

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 10, 2021

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:2021:754](#) 21-05-2021

Bestuurder/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg

Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:1130](#) 21-04-2021

IAS c.s./Olympus

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:892](#) 01-04-2021

Enquête Priogen Holding

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:878](#) 26-03-2021

Tegenstrijdig belang bij opzegging huurovereenkomst door aandeelhouder

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:2559](#) 20-05-2021

Voormalig bestuurder/Nissan-Mitsubishi B.V. en Nissan International Holding B.V.

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:3797](#) 28-04-2021

Maastrichtse Autobus Combinatie

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:3396](#) 19-04-2021

Werknemer/Vereffenaar ontbonden bv

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:3853](#) 14-04-2021

Geen bestuurdersaansprakelijkheid na bindend advies gevolgd door faillissement

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:1889](#) 31-03-2021

Geen onrechtmatige selectieve betaling

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:1152](#) 17-03-2021

Vennootschap/bestuurders

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:3213](#) 17-03-2021

Geen bestuurdersaansprakelijkheid wegens mogelijk onverschuldigde betaling

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:2089](#) 04-03-2021

Ontslag statutair bestuurder in kort geding niet geschorst

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:1646](#) 14-01-2021

Verkoop in beslag genomen aandelen

RECHTSPRAAK

Enquête Priogen Holding

OK; enquête. Vaststelling wanbeleid bij Priogen Holding. Het wanbeleid bestaat uit een combinatie van de onzorgvuldige totstandkoming van een aandelentransactie (waarvan de beide aandeelhouders van de vennootschap profiteerden, maar die voor de vennootschap enkel tot grote financiële verplichtingen tot betaling van dividend en inkoop van eigen aandelen leidde), het ontbreken van informatie over die toekomstige verplichting tot inkoop van aandelen in de jaarrekening van de vennootschap, de weigering dividend te betalen en de gebrekkige nakoming van de informatie- en inspectierechten van een van de aandeelhouders. De enige bestuurder (tevens aandeelhouder) van de vennootschap is naar het oordeel van de OK voor het wanbeleid verantwoordelijk. Daarnaast oordeelt de OK dat de andere aandeelhouder medeverantwoordelijk is voor de onzorgvuldige totstandkoming van voormelde aandelentransactie. De OK ontslaat de bestuurder, maar stelt de aanbiedingsplicht buiten werking, zodat hij als aandeelhouder kan aanblijven. De OK benoemt de eerder al benoemde OK-functionaris als bestuurder en geeft hem tot taak de onvoltallige raad van advies aan te vullen en een tweede bestuurder te benoemen. De OK vernietigt de dechargebesluiten die zien op de periode waarin het wanbeleid heeft plaatsgevonden en veroordeelt de bestuurder tot betaling van de onderzoekskosten aan de vennootschap.

Inleiding

Dit betreft de tweedefasebeschikking in de enquête die is gelast bij Priogen Holding B.V.

(‘Priogen’). Lamaro Holding B.V. (‘Lamaro’) houdt 51% van de gewone aandelen in Priogen en Enerfund B.V. (‘Enerfund’) houdt de overige 49% van de aandelen. Lamaro houdt tevens tien cumulatief preferente aandelen in Priogen (‘de Cumprefs’). Enerfund is de enige bestuurder van Priogen tot de benoeming door de OK van een tweede bestuurder naar aanleiding van de eerstefasebeschikking. Priogen houdt zich bezig met de wereldwijde handel in energieproducten.

Eerstefasebeschikking

De eerstefasebeschikking is besproken in OR 2020-0168. De gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Priogen bestonden kort gezegd uit het ontbreken van een deugdelijke toelichting voor het opschorten van dividendbetalingen op de Cumprefs, gebrekkige nakoming van informatieverplichtingen jegens Lamaro als grootaandeelhouder en het achterwege laten van raadpleging van de raad van advies terwijl de raad daarom wel had verzocht.

Vaststelling wanbeleid

Naar aanleiding van het onderzoeksverslag hebben Enerfund en Lamaro beiden verzocht om wanbeleid vast te stellen en diverse voorzieningen te treffen. Priogen heeft zich gerefereerd aan de verzoeken van Enerfund en Lamaro, en heeft verzocht de dechargebesluiten te vernietigen over de boekjaren waarin het wanbeleid heeft plaatsgevonden, en Enerfund en Lamaro te veroordelen tot vergoeding aan Priogen van de kosten van het onderzoek.

In de onderhavige beschikking oordeelt de OK dat op grond van het onderzoeksverslag moet worden geconcludeerd dat sprake is van wanbeleid bij Priogen. Allereerst vanwege de onzorgvuldige totstandkoming van een aandelentransactie. Die transactie bestond uit een inkoop door Priogen van een deel van de door Lamaro gehouden aandelen, met als gevolg dat Lamaro nog 51% van de gewone aandelen houdt en Enerfund 49%, terwijl voordien Lamaro 75% hield en Enerfund 25%. De door Priogen Holding aan Lamaro verschuldigde koopprijs is niet door Priogen Holding aan Lamaro voldaan en de daardoor ontstane vordering is door Lamaro gestort als aandelenkapitaal en agio op de (bij deze transactie nieuw aan Lamaro uit te geven) Cumprefs (‘de Transactie’). De Transactie vond plaats voorafgaand aan de periode waarover de OK een onderzoek heeft gelast, maar de onderzoeker heeft in haar onderzoek tevens de Transactie betrokken. Enerfund en Lamaro hebben vervolgens in de onderhavige procedure uitdrukkelijk en zonder voorbehoud de vraag aan de orde gesteld of de Transactie wanbeleid is en Priogen Holding heeft zich daartegen niet verzet. Onder die omstandigheden acht de OK zich vrij om te oordelen over de Transactie. De OK vat samen dat Priogen in financiële zin geen belang had bij de Transactie. Het leverde geen kapitaal op voor haar

onderneming, maar Priogen werd wel belast met aanzienlijke financiële verplichtingen tot betaling van dividend en een toekomstige verplichting tot inkoop van de Cumprefs. Feitelijk betaalde Priogen voor de gedeeltelijke exit van Lamaro en de uitbreiding van het belang van Enerfund. Er is naar het oordeel van de OK geen goede analyse gemaakt van de gevolgen voor Priogen van de dividendrechten, verbonden aan de Cumprefs. Het was volgens de OK voorzienbaar dat de verplichtingen uit hoofde van de Cumprefs ten koste zouden gaan van het bestendige succes en de verdere ontwikkeling van de onderneming. Dat dat niet onder ogen is gezien, draagt bij aan de vaststelling van wanbeleid.

Verder weegt mee in het oordeel van de OK dat in de jaarrekeningen van Priogen geen informatie is opgenomen over de toekomstige verplichting tot inkoop van de Cumprefs. Wederpartijen van Priogen hebben zich daardoor geen gedegen beeld kunnen vormen van de financiële situatie van de vennootschap.

Relevant voor de vaststelling van wanbeleid is eveneens dat Priogen geen goede gronden had om de dividenduitkeringen op de Cumprefs op te schorten. Ondanks de onzorgvuldige totstandkoming van de Transactie was Priogen gehouden tot dividenduitkering op de Cumprefs. De uitkering is niet getoetst op grond van artikel 2:216 lid 2 BW, maar op basis van een rapport van een adviseur waarin de groeiambities van Priogen waren doorgerekend. Met die groeiambities mocht bij de uitkeringstest geen rekening worden gehouden en dus werd de uitkering op oneigenlijke gronden geweigerd.

Tot slot acht de OK relevant dat Priogen de informatie- en inspectierechten van Lamaro gebrekkig is nagekomen. Het tekortschieten is van onvoldoende gewicht om zelfstandig als wanbeleid aangemerkt te kunnen worden, omdat aan de informatieverplichting, zoals de onderzoeker heeft vastgesteld, wel grotendeels is voldaan. De gebrekkige nakoming van de informatieverplichting draagt wel bij aan de vaststelling van wanbeleid.

In de eerstefasebeschikking speelde het achterwege laten van raadpleging van de raad van advies een rol bij de toewijzing van het enquêteverzoek. Uit het onderzoeksverslag blijkt dit volgens de OK onvoldoende om bij te kunnen dragen aan de vaststelling van wanbeleid.

Verantwoordelijkheid

De OK is van oordeel dat de verantwoordelijkheid voor het wanbeleid berust bij Enerfund, als enige bestuurder van Priogen ten tijde van het wanbeleid. Voor wat betreft de Transactie oordeelt de OK dat Lamaro eveneens verantwoordelijk is voor het wanbeleid. Lamaro had op grond van artikel 2:8 BW de belangen van Priogen moeten meewegen en zich een eigen oordeel moeten vormen over de financiële gevolgen van de Transactie voor Priogen.

Voorzieningen

Op verzoek van Lamaro ontslaat de OK Enerfund als bestuurder van Priogen. De OK acht daarvoor relevant de ernst van het wanbeleid, de vertrouwensbreuk tussen Enerfund als bestuurder en Lamaro als meerderheidsaandeelhouder en het sterk afgenomen draagvlak van Enerfund als bestuurder bij het management van Priogen. Met het ontslag beoogt de OK bij te dragen aan de sanering van de vennootschappelijke verhoudingen. Daarvoor acht de OK het niet noodzakelijk om Enerfund te dwingen haar positie als aandeelhouder op te geven en de OK stelt daarom de aanbiedingsplicht buiten werking.

De OK benoemt de in de eerstefasebeschikking benoemde OK-functionaris tot bestuurder voor een jaar, en kent hem de bevoegdheid toe een tweede bestuurder te benoemen. De OK geeft de OK-functionaris op verzoek van Lamaro eveneens de bevoegdheid een voorzitter van de raad van advies van Priogen te benoemen.

Enerfund had verzocht om de raad van advies te vervangen door een raad van commissarissen, maar dit acht de OK niet opportuun. Of een raad van advies met de huidige bevoegdheden en wijze van samenstellen ook in de toekomst passend is of beter vervangen kan worden door een raad van commissarissen met bepaalde bevoegdheden, kan volgens de OK pas beoordeeld worden als duidelijk is hoe de onderneming in de naaste toekomst zal worden gefinancierd en wat de consequenties daarvan zijn voor de omvang en ambities van de onderneming en de samenstelling van en de stemverhouding binnen de algemene vergadering.

Op verzoek van Priogen vernietigt de OK de dechargebesluiten die zien op de periode waarin het wanbeleid zich heeft afgespeeld, omdat dit kan bijdragen aan het redresseren van het wanbeleid.

Verhaal van de kosten van het onderzoek

Enerfund wordt veroordeeld tot betaling van de onderzoekskosten aan Priogen, omdat haar van het wanbeleid een verwijt kan worden gemaakt (HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607 (*Meavita*)). De OK acht in het bijzonder verwijtbaar dat Enerfund onvoldoende oog heeft gehad voor de mogelijke gevolgen van de Transactie voor Priogen en voor het tegenstrijdig belang tussen haarzelf en Priogen Holding bij de Transactie en onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld toen nadien bleek dat haar ambities als bestuurder van Priogen Holding ten aanzien van de groei en ontwikkeling van de onderneming niet goed verenigbaar waren met de verplichtingen van Priogen Holding uit hoofde van de *Cumprefs*.

Op Lamaro kunnen de onderzoekskosten niet worden verhaald omdat zij niet behoort tot de

kring van personen zoals vermeld in artikel 2:354 BW, nu Lamaro niet kan worden aangemerkt als feitelijk bestuurder van Priogen.

C.W. Kuipers, mei 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:892

Zaaknummer: 200.287.560/01 OK en 200.287.560/02 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.J. Wolfs, M.P. Nieuwe Weme, P.G. Boumeester, E. Eeftink, G. Boon en A.W.H. Vink

Advocaten: R.Q. Potter, S.C.M. van Thiel, G.R.G. Driessen en S.F. Melssen

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:216 BW, 2:354 BW, 2:355 BW en 2:356 BW

RECHTSPRAAK

Voormalig bestuurder/Nissan-Mitsubishi B.V. en Nissan International Holding B.V.

De voormalige CEO van Nissan-Mitsubishi B.V. dient bijna € 5 miljoen terug te betalen nu de arbeidsovereenkomst en bijbehorende remuneratie niet rechtsgeldig tot stand zijn gekomen.

Feiten

Carlos Ghosn ('de Oud-bestuurder') is Chairman en CEO geweest van Nissan en Mitsubishi Motors Corporation. Nissan is de enige aandeelhouder van Nissan International Holding B.V. ('NIH'). NIH is in Nissan geconsolideerd. Op 1 juli 2012 is de Oud-bestuurder op grond van twee arbeidsovereenkomsten (als statutair directeur én als werknemer) in dienst getreden bij NIH. Op 1 april 2017 is de Oud-bestuurder teruggetreden als CEO bij Nissan. De heer X volgde hem als CEO op. De Oud-bestuurder bleef wel aan als Chairman van Nissan. Op 7 juni 2017 is Nissan-Mitsubishi B.V. ('NMBV') opgericht. Het bestuur van NMBV heeft vanaf de oprichting bestaan uit drie directeuren: de Oud-bestuurder namens beide ondernemingen, de heer X namens Nissan en de heer Y namens Mitsubishi. Nissan en Mitsubishi hebben hun onderlinge afspraken omtrent NMBV neergelegd in een *Shareholders Agreement*. Op 19 januari 2018 heeft het bestuur van NMBV vier *board resolutions* genomen, die alle getekend zijn door de Oud-bestuurder, de heer X en de heer Y. Deze behelzen kort samengevat de volgende besluiten:

1. om volmacht te verlenen rechtshandelingen te verrichten in naam van NMBV aan (i) de Oud-bestuurder tot een maximum van € 10 miljoen en (ii) de heer Z tot een maximum van € 1 miljoen, waarbij het jaarlijkse budget van NMBV niet zou mogen worden overschreden (...) (eerste volmacht);
2. om volmacht te verlenen aan de heer Z (...) om namens NMBV alle (rechts)handelingen te verrichten die hij nodig of wenselijk acht in verband met het sluiten of de uitvoering van de *Shareholders Agreement* (tweede volmacht);

3. (...)

4. om aan de Oud-bestuurder de bevoegdheid te delegeren om *incentive commitments and payments* vast te stellen en uit te voeren, welke incentives in geen enkel financieel jaar de verwachte jaaromzet zouden mogen overschrijden (vierde volmacht).

In een op 21 februari 2018 gedateerde arbeidsovereenkomst, namens NMBV als werkgever getekend door de heer Z, is vermeld dat de Oud-bestuurder met ingang van 1 april 2018 in dienst treedt bij NMBV in de functie van *managing director* tegen een jaarsalaris van € 5.820.000 bruto. Tevens is vermeld dat de Oud-bestuurder aanspraak heeft op een *sign-on bonus* van € 1.940.000. In de considerans bij de arbeidsovereenkomst is onder meer opgenomen dat zijn dienstverband met NIH per 1 april 2018 wordt beëindigd. Op 15 oktober 2018 heeft de heer Z namens NMBV op verzoek van de Oud-bestuurder een bedrag van € 498.000 aan de Oud-bestuurder overgemaakt ('de Renault-betaling'). De Oud-bestuurder is op 19 november 2018 door de Japanse autoriteiten gearresteerd wegens vermeende malversaties. In maart 2019 is de Oud-bestuurder op borgtocht vrijgelaten. Hij is in april 2019 opnieuw enkele weken in voorarrest genomen. De Oud-bestuurder is op 29 december 2019 uit Japan gevlucht en verblijft sindsdien in Libanon. De aandeelhouders van NMBV (en NIH) hebben de Oud-bestuurder bij besluit van 12 maart 2019 ontslagen als bestuurder en hem medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd tegen 1 mei 2019. De Oud-bestuurder verzoekt, primair ten laste van NMBV en subsidiair ten laste van NIH, een billijke vergoeding, de transitievergoeding en (jegens NMBV) de vergoeding wegens onregelmatige opzegging. NMBV voert, samengevat, aan dat geen rechtsgeldige arbeidsovereenkomst met de Oud-bestuurder tot stand is gekomen, nu de heer Z niet bevoegd was om de arbeidsovereenkomst namens NMBV te sluiten. NMBV verzoekt bij wijze van tegenverzoek onder meer de Oud-bestuurder te veroordelen tot betaling aan NMBV van € 4.978.780,12, bestaande uit nettomaandsalarissen, de netto *sign-on bonus* en de Renault-betaling.

Oordeel

Totstandkoming arbeidsovereenkomst en reikwijdte board resolutions

Uit de aan de Oud-bestuurder zelf in de vierde volmacht toegekende bevoegdheid kan niet worden afgeleid dat zijn arbeidsovereenkomst en bezoldiging overeenkomstig de interne regelgeving van NMBV zijn vastgesteld. De aan de Oud-bestuurder toegekende bevoegdheid om *incentive commitments and payments* te doen, is immers een wezenlijk andere dan de bevoegdheid om een dienstverband voor onbepaalde tijd tegen een vast salaris aan te gaan. Voor zover de Oud-bestuurder de door hem gestelde bevoegdheid van de heer Z om namens NMBV de arbeidsovereenkomst aan te gaan, baseert op de eerste volmacht, geldt dat het aan

de Oud-bestuurder met de arbeidsovereenkomst (die voor onbepaalde tijd is aangegaan) toegekende jaarsalaris van € 5.820.000 bruto, al ruim boven de grens van maximaal € 1 miljoen ligt, nog daargelaten dat aan hem in de arbeidsovereenkomst ook een *sign-on bonus* van (uiteindelijk) € 1.940.000 is toegekend. Ook uit de tweede volmacht kan niet worden afgeleid dat het bestuur aan de heer Z de bevoegdheid heeft toegekend om namens NMBV de arbeidsovereenkomst met de Oud-bestuurder aan te gaan. Het vaststellen van de beloning van de bestuurders (en dus ook het aangaan van een arbeidsovereenkomst met de Oud-bestuurder) is, ook volgens de *Shareholders Agreement*, een bevoegdheid van het bestuur. Dat het bestuur deze bevoegdheid heeft willen delegeren aan de heer Z, blijkt niet uit de tekst van de tweede volmacht en is overigens ook niet gebleken. De Oud-bestuurder heeft onvoldoende concreet gesteld dat ook de heer X en Y beoogden met de volmachten de (aan het voltallige bestuur toegekende) bevoegdheid om de remuneratie van de bestuurders van NMBV vast te stellen, en – in het verlengde daarvan – met hen arbeidsovereenkomsten aan te gaan, uit handen te geven. Dit alles brengt de rechtbank tot de conclusie dat de heer Z niet bevoegd was om namens NMBV de arbeidsovereenkomst met de Oud-bestuurder aan te gaan. Tussen NMBV en de Oud-bestuurder is dan ook geen arbeidsovereenkomst tot stand gekomen. Dit betekent dat alle tegen NMBV gerichte verzoeken van de Oud-bestuurder, die zijn gebaseerd op het bestaan van een zodanige arbeidsovereenkomst, worden afgewezen. Ook de vordering van loon, met nevenvorderingen, jegens NIH wordt afgewezen nu de arbeidsovereenkomst tussen NIH en de Oud-bestuurder per 31 maart 2018 is geëindigd.

De tegenverzoeken van NMBV

Zoals hiervoor is overwogen is geen arbeidsovereenkomst tussen NMBV en de Oud-bestuurder tot stand gekomen. Dit betekent dat de betalingen die op basis van deze veronderstelde arbeidsovereenkomst aan de Oud-bestuurder zijn verricht, onverschuldigd waren. Nu vaststaat dat het totaalbedrag zonder rechtsgrond is betaald, zal de Oud-bestuurder worden veroordeeld deze bedragen aan NMBV te betalen. Voor wat betreft het beroep van de Oud-bestuurder op een vergoeding van de waarde van de door hem verrichte arbeid, geldt dat onvoldoende vast is komen te staan dat de Oud-bestuurder daadwerkelijk op geld waardeerbare arbeid heeft verricht ten behoeve van NMBV. Voor wat betreft het verweer dat de Oud-bestuurder hoe dan ook recht had op een beloning voor synergievoordelen die hij zelf mocht vaststellen geldt het volgende. Het feit dat de Oud-bestuurder een volmacht had om *incentive commitments and payments* vast te stellen en uit te voeren, betekent niet dat de Oud-bestuurder op basis daarvan een vordering kan construeren op NMBV, die maakt dat een vordering tot terugbetaling uit hoofde van onverschuldigde betaling moet worden afgewezen. Zo dit verweer al als een verrekeningsverweer moet worden beschouwd, had het op de weg van de Oud-bestuurder gelegen nader te onderbouwen tot welke specifieke beloning de Oud-

bestuurder, op basis van de volmacht, recht had in verband met welke gerealiseerde synergievoordelen, hetgeen de Oud-bestuurder heeft nagelaten. Het beroep van de Oud-bestuurder op artikel 6:248 BW wordt eveneens verworpen. Het voorgaande betekent dat het tegenverzoek van NMBV tot betaling van € 4.978.780,12 wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 20-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:2559

Zaaknummer: C/13/668604 / HA RK 19/225

Rechters: E.J. van der Molen, S.P. Pompe en M.L.S. Kalff

Advocaten: L.B. de Graaf, R.C. de Mol, M.H.J. van Rest, H.B. de Hek, E.R. Meerdink, S.F. Sagel, J.T. van der Kroon en R. van Haeringen

Wetsartikelen: 7:671 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg

De Hoge Raad oordeelt dat zolang sprake is van een betalingsachterstand, de in artikel 23 lid 3 Wet Bpf bedoelde bestuurdersaansprakelijkheid ook kan berusten op kennelijk onbehoorlijk bestuur dat heeft plaatsgevonden ná de mededeling van betalingsonmacht. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

Feiten

Een bestuurder ('de Bestuurder') is tot 18 november 2010 (middellijk) bestuurder geweest van een bv ('de BV'). De BV viel onder de werkingssfeer van het Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg ('het Bedrijfstakpensioenfonds'). PVF Achmea was belast met de incasso van de verschuldigde premies. In een brief van 4 december 2009 heeft de Bestuurder namens de BV aan PVF Achmea gemeld dat de BV wegens verslechterende marktomstandigheden niet in staat was de aan het Bedrijfstakpensioenfonds per 1 december 2009 verschuldigde premies te betalen. Daarin meldde de Bestuurder tevens dat de BV kostenreducerende maatregelen had genomen en deed hij een voorstel voor een betalingsregeling. De BV is op 19 juli 2011 failliet verklaard.

In dit geding vordert het Bedrijfstakpensioenfonds betaling door de Bestuurder van onbetaald gebleven premies over de jaren 2008 tot en met 2010 ter hoogte van € 75.665,88. Het Bedrijfstakpensioenfonds heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat de Bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor de door de BV verschuldigde bijdragen aan het Bedrijfstakpensioenfonds. Zowel de rechtbank als het hof heeft de Bestuurder aansprakelijk gehouden voor de premiebetaling.

De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vernietigd (zie OR 2017-0291) en de zaak verwezen naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch. Het ging toen nog om de vraag of de indirect bestuurder ondanks de rechtsgeldige melding van betalingsonmacht niettemin zodanig jegens het Bedrijfstakpensioenfonds heeft gehandeld dat aannemelijk is dat het niet betalen van de

pensioenpremies het gevolg is van aan de Bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 23 lid 3 Bpf). Het hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord (zie OR 2019-0113). Bestuurder is in 2010 betrokken geweest bij de verkoop van de BV (voor € 400) aan een katvanger, terwijl het op dat moment een lege vennootschap met in ieder geval een belastingsschuld en pensioenschuld was. Het hof heeft de conclusie gerechtvaardigd geacht dat de aandelentransactie erop gericht was een verder lege schuldenvennootschap buiten het bereik van schuldeisers naar het buitenland te verplaatsen. Dat daarmee de betaling van de verschuldigde pensioenpremies illusoir werd, heeft de Bestuurder kennelijk op de koop toe genomen, aldus het hof. Onder meer op grond van het voorgaande heeft het hof de niet-betaling van de pensioenpremies het gevolg geacht van aan de Bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. De Bestuurder heeft (wederom) beroep in cassatie ingesteld.

Standpunt bestuurder in cassatie

De Bestuurder stelt zich in cassatie op het standpunt dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door (in r.o. 5.7) te overwegen dat de gedragingen van de Bestuurder niet slechts worden getoetst over de periode voorafgaand aan de mededeling van betalingsonmacht als genoemd in artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000, maar – gelet op het eerdere oordeel van de Hoge Raad in deze zaak, inhoudende ‘(...) zolang nog sprake is van een betalingsachterstand tenzij (...)’ – ook over de periode na de mededeling, en door (in r.o. 5.9) omstandigheden van na de mededeling van betalingsonmacht te noemen en op basis van deze omstandigheden (in r.o. 5.10) te oordelen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het onderdeel betoogt dat het hof aldus heeft miskend dat zowel de tekst als de wetsgeschiedenis van artikel 23 Wet Bpf 2000 duidelijk maakt dat de aansprakelijkheid uit dien hoofde slechts kan worden gebaseerd op kennelijk onbehoorlijk bestuur in de referteperiode van drie jaar, voorafgaande aan de mededeling van betalingsonmacht.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De Hoge Raad heeft in r.o. 5.3 van zijn eerdere uitspraak (OR 2017-0291) geoordeeld dat indien een mededeling van betalingsonmacht op de voet van artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 is gedaan, een zodanige mededeling niet opnieuw behoeft te worden gedaan zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij het Bedrijfstakpensioenfonds de betalingsplichtige na ontvangst van een betaling schriftelijk laat weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Dit oordeel berust – blijkens de verwijzing in die uitspraak naar HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6635 – op het ervaringsfeit dat betalingsonmacht veelal niet beperkt blijft tot een enkel tijdvak en dat nieuwe mededelingen weinig toevoegen aan de kennis die het Bedrijfstakpensioenfonds ontleent aan de eerdere mededeling, alsmede op de ernstige bewijsrechtelijke en financiële

gevolgen die voor een bestuurder zijn verbonden aan het feit dat een tijdige en correcte mededeling haar werking verliest. Met het voorgaande strookt het te aanvaarden dat in een geval waarin een mededeling van betalingsonmacht is gedaan en de betalingsachterstand voortduurt – zodat de rechtspersoon aan zijn mededelingsplicht ingevolge artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 heeft voldaan, zonder dat daartoe voor ieder volgend tijdvak wederom mededeling van betalingsonmacht behoeft te worden gedaan – de in artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000 bedoelde aansprakelijkheid van een bestuurder ook kan berusten op aan de Bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur, dat heeft plaatsgevonden na het tijdstip van de mededeling. In zodanig geval wordt de in artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000 genoemde periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling, berekend naar het moment waarop een mededeling van betalingsonmacht voor een specifieke bijdrage uiterlijk zou hebben moeten plaatsvinden als de eerdere mededeling van betalingsonmacht niet was gedaan. De klacht stuit af op het voorgaande. In lijn met de conclusie van A-G Assink verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 21-05-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:754

Zaaknummer: 19/05444

Rechters: G. de Groot, C.A. Streefkerk, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: G.J. Harryvan en A.H.M. van den Steenhoven

Wetsartikelen: 23 Wet Bpf

RECHTSPRAAK

Werknemer/Vereffenaar ontbonden bv

Een vordering tegen de vereffenaar van een ontbonden besloten vennootschap wordt afgewezen aangezien gesteld noch gebleken is dat de vereffenaar onrechtmatig heeft gehandeld of anderszins aansprakelijk zou zijn voor een schuld die in haar dochteronderneming is achtergebleven.

Een (voormalig) werknemer van een ontbonden bv vordert in kort geding veroordeling van (de directeur van) haar vereffenaar, tevens moedervernootschap, tot betaling van (achterstallig) loon. De kantonrechter overweegt dat niet is gebleken dat de vereffenaar onrechtmatig heeft gehandeld of anderszins aansprakelijk zou zijn voor een schuld die in haar inmiddels ontbonden dochtervennootschap is achtergebleven. De kantonrechter wijst de vordering af.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 19-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:3396

Zaaknummer: 9093105 CV EXPL 21-1477

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: R.G.P. Voragen

Wetsartikelen: 2:19 BW en 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid wegens mogelijk onverschuldigde betaling

De rechtbank wijst de vordering van een schuldeiser tegen een bestuurder van een bv af, omdat niet is komen vast te staan dat de bestuurder ten tijde van de verweten gedragingen wist of behoorde te weten dat de door de bv ontvangen betaling onverschuldigd was.

De feiten

P.M.T. Cargo Security B.V. ('PMT') verleent diensten op het gebied van luchtvaartbeveiliging.

In 2015 zocht PMT externe financiering. In dat kader heeft zij een kredietovereenkomst gesloten met een kredietgever, die € 240.000 heeft geleend aan PMT. De kredietgever wordt hierna in lijn met de geanonimiseerde uitspraak aangeduid als 'het Bedrijf'.

Tot zekerheid van al hetgeen het Bedrijf te vorderen heeft of zou krijgen uit hoofde van de kredietovereenkomst, of uit andere hoofde, is ten gunste van het Bedrijf een pandrecht gevestigd op de vorderingen van PMT op haar debiteuren.

Als onderdeel van de financiering is tevens een detacheringsovereenkomst tot stand gekomen tussen PMT en Gedaagde sub 2 ('Management BV'), waarbij Management BV haar bestuurder en enig aandeelhouder Gedaagde sub 1 ('de Bestuurder') als financieel manager heeft gedetacheerd bij PMT.

De Bestuurder is tevens bestuurder en aandeelhouder van het Bedrijf.

Het Bedrijf heeft de voor de financiering van PMT benodigde gelden verkregen door zelf geld te lenen van vier geldschietters, waarvan Management BV er één is. Het Bedrijf heeft zich verplicht om alle betalingen die zij ontvangt van PMT uit hoofde van de kredietovereenkomst (rente en aflossingen) een-op-een door te storten aan de geldschietters. Het Bedrijf fungeert daarom in feite als 'doorgeefluik' voor de financiering van PMT.

In mei 2017 is er discussie ontstaan tussen PMT en Management BV over de rechtsgeldigheid

van de ontbinding van de detacheringsovereenkomst door PMT en de betalingsverplichtingen uit dien hoofde.

In juli 2017 heeft Management BV haar vorderingen uit hoofde van de detacheringsovereenkomst gecedeerd aan het Bedrijf. Het Bedrijf heeft in september 2017 mededeling gedaan van de cessie aan PMT en haar gesommeerd over te gaan tot betaling van de (gecedeerde) opeisbare vorderingen. Omdat PMT geen gevolg heeft gegeven aan de sommatie, heeft het Bedrijf in november 2017 mededeling gedaan van haar pandrecht aan acht debiteuren van PMT.

PMT heeft daarop het Bedrijf gedagvaard in kort geding om een rectificatie aan de debiteuren af te dwingen en het Bedrijf te verbieden nieuwe mededelingen over het pandrecht te doen aan haar debiteuren. Door de voorzieningenrechter is in december 2017 geoordeeld dat voorshands aannemelijk is dat het Bedrijf een door pandrecht gesecureerde vordering heeft op PMT, dat PMT in verzuim is met de nakoming van de betalingsverplichtingen en dat de mededeling van het pandrecht door PMT niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid en er evenmin sprake is van misbruik van bevoegdheid.

PMT heeft vervolgens onder protest de volledige vordering van het Bedrijf voldaan.

In juli 2019 is het Bedrijf bij gebrek aan baten ontbonden.

Het geschil

PMT stelt zich op het standpunt dat een gedeelte van het bedrag dat zij aan het Bedrijf heeft voldaan, onverschuldigd is betaald. PMT start daarom een procedure tegen de Bestuurder en Management BV en vordert hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het bedrag dat PMT zonder rechtsgrond heeft voldaan aan het Bedrijf.

De vorderingen jegens de Bestuurder zijn gestoeld op bestuurdersaansprakelijkheid (art. 6:162 BW). PMT stelt dat de Bestuurder als bestuurder van het Bedrijf heeft bewerkstelligd dat PMT een bedrag heeft voldaan, terwijl hij wist of behoorde te weten dat het Bedrijf op grond van de kredietovereenkomst en/of de detacheringsovereenkomst geen recht had om dit bedrag te ontvangen. De betaling aan het Bedrijf is afgedwongen onder druk van het doen van mededeling van de verpanding aan alle debiteuren van PMT. Die mededeling zou volgens PMT een onnodige deconfiture van PMT hebben uitgelokt, hetgeen de Bestuurder vanwege zijn betrokkenheid bij PMT (detachering) wist. PMT verwijt de Bestuurder dat hij als bestuurder van het Bedrijf het volledig van PMT geïncasseerde bedrag heeft doorgestort naar de geldschieters zonder een voorziening te treffen, terwijl hij op dat moment ernstig rekening moest houden met de mogelijkheid dat een deel van het ontvangen bedrag zonder rechtsgrond

was ontvangen.

De Bestuurder voert verweer. Hij is van mening dat het Bedrijf geen contractuele of wettelijke verplichting heeft tot (terug)betaling van het bedrag aan PMT. Hij verwijst daarbij naar het vonnis van de voorzieningenrechter, waarin werd geoordeeld dat het Bedrijf bevoegd was tot het doen van mededeling van het pandrecht aan de debiteuren. De Bestuurder voert verder aan dat het Bedrijf haar doorbetalingsverplichting jegens de geldschietters aanvankelijk deels had opgeschort in afwachting van een mogelijke bodemprocedure van PMT. Na daartoe door een van de geldschietters in rechte te zijn betrokken, heeft het Bedrijf alle ingehouden bedragen alsnog in gelijke delen doorbetaald aan de geldschietters. Management BV heeft (als geldschietster) volgens de Bestuurder geen uitkering ontvangen.

Het oordeel

De rechtbank oordeelt dat niet is komen vast te staan dat de Bestuurder wist of moest weten dat de betaling van PMT aan het Bedrijf onverschuldigd was. Niet is komen vast te staan dat de Bestuurder het bedrag namens het Bedrijf heeft opgeëist, in de wetenschap dat de vordering onterecht was en in een gerechtelijke procedure geen stand zou houden. Alhoewel het vonnis van de voorzieningenrechter slechts een voorlopig oordeel betrof, mocht de Bestuurder daaruit volgens de rechtbank afleiden dat de door het Bedrijf gevraagde betaling niet evident ongegrond was. Onder die omstandigheden kan de Bestuurder geen ernstig verwijt worden gemaakt van de uitkering van het door het Bedrijf ontvangen bedrag aan de geldschietters, zonder een voorziening te treffen. Dat de Bestuurder zich ervan bewust was dat een kans bestond dat de gelden terugbetaald moesten worden aan PMT, maakt volgens de rechtbank op zichzelf niet dat het Bedrijf een voorziening moest treffen dan wel geen betalingen aan derden meer mocht doen, ook niet als dat zou betekenen dat aan PMT dan niet meer voldaan zou kunnen worden. De rechtbank overweegt (ten overvloede) dat het oordeel over de aanwezigheid van een ernstig verwijt mogelijk anders zou uitvallen als komt vast te staan dat de Bestuurder wist dat PMT een vordering had op het Bedrijf, die na de doorbetalingen niet meer zou kunnen worden voldaan en hij ten aanzien van die doorbetalingen had samengespannen met een schuldeiser of daarbij een persoonlijk belang had gehad. Daarvoor heeft PMT echter onvoldoende gesteld, naar het oordeel van de rechtbank.

De vorderingen van PMT jegens de Bestuurder worden afgewezen.

De rechtbank wijst ook de overige vorderingen van PMT af en veroordeelt PMT in de proceskosten.

M.C.J. Peeters, mei 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 17-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:3213

Zaaknummer: C/10/582442/HA ZA 19-867

Rechters: P. Volker

Advocaten: W.E. van Engelenhoven en V.P. Melens

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ontslag statutair bestuurder in kort geding niet geschorst

Een ontslagen statutair bestuurder vordert in kort geding schorsing van het ontslagbesluit. De voorzieningenrechter wijst de vordering af wegens het ontbreken van een spoedeisend belang bij de eiser, gelet op de financiële omstandigheden, en de onwaarschijnlijkheid dat de bodemrechter het ontslagbesluit zal aantasten.

Gedaagde 1 BV ('Gedaagde 1') drijft een café brasserie in Maastricht ('het Café'). Enig aandeelhouder van Gedaagde 1 is Gedaagde 2 BV ('Gedaagde 2') en enig aandeelhouder van Gedaagde 2 is Gedaagde 3. Gedaagde 2 en de eiser ('Eiser') waren de enige bestuurders van Gedaagde 1 gedurende de periode 8 februari 2019 tot 12 november 2020. Het Café is geopend op 1 juli 2020 en vanaf dat moment heeft Eiser fulltime werkzaamheden verricht in het Café. Eiser heeft niet geïnvesteerd in het Café. Gedaagde 2 en/of Gedaagde 3 wel.

Op 12 oktober 2020 heeft een bespreking plaatsgevonden waarin is geconstateerd dat Eiser en Gedaagde 3 op zakelijk vlak teveel verschillen en is besloten dat er een einde komt aan de samenwerking in het Café. De intentie is uitgesproken om met Eiser een goede regeling te treffen, waarbij de wetgeving betreffende een werkgever-werknemerverhouding de leidraad zal vormen. Op 12 november 2020 heeft een aandeelhoudersvergadering van Gedaagde 1 plaatsgevonden, waarin het voorgenomen ontslag van Eiser als bestuurder op de agenda stond. Eiser was uitgenodigd voor deze vergadering maar is niet verschenen. Wel heeft Eiser een schriftelijke visie op het voorgenomen besluit ingediend. Eiser is in de aandeelhoudersvergadering ontslagen.

Eiser vordert in kort geding kort samengevat schorsing van het besluit tot ontslag van Eiser, schorsing van Eiser als bestuurder van Gedaagde 1, Gedaagden 1 tot en met 3 te verbieden uitvoering te geven aan het ontslagbesluit van 12 november 2020 en (her)inschrijving van Eiser als bestuurder van Gedaagde 1 in het handelsregister. Eiser legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat zijn ontslag als bestuurder onrechtmatig is geweest, omdat hij zijn bestuurstaak goed heeft uitgevoerd en niet op de hoogte is gebracht van de concrete gronden die een voldoende rechtvaardiging vormen voor zijn ontslag.

De voorzieningenrechter oordeelt dat een kort geding onder meer bedoeld is om een ordemaatregel te treffen om wanorde te voorkomen of op te lossen, of om een tijdelijke voorziening te geven die inhoudelijk vooruitloopt en gelijk is aan een mogelijk bodemvonnis. Een partij die een dergelijke voorziening vraagt, moet daarbij een spoedeisend belang hebben. Een spoedeisend belang kan zijn gelegen in de financiële omstandigheden van een partij. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de vorderingen van Eiser op deze grond niet kunnen worden toegewezen, omdat een spoedeisend belang ontbreekt. Het is volgens de voorzieningenrechter namelijk onvoldoende duidelijk waar het inkomen van Eiser over de periode van 1 juli tot november 2020 vandaan kwam. Dit kan een arbeidsovereenkomst met Gedaagde 1 zijn, maar ook een managementovereenkomst. Als gevolg daarvan kan bij gebrek aan voldoende vaststaande feiten niet worden geoordeeld dat een toewijzing van (enig onderdeel van) het gevorderde een positieve invloed zou hebben op de financiële positie van Eiser.

De voorzieningenrechter oordeelt verder dat de verhoudingen tussen de beide bestuurders van Gedaagde 1 duurzaam lijken te zijn ontwricht. Vooralsnog moet ervan worden uitgegaan dat de bodemrechter te zijner tijd Eiser niet als bestuurder van Gedaagde 1 zal laten terugkeren, nu hij noch geld of goederen heeft ingebracht, noch aandelen houdt in Gedaagde 1, terwijl Gedaagde 2 100%-aandeelhouder is van Gedaagde 1. Indien het ontslag van Eiser niet volgens de regels is gegaan, zal Eiser daarvoor schadeloos moeten worden gesteld. Dit vereist echter nader onderzoek, waarvoor in kort geding geen tijd is. Er bestaat volgens de voorzieningenrechter dan ook geen onverwijlde spoed om het ontslag van Eiser te schorsen. De vorderingen van Eiser worden afgewezen.

M.M.H.A. Leurs, mei 2021

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 04-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:2089

Zaaknummer: C/03/285400/kg za 20-481

Rechters: J.R. Sijmonsma

Advocaten: K.A.M.J. Horsch en S.H. Boogaard-Spreksel

Wetsartikelen: 2:244 BW en 254 Rv

RECHTSPRAAK

Maastrichtse Autobus Combinatie

De rechtbank houdt de enig bestuurder van de Maastrichtse Autobus Combinatie (MAC) aansprakelijk voor het boedeltekort van MAC op grond van artikel 2:248 BW, omdat de jaarrekeningen niet tijdig zijn gepubliceerd. Op grond van lid 2 staat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling daarmee vast en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder heeft geen tegenbewijs geleverd. Ook de enig aandeelhouder van MAC, de echtgenote van de bestuurder, wordt aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort. Op grond van de statuten moest de aandeelhouder transacties van meer dan € 15.000 goedkeuren. Dergelijke transacties kwamen feitelijk ook voor en werden dan ter goedkeuring voorgelegd aan de aandeelhouder. Naar het oordeel van de rechtbank kwalificeert de aandeelhouder daarmee als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.

De Maastrichtse Autobus Combinatie B.V. ('MAC') is in september 2006 in staat van faillissement verklaard. De bedrijfsactiviteiten van MAC bestonden uit taxi- en rouwvervoer en andere vervoersbemiddelingsactiviteiten. De curator stelt de bestuurder van MAC aansprakelijk voor het boedeltekort van meer dan € 300.000. Ook stelt hij de aandeelhouder (echtgenote van de bestuurder) aansprakelijk als feitelijk beleidsbepaler.

De curator heeft ter onderbouwing van de vorderingen jegens de statutair bestuurder primair gesteld dat hij zijn taak als bestuurder van MAC in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW onbehoorlijk heeft vervuld en dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van MAC is. De curator stelt dat de boekhoudplicht is geschonden, onder meer omdat de financiële administratie en jaarrekeningen niet op elkaar aansluiten en omdat rittenstaten ontbreken zodat niet kan worden beoordeeld of alle (contante) omzet in de boekhouding is verantwoord. Ook zijn de jaarrekeningen te laat gedeponereerd. Tot slot stelt de

curator dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, vanwege een viertal dubieuze transacties.

Omdat in de statuten van MAC is bepaald dat de aandeelhouder transacties van boven de € 15.000 dient te accorderen, had zij grote invloed binnen MAC en kwalificeert zij naar de mening van de curator als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. De aandeelhouder was ook op de hoogte van de financiële situatie en was betrokken bij twee van de vier dubieuze transacties.

De bestuurder en aandeelhouder verweren zich door te stellen dat de administratie wel op orde was. Ook menen zij dat de jaarstukken niet op tijd hoefden te worden opgesteld omdat het gaat om een kleine vennootschap. Tot slot voeren zij ook ten aanzien van de vier (vermeend) dubieuze transacties verweer.

De rechtbank overweegt dat niet voldaan is aan de verplichting om de jaarrekeningen tijdig te deponeren. Daarmee staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Ook wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit vermoeden is weerlegbaar, maar door de bestuurder zijn geen andere feiten of omstandigheden aangevoerd die hebben te gelden als belangrijke oorzaak van het faillissement. De bestuurder is daarom aansprakelijk voor het boedeltekort.

De aandeelhouder diende namelijk transacties boven € 15.000 goed te keuren. Dergelijke transacties konden dus alleen doorgang vinden met goedkeuring van de aandeelhouder. Feitelijk vonden transacties van meer dan € 15.000 ook plaats en verleende de aandeelhouder hiervoor haar goedkeuring. Dit is voor de rechtbank voldoende om de aandeelhouder te kwalificeren als feitelijk beleidsbepaler. Ook zij wordt dus aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort.

J. van den Dolder, mei 2021

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 28-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:3797

Zaaknummer: C/03/267824 / HA ZA 19-428

Rechters: K.J.H. Hoofs

Advocaten: Ph.W. Schreurs

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Geen onrechtmatige selectieve betaling

Betaling aan gelieerde partij was niet in het zicht van staking van activiteiten en daarmee niet onrechtmatig.

In deze procedure vorderen Pronto Wonen Nederland B.V. en Mondial Keukens Benelux B.V. van Candid Group B.V., haar bestuurder en middellijk bestuurder een bedrag van € 332.100,50. Een failliete dochteronderneming van Candid – Smartbirds B.V. – was veroordeeld dit bedrag aan Pronto en Mondial te voldoen wegens door haar te veel betaalde bedragen voor ten behoeve van haar uitgevoerde mediacampagnes. Smartbirds is gefailleerd en biedt geen verhaal. Pronto en Mondial zijn van mening dat gedaagden voor het bedrag moeten opdraaien, omdat zij Smartbirds in 2017 en/of 2018 zouden hebben leeggehaald, althans in hun hoedanigheid van (middellijk) bestuurder geen voorziening hadden getroffen voor de vordering van Pronto en Mondial. Pronto en Mondial verwijten gedaagden concreet dat zij een door Pronto en Mondial gedane betaling van € 251.926,80 hebben aangewend om een andere dochtervennootschap van Candid te betalen. Die betaling zou onrechtmatig selectief geweest zijn.

De rechtbank wijst de vorderingen af. De rechtbank overweegt dat Pronto en Mondial – gezien het verweer van gedaagden – niet voldoende hebben onderbouwd op welk moment gedaagden en/of Smartbirds zouden hebben besloten de werkzaamheden van Smartbirds te beëindigen. Pronto en Mondial hebben volgens de rechtbank niet kunnen aantonen dat de doorbetaling van het door hun betaalde bedrag geschiedde in het zicht van de staking van activiteiten van Smartbirds. De rechtbank heeft in haar oordeel meegenomen dat uit de feiten en omstandigheden zoals door partijen naar voren gebracht, naar voren komt dat na de doorbetaling van het bedrag sprake was een voortzetting van de activiteiten van Smartbirds. De staking van de activiteiten volgde pas na het veroordelende vonnis. Met een dergelijk vonnis hoefden gedaagden op het moment van de doorbetaling – ruim een half jaar voor het vonnis – geen rekening te houden, nu de vordering van Pronto en Mondial op dat moment allerminst vaststond en door Smartbirds van meet af aan werd betwist. De rechtbank is kortom niet van oordeel dat sprake is van onrechtmatige selectieve betaling. Het stond Smartbirds vrij te betalen aan een gelieerde vennootschap. Van een situatie als bedoeld in het *Coral/Stalt*

-arrest (HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669) of het arrest van de Hoge Raad van 12 april 2019 (HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576) was geen sprake.

W.T.N. Vlasveld, mei 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 31-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:1889

Zaaknummer: C/13/675021 / HA ZA 19-1182

Rechters: N.C.H. Blankevoort

Advocaten: H.H.T. Beukers en J. Bedaux

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid na bindend advies gevolgd door faillissement

Nadat de wederpartij een aannemingsovereenkomst heeft ontbonden, schakelen partijen een bindend adviseur in en moet een deel van de aanneemsom worden terugbetaald. De vennootschap failleert en de wederpartij spreekt de bestuurder aan. Bestuurdersaansprakelijkheid wordt echter afgewezen.

D is indirect bestuurder van Bedrijf F. Bedrijf F is een bouw- en aannemingsbedrijf. Op 30 augustus 2019 heeft Bedrijf F een aannemingsovereenkomst voor de bouw/verbouwing van een woonhuis gesloten met A. De aanneemsom bedroeg € 650.000.

A heeft eind januari 2019 de betaling van de facturen van Bedrijf F opgeschort. Vervolgens hebben partijen overleg gevoerd over de kwaliteit van het uitgevoerde werk, waarna de bouw op initiatief van A is stilgelegd. Daarna heeft de advocaat van A aan Bedrijf F geschreven de aannemingsovereenkomst buitengerechtelijk te ontbinden. Bedrijf F heeft het schrijven van A opgevat als een opzegging.

Na nieuw overleg tussen partijen hebben partijen besloten een bindend adviseur in te schakelen om te beoordelen in hoeverre de uitgevoerde werkzaamheden voldoen aan de aannemingsovereenkomst. In juni 2019 heeft de bindend adviseur een advies uitgebracht. Conclusie: Bedrijf F moest A een gedeelte van de reeds betaalde aanneemsom terugbetalen. Bedrijf F is niet overgegaan tot betaling en in juli 2019, op eigen aangifte, in staat van faillissement verklaard.

A stelt dat Bestuurder D aansprakelijk is voor zijn schade als gevolg van het onbetaald blijven van zijn vordering op Bedrijf F. Volgens A heeft D als indirect bestuurder van Bedrijf F onrechtmatig jegens hem gehandeld door met hem de aannemingsovereenkomst en vervolgens een bindendadviesprocedure aan te gaan, terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat Bedrijf F de daaruit voortvloeiende verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de geleden schade. Voorts voert A aan dat Bestuurder D wist of

redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde handelwijze van Bedrijf F tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Dit handelen of nalaten is zodanig onzorgvuldig dat Bestuurder D daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Bestuurder D voert verweer. Hij betwist dat Bedrijf F is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen jegens A, nu A de aannemingsovereenkomst eenzijdig heeft opgezegd en Bedrijf F niet in de gelegenheid heeft gesteld om het werk af te maken. Voorts betwist Bestuurder D dat hem een persoonlijke ernstig verwijt treft, evenals dat A schade heeft geleden.

De rechtbank wijst de vorderingen af. Ten aanzien van de stelling van A dat de financiële situatie van Bedrijf F bij het aangaan van de aannemingsovereenkomst waarschijnlijk al zodanig slecht was dat de vennootschap al bijna failliet was, is de rechtbank snel klaar. A heeft die stelling onvoldoende toegelicht. Ook uit de stellingen over de kwaliteit van het uitgevoerde werk en de wijze van declareren kan op zichzelf niet worden afgeleid dat Bedrijf F niet in staat was A (terug) te betalen ingeval van een eventuele vordering. De vereiste wetenschap is derhalve niet aanwezig.

Met betrekking tot eventuele schending van de Beklamel-norm overweegt de rechtbank dat causaal verband moet bestaan tussen de schending van die norm en de door de wederpartij van de rechtspersoon geleden schade. Daarvan is alleen sprake wanneer de wederpartij ten gevolge van het door de bestuurder wekken of in stand houden van een schijn van kredietwaardigheid een overeenkomst is aangegaan en/of (op grond van die overeenkomst) een prestatie heeft geleverd, terwijl dat achterwege zou zijn gebleven wanneer de schijn van kredietwaardigheid niet zou zijn gewekt. De rechtbank concludeert dat ook hier geen sprake van is, nu het bindend advies A niet in een nadeligere positie heeft gebracht.

Verder heeft A zijn stelling dat sprake was van betalingsonwil niet althans onvoldoende met feiten en omstandigheden onderbouwd. Datzelfde geldt voor de stelling van A dat Bestuurder D activa van Bedrijf F heeft overgebracht naar een andere onderneming.

De conclusie is dat niet is komen vast te staan dat Bestuurder D aansprakelijk kan worden gehouden voor het onbetaald blijven van de vorderingen van A op Bedrijf F.

S.W.M. Kessels & J.E. van Nuland, mei 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:3853

Zaaknummer: C/10/579959 / HA ZA 19-741

Rechters: P. Volker

Advocaten: M. Hoogesteger en M.W. Huijzer

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Verkoop in beslag genomen aandelen

Op verzoek van een beslaglegger op aandelen stelt de rechtbank de wijze van verkoop van deze aandelen vast en beveelt de rechtbank de beslagene volledige medewerking aan executoriale verkoop te verlenen.

McCourt Global Sports & Media LLC ('McCourt') en een Nederlandse B.V. ('Belanghebbende') twisten over de totstandkoming van een koopovereenkomst van aandelen en een in verband daarmee gesloten 'Letter of Intent'. Belanghebbende wordt op verzoek van McCourt door de Netherlands Commercial Court veroordeeld € 30 miljoen aan McCourt te betalen. Belanghebbende voldoet niet (vrijwillig) aan het vonnis. McCourt legt vervolgens executoriaal beslag op door belanghebbende gehouden aandelen in diverse vennootschappen ('de Vennootschappen').

Op verzoek van McCourt en in afwezigheid van belanghebbende stelt de rechtbank de wijze van en termijn voor verkoop vast, voor zover mogelijk met inachtneming van de statuten van de Vennootschappen (art. 474g lid 4 Rv). De rechtbank wijst bovendien diverse nevenverzoeken van McCourt richting belanghebbende en de Vennootschappen toe. Daaronder valt het op verzoek van de deurwaarder verlenen van medewerking aan een boekenonderzoek (*due diligence*) door potentiële kopers. Ook het verzoek – voor zover nodig – gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn voor de waardering, verkoop en overdracht van de beslagen aandelen is volgens de rechtbank op grond van artikel 843a Rv toewijsbaar.

B.J. Hermans, mei 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:1646

Zaaknummer: C/13/691069 / HA RK 20-287

Rechters: T.H. van Voorst Vader

Advocaten: A.F.J.A. Leijten

Wetsartikelen: 474g Rv en 843a Rv

RECHTSPRAAK

IAS c.s./Olympus

OK; enquête. De aandeelhouders van CreditAccess India N.V. (CAI), IAS c.s., stellen dat mede-aandeelhouder Olympus (via de Olympus-bestuurder) misbruik maakt van haar de facto vetorechten en zich niet laat leiden door het belang van de vennootschap. De OK oordeelt ten aanzien van het enquêteverzoek van IAS c.s. dat het handelen van Olympus niet leidt tot gegronde reden tot twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken, omdat een exitmogelijkheid een voorwaarde was voor toetreding als aandeelhouder. Olympus twijfelt aan het zelfstandig functioneren van het bestuur van CAI. De OK oordeelt dat het tegenverzoek van Olympus berust op ongefundeerde veronderstellingen en speculaties. De OK wijst zowel het verzoek van IAS c.s. als het tegenverzoek van Olympus af.

CreditAccess India N.V. ('CAI') is een holdingvennootschap die belangen houdt in Indiase ondernemingen die zich bezighouden met het verstrekken van eenvoudige werkkapitaalleningen en gerelateerde financiële diensten. Olympus is de grootste aandeelhouder van CAI. CAI en Olympus hebben bij de toetreding van Olympus als aandeelhouder de afspraak vastgelegd in de statuten en *Governance Policy* dat op een vastgesteld moment een (gedeeltelijke) beursgang zou plaatsvinden en dat (anders) op een andere wijze een exit voor Olympus mogelijk is. In de *Governance Policy* en de statuten is ook bepaald dat unanieme instemming is benodigd van bestuurders respectievelijk aandeelhouders in het geval van een besluit tot aanpassing van de *Governance Policy*.

Op één na alle bestuurders menen dat het moment van de beursgang dient te worden uitgesteld vanwege de coronapandemie en bedrijfsspecifieke omstandigheden. Hiertoe is een aantal keer gepoogd de *Governance Policy* aan te passen, maar de op voordracht van Olympus benoemde bestuurder ('de Olympus-bestuurder') blokkeert telkens de besluitvorming. De Olympus-bestuurder stelt aan instemming onder andere de voorwaarde dat CAI aan Olympus

een onmiddellijke en volledige exitmogelijkheid biedt in de vorm van een ruil van haar aandelen in CAI tegen aandelen in een dochtervennootschap.

IAS c.s. (en CAI en Quinto c.s.) dienen een enquêteverzoek in naar het beleid en de gang van zaken van CAI en verzoeken de OK onmiddellijke voorzieningen te treffen om de unanimiteitseisen opzij te zetten. Hiertoe voeren zij aan dat Olympus op onredelijke gronden en in strijd met artikel 2:8 en 3:13 BW misbruik maakt van haar *de facto* vetorechten uit hoofde van de *Governance Policy*. Olympus diende ook de belangen van andere stakeholders in aanmerking te nemen en niet slechts een eigen voordeel voor ogen te houden, waarbij de Olympus-bestuurder zich in strijd met artikel 2:129 lid 5 BW slechts liet leiden door het belang van Olympus en niet dat van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het is niet in het belang van de vennootschap en de aandeelhouders om de beursgang op het vastgestelde moment doorgang te laten vinden, omdat een onnodig risico bestaat op suboptimaal resultaat en het mislopen van *shareholders liquidity*. Aan het voorgestelde alternatief van Olympus – te weten de aandelenruil – kleven grote bezwaren, waaronder het frustreren van de missie van CAI.

Olympus betwist dat zij haar rechten misbruikt of in strijd met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW handelt, waarbij zij erop wijst dat zij een fondsbeheerder is en dient te handelen naar haar beleggingsbeleid, dat zij uit dien hoofde de (exit)afspraken heeft laten vastleggen bij statuten en *Governance Policy* bij haar toetreding als aandeelhouder, dat de aandelenruil een redelijk alternatief is en dat het geschil zich niet leent voor een enquêteprocedure. De Olympus-bestuurder betwist dat er gegronde redenen zijn te twijfelen aan een juist beleid ten aanzien van zijn handelen als bestuurder van CAI, waarbij hij naar voren brengt dat de stakeholders van CAI primair haar aandeelhouders zijn, dat de belangen van de vennootschap daarom zo goed als volledig parallel lopen aan die van haar aandeelhouders, dat de *Governance Policy* voorziet in deze situatie, dat toewijzing van de verzochte onmiddellijke voorzieningen oneigenlijk en onevenredig inbreuk zou maken op de contractuele rechten van Olympus en dat de tussen partijen geldende governance ten onrechte zou worden verstoord.

De OK oordeelt dat het feit dat Olympus zich als aandeelhouder vasthoudt aan de afspraken, onder de gegeven omstandigheden niet leidt tot gegronde reden tot twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van CAI. De OK overweegt dat de exit en de tijdstippen tussen partijen zijn overeengekomen en dat van meet af aan duidelijk was dat Olympus niet zou zijn toegetreden als aandeelhouder zonder een duidelijke exitmogelijkheid af te spreken. De OK overweegt voorts dat een aandeelhouder het recht heeft om voor zijn eigen belang op te komen en dat het niet goedkeuren van een bestuursbesluit tot uitstel van de beursgang geen misbruik van recht oplevert en niet onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en

billijkheid, gelet op haar positie als beleggingsinstelling. De OK oordeelt verder dat de Olympus-bestuurder de overige bestuurders en aandeelhouders niet onaanvaardbaar onder druk heeft gezet om tot een alternatieve exit voor Olympus te komen door het besluit niet aan de algemene vergadering voor te willen leggen, omdat hij – vanwege zijn achtergrond bij de moederverenootschap van Olympus – wist dat daar niet de vereiste goedkeuring zou worden verkregen. De OK overweegt daarbij dat het belang van CAI als holding nagenoeg parallel loopt met de belangen van haar aandeelhouders, dat de Olympus-bestuurder de vastgelegde belangen van Olympus respecteert en dat een andersluidend oordeel van medebestuurders over hoe het belang van Olympus het best is gediend, geen gegronde reden tot twijfel aan een juist beleid oplevert.

Olympus heeft aan haar tegenverzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van CAI en dat de toestand van de vennootschap nodig maakt dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. Hierover brengt Olympus naar voren dat zij twijfelt aan het zelfstandig functioneren van het bestuur en veronderstelt dat bestuursleden handelen met een tegenstrijdig belang, samenspannen en de belangen van minderheidsaandeelhouders veronachtzamen. CAI, IAS c.s. en de CEO van CAI voeren afzonderlijk gemotiveerd verweer en achten samengenomen dat de verwijten van Olympus onjuist en niet onderbouwd zijn.

De OK oordeelt dat het tegenverzoek van Olympus berust op ongefundeerde veronderstellingen en speculaties, wijst ook dit verzoek af en beslist dat het verzoek naar haar oordeel niet op redelijke grond is gedaan.

De OK wijst de verzoeken van IAS c.s. en Olympus af en veroordeelt hen beide als in het ongelijk gestelde partijen in de kosten van de procedure van hen die daarom hebben verzocht.

S.R.M.C. Vogelsang, mei 2021

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:1130

Zaaknummer: 200.290.843/01 OK

Rechters: A.J. Wolfs, C.C. Meijer, A.W.H. Vink, M.N. Hoogendoorn RA en V.G. Moolenaar

Advocaten: J.W. de Groot, L. Tolatzis, J.L. van der Schrieck, S.H.M.A. Dumoulin, A.A.H.J. Huizing, W. de Jong, P.J. van der Korst, F.B. Corpeleijn, M.H.C. Sinninghe Damsté, B. Kemp, P.L. Hezer, P.D. Olden, M.W.E. Evers, R.E.E. van Dekken, K.W. van der Graaf en D.H.D. Hannema

Wetsartikelen: 2:8 BW, 3:13 BW, 2:129 lid 5 BW en 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Vennootschap/bestuurders

Een moeder en zoon zijn bestuurders van een vennootschap. Nadat de OK in een voorafgaande enquêteprocedure heeft geoordeeld dat sprake is van wanbeleid waarvoor de bestuurders verantwoordelijk zijn, stelt de vennootschap de bestuurders aansprakelijk wegens onbehoorlijk bestuur. Volgens de rechtbank zijn de bestuurders hun informatieplicht niet nagekomen en hebben zij gehandeld in strijd met het statutaire doel van de vennootschap en de wettelijke bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen. Dat leidt tot het oordeel dat sprake is van onbehoorlijk bestuur, waarvan de bestuurders een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Gedaagde 2 ('Moeder') was getrouwd met X. Samen hebben zij vier kinderen, waaronder Gedaagde 1 ('Zoon'). X is overleden en zijn erven hebben het aandelenbelang van X in [bedrijfsnaam 1] B.V. verkocht en ondergebracht in eiseres ('de Vennootschap'). Moeder en Zoon zijn bestuurders van de Vennootschap. Het statutaire doel van de Vennootschap is het beleggen van vermogen. De Vennootschap heeft drie dochtervennootschappen, vennootschap 2, 3 en 4. Vennootschap 6 is de persoonlijke holding van de Zoon. Op verzoek van twee andere kinderen van X, die ieder 25% van de aandelen in de Vennootschap houden, heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van de Vennootschap. De OK heeft uiteindelijk vastgesteld dat sprake is van wanbeleid van de Vennootschap en dat vaststaat dat Moeder en Zoon daarvoor verantwoordelijk zijn.

De Vennootschap stelt de Moeder en de Zoon aansprakelijk wegens onbehoorlijk bestuur en vordert betaling van ruim € 1,5 miljoen.

Ter onderbouwing van haar vordering verwijst de Vennootschap naar de beschikking van de OK waarin is geoordeeld dat sprake is van wanbeleid. De rechtbank overweegt dat de door de OK vastgestelde feiten in een aansprakelijkheidsprocedure niet op voorhand vaststaan, zelfs niet behoudens tegenbewijs.

Volgens de rechtbank hebben de Moeder en de Zoon in strijd gehandeld met de wettelijke bepalingen die de Vennootschap beogen te beschermen. Op het moment dat de andere aandeelhouders van de Vennootschap om meer informatie en een formele aandeelhoudersvergadering verzochten, hadden de Moeder en de Zoon daaraan gehoor moeten geven. Door dit niet te doen, hebben zij niet aan de op hen rustende plichten voldaan, aldus de rechtbank.

Door de Vennootschap zijn diverse leningen verstrekt, waaronder aan Vennootschap 5 en 6. De rechtbank is van oordeel dat de Moeder en de Zoon in ieder geval ten aanzien van de leningen aan Vennootschap 5 en 6 in strijd met het statutaire doel van de Vennootschap hebben gehandeld. Het verstrekken van de lening aan Vennootschap 6 valt niet onder het statutaire doel van de Vennootschap, omdat geen sprake is van een belegging, maar van een lening aan een gelieerde vennootschap, zonder dat daarvoor zekerheid was bedongen. Door aldus een ongedekte lening te verstrekken ter financiering van de eigen zakelijke activiteiten van de Zoon, hebben de Moeder en de Zoon als bestuurders van de Vennootschap het familievermogen niet belegd zoals bij oprichting van de Vennootschap was bedoeld. Ook ten aanzien van de lening aan Vennootschap 5 is niet gebleken dat daarvoor een zekerheidsrecht is bedongen of dat deze lening op enige andere wijze was te verenigen met de statutaire doelomschrijving of in het belang was van de Vennootschap.

De rechtbank verwijt de Zoon specifiek dat hij zichzelf heeft bevoordeeld doordat hij geld van de Vennootschap aan zijn eigen onderneming heeft uitgeleend tegen niet-zakelijke voorwaarden. Daarbij heeft de Zoon de belangen van de Vennootschap niet behartigd en gehandeld in strijd met het statutaire doel van de Vennootschap. Dit handelen merkt de rechtbank aan als een zwaarwegende omstandigheid. Daar komt nog bij dat de Zoon informatie heeft achtergehouden voor de overige aandeelhouders, zelfs nadat zij daar uitdrukkelijk om hadden verzocht. Ook heeft de Zoon geen pogingen gedaan om de verstrekte leningen op te eisen en terug te betalen. Deze omstandigheden tezamen maakt dat de rechtbank van oordeel is dat de Zoon een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Ten aanzien van de Moeder overweegt de rechtbank dat haar, ondanks dat haar rol in wezen beperkt is gebleven tot het op verzoek van de Zoon tekenen van stukken, een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De rechtbank stelt voorop dat de wet uitgaat van collectief bestuur waarvoor de bestuurders een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen. Toen de Moeder haar positie als bestuurder aanvaardde, had zij zich moeten realiseren dat deze positie verantwoordelijkheden met zich bracht, aldus de rechtbank.

De rechtbank stelt de schade van de Vennootschap vast op € 661.467 en veroordeelt de Moeder en de Zoon hoofdelijk tot betaling van dit bedrag.

D.E. Mandigers, mei 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 17-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:1152

Zaaknummer: C/o8/230421 / HA ZA 19-152

Rechters: J.N. Bartels, E.C. Rozeboom en M. Weistra

Advocaten: J.T. Stekelenburg en H. Oosterhuis

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Tegenstrijdig belang bij opzegging huurovereenkomst door aandeelhouder

Een aandeelhouder/bestuurder is eigenaar van een pand dat wordt gehuurd door de vennootschap. Als eigenaar van het pand zegt zij eenzijdig de huurovereenkomst met de vennootschap op, om vervolgens als bestuurder namens de vennootschap met deze beëindiging in te stemmen. De OK oordeelt dat zij hiermee de grenzen van artikel 2:239 lid 6 BW, alsmede artikel 2:8 en 2:9 BW overtreedt.

Deze zaak draait om de ruzie tussen de twee (indirecte) aandeelhouders en bestuurders van eetcafé De Stip, een horecazaak met twintig personeelsleden. Zij zijn voormalige liefdespartners en gunnen elkaar het licht in de ogen niet meer. Dit heeft ertoe geleid dat sinds 2016 geen aandeelhoudersvergaderingen meer zijn gehouden, dat sinds die tijd ook geen jaarrekeningen inzake het eetcafé meer zijn vastgesteld en dat de twee ex-partners elkaar inmiddels in meerdere rechtszaken hebben getroffen.

De toedracht van dit geschil is de opzegging van de huurovereenkomst van het eetcafé door een van de partners, in de beschikking aangeduid als 'HVS'. HVS is eigenaar van het pand waarin het eetcafé is gevestigd (alsmede van het appartement boven het café) en ontvangt daarvoor een jaarlijkse vergoeding. Op enig moment zegt HVS die huurovereenkomst eenzijdig op vanwege 'dringend eigen gebruik'. Als zelfstandig bevoegde bestuurder van het eetcafé stemt HVS vervolgens met die opzegging in, waarna de beëindiging een feit is. Vervolgens sommeert HVS haar ex-partner (als medebestuurder van het eetcafé) om het pand zo snel mogelijk te doen ontruimen.

De andere partner start een enquêteprocedure, waarbij zij onder andere verzoekt HVS te schorsen als bestuurder en de door haar gehouden aandelen in het eetcafé te doen overdragen aan een beheerder.

De OK overweegt dat het feit dat de relatie tussen de twee ex-partners ernstig is verstoord en dat sinds 2016 geen aandeelhoudersvergaderingen meer zijn gehouden, op zichzelf genoeg is

om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van het eetcafé, hetgeen een onderzoek rechtvaardigt. Daarnaast levert het handelen van HVS ook gronden op om te twijfelen aan juist beleid. Zij had als bestuurder op grond van artikel 2:239 lid 6 BW niet mogen beslissen over de instemming met de opzegging van de huurovereenkomst; haar ex-partner had dit als medebestuurder moeten doen. Met haar instemmingsverklaring heeft HVS tevens in strijd gehandeld met artikel 2:8 en 2:9 BW.

De OK gelast een onderzoek. Bij onmiddellijke voorziening wordt HVS geschorst als bestuurder en worden alle aandelen, dus ook die van de ex-partner, overgedragen aan een beheerder.

Wenk

Hoewel de uitkomst van deze zaak gelet op de feiten bevredigend is, bevat de overweging van de OK wel een curiositeit. Het hof overweegt namelijk dat uit artikel 2:239 lid 6 BW volgt dat het niet aan HVS was om als bestuurder van het eetcafé te beslissen hoe de vennootschap diende te reageren op de huuropzegging (r.o. 3.5). Artikel 2:239 lid 6 BW ziet echter op besluitvorming. De instemming met de beëindiging van een huurovereenkomst lijkt mij op zichzelf geen besluit, maar een daad van vertegenwoordiging, hetgeen buiten het bereik van het genoemde artikel valt. Weliswaar is het gebruikelijk dat vertegenwoordigingshandelingen door het bestuur worden voorafgegaan door een bestuursbesluit, maar dit zijn geen formele besluiten in de zin van Boek 2 BW (zie o.a. conclusie A-G Timmerman in *NJ 2011/55 (Silver Lining/Perstorp)*). Doorgaans worden dergelijke besluiten aangeduid met de term *beslissing*, een term die de OK in deze beschikking overigens ook gebruikt.

Hoe het ook zij, zelfs als de instemming met de beëindiging van een huurovereenkomst als besluit in de zin van artikel 2:239 lid 6 BW heeft te gelden, dan nog kan een bestuurder in zijn eentje geen besluiten nemen. Dit kan alleen het bestuur als geheel, en dit was *in casu* nu net het probleem: HVS handelde alleen. Dat zij hiermee de grenzen van artikel 2:8 BW heeft overtreden, zoals de OK nader overweegt, lijkt mij geheel terecht. Artikel 2:239 lid 6 BW speelt echter in deze casus mijns inziens geen rol.

S.L. Haanschoten, mei 2021

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-03-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:878

Zaaknummer: 200.287.096/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, J.S.T. Tiemstra en G. van

Vollenhoven-Eikelenboom

Advocaten: C.J. van Dijk en N. Heijkant

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:9 BW, 2:239 lid 6 BW, 2:345 BW, 2:349a lid 2 BW en 2:350 lid 1 BW