

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 2, 2022

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:2022:13](#) 14-01-2022

Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn/Bestuurder

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1976](#) 24-12-2021

Bestuurder thuiszorgorganisatie/Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:11399](#) 14-12-2021

ODS B.V./Bestuurder van AAA Energy Window Holding B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:11395](#) 14-12-2021

SVDT Holding B.V./MeerSaam B.V. en (indirect) bestuurders

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:11022](#) 30-11-2021

Winkeliersvereniging/Gebruiker van winkelruimte

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:2176](#) 16-11-2021

Stichting Privacy First/Staat der Nederlanden

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:1310](#) 29-04-2021

De OR van Assa Abloy Entrance Systems Productions Netherlands B.V./Assa Abloy Entrance Systems Productions Netherlands B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2396](#) 01-09-2020

Reggeborgh Holding B.V./gezamenlijke niet bekende aandeelhouders van Koninklijke VolkerWessels B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:6959](#) 22-12-2021

Curator Genalice Holding B.V. en Inverse-IT B.V./Bestuurder

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:4855](#) 10-11-2021

Jobaro Investments B.V. en Katalysator-Management B.V./Coöperatieve Rabobank

U.A. en Aarnink q.q.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:6492](#) 10-11-2021

Aaron Investments B.V./Twenty Seven Amsterdam B.V., BDCH Beheer B.V. en Van Strien Beheer B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:9604](#) 26-10-2021

Flappen B.V., Fine Living Group B.V. en Full Fill B.V./Triple Dot B.V.

RECHTSPRAAK

SVDT Holding B.V./MeerSaam B.V. en (indirect) bestuurders

Het hof bekrachtigt het oordeel van de rechtbank dat de (indirect) bestuurders van een vennootschap niet aansprakelijk zijn voor het feit dat de vennootschap die zij besturen toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit een koopovereenkomst. Zij hebben de Beklamel-maatstaf niet geschonden, omdat zij geen gerechtvaardigd vertrouwen op de schijn van kredietwaardigheid hebben gewekt. De wederpartij was er immers zelf van op de hoogte dat de financiering misschien niet zou slagen en heeft dit risico bewust genomen. Ook bekrachtigt het hof het oordeel van de rechtbank dat de billijkheid vereist dat de boete voor de vennootschap wegens het niet nakomen van haar verplichtingen uit de koopovereenkomst gematigd wordt.

Feiten en omstandigheden

MeerSaam B.V. ('MeerSaam') is een vennootschap die door haar (indirect) bestuurders gebruikt wordt om betaalbare huisvesting voor senioren te realiseren. In maart 2016 kwam MeerSaam in contact met Syntrus Achmea Real Estate & Finance B.V. ('Syntrus Achmea'). MeerSaam en Syntrus Achmea zijn toen mondeling een samenwerking aangegaan, die inhield dat Syntrus Achmea geld aan MeerSaam ter beschikking zou stellen voor de realisatie van haar hiervoor genoemde doel.

In oktober 2016 kwam een kantoorgebouw ('het Pand') op de weg van MeerSaam, dat door SVDT Holding B.V. ('SVDT') te koop werd aangeboden. SVDT drijft een onderneming die zich onder andere bezighoudt met de handel in onroerende zaken.

MeerSaam heeft het Pand onder de aandacht gebracht van Syntrus Achmea, waarna een bezichtiging heeft plaatsgevonden. Na een aantal biedingen – waarbij SVDT werd

vertegenwoordigd door Boatex Beheer ('Boatex') – bereikten MeerSaam en SVDT overeenstemming over een koopprijs.

Op 30 maart 2017 hebben MeerSaam en Syntrus Achmea een koopovereenkomst gesloten met betrekking tot het Pand ('de Koopovereenkomst'). Daarin is bepaald dat in geval van ontbinding wegens niet-nakoming de nalatige partij een boete van 10% van de koopprijs verschuldigd is aan de andere partij.

Na de sluiting van de Koopovereenkomst heeft Syntrus Achmea zich teruggetrokken als financier voor de koop van het Pand. MeerSaam is op zoek gegaan naar een andere financier, maar heeft die niet gevonden. SVDT heeft daarom de Koopovereenkomst ontbonden.

Het geschil

Kort gezegd vordert SVDT betaling van de boete van 10% van de koopprijs van MeerSaam op grond van toerekenbare tekortkoming. Met betrekking tot de (indirect) bestuurders van MeerSaam grondt zij deze vordering op bestuurdersaansprakelijkheid.

De rechtbank heeft de vordering tegen MeerSaam toegewezen, maar heeft de boete gematigd tot € 75.000. De vordering tegen de (indirect) bestuurders van MeerSaam heeft de rechtbank afgewezen.

SVDT vordert in hoger beroep vernietiging van het vonnis van de rechtbank en het alsnog (volledig) toewijzen van de vorderingen van SVDT tegen MeerSaam en haar (indirect) bestuurders.

Beoordeling door het hof

Partijen zijn het erover eens dat MeerSaam toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de Koopovereenkomst, dat SVDT die overeenkomst op goede gronden heeft ontbonden en dat SVDT ten opzichte van MeerSaam aanspraak kan maken op betaling van de boete. De discussie gaat enkel over de vraag (i) of naast MeerSaam haar (indirect) bestuurders aansprakelijk zijn voor de boete en (ii) of en tot hoever de boete gematigd moet worden.

Het hof stelt voorop dat de drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid hoog is. Vereist is dat aan die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Volgens SVDT hebben de bestuurders van MeerSaam ernstig verwijtbaar gehandeld. Zij zouden de *Beklamel*-maatstaf geschonden hebben door namens MeerSaam een verbintenis te zijn aangegaan waarvan zij wisten of redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat MeerSaam

niet aan haar verplichtingen daaruit zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Daartoe voeren zij aan dat de bestuurders wisten dat MeerSaam niet zelf over middelen beschikte, zij geen (schriftelijke) garantie of toezegging hadden van Syntrus Achmea of een andere financier en desondanks MeerSaam de Koopovereenkomst hebben laten aangaan zonder financieringsvoorbehoud.

Het hof overweegt dat het bij aansprakelijkheid op grond van de *Beklamel*-grond aankomt op een verschil in kennis tussen de namens de vennootschap handelende bestuurder en de wederpartij. Indien de wederpartij (helemaal als dat een professional is) ongeveer net zoveel informatie heeft als de bestuurder van de vennootschap, kan niet gezegd worden dat die bestuurder onrechtmatig handelt indien redelijkerwijs valt te verwachten dat de financiering niet zal slagen en de bestuurder (toch) namens de vennootschap de overeenkomst sluit. In dat geval kan immers ook de wederpartij van de vennootschap dat verwachten. Van het wekken van schijn van kredietwaardigheid, althans van een gerechtvaardigd vertrouwen daarop, is dan geen sprake.

Het hof wijst erop dat uit e-mails die zijn verstuurd door (de vertegenwoordiger van) SVDT blijkt dat SVDT wist dat MeerSaam niet over eigen middelen beschikte en dus voor de betaling van de koopsom volledig afhankelijk was van externe financiering en bovendien twijfel bestond over die financiering. Vaststaat dat SVDT op dat punt een garantie wilde zien van Syntrus Achmea, maar deze niet heeft verkregen. Daaruit leidt het hof af dat SVDT, als zeer ervaren partij, er terecht niet op heeft vertrouwd dat de financiering van het Pand door Syntrus Achmea geen probleem zou zijn. Ondanks de door haar onderkende risico's is SVDT vervolgens toch de overeenkomst aangegaan. Onder deze omstandigheden kan niet gesproken worden van gerechtvaardigd vertrouwen van SVDT op door de bestuurders gewekte schijn van kredietwaardigheid. SVDT heeft bewust een door haar onderkend risico genomen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Het beroep op een schending van de *Beklamel*-maatstaf door de bestuurders faalt daarom en het hof concludeert dat de bestuurders van MeerSaam geen persoonlijk ernstig verwijt valt te maken van het niet nakomen door MeerSaam van de Koopovereenkomst.

Omdat de bestuurders geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van hun handelen, SVDT bewust risico's heeft genomen door zonder de gevraagde transactie door te gaan met de koop van het Pand, en het bedrag van de feitelijke schade in een wanverhouding staat tot de hoogte van de boete, is het hof van oordeel dat de billijkheid eist dat de boete wordt gematigd.

De grieven falen en het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

C.N. Perrick, januari 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:11395

Zaaknummer: 200.278.286

Rechters: M.P.M. Hennekens, L. Janse en C.M.E. Lagarde

Advocaten: W. Plessius en B.F.H.L. van Campfort

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

ODS B.V./Bestuurder van AAA Energy Window Holding B.V.

Arrest na verwijzing. Drie partijen zijn een term sheet overeengekomen met betrekking tot een nieuw te ontwikkelen product. Op grond van de term sheet heeft een van de partijen diverse voorschotbedragen betaald aan een vennootschap, die op basis van de term sheet als onverschuldigd zouden moeten worden terugbetaald indien partijen niet tot een licentieovereenkomst zouden komen. De licentieovereenkomst is nooit overeengekomen en de betalende partij vordert de betaalde bedragen dan ook terug, zowel van de vennootschap als van diens bestuurders. In de voorgaande procedure is de betrokken bestuurder aangesproken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en door het hof 's-Hertogenbosch veroordeeld. De Hoge Raad heeft dit arrest vernietigd nu het hof de verweren van de bestuurder, die hij in eerste aanleg had aangevoerd, niet in haar beoordeling had betrokken. In de huidige procedure oordeelt het verwijzingshof dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en dus aansprakelijk is voor de schade ter grootte van een deel van de betaalde voorschotbedragen, nu hij ernstig rekening had moeten houden met de terugbetalingsverplichting ten aanzien van de bedragen die niet zijn uitgegeven aan het doel zoals expliciet beschreven in de term sheet.

ODS B.V. ('ODS') heeft op basis van een tussen ODS, AAA Energy Window Holding B.V. ('AAA Energy') en AAA Patents B.V. ('AAA Patents') overeengekomen overeenkomst ('de Term Sheet') bedragen vooruitbetaald aan AAA Energy. De bedragen werden betaald in het kader van de ontwikkeling van producten ('het Project') door AAA Energy. Geïntimeerde is één van

de twee bestuurders van AAA Energy ('de Bestuurder'). In verband met het faillissement van de medebestuurder is het geschil ten aanzien van die medebestuurder reeds in de voorafgaande procedure geschorst.

In de Term Sheet is opgenomen dat de bedragen zouden moeten worden terugbetaald indien partijen geen overeenstemming zouden bereiken over een licentieovereenkomst. Hoewel er geen overeenstemming is bereikt over de licentieovereenkomst, heeft AAA Energy deze bedragen niet terugbetaald.

In de voorafgaande procedure heeft de rechtbank de vordering tot terugbetaling van de bedragen toegewezen ten aanzien van AAA Energy. De op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ingestelde vordering jegens de Bestuurder heeft de rechtbank echter afgewezen. Het hof 's-Hertogenbosch heeft vervolgens kort gezegd geoordeeld dat de Bestuurder wel degelijk persoonlijk aansprakelijk was voor de schulden van AAA Energy, zonder in haar oordeel echter de door de Bestuurder in eerste aanleg gevoerde verweren te betrekken. De Hoge Raad heeft dit arrest vernietigd en heeft de zaak ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het hof in de huidige procedure (ECLI:NL:HR:2020:984, zie OR 2020-0207).

In de huidige procedure dient het hof te beoordelen of de Bestuurder persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die ODS heeft geleden doordat AAA Energy niet aan haar terugbetalingsverplichting heeft voldaan en ook geen verhaal biedt.

ODS stelt dat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt treft. De Bestuurder zou al bij het aangaan van de Term Sheet hebben geweten dat AAA Energy niet aan haar verplichtingen kon voldoen, dan wel heeft hij het tekortschieten in ieder geval bewerkstelligd, toegelaten of gefrustreerd.

Bij de beoordeling van de verweren die volgens de Hoge Raad getoetst hadden moeten worden, volgt het hof de Bestuurder niet in het verweer dat er een gerechtvaardigd vertrouwen bestond dat de bedragen niet meer hoefden te worden gerestitueerd. Volgens de Bestuurder zou van belang zijn dat de voorschotten een tegenprestatie vormden voor de door AAA Energy aangegane exclusiviteit en was bovendien de einddatum van de Term Sheet al verlopen. Aldus het hof heeft de Bestuurder echter onvoldoende gesteld om deze conclusie te rechtvaardigen.

De Bestuurder stelt dat het evident was dat de voorschotten niet werden gereserveerd met het oog op een mogelijke terugbetalingsverplichting, nu ODS deze bedragen juist had voorgeschoten om het Project verder te ontwikkelen. Volgens de Bestuurder zijn met de gelden dan ook *out of pocket* kosten en vergoedingen voor de werkzaamheden van de bestuurders betaald. Aldus het hof slaagt dit verweer voor zover de ontvangen bedragen

daadwerkelijk zijn gebruikt voor het overeengekomen doel, namelijk de ontwikkeling van het Project, maar niet voor zover de voorschotten voor een ander doel dan op basis van de Term Sheet zijn gebruikt.

ODS heeft onvoldoende onderbouwd waarom de bedragen niet voor de ontwikkeling van het Project hadden mogen worden gebruikt. Weliswaar hadden de bedragen door AAA Energy geretourneerd kunnen worden indien zij niet waren uitgegeven, maar de Bestuurder kan daar geen persoonlijk ernstig verwijt van gemaakt worden. Dat van de bestuurders verwacht mocht worden dat zij ernstig rekening hadden moeten houden met een mogelijke terugbetalingsverplichting, gaat echter niet zover dat zij met de voorschotten de ontwikkelingsactiviteiten niet mochten financieren, juist omdat dit het doel was van de Term Sheet. De omstandigheid dat ODS bij het aangaan van de Term Sheet geen zekerheden heeft bedongen, doet niets af aan wat van de bestuurders mocht worden verwacht.

De Bestuurder had enkel rekening moeten houden met een terugbetalingsverplichting voor zover de uitgaven niet aan het doel van de Term Sheet werden besteed, nu de terugbetalingsverplichting, indien er geen licentieovereenkomst zou worden gesloten, objectief voorzienbaar was. In die omstandigheden wisten de bestuurders of hadden zij redelijkerwijs moeten begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van AAA Energy tot het gevolg zou hebben dat AAA Energy, dat speciaal was opgericht voor het Project, haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en als gevolg daarvan geen verhaal zou bieden en er ook geen concreet uitzicht bestond op andere middelen waarmee de voorschotten zouden kunnen worden terugbetaald. In deze omstandigheden had de Bestuurder daar dan ook objectief wetenschap van.

Vervolgens komt het hof toe aan de beoordeling van de verschillende posten waaraan de voorschotten zijn besteed. Ten aanzien van het gedeelte dat door de Bestuurder is gebruikt voor betaling van een management fee, komt het hof tot de conclusie dat deze betalingen zijn gebruikt voor diverse doeleinden, waaronder het aflossen van schulden ontstaan voorafgaand aan het aangaan van de Term Sheet. In de Term Sheet is echter niet opgenomen dat de betalingen voor dat doeleinde gebruikt zouden worden. De Bestuurder heeft tevens te weinig concrete feiten aangevoerd om tot het oordeel te komen dat meer dan een redelijke arbeidsbeloning als management fee verschuldigd zou zijn. Voor de bepaling van de hoogte van deze beloning sluit het hof aan bij de gebruikelijk-loonregeling als bedoeld in artikel 12a Wet op de loonbelasting 1964 en oordeelt dat de Bestuurder voor het meerdere een persoonlijk ernstig verwijt treft. Het hof oordeelt vervolgens dat de resterende ontwikkelingskosten wel degelijk in overeenstemming met de Term Sheet zijn gemaakt en dat de Bestuurder ter zake van het feit dat die bedragen niet zijn terugbetaald en dat AAA Energy daarvoor ook geen verhaal biedt, geen persoonlijk ernstig verwijt treft.

Op basis van het voorgaande stelt het hof vast dat de Bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de schade die daaruit voortvloeit. Die schade wordt door het hof vastgesteld op het bedrag van de betaalde voorschotten minus de bedragen die zijn uitgegeven aan het doel zoals expliciet beschreven in de Term Sheet.

T.M. Goudzwaard, januari 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:11399

Zaaknummer: 200.283.935

Rechters: D.M.I. DeWaele, Beekhoven van den Boezem, M.B. M.B. Beekhoven van den Boezem en W.F. Boele

Advocaten: J.G.C. van Baar, M.H.S. Verhoeven en T.M. Munnik

Wetsartikelen: 6:162 BW en 12a Wet op de loonbelasting 1964

RECHTSPRAAK

Winkeliersvereniging/Gebruiker van winkelruimte

Een winkeliersvereniging vordert betaling van een bijdrage die een gebruiker van een winkelruimte, als lid van de winkeliersvereniging, verschuldigd was. Die bijdrage wordt door de vereniging besteed aan voorzieningen en activiteiten die de belangen van de gebruikers dienen. De vereniging vordert ook een verhoging van de bijdrage, omdat de gebruiker zijn lidmaatschap heeft opgezegd. Die verhoging van de bijdrage zou volgens een toepasselijk reglement verschuldigd zijn door gebruikers die hun lidmaatschap hebben opgezegd. De gebruiker van de winkelruimte vindt dat de vordering van de vereniging moet worden afgewezen en vordert in reconventie een verklaring voor recht dat de winkeliersvereniging geen aanspraak kan maken op de verhoging. In eerste aanleg is de vordering van de winkeliersvereniging afgewezen en de vordering in reconventie van de gebruiker van de winkelruimte toegewezen. Anders dan de kantonrechter, wijst het hof de vordering van de winkeliersvereniging toe. Interessant is dat het hof het lidmaatschap van de vereniging afleidt uit de omstandigheden, i.e. betaling van contributie, deelname aan ledenvergaderingen en opzegging van lidmaatschap, terwijl formeel geen toetreding als lid heeft plaatsgevonden. De betalingsverplichting rust – ingevolge het toepasselijke reglement – op een lid die zijn lidmaatschap heeft opgezegd, hetgeen in casu het geval is. Echter, op het punt van de verhoging van de bijdrage, is het hof het met de rechtbank eens. Een verhoging van de bijdrage na opzegging van het lidmaatschap dient geen redelijk doel en fungeert de facto als boete voor opzegging van het lidmaatschap. Dat beperkt de vrijheid van uittreding en is daarmee in strijd met het recht van vereniging. Een voormalig lid van de vereniging die gebruiker van de winkelruimte

blijft, moet daarom wel het bedrag betalen dat hij als lid zou hebben betaald, maar de verhoging van dat bedrag is door hem niet verschuldigd.

In deze procedure wordt een vof ('de VOF'), als gebruiker van winkelruimte gelegen in een winkelcentrum, aangesproken door de winkeliersvereniging van het winkelcentrum. De vennoten van de VOF, van wie één de eigenaar van het appartementsrecht is waar de winkelruimte is gevestigd, zijn ook in de procedure betrokken.

Het splitsingsreglement van het winkelcentrum bepaalt dat gebruikers van appartementsrechten in het winkelcentrum, zoals in casu de VOF, lid moeten worden van de winkeliersvereniging. Gebruikers kunnen hun lidmaatschap van de vereniging opzeggen, maar moeten dan aan de vereniging van eigenaren ('VvE') betalen wat zij als lid aan de winkeliersvereniging zouden moeten betalen, met een verhoging van 50%. De VOF heeft contributie betaald aan de winkeliersvereniging, heeft als lid deelgenomen aan ledenvergaderingen en heeft vervolgens het lidmaatschap opgezegd. Daarna heeft de VOF nog ongeveer een jaar lang een bedrag gelijk aan de contributie doorbetaald.

De winkeliersvereniging, die de vordering op de VOF van de VvE heeft overgenomen, vordert in rechte betaling van het bedrag dat de VOF als lid zou moeten hebben betalen. De VOF vindt dat die vordering moet worden afgewezen en vordert in reconventie een verklaring voor recht dat de winkeliersvereniging geen aanspraak kan maken op de verhoging. In eerste aanleg is de vordering in conventie, van de winkeliersvereniging, afgewezen en de vordering in reconventie, van de VOF, toegewezen.

Het geschil in hoger beroep spitst zich toe op de vragen of de VOF als gebruiker gebonden is aan het splitsingsreglement, of de VOF lid was van de winkeliersvereniging en of de VOF verplicht is het bedrag dat leden betalen te blijven betalen na het einde van het lidmaatschap, al dan niet met een verhoging.

Gebondenheid aan het reglement: de eigenaar van de winkelruimte is als appartementseigenaar gebonden aan het splitsingsreglement. Ook de VOF is, als gebruiker van de winkelruimte waarop het appartementsrecht betrekking heeft, gebonden aan het splitsingsreglement. Die binding volgt uit artikel 5:120 lid 2 BW. Omdat de binding voortvloeit uit de wet was voor binding geen nadere aanvaarding door de VOF of ondertekening door de eigenaar van de winkelruimte nodig.

Lidmaatschap: in het splitsingsreglement kan aan eigenaars van een appartementsrecht het lidmaatschap van een vereniging verplicht worden opgelegd (art. 5:112 lid 3 BW). Zo'n wettelijke basis is er niet voor een verplicht lidmaatschap van gebruikers. Het hof erkent dat de VOF niet is toegetreden als lid tot de winkeliersvereniging maar overweegt dat, omdat de VOF contributie heeft betaald, als lid heeft deelgenomen aan ledenvergaderingen en het lidmaatschap heeft opgezegd, zij toch lid is geweest van de winkeliersvereniging. De vordering van de winkeliersvereniging is echter niet gebaseerd op het lidmaatschap van de winkeliersvereniging, maar op de gebondenheid van de VOF als gebruiker van de winkelruimte aan de bepalingen in het splitsingsreglement.

De betalingsverplichting: de VOF stelt dat de betalingsverplichting uit het splitsingsreglement in strijd is met de vrijheid van vereniging, dat de bepaling een onredelijk bezwarend beding is en dat de betalingsverplichting in strijd is met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Wat aan het hof voorligt, is de vraag of een gebruiker die geen lid van de winkeliersvereniging (meer) is, gehouden is een bedrag te betalen aan de VvE dat gelijk is aan het bedrag dat hij als lid van de winkeliersvereniging zou moeten betalen. De VOF is na de opzegging van haar lidmaatschap van de winkeliersvereniging gebruiker gebleven van de winkelruimte in het winkelcentrum. De winkeliersvereniging besteedt haar inkomsten aan voorzieningen en activiteiten die de belangen van de gebruikers dienen. De betalingsverplichting na het einde van het lidmaatschap is niet zozeer verbonden aan het einde van het lidmaatschap, als wel aan het voortduren van de positie als gebruiker. De regeling dient volgens het hof ook een redelijk doel. Bij afwezigheid van de betalingsverplichting zouden meer gebruikers hun lidmaatschap kunnen beëindigen en stoppen met meebetalen voor de voorzieningen, waardoor uiteindelijk niet alleen het functioneren van de winkeliersvereniging maar ook van het winkelcentrum en de gebruikers ervan wordt belemmerd. Het hof concludeert dat het in het splitsingsreglement opleggen van een betalingsverplichting aan gebruikers die geen lid meer zijn, gelet op het voortduren van hun positie als gebruiker, geen belemmering vormt van de vrijheid van uittreding. Om dezelfde redenen is geen sprake van een onredelijk bezwarend beding en is de betalingsverplichting niet in strijd met de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid, steeds voor zover het gaat om een bedrag dat gelijk is aan het bedrag dat een gebruiker als lid zou betalen.

Over de verhoging van 50% bovenop het bedrag dat de gebruiker als lid zou moeten betalen, oordeelt het hof anders dan over de verplichting tot betaling van dat bedrag zelf. Deze verhoging vormt wel een belemmering voor het beëindigen van het lidmaatschap en is volgens de winkeliersvereniging ook zo bedoeld. Tegenover de verhoging staan geen voorzieningen of activiteiten die de belangen van een gebruiker dienen en waarvan het redelijk is dat de gebruiker daaraan meebetaalt. De verhoging komt de facto neer op een boete op het opzeggen

van het lidmaatschap. Mede gelet op de vrijheid van vereniging kan een voormalig lid niet gehouden worden aan de verplichting deze verhoging te betalen.

Het hof vernietigt het vonnis van de kantonrechter gewezen in reconventie en wijst de vordering van de winkeliersvereniging toe. Voor het overige bekrachtigt het hof het vonnis van de kantonrechter.

E.J. Glazener, januari 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-11-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:11022

Zaaknummer: 200.271.092

Rechters: W.C. Haasnoot, G.P. Oosterhoff en L.R. van Harinxma thoe Slooten

Advocaten: C.A. Hage en B.J.H.L. Brouwer

Wetsartikelen: 5:120 lid 2 BW, 5:112 lid 3 BW en 2:35 BW

RECHTSPRAAK

Aaron Investments B.V./Twenty Seven Amsterdam B.V., BDCH Beheer B.V. en Van Strien Beheer B.V.

Een vennootschap verkeert in financiële problemen en geeft extra aandelen uit aan haar financierende aandeelhouders. Een niet participerende aandeelhouder probeert tevergeefs het emissiebesluit in rechte te vernietigen. De rechtbank toetst de besluitvorming op marginale wijze en komt tot de conclusie dat deze niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Er zijn volgens de rechtbank voldoende aanwijzingen voor de noodzaak van aanvullende financiering, er is onvoldoende perspectief op externe financiering en de waardering van de uitgegeven aandelen is naar het oordeel van de rechtbank reëel gezien de financiële situatie van de vennootschap.

Aaron Investments B.V. en een belegger (tezamen: 'Aaron Investments c.s.') houden gezamenlijk 25% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van Twenty Seven Amsterdam B.V. ('de Vennootschap'). Medeaandeelhouders van Aaron Investments c.s. zijn [gedaagde 2] B.V., BDCH Beheer B.V. en Van Strien Beheer B.V. voor ieder 25%. De Vennootschap exploiteert een luxueus (boutique) hotel met hoogwaardig restaurant.

De Vennootschap komt in liquiditeitsproblemen. Alle aandeelhouders zijn bereid bij te storten, behalve Aaron Investments c.s. De medeaandeelhouders besluiten na meerdere buitengewone algemene vergaderingen een overbruggingslening te verstrekken met daarmee samenhangende emissie van aandelen.

Aaron Investments c.s. vorderen in rechte vernietiging van dit besluit en schadevergoeding. Zij beroepen zich op artikel 2:15 lid 1 onder b BW jo artikel 2:8 BW en stellen dat sprake is van een disproportionele verwatering van hun aandelenbelang. De rechtbank volgt Aaron Investments c.s. hierin niet.

Volgens de rechtbank moet de gewraakte besluitvorming op terughoudende wijze worden

getoetst (Hoge Raad 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145). De ratio van het marginale karakter van deze toetsing is volgens de rechtbank dat het orgaan bij de besluitvorming en de daarbij af te wegen – dikwijls tegenstrijdige – belangen een eigen verantwoordelijkheid heeft en de rechter dat orgaan die ruimte ook moet laten.

Volgens de rechtbank bestaan voldoende aanwijzingen voor de noodzaak van aanvullende financiering. Daarvoor is niet benodigd dat de Vennootschap op de rand van de afgrond staat c.q. dat crediteuren met een faillissement dreigen. De rechtbank overweegt verder dat de Vennootschap onvoldoende perspectief heeft op andere financieringsmogelijkheden. Ook de waardebepaling van de uitgegeven aandelen acht de rechtbank reëel, mede gelet op de dreigende discontinuïteit.

De rechtbank wijst de vorderingen af.

B.J. Hermans, januari 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:6492

Zaaknummer: C/13/686764 / HA ZA 20-708

Rechters: S.P. Pompe

Advocaten: Y.A. Wehrmeijer en B.W. Brouwer

Wetsartikelen: 2:8 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Flappen B.V., Fine Living Group B.V. en Full Fill B.V./Triple Dot B.V.

Deze zaak gaat over een geschil over de uitvoering van een bij de OK getroffen schikking. Twee aandeelhouders (tevens bestuurders) van een besloten vennootschap treffen bij de OK een schikking, waarin onder meer wordt overeengekomen dat de ene aandeelhouder haar aandelen overdraagt aan de andere aandeelhouder. Laatstgenoemde aandeelhouder sommeert de eerstgenoemde aandeelhouder om zijn aandelen over te dragen, maar de laatstgenoemde aandeelhouder zou zelf buiten de afspraken die onderdeel uitmaken van de schikking zijn getreden door ook teruggave van bedrijfseigendommen te verlangen. De laatstgenoemde aandeelhouder vordert dat de andere aandeelhouder wordt veroordeeld tot medewerking aan de aandelenoverdracht, dat deze wordt geschorst als statutair bestuurder van de besloten vennootschap en dat hij zich dient te onthouden van meldingen aan de fiscale autoriteiten. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen toe.

Flappen B.V. ('Flappen') en Triple Dot B.V. ('Triple Dot') houden beiden 50% van de aandelen in het kapitaal van Fine Living Group B.V. ('Fine Living Group'). Flappen en Triple Dot zijn allebei bestuurder en zelfstandig bevoegd om Fine Living Group te vertegenwoordigen. De bestuurder van Flappen is ook de zoon van de bestuurder van Triple Dot.

Begin 2021 ontstaan er geschillen tussen Triple Dot en Flappen. De onenigheden leiden uiteindelijk tot een kort geding (ingeleid door Flappen), en een procedure bij de OK (waar Triple Dot als verzoeker optreedt). Tijdens de mondelinge behandeling bij de OK zijn partijen tot een schikking gekomen. Deze schikking houdt op hoofdlijnen in dat Flappen het aandelenbelang van Triple Dot overneemt. Flappen zal zich inspannen om financiering

hiervoor te vinden, en de levering van de aandelen zal plaatsvinden na de betaling van de koopsom. Ook worden het kort geding en de procedure bij de OK aangehouden dan wel ingetrokken.

De uitvoering van de bij de OK getroffen minnelijke regeling geeft aanleiding voor het onderhavige kort geding. Flappen heeft financiering gevonden om de koopprijs in één keer te voldoen en wil de aandelenoverdracht in gang zetten. In het kader van de overdracht verzoekt Flappen Triple Dot ook om bepaalde bedrijfseigendommen van Fine Living Group in te leveren. Triple Dot geeft daarop aan dat in de schikking niets is overeengekomen over teruggave van bedrijfseigendommen. Ook vinden verschillende overboekingen plaats van de bankrekening van Fine Living Group naar de bankrekening van Triple Dot, en heeft Triple Dot melding gemaakt van ongeregelde zaken bij de fiscale autoriteiten.

Flappen vordert in rechte een veroordeling om Triple Dot te laten meewerken aan de aandelenoverdracht, schorsing van Triple Dot als statutair bestuurder van Fine Living Group, terugbetaling van de overboekingen, teruggave van de bedrijfseigendommen en een verbod om contact op te nemen met de fiscale autoriteiten. Triple Dot verweert zich tegen deze vorderingen door te betogen dat de vordering van Flappen ziet op de schikking en dat zij daardoor niet meer in rechte kan worden aangesproken.

De voorzieningenrechter passeert het verweer van Triple Dot dat zij als gevolg van de getroffen schikking niet meer door Flappen in een procedure kan worden betrokken, omdat Triple Dot onvoldoende heeft weersproken dat Flappen bij het maken van de schikking de nodige voorbehouden heeft gemaakt. Bovendien handelt Triple Dot naar het oordeel van de voorzieningenrechter in zodanig ernstige mate in strijd met het bedrijfsbelang van Fine Living Group, dat een ordemaatregel in de vorm van een schorsing als bestuurder op zijn plaats is. Voor de terugbetaling van de opgenomen gelden is niet met de vereiste grote mate van waarschijnlijkheid aangetoond dat de verplichting tot terugbetalen bestaat; de vordering van Flappen tot terugbetaling van gelden wordt daarom niet toegewezen.

De voorzieningenrechter veroordeelt Triple Dot om binnen vijf dagen na betekening van het vonnis onvoorwaardelijke medewerking te verlenen aan de aandelenoverdracht overeenkomstig de vaststellingsovereenkomst en anders – indien de aandelenoverdracht niet binnen deze vijf dagen wordt voltooid – treedt het vonnis in de plaats van de leveringsakte. Triple Dot wordt geschorst als statutair bestuurder van Fine Living Group, en krijgt ook een verbod opgelegd om contact op te nemen met de fiscale autoriteiten.

A.C. Frentz, januari 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 26-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:9604

Zaaknummer: C/15/320988 / KG ZA 21-524

Rechters: A.H. Schotman

Advocaten: O.J. Hennis en H.M. Punt

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

**Reggeborgh Holding B.V./gezamenlijke niet bekende
aandeelhouders van Koninklijke VolkerWessels B.V.**

OK; uitkoopprocedure. Reggeborgh Holding B.V. stelt na een succesvol openbaar bod een uitkoopvordering in tegen de gezamenlijke andere, niet bij naam bekende, aandeelhouders van Koninklijke VolkerWessels B.V. De OK wijst de vordering toe en stelt de prijs vast ter hoogte van de biedprijs van het bod dat wordt vermoed een billijke koopprijs te zijn.

Reggeborgh Holding B.V. ('Reggeborgh') stelt bij de OK een uitkoopvordering ex artikel 2:359c BW in tegen de gezamenlijke andere, niet bij naam bekende, aandeelhouders van Koninklijke VolkerWessels B.V. ('VolkerWessels').

Reggeborgh heeft een openbaar bod gedaan op alle aandelen in het kapitaal van VolkerWessels. Onder het openbare bod heeft Reggeborgh ongeveer 92% van de aandelen in VolkerWessels verkregen. Bij tussenarrest heeft de OK Reggeborgh in de gelegenheid gesteld bij akte nader bewijs te leveren dat ook onderhandse transacties waarbij een deel van de aandelen is verkregen, dienen te kwalificeren als verwervingen onder het bod. Reggeborgh heeft daartoe aanvullende verklaringen van de *settlement agent* en van de notaris overlegd en daarmee aan de bewijsopdracht voldaan. De OK oordeelt dat de onderhands verworven aandelen op één lijn zijn te stellen met verkrijgingen door acceptatie van het openbaar bod en tegen dezelfde prijs zijn verkregen. Nu meer dan 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had als bedoeld in artikel 2:359c lid 6 BW, wordt de biedprijs van het bod vermoed een billijke prijs te zijn. Ook hield Reggeborgh meer dan 95% van de aandelen in het kapitaal van VolkerWessels op de dag van betaalbaarstelling.

De OK beslist dat de gezamenlijke andere, niet bij naam bekende, aandeelhouders van VolkerWessels het onbezwaarde recht op hun aandelen dienen over te dragen aan Reggeborgh tegen de vastgestelde billijke prijs.

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-09-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2396

Zaaknummer: 200.277.307/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.W.H. Vink, M.A. Scheltema en J.S.T. Tiemstra

Advocaten: R.G.J. de Haan en D.A.M.H.W. Strik

Wetsartikelen: 2:359c BW

RECHTSPRAAK

Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn/Bestuurder

Een pensioenfonds stelt een bestuurder aansprakelijk voor het niet afdragen door de vennootschap van bij werknemers ingehouden pensioenpremie. De vennootschap heeft haar activa inmiddels overgedragen aan een stichting. De schuld van de vennootschap uit hoofde van de pensioenpremieachterstand is daarom als gevolg van overgang van onderneming van de vennootschap overgegaan op de stichting. De vennootschap blijft echter (ingevolge art. 7:663 BW) gedurende een jaar naast de stichting hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de schuld. Anders dan de rechtbank heeft het hof de vordering afgewezen wegens het verstrijken van de vervaltermijn van artikel 7:663 BW. Het hof oordeelde namelijk dat het vorderingsrecht op de hoofdelijk aansprakelijke bestuurder afhankelijk is van het vorderingsrecht op de betalingsplichtige vennootschap. Door het vervallen van het vorderingsrecht op de vennootschap, is volgens het hof dus ook het vorderingsrecht op de bestuurder teniet gegaan. Het hof stoelt zijn oordeel, dat de bestuurder niet aansprakelijk is, daarnaast op het feit dat de betalingsonmacht tijdig is gemeld, althans dat het pensioenfonds voldoende op de hoogte was. Tegen deze oordelen keert het pensioenfonds zich in cassatie. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof dat tijdig mededeling van van betalingsonmacht is gedaan, althans dat het pensioenfonds voldoende op de hoogte was, in stand (art. 81 RO). Anders dan het hof oordeelt de Hoge Raad dat het vorderingsrecht op de hoofdelijk aansprakelijke bestuurder niet teniet gaat wanneer de rechtspersoon niet meer aansprakelijk kan worden gehouden wegens het verstrijken van de vervaltermijn van artikel 7:663 BW. Volgens de Hoge Raad is dat vorderingsrecht zelfstandig en niet, zoals het hof oordeelde,

afhankelijk van het vorderingsrecht op de rechtspersoon. Dit leidt echter niet tot cassatie, aangezien het oordeel van het hof dat de bestuurder niet aansprakelijk is zelfstandig wordt gedragen door het in cassatie tevergeefs bestreden oordeel dat betalingsonmacht tijdig was gemeld, althans dat het pensioenfonds voldoende op de hoogte was.

Feiten

A B.V. ('de Vennootschap') was uit hoofde van de Wet Bpf 2000 verplicht bij haar werknemers ingehouden pensioenpremie af te dragen aan het bedrijfstakpensioenfonds Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn ('PFZW'). De Vennootschap is in betalingsonmacht geraakt. De voorganger van de bestuurder van de Vennootschap ('de Bestuurder') heeft aan PFZW geschreven dat de Vennootschap niet in staat is de pensioenpremie tijdig te voldoen, waarna een betalingsregeling is getroffen. Na aantreden van de Bestuurder kon de Vennootschap de afspraken uit de betalingsregeling ook niet meer nakomen. Tussen PFZW en de Vennootschap is opnieuw een betalingsregeling getroffen en de Bestuurder heeft met PFZW gesproken over een mogelijk faillissement van de Vennootschap of een schuldeisersakkoord.

De Vennootschap heeft haar activa overgedragen aan Stichting B ('de Stichting'). Het merendeel van de werknemers van de Vennootschap zijn als gevolg van overgang van onderneming in dienst gekomen bij de Stichting. De Bestuurder heeft PFZW begin geïnformeerd over de overdracht van activiteiten en personeel aan de Stichting en over de financiële situatie van de Vennootschap. PFZW heeft de Bestuurder op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk gesteld voor de toen nog resterende schuld van de Vennootschap aan PFZW. De Vennootschap is ontbonden.

De rechtbank heeft de vordering van PFZW op de Bestuurder toegewezen. Anders dan de rechtbank heeft het hof de vordering afgewezen wegens het verstrijken van de vervalt termijn van artikel 7:663 BW (zie over het arrest van het Hof: OR 2020-0103). Het hof oordeelde namelijk dat het vorderingsrecht op de hoofdelijk aansprakelijke bestuurder afhankelijk is van het vorderingsrecht op de betalingsplichtige vennootschap. Door het vervallen van het vorderingsrecht op de Vennootschap, is volgens het hof dus ook het vorderingsrecht op de Bestuurder teniet gegaan. Het hof stoelt zijn oordeel, dat de Bestuurder niet aansprakelijk is, daarnaast op het feit dat de betalingsonmacht tijdig is gemeld, althans dat PFZW voldoende op de hoogte was. Tegen deze oordelen keert PFZW zich in cassatie.

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Mededeling betalingsonmacht

Onder verwijzing naar zijn arrest van 24 december 2021 verwerpt de Hoge Raad (art. 81 RO) het cassatieberoep tegen het oordeel van het hof dat de betalingsonmacht tijdig is gemeld, althans dat PFZW voldoende op de hoogte was. Zie over het arrest van 24 december 2021 OR 2022-0010.

Vorderingsrecht op hoofdelijk aansprakelijke bestuurder is een zelfstandig recht

Artikel 23 Wet Bpf 2000 bepaalt in welke gevallen een bestuurder van een rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk is voor de deelnemingsbijdragen die de rechtspersoon verschuldigd is aan een bedrijfstakpensioenfonds. Uit de parlementaire geschiedenis van de voorganger van artikel 23 Wet Bpf 2000 kan worden afgeleid dat de wetgever is uitgegaan van de toepasselijkheid van de regels over hoofdelijkheid in afdeling 6.1.2 BW. Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van deze afdeling zijn de vorderingsrechten van de schuldeiser jegens de hoofdelijke schuldenaren zelfstandig, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. De zelfstandigheid van vorderingsrechten betekent onder meer dat verjaring of verval van het vorderingsrecht jegens de ene hoofdelijke schuldenaar geen verjaring of verval van het vorderingsrecht jegens de andere hoofdelijke schuldenaar meebrengt.

Op grond van artikel 7:663 BW is, als gevolg van de overdracht door de Vennootschap van haar onderneming aan de Stichting, de verplichting om de ten tijde van de overdracht achterstallige pensioenpremie te betalen, overgegaan op de Stichting en was de Vennootschap naast de Stichting nog gedurende een jaar na de overdracht hoofdelijk aansprakelijk voor de nakoming van de verplichtingen tot betaling van pensioenpremie die voordien zijn ontstaan. De in artikel 7:663 BW genoemde vervaltermijn berust op een afweging van de belangen van de werknemer (waaronder diens belang bij betaling van pensioenpremie door de werkgever) en van de oude werkgever en houdt geen verband met de positie van een bestuurder die op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 hoofdelijk aansprakelijk is voor achterstallige premie. Voorts gaat de aanspraak van het bedrijfstakpensioenfonds op betaling van achterstallige premie niet teniet, maar gaat de verplichting tot betaling van die achterstallige premie van rechtswege over op de overnemende rechtspersoon. Daarom kan uit de tekst van artikel 23 lid 1 en 5 Wet Bpf 2000, inhoudende dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder betrekking heeft op door de rechtspersoon verschuldigde premie, respectievelijk dat de bestuurder slechts kan worden aangesproken indien de rechtspersoon met de betaling van de premie in gebreke is, niet worden afgeleid dat aansprakelijkheid op de voet van artikel 23 Wet Bpf 2000 van een bestuurder van een overdragende rechtspersoon voor premieschulden die zijn ontstaan in de

periode dat hij bestuurder was, eindigt met het verstrijken van de termijn van een jaar als bedoeld in artikel 7:663 BW. Voor die opvatting kan ook geen steun worden ontleend aan de opmerking in de parlementaire geschiedenis dat de verjarings- en vervaltermijnen voor de aansprakelijke bestuurder zijn gekoppeld aan die van de hoofdschuldenaar, omdat die opmerking slechts diende ter motivering van het niet volgen van een advies om voor de bestuurder speciale, korte vervaltermijnen in de wet op te nemen. Bij het ontbreken van andere gronden om af te wijken van het uitgangspunt dat de vorderingsrechten van het bedrijfstakpensioenfonds jegens de rechtspersoon en de aansprakelijke bestuurder zelfstandig zijn, geeft het door het onderdeel bestreden oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Beslissing

Hoewel een van de onderdelen gegrond is, kan het toch niet tot cassatie leiden. Het oordeel van het hof wordt namelijk zelfstandig gedragen door het in cassatie tevergeefs bestreden oordeel van het hof dat de mededeling van betalingsonmacht tijdig is gedaan, althans dat PFZW voldoende op de hoogte was.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep en volgt daarmee A-G Assink in diens conclusie.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 14-01-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:13

Zaaknummer: 20/01724

Rechters: C.E. Du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock en G.C. Makkink

Advocaten: S.F. Sagel en J. de Jong

Wetsartikelen: 23 Wet Bpf 2000 en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

Jobaro Investments B.V. en Katalysator-Management B.V./Coöperatieve Rabobank U.A. en Aarnink q.q.

Gedaagde, een curator, heeft tegenspraak als bedoeld in artikel 484 Rv gedaan in een renvooiprocedure in een faillissementskwestie. Daar zijn partijen niet tot overeenstemming gekomen, waardoor een civiele procedure gevoerd moest worden. Eisers stellen in deze civiele procedure dat de curator geen tegenspraak had kunnen doen en dat de zaak dus moet worden terugverwezen naar de rechter-commissaris. De rechtbank overweegt dat de curator als belanghebbende kan worden aangemerkt en terecht is toegelaten tot tegenspraak. Voorts geeft de rechtbank eisers een bewijsopdracht ten aanzien van de vraag of sprake was van een tegenstrijdig belang toen zij leningsovereenkomsten aangingen met de (later gefailleerde) ondernemingen waarvan dezelfde persoon de bestuurder was.

Rodenbach B.V. exploiteert een restaurant en hotel in Enschede en heeft als moedermaatschappij Cordonnier B.V. (hierna gezamenlijk: 'Rodenbach c.s.'). Ter financiering van de activiteiten hebben Rodenbach c.s. een overeenkomst gesloten met Rabobank. In dat kader is aan Rabobank een recht van hypotheek verstrekt op het hotelgebouw.

In 2015 zijn de vennootschappen in financiële moeilijkheden gekomen. De bestuurders van Cordonnier B.V., Bestuurder 2 en Bestuurder 3, zijn in contact gekomen met Bestuurder 1, die bestuurder was van Jobaro B.V., welke vennootschap weer bestuurder was van Katalysator-Management B.V. (hierna gezamenlijk: 'Jobaro c.s.'). Bestuurder 1 is benoemd tot bestuurder van Cordonnier B.V. en Rodenbach B.V. In april 2016 is een geldleningsovereenkomst tot stand gekomen tussen enerzijds Jobaro c.s. als schuldeisers en anderzijds Rodenbach c.s. als schuldenaren. Ten behoeve van Jobaro c.s. is een recht van tweede hypotheek gevestigd op het hotelgebouw.

Rabobank heeft op enig moment de financiering opgezegd en het onderpand voor de hypothecaire lening door middel van een onderhandse executieverkoop verkocht. De opbrengst was € 1,35 miljoen. Hiervan is een bedrag van circa € 1,12 miljoen aan de bank uitgekeerd door de notaris. Op 16 april 2020 en 11 mei 2020 zijn respectievelijk Cordonnier B.V. en Rodenbach B.V. failliet verklaard.

Jobaro c.s. hebben aan de rechtbank verzocht een rechter-commissaris te benoemen te wiens overstaan de verdeling van de executie-opbrengst zou plaatsvinden (vgl. art. 552 Rv). Zulks vanwege het ten behoeve van hen gevestigde recht van tweede hypotheek. Thans speelt de vraag of de rechter-commissaris in die procedure de curator in de faillissementen van Rodenbach c.s. mocht toelaten tot het geven van tegenspraak in de zin van artikel 484 Rv. De rechtbank oordeelt van wel, nu de curator na faillissement van de geëxecuteerde wat dat betreft diens rechtspositie overneemt (en art. 484 Rv jo. art. 481 lid 2 Rv jo. art. 480 lid 2 Rv de geëxecuteerde toelaat tot tegenspraak). Dat de curator geen vordering kan indienen maakt dit niet anders, aldus de rechtbank, omdat hij nog wel belanghebbende kan zijn bij de verdeling van de restantopbrengst, die immers in de boedel valt.

Naast een enkele andere kwestie speelt ook nog de vraag of de leningovereenkomst tussen Jobaro c.s. en Rodenbach c.s. wel geldig is aangegaan, nu Bestuurder 1 als bestuurder van zowel Cordonnier B.V. als Jobaro B.V. een tegenstrijdig belang had in de zin van artikel 2:239 lid 6 BW. De rechtbank overweegt dat, nu Jobaro c.s. zich beroepen op het bestaan van de leningovereenkomst, de bewijslast wat betreft het geldig tot stand zijn gekomen van die overeenkomst op hen rust (art. 150 Rv). De rechtbank stelt hen in de gelegenheid om feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat van een tegenstrijdig belang geen sprake was.

Wenk

Het zal, dunkt mij, de vraag zijn of het eventuele bestaan van een tegenstrijdig belang überhaupt aan de geldigheid van de leningovereenkomst in de weg zal staan, nu de tegenstrijdigbelangregeling van artikel 2:239 lid 6 BW (anders dan de eerdere regeling van art. 2:256 BW oud) de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet aantast.

O. Oost, januari 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 10-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:4855

Zaaknummer: C/08/260235 / HA ZA 21/15

Rechters: H. Bottenberg-Van Ommeren, A.H. Margadant en J.M. Marsman

Advocaten: C.P.B. Kroep, , A.W. Tieman, W. Mollema en R.A. Shenouda

Wetsartikelen: 484 Rv, 552 Rv, 150 Rv en 2:239 lid 6 BW

RECHTSPRAAK

**Curator Genalice Holding B.V. en Inverse-IT
B.V./Bestuurder**

Een curator stelt een indirect bestuurder van een holding aansprakelijk wegens overdracht van IE-rechten zonder goedkeuring van de aandeelhouders. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder aansprakelijk is op grond van artikel 2:9 BW, omdat hij heeft berust in de vernietiging van de overdracht van octrooirechten door de curator van de werkmaatschappij en broncodes en woord- en beeldmerken zonder goedkeuring van de aandeelhouders om niet heeft overgedragen. De bestuurder is niet aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW, omdat het faillissement niet is veroorzaakt door de verweten gedragingen.

Centraal staat de aansprakelijkheid van de indirect bestuurder ('de Bestuurder') van Genalice Holding B.V. ('de Holding') en Inverse IT B.V. ('Inverse'). Samen met Genalice B.V. ('de Werkmaatschappij'), vormden deze vennootschappen een groep. De groep had als doel het grootschalig dataonderzoek met betrekking tot kanker te verbeteren door middel van zelf ontwikkelde software waarmee DNA snel kan worden geanalyseerd.

De Werkmaatschappij had een viertal octrooien op haar naam geregistreerd staan. Deze zijn gedurende 2017 op naam van de Holding gezet en waren al sinds 2015 geactiveerd op de balans van de Holding. Op 8 augustus 2017 faillieert de Werkmaatschappij. De curator van de Werkmaatschappij ('Curator I') heeft de overdracht van de octrooien aan de Holding vernietigd. De Bestuurder lijkt hiermee zonder slag of stoot te hebben ingestemd. Tezamen met een indirecte aandeelhouder heeft de Bestuurder vervolgens op 22 augustus 2017 Norlin Genalice Ltd. ('Norlin') opgericht. Op 16 oktober 2017 verkoopt Curator I de octrooien aan Norlin. Volgens de koopovereenkomst zou de broncode behorende tot de software niet worden verkocht. Norlin moest daarover zelf afspraken maken met de Holding. Vervolgens stelt de Bestuurder de broncodes namens de Holding ter beschikking aan Norlin en draagt hij

de merkrechten aan Norlin over. De overdracht was om niet in ruil voor de betaling door Norlin van de registratiekosten voor de overdracht van de octrooien (octrooien, merkrechten en broncodes tezamen: 'IE-rechten'). Op 28 januari 2018 zijn de Holding en Inverse failliet verklaard. De curator van de Holding ('Curator II') betreft de Bestuurder in rechte op grond van zowel artikel 2:248 BW als artikel 2:9 BW.

Als eerste geeft de rechtbank haar oordeel over de vraag of de Bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd in de zin van artikel 2:248 BW. Relevant daarbij is dat de Bestuurder zonder instemming of raadpleging van de aandeelhouders heeft berust in de vernietiging van de overdracht van de octrooien, om deze vervolgens aan Norlin over te dragen. Volgens de rechtbank komt het er feitelijk op neer dat de Bestuurder de onderneming heeft voortgezet in een andere vennootschap, zonder raadpleging van de aandeelhouders en zonder betaling van een vergoeding. Van de Bestuurder mocht volgens de rechtbank worden verwacht dat hij de aandeelhouders had geraadpleegd over de vraag of zij al dan niet verweer wilden voeren tegen de vernietiging, dat verweer wilden financieren en de instandhoudingskosten van de octrooien zouden willen blijven voldoen. De stelling van de Bestuurder dat de aandeelhouders hadden aangegeven niet meer te willen investeren, mocht hem niet baten. Het financieren van het verweer en de instandhoudingskosten ziet namelijk op acties die nodig zijn voor het behouden van de activa, waardoor de Bestuurder niet had mogen concluderen dat de aandeelhouders deze kosten niet zouden willen dragen. De Bestuurder had een eigen belang bij het berusten in de vernietiging. Bovendien bleek uit het faillissementsverslag van de Werkmaatschappij dat de Bestuurder alleen bereid was te berusten in de vernietiging indien Curator I het bod van Norlin zou aanvaarden en niet het hogere bod van een derde.

De rechtbank oordeelt verder dat de Bestuurder goedkeuring nodig had van de aandeelhouders op basis van de statuten. Deze had hij niet gevraagd noch verkregen. De rechtbank acht dit handelen des te meer verwijtbaar aangezien hij geen vergoeding voor de broncodes en merkrechten heeft bedongen van Norlin, terwijl deze van meerwaarde waren voor Norlin. De rechtbank oordeelt dat de Bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft gehandeld, maar dit is volgens haar geen belangrijke oorzaak van het faillissement. Volgens haar is het faillissement van de Holding het logische gevolg van het faillissement van de Werkmaatschappij. De Holding had geen eigen activiteiten en was voor haar inkomensstroom afhankelijk van de Werkmaatschappij. Dat de Holding de exploitatie had kunnen voortzetten van de IE-rechten, is niet door Curator II onderbouwd. De rechtbank oordeelt dat de Bestuurder niet aansprakelijk is voor het boedelttekort op grond van artikel 2:248 BW, maar wel aansprakelijk is op grond van artikel 2:9 BW voor de door de Holding geleden schade, omdat hij zonder goedkeuring van de aandeelhouders en met medeneming van de IE-rechten

zonder betaling daarvoor simpelweg de onderneming in een andere onderneming heeft voortgezet, terwijl de aandeelhouders en financiers achterbleven met onvoldane vorderingen op een vennootschap die was ontstaan van haar actief.

In de uitspraak wordt verder nog ingegaan op de omvang van de schade, een beroep op matiging op grond van artikel 6:109 BW (dat wordt afgewezen) en de schending door de Bestuurder van zijn geheimhoudings- en concurrentiebeding (vordering afgewezen). Interessant zijn nog de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot het verweer van de Bestuurder dat Curator II geen deugdelijk oorzakenonderzoek heeft gedaan en het verzoek om het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Ter zitting heeft de advocaat van de Bestuurder betoogd dat het oorzakenonderzoek van Curator II niet voldoet aan de vereisten van een behoorlijk onderzoek en dat het beginsel van hoor- en wederhoor is geschonden. De rechtbank oordeelt echter dat de wijze waarop het oorzakenonderzoek is uitgevoerd geen afwijzingsgrond is en als zodanig geen bevrijdend verweer vormt. Wat er ook zij van de kwaliteit van het oorzakenonderzoek, dit kan niet leiden tot afwijzing van de vorderingen.

Met betrekking tot de uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis oordeelt de rechtbank dat Curator II een mogelijk bij voorraad uitgewonnen geldsom als onverschuldigd moet terugbetalen aan de Bestuurder. Die vordering kwalificeert als een concurrente boedelvordering. Voor uitwinning is geen toestemming van de rechter-commissaris vereist. In het algemeen geldt dat concurrente schuldeisers in een faillissement niet hun gehele vordering voldaan krijgen en in dit faillissement lijkt dat niet anders te zijn. De rechtbank meent daarom dan ook dat de Bestuurder in elk geval ten aanzien van een nog onbekend gedeelte van zijn vordering een reëel restitutierisico zou lopen, indien Curator II tot uitwinning zou overgaan en dit vonnis niet in stand zou blijven. De afweging van de belangen van Curator II en de Bestuurder leidt er dan ook toe dat de rechtbank de verlangde uitvoerbaarverklaring bij voorraad afwijst.

M.Y.J. Smeets & J.E. van Nuland, januari 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 22-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:6959

Zaaknummer: C/05/382935 / HA ZA 21-64

Rechters: G.J. Meijer, M.S.T. Belt en , G. Hilberink

Advocaten: , W.M. Janse en R.F. Feenstra

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder thuiszorgorganisatie/Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn

Een pensioenfonds heeft weet van de financiële problemen bij een onderneming. De bestuurder heeft geen formele melding van betalingsonmacht gedaan. Anders dan rechtbank en hof oordeelt de Hoge Raad dat de bestuurder ook niet verplicht was deze melding te doen, omdat het pensioenfonds op de hoogte is van de situatie. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden en verwijst het geding naar het hof 's-Hertogenbosch.

Eiseres is (middellijk) bestuurder van A B.V, een thuiszorgorganisatie. A B.V. is uit hoofde van de Wet Bpf 2000 ('Wet Bpf') verplicht om deel te nemen aan het bedrijfstakpensioenfonds Zorg en Welzijn ('PFZW') en daarvoor premie te betalen. A B.V. heeft haar personeelsadministratie uitbesteed aan een derde. In de loop der tijd is een achterstand ontstaan in het verstrekken van gegevens en het betalen van premie aan PFZW. Als gevolg daarvan heeft PFZW de bestuurder aansprakelijk gesteld omdat zij niet op de juiste wijze mededeling zou hebben gedaan van de betalingsonmacht van A B.V. als bedoeld in artikel 23 Wet Bpf. De rechtbank heeft de vordering van het pensioenfonds toegewezen.

Het hof bekrachtigde het vonnis van de rechtbank en heeft daartoe het volgende overwogen. Indien een rechtspersoon niet aan zijn premieafdracht kan voldoen, dient de bestuurder hiervan onverwijld mededeling te doen op grond van artikel 23 lid 2 Wet Bpf (melding betalingsonmacht). Het feit dat het bedrijfstakpensioenfonds op de hoogte is geweest van de moeilijke financiële omstandigheden van de vennootschap staat daar volgens het hof niet aan in de weg.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en oordeelt als volgt.

Op grond van artikel 23 lid 2 Wet Bpf dient de bestuurder mededeling te doen van betalingsonmacht, als is gebleken dat de rechtspersoon de premies niet kan betalen. Aansprakelijkheid wordt aangenomen wanneer de bestuurder melding heeft gedaan, maar

aannemelijk is dat de uitgebleven betalingen het gevolg zijn van aan hem te wijten onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling. Het nalaten van de meldingsplicht leidt ertoe dat vermoed wordt dat de betalingsonmacht aan de bestuurder te wijten is. Daarbij is het volgens de Hoge Raad de bedoeling dat het pensioenfonds zich een redelijk oordeel kan vormen over de oorzaken van de achterstallige betalingen en over zijn positie jegens de rechtspersoon.

Gezien het voorgaande kan een melding achterwege blijven, indien PFZW tijdig op een andere wijze kennis heeft genomen van de betalingsonmacht en de omstandigheden die daartoe hebben geleid, en deze wetenschap dusdanig is dat het bedrijfstakpensioenfonds op basis daarvan in staat is zich een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht en zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. De bestuurder heeft aangevoerd dat zij namens de rechtspersoon met PFZW heeft gecorrespondeerd en overlegd over haar financiële situatie, haar betalingsmoeilijkheden, de aanvraag van haar faillissement en het faillissement van degene die verantwoordelijk was voor de personeelsadministratie. Daarbij heeft PFZW een brief ontvangen waarin is medegedeeld dat de rechtspersoon tweemaal voor kosten is aangeslagen. Deze kosten kon hij niet dragen. Daarbij heeft hij inzicht verschaft in de schuldenlast en een regeling voorgesteld. In aansluiting daarop heeft PFZW boekenonderzoek gedaan en zijn eigen oordeel kunnen vormen over de positie van gefailleerde. Bovendien heeft er voortdurend intensief overleg plaatsgevonden.

Het oordeel van het hof dat A B.V. ondanks de wetenschap van het pensioenfonds alsnog een melding van betalingsonmacht moest doen, geeft vanwege het voorgaande dan ook blijk van een onjuiste rechtsopvatting, en is althans onbegrijpelijk, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad volgt daarmee A-G Assink in diens conclusie. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden en verwijst het geding naar het hof 's-Hertogenbosch.

A.J.M. Wilmer & A.D. van Dalen, januari 2022

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 24-12-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:1976

Zaaknummer: 20/01781

Rechters: C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock en G.C. Makink

Advocaten: J. de Jong en S.F. Sagel

Wetsartikelen: 23 Wbpf 2000

RECHTSPRAAK

De OR van Assa Abloy Entrance Systems Productions Netherlands B.V./Assa Abloy Entrance Systems Productions Netherlands B.V.

Een ondernemingsraad verzoekt de OK te bepalen dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot een besluit tot verplaatsing van de afdeling productontwikkeling in Heerhugowaard naar Zweden, waarbij acht arbeidsplaatsen komen te vervallen. De OK oordeelt dat de ondernemer voldoende gemotiveerd heeft aangetoond dat verplaatsing van de afdeling in concernverband noodzakelijk en efficiënt is.

Feiten

Assa Abloy Entrance Systems Productions Netherlands B.V. ('Assa Abloy') maakt deel uit van een internationaal concern. De Zweedse tophoudstermaatschappij is beursgenoteerd in Stockholm. Bij Assa Abloy zijn circa 124 personen werkzaam; elf arbeidsplaatsen zijn gerelateerd aan de afdeling R&D. De afdeling R&D houdt zich bezig met de mechanische ontwikkeling en verbetering van bestaande producten binnen het segment *Industrial Door Solutions*.

Op 12 januari 2021 heeft de plantmanager aan de hand van een PowerPoint presentatie van de R&D Director Industrial Door Solutions een presentatie gehouden voor de ondernemingsraad (OR), waarin onder meer werd vermeld dat het besluit is genomen de R&D-afdeling in Heerhugowaard grotendeels te verplaatsen naar Landskrona, Zweden. Het besluit houdt in dat alleen de functie *system configuration engineer* gehandhaafd blijft en alle overige arbeidsplaatsen komen te vervallen. Er komen twee nieuwe functieplaatsen voor *senior development engineer*. Als beweegreden voor dit besluit heeft Assa Abloy vermeld dat de opkomst van nieuwe technologische ontwikkelingen haar hiertoe noopt; zij kan niet gericht blijven op mechanische ontwikkeling c.q. de verbetering van bestaande producten, zoals plaatsvindt in Heerhugowaard, maar dient haar R&D-budgetten te bundelen en haar focus te

verleggen naar nieuwe productontwikkeling ('automation'), waar de R&D-afdeling Landskrona al mee bezig is.

Bij brief van 20 januari 2021 heeft de OR geschreven dat de organisatiewijziging van tevoren met de OR had moeten worden besproken en dat op de voet van artikel 25 WOR advies had moeten worden gevraagd. Op 22 januari 2021 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen de OR, de plantmanager en de R&D Director Industrial Door Solutions. Hierna heeft de OR bij e-mail van diezelfde dag, met als onderwerp '*Approval continuing process*' aan de ondernemer geschreven dat hij akkoord gaat met het achteraf indienen van een adviesaanvraag. Op 4 februari 2021 heeft de OR een adviesaanvraag van de R&D Director Industrial Door Solutions ontvangen. Op 10 februari 2010 heeft de OR een negatief advies uitgebracht. Op 18 februari 2021 heeft de plantmanager de OR een e-mail gestuurd met als bijlagen onder meer het besluit tot het treffen van de reorganisatiemaatregel. De ondernemer is in het besluit ingegaan op de bezwaren van de OR in zijn advies. De aanvankelijk voorgestane afvloeiingsregeling heeft de ondernemer op basis van de door de OR hierover gedane constatering heroverwogen en verbeterd. De OR verzoekt de OK te bepalen dat Assa Abloy bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit van 18 februari 2021.

Oordeel

De OK verworpt het betoog van de OR dat hij geen wezenlijke invloed op de besluitvorming heeft kunnen hebben. Er was op 12 januari 2021 een besluit, maar dat besluit is na discussie met de OR over de adviesplichtigheid van dat besluit ingetrokken en er is alsnog een adviestraject gevolgd. Het eerdere besluit is een gegeven, maar dat betekent niet dat er alleen al daarom geen wezenlijke invloed op de hernieuwde besluitvorming kan zijn. De OR heeft overigens ook ingestemd met de wijze waarop het door hem gestelde gebrek werd geheeld en de inbreng van de OR heeft ook tot wijzigingen in het uiteindelijk genomen besluit geleid. De afvloeiingsregeling is naar aanleiding van het advies in voor de betrokken werknemers positieve zin aangepast.

Het besluit waartegen de OR zich richt is een besluit dat is genomen in de context van een multinationale onderneming. Assa Abloy moet een eigen afweging maken, maar kan zich niet aan deze context onttrekken en moet ook het concernbelang meewegen. Het is duidelijk wat met het besluit wordt beoogd. Anders dan de OR aanvoert, blijkt uit het besluit waarom de ondernemer de reorganisatie nuttig en nodig vindt en is de motivering van het besluit niet onvoldoende. Er is ook voldoende duidelijk gemaakt waarom de door de OR aangedragen alternatieven in de visie van de ondernemer niet haalbaar dan wel niet wenselijk zijn. In concernverband wordt het noodzakelijk gevonden de focus te verleggen naar nieuwe

productontwikkeling. In het besluit wordt vermeld dat wordt gestreefd naar centrale aansturing op concernniveau en dat versnippering over meerdere entiteiten in verschillende landen vanuit het oogpunt van efficiency niet wenselijk wordt geacht. Dit moet worden gezien tegen de achtergrond van antwoorden op de vragen van de OR die op 9 februari 2021 aan de OR zijn toegezonden. Daarin staat dat het alternatief om twee R&D-sites te handhaven en de onderverdeling tussen mechanische ontwikkeling en automation te continueren de vereiste efficiency niet brengt, terwijl het met het oog op de toekomst logisch is om met de ontwikkeling in Landskrona door te gaan. Het alternatief om in Heerhugowaard automationcompetentie op te bouwen, wordt verworpen in verband met de kosten en de daarmee gemoeide tijd. Daarbij komt dat de keuze voor één locatie fragmentatie voorkomt en een kritische massa creëert. De OR heeft in zijn advies gesteld dat onduidelijk is waarom alternatieven niet mogelijk zijn en waarom bijvoorbeeld een samenwerking op afstand zonder nadere onderbouwing als niet mogelijk wordt bestempeld, maar uit de beantwoording van de vragen volgt dat het hier niet gaat om communicatie, maar om een verschuiving naar projectontwikkeling op het gebied van automation, op welk gebied reeds kennis en ervaring in Landskrona aanwezig is. Dit staat ook in het antwoord op de specifiek hierop betrekking hebbende vraag van de OR. Een en ander is niet onbegrijpelijk. Evenmin is onbegrijpelijk dat de ondernemer het niet alleen in het concernbelang, maar ook in het belang van Assa Abloy acht dat het concern door een tijdige focus op nieuwe productontwikkeling zijn marktpositie behoudt en zo mogelijk uitbreidt, waarbij de achterliggende gedachte is dat Assa Abloy daarvan op termijn profiteert.

De ondernemer heeft voldoende duidelijk gemaakt dat en waarom het geen financieel gedreven maar een bedrijfsorganisatorisch besluit betreft. Een uitvoeriger uiteenzetting van de financiële achtergronden en gevolgen van het besluit was derhalve niet vereist. Aan kritische kanttekeningen met betrekking tot de personele gevolgen is tegemoetgekomen en de OR heeft geen argumenten genoemd waarom die tegemoetkoming de redelijkheidstoets niet kan doorstaan. De slotsom luidt dat de door de OR aangevoerde bezwaren – afzonderlijk en in onderlinge samenhang bezien – niet kunnen leiden tot het oordeel dat Assa Abloy niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. Het verzoek wordt afgewezen.

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:1310

Zaaknummer: 200.289.823/01 OK en 200.289.823/02 OK

Rechters: M.M.M. Tillema, G.C. Makkink, A.W.H. Vink, P.G. Boumeester en G. Boon

Advocaten: S.F.H. Jellinghaus, A. Robustella, W.E. van Engelenhoven en S.A.H. Luiten

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

Stichting Privacy First/Staat der Nederlanden

Stichting Privacy First stelt dat de registratieplicht van uiteindelijke belanghebbenden van rechtspersonen en vennootschappen en de openbaarheid van het UBO-register in strijd zijn met grondrechten, EU-grondbeginselen en de AVG. Privacy First vordert in hoger beroep dat de Nederlandse implementatiewetgeving van de gewraakte onderdelen van de EU-richtlijnen AMLD4 en AMLD5 voorlopig buiten werking wordt gesteld respectievelijk opgeschort wordt, in ieder geval totdat het HvJ EU de eerder door een Luxemburgse rechter gestelde prejudiciële vragen heeft beantwoord. De voorzieningenrechter wees de vorderingen van Privacy First in eerste aanleg af. Het hof oordeelt dat de implementatiewetgeving niet buiten werking kan worden gesteld zonder ongeldigverklaring van de EU-richtlijnen door het HvJ EU en dat deze ook niet tijdelijk kan worden opgeschort, omdat Privacy First onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van een spoedeisend belang, wat in deze context eerst kan worden aangenomen als de dreigende schade kan intreden voordat het HvJ EU uitspraak heeft kunnen doen, en van een dreiging van onherstelbare en ernstige schade. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

Stichting Privacy First ('Privacy First') komt in hoger beroep op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter (waarover eerder OR 2021-0135) (i) dat de buitenwerkingstelling van artikel 15a en 21 Handelsregisterwet ervoor zou zorgen dat de Staat niet langer voldoet aan zijn verplichting tot het inrichten van een UBO-register op grond van artikel 30 Anti-Money Laundering Directive (AMLD) 5 en (ii) dat niet wordt overgegaan tot het stellen van prejudiciële vragen, omdat de arrondissementsrechtbank van Luxemburg onlangs reeds grotendeels overeenkomende prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU – hoewel

volgens de voorzieningenrechter wel aanleiding bestaat voor twijfel aan de rechtsgeldigheid van het door AMLD5 verplicht voorgeschreven (deels) openbare karakter van het UBO-register en (iii) dat de overige stellingen van Privacy First waarop de vorderingen berusten onvoldoende onderbouwd dan wel niet aannemelijk zijn.

Anders dan in kort geding, heeft Privacy First in hoger beroep haar vordering aangepast, in die zin dat wordt verzocht om voorlopige buitenwerkingstelling in ieder geval totdat het HvJ EU de prejudiciële vragen van de Luxemburgse rechter heeft beantwoord. Zowel de primaire als de subsidiaire vorderingen van Privacy First berusten op de stelling dat de gewraakte onderdelen van AMLD4 en AMLD5, i.e. de registratieplicht en de openbaarheid van het UBO-register, strijdig zijn met grondrechten, EU-grondbeginselen en de AVG.

Over de primaire vorderingen oordeelt het hof dat de Nederlandse rechter de implementatiewetgeving niet buiten werking kan stellen zonder ongeldigverklaring van de EU-richtlijnen door het HvJ EU. De primaire vorderingen zijn dan ook niet toewijsbaar.

Over de subsidiaire vorderingen oordeelt het hof dat niet wordt voldaan aan de uit de jurisprudentie van het HvJ EU voortvloeiende voorwaarden om de tenuitvoerlegging van EU-regelgeving op te schorten in afwachting van een oordeel van het HvJ EU over de geldigheid van die regelgeving, namelijk spoedeisendheid en een dreiging van onherstelbare en ernstige schade (*Zuckerfabrik*-arrest en *Atlanta*-arrest). Privacy First maakt niet aannemelijk dat ernstige schade dreigt als gevolg van openbaarmaking dan wel registratie van de UBO-gegevens. Mede door het ontbreken van een dreiging van ernstige schade heeft Privacy First ook geen spoedeisend belang, omdat in deze context dat spoedeisend belang eerst kan worden aangenomen als de dreigende schade kan intreden voordat het HvJ EU uitspraak heeft kunnen doen. Het hof ziet voorts geen aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU, omdat het hof niet verplicht is tot het stellen van prejudiciële vragen, er geen recht op bestaat dat prejudiciële vragen worden gesteld, dat Privacy First daar geen spoedeisend belang bij heeft en omdat over de kwestie van openbaarmaking reeds prejudiciële vragen aanhangig zijn bij het HvJ EU.

Het hof bekrachtigt het door de voorzieningenrechter gewezen vonnis.

S.R.M.C. Vogelsang, januari 2022

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 16-11-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:2176

Zaaknummer: 200.293.732/01

Rechters: M.Y. Bonneur, D. Aarts en J.H. Gerards

Advocaten: O.M.B.J. Volgenant en G.J. Zwenne

Wetsartikelen: 30 AMLD5, 15a Handelsregisterwet 2007, 21 Handelsregisterwet 2007, 5 VEU, 7 EU-Handvest, 8 EU-Handvest, 16 EU-Handvest, 52 EU-Handvest en 254 Rv