

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 8, 2022

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2022:449](#) 29-03-2022

Equity Partner/Deloitte Holding B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:689](#) 08-03-2022

Enquête Stichting Omroep Limburg – vaststelling beloning OK-functionarissen en verhoging onderzoeksbudget

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:1801](#) 08-03-2022

Gewichthefster/Nederlandse Gewichthef Bond

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:3980](#) 21-12-2021

Sanderink Investments B.V./Overige aandeelhouders Oranjewoud N.V. (uitkoop)

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:2635](#) 30-08-2021

Enquête OG245 B.V.

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:775](#) 23-03-2022

Van der Hel q.q./Bestuurder Megahome concern

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:2388](#) 16-03-2022

De Vries-Meijer q.q./Indirect bestuurder

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:1174](#) 16-03-2022

Ontslagen bestuurder/Moeder- en dochtervennootschap

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:1980](#) 16-03-2022

Daan Holding B.V./AIG Europe S.A.

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2022:870](#) 02-03-2022

Evemij B.V./Bestuurder

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:1436](#) 23-02-2022

Pavema Viride B.V./Aliquam Investments B.V. c.s.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:873](#) 09-02-2022

Decertificering Osuro Holding

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:551](#) 26-01-2022

Opdrachtgevers internetveilingen/Bestuurders failliet internetveilingbedrijf

RECHTSPRAAK

Opdrachtgevers internetveilingen/Bestuurders failliet internetveilingbedrijf

Opdrachtgevers voor internetveilingen stellen acht bestuurders van een failliet internetveilingbedrijf en stichting derdengelden aansprakelijk voor de schade als gevolg van het niet afdragen van de opbrengsten van de internetveilingen. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders hiervoor een persoonlijk ernstig verwijt treft en houdt hen aansprakelijk.

Feiten

Gedaagden zijn (indirect) bestuurders van een vennootschap en/of een daarbij horende stichting derdengelden. De vennootschap dreef een onderneming die zich bezighield met de organisatie van internetveilingen waarbij zaken in opdracht van derden op internet werden geveild. In veel gevallen waren curatoren in faillissementen de opdrachtgevers. Door de onderneming werden de facturen gestuurd aan de kopers. De kopers betaalden op een bankrekening van de stichting die op haar beurt het aan verkopers toekomende deel betaalde aan verkopers.

Eisers hebben de vennootschap opdracht gegeven om zaken op internet te laten veilen ('de Verkopers'). De aan de Verkopers toekomende opbrengst is evenwel niet (volledig) aan de Verkopers voldaan. Op enige moment liep de onderneming niet goed en hebben de bestuurders de opbrengsten van de internetveilingen niet meer betaald aan de Verkopers, maar gebruikt als werkkapitaal van de onderneming. De bestuurders van de stichting hebben hieraan meegewerkt. Vervolgens is de stichting ontbonden en de bankrekening van de stichting op naam van de vennootschap gesteld. De vennootschap is in april 2018 gefailleerd. De curator heeft de bestuurders van de vennootschap aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort, welke vordering is toegewezen. Niettemin heeft geen uitkering aan de Verkopers plaatsgevonden.

Geschil

De Verkopers vorderen van de bestuurders betaling van het niet-betaalde deel van de veilingopbrengst die aan de Verkopers toekomt. De Verkopers zijn van mening dat de bestuurders de veilingopbrengst hebben verduisterd. Dat levert volgens de Verkopers een onrechtmatige daad op, op grond waarvan de bestuurders jegens de Verkopers aansprakelijk zijn. De bestuurders van de stichting hebben meegewerkt aan het verstrekken van de opbrengsten aan de vennootschap, hetgeen eveneens onrechtmatig is. Bestuurders valt een persoonlijk ernstig verwijt te maken.

De bestuurders betwisten dat zij onrechtmatig hebben gehandeld. Volgens de bestuurders hadden de Verkopers nooit een rechtstreekse aanspraak op de stichting, maar slechts op de vennootschap. Door het gebruiken van de vennootschap in plaats van de stichting om betalingen te ontvangen, zouden de Verkopers dus niet zijn benadeeld. Verder stellen de bestuurders dat de veiling van een van de Verkopers erg lang duurde en daardoor de opbrengst niet meer bij de stichting terecht kwam maar bij de vennootschap. Ten slotte voeren de bestuurders aan dat de vennootschap het geld heeft geleend van de stichting, zij het geld niet hebben gebruikt voor privédoeleinden, maar voor de bedrijfsvoering van de vennootschap en dat zij altijd de intentie hebben gehad om het geld terug te betalen.

Oordeel

De rechtbank maakt op eenvoudige wijze korte metten met dit verweer. Allereerst stelt de rechtbank vast dat de bestuurders hebben erkend de opbrengsten te hebben gebruikt voor de bedrijfsvoering van de vennootschap en dat dit in strijd is met de gemaakte afspraken. Ook het laten betalen door de kopers van de koopsom op de bankrekening van de vennootschap (na overname van de stichting) is in strijd met de afspraken. De rechtbank is van oordeel dat de handelswijze van de bestuurders niet alleen onzorgvuldig is, maar dat ook sprake is van verduistering van de opbrengsten van de internetveilingen. Naar het oordeel van de rechtbank is dit ruimschoots voldoende om de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt te maken. De bestuurders hadden de opdrachtgevers niet aan het risico mogen blootstellen dat de vennootschap niet in staat zou zijn de toegeëigende bedragen terug te betalen.

