn een directe inbreuk op de zeggenschapsverhoudingen binnen de aandeelhoudersvergadering van Inter Access Groep en bovendien wijzigen ze de zeggenschapsverhoudingen in de vennootschap fundamenteel en permanent.

14. Twee vragen spelen hier een rol. Allereerst de vraag of de voorziening wel als voorlopig kan worden aangemerkt, aangezien de zeggenschapsverhoudingen in de vennootschap fundamenteel en permanent worden gewijzigd. Daarnaast speelt de vraag of de OK een dwingendrechtelijke bepaling, in casu art. 2:206 lid 1 BW, aan de kant kan zetten bij het treffen van een onmiddellijke voorziening.

15. Aangenomen is dat de OK op grond van art. 2:349a lid 2 BW de vrijheid heeft zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht. Dit is ook het geval indien daarbij tijdelijk inbreuk wordt gemaakt op de geldende rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon. Aan het treffen van zodanige voorzieningen hoeft niet zonder meer in de weg te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging plaatsgevonden heeft van, de belangen van de betrokken partijen (aldus Skygate). Het feit dat een onmiddellijke voorziening een permanente wijziging in de zeggenschapsverhouding bewerkstelligt ontnemt nog dus nog niet het voorlopige karakter

van de voorziening.

16. Ook het antwoord op de tweede vraag – dat de OK een onmiddellijke voorziening mag treffen die in strijd is met het wettelijke systeem - is niet opvallend. In de Versatel-beschikking (zie HR 14 september 2007, LJN BA 4888, NJ 2007, 611) besliste de HR al dat de OK in beginsel ook onmiddellijke voorzieningen mag treffen, waarbij bevoegdheden aan organen worden toevertrouwd die deze op grond van de wet of statuten niet kunnen worden toevertrouwd. De OK kan dus iedere voorziening van voorlopige aard treffen mits met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken. Voorwaarde is onder andere dat naar het oordeel van de OK een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn (zie (Versatel).

17. De OK mag derhalve ook art. 2:206 lid 1 BW, waarin is bepaald dat de vennootschap slechts ingevolge een besluit van de AVA na de oprichting aandelen uit kan geven, opzij zetten.

In strijd met art. 1 EP

18. Ten slotte is aangevoerd, dat de beschikking van de OK en de daarin vervatte onmiddellijke voorzieningen niet alleen in strijd zijn met het Nederlandse vennootschapsrecht, maar tevens met art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag van de rechten van de mens (hierna: EP). Als gevolg van de voorzieningen zou een verwatering van het aandelenbezit van Marigot ontstaan, hetgeen ontneming van eigendom dan wel een regulering van eigendom is, die slechts onder strikte condities is geoorloofd. In zijn noot bij de IAG-beschikking (zie ondernemingsrecht, 2010, 65) stipt Assink deze kwestie aan. In de beschikking van de HR wordt helaas niet ingegaan op deze vraag. De HR oordeelt dat een dergelijk betoog pas in cassatie is aangevoerd en niet bij de OK. Aangezien voor het beantwoorden van deze vraag mede onderzoek van feitelijke aard nodig is, is hiervoor in cassatie geen plaats. De HR volgt in deze AG Timmerman, die ten overvloede wel iets schrijft over een eventuele strijdigheid met art. 1 EP.

19. Het EHRM heeft al diverse malen geoordeeld dat de gerechtigdheid tot aandelen onder het begrip eigendom vallen in de zin van art. 1 EP, hoewel aandelen 'complexe rechten' zijn. Bij verwatering kan gesteld worden dat daarmee in ieder geval een inbreuk wordt gemaakt op het recht op het ongestoorde genot van het eigendom van de aandeelhouder (van onteigening in zuivere zin is echter geen sprak). Een dergelijke inbreuk kan gerechtvaardigd zijn, indien deze is voorzien bij wet, een gerechtvaardigd algemeen belang dient en proportioneel is.

20. De wettelijke basis kan men vinden in art. 2:349a BW. Het algemeen belang kan men afleiden uit de bevoegdheid die de OK gegeven is om in te grijpen in een onderneming en

daarbij af te wijken van dwingend recht ten einde het beste belang van de vennootschap en in bredere zin het algemene belang te dienen.

21. Bij de beoordeling van de vraag wat het algemeen belang is en of de gekozen middelen dit belang dienen, laat het EHRM een ruime 'margin of appreciation'. In casu dient de proportionaliteit gevonden te worden in de afweging die de OK maakt tussen een faillissement, alternatieve oplossingen waarbij Rapar middelen ter beschikking zou blijven stellen, terwijl de zeggenschap bij Marigot c.s. zou blijven rusten of de conversie van de Raparlening. In het licht van het voorgaande lijkt mij dat de OK tot deze beslissing had mogen komen.