Het verweer van gedaagden wordt gepasseerd. Uit de feiten blijkt dat de stichting de opbrengst direct moest doorbetalen aan de Verkopers. Dat een veiling lang duurt doet aan de aansprakelijkheid volgens de rechtbank niets af. Hetzelfde geldt voor de lening die er volgens de bestuurders zou zijn. Volgens de rechtbank veronderstelt de aanwezigheid van een lening een mondelinge of schriftelijke leningovereenkomst en instemming van de wederpartij. Slechts het verwerken van de lening in de administratie doet geen lening ontstaan. Dat de bestuurders het geld niet privé hebben gebruikt, maakt hun handelen mogelijk iets minder kwalijk, maar neemt het onrechtmatige karakter van het handelen niet weg. Hetzelfde lot

ondergaat het verweer dat de bestuurders de intentie hebben gehad om het geld terug te betalen.

De rechtbank veroordeelt de bestuurders tot betaling van het niet-betaalde deel van de opbrengst die aan de Verkopers toekomt, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het moment dat de gelden zijn verduisterd.

J.W.P. Tulfer, april 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-01-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:551

Zaaknummer: C/10/629228/ HA ZA 21-1014

Rechters: N. Doorduijn

Advocaten: F.H.M. van Oorschot en W. van Veldhuizen

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Enquête OG245 B.V.

OK; enquête. Het gaat in deze zaak om een geschil tussen een minderheidsaandeelhouder en een meerderheidsaandeelhouder over de financiering van een onderneming die is opgericht voor de herontwikkeling van een voormalig poppodium in Utrecht. Voor de financiering van het project hebben de twee aandeelhouders afgesproken dat er verschillende externe geldleningen moeten worden aangetrokken, waaronder een geldlening bij de bestuurder en enig aandeelhouder van de meerderheidsaandeelhouder. De coronacrisis heeft echter tot gevolg gehad dat twee externe kredieten met € 2 miljoen werden beperkt. Tegen de zin van de minderheidsaandeelhouder in heeft de algemene vergadering daarom besloten tot een aandelenemissie om het tekort aan funding op te vangen. Zonder overleg met de minderheidsaandeelhouder zijn de aandelen gewaardeerd op € 1 per stuk, waardoor de vennootschap 2.900.000 aandelen moest uitgeven om het tekort aan funding te overbruggen. Nu de minderheidsaandeelhouder niet heeft geparticipeerd in deze emissie, is haar aandelenkapitaal sterk verwaterd. De minderheidsaandeelhouder verzoekt daarom de OK een onderzoek te bevelen. De bezwaren van de minderheidsaandeelhouder richten zich enerzijds tegen de rechtmatigheid van verschillende geldleningen van de vennootschap en anderzijds tegen de aandelenemissie. De OK oordeelt dat de eerste categorie bezwaren geen grond opleveren voor een onderzoek, maar dat de wijze waarop de emissie is vormgegeven wel gegronde reden oplevert om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Daarnaast benoemt de OK een tijdelijk commissaris.

Inleiding

Minderheidsaandeelhouder Vanak B.V. ('Vanak') heeft de OK (kort gezegd) verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van OG245 B.V. ('OG245'). Verder heeft Vanak de OK verzocht voor de duur van het geding onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zowel OG245, als Stadswaarde B.V., bestuurder en meerderheidsaandeelhouder van OG245 ('Stadswaarde'), hebben verweer gevoerd en daarbij de OK verzocht om Vanak niet-ontvankelijk te verklaren, althans het verzoek af te wijzen.

Verzoek

Aan het enquêteverzoek legt Vanak ten grondslag dat er gegronde redenen zijn tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij OG245. Stadswaarde zou als bestuurder hebben gehandeld met het doel zich als meerderheidsaandeelhouder te bevoordelen ten koste van de vennootschap en van Vanak als minderheidsaandeelhouder. De eerste bezwaren van Vanak richten zich tegen verschillende geldleningen die OG245 is aangegaan met IDvisie B.V. ('IDvisie'), de bestuurder en grootaandeelhouder van Stadswaarde. Vanak stelt niet alleen dat sprake is geweest van een ontoelaatbare belangenverstrengeling bij het aangaan van de leningen en bij de herfinanciering van een geldlening, maar ook dat de leningen in strijd met de wet, de statuten en de *shareholders agreement* zijn aangegaan tegen onzakelijke en onverantwoordelijke voorwaarden, waarmee Vanak slechts onder dreiging van aansprakelijkheid akkoord is gegaan. Verder heeft Stadswaarde als bestuurder toegelaten dat zij als aandeelhouder haar toezegging om € 1,5 miljoen *equity* beschikbaar te stellen niet is nagekomen.

De andere bezwaren van Vanak richten zich tegen een door Stadswaarde gerealiseerde aandelenemissie om het eigen vermogen van OG245 te versterken. Het gevolg van de emissie was verwatering van het aandelenkapitaal van Vanak van 25% naar slechts 0,0009%. Vanak stelt allereerst dat de emissie niet noodzakelijk was om de stichtingsbegroting sluitend te krijgen. Emissie was ook niet nodig geweest als Stadswaarde voor € 1,5 miljoen *equity* beschikbaar had gesteld. Het besluit tot emissie is bovendien in strijd geweest met de *shareholders agreement*. Volgens Vanak had het aandeelhoudersbesluit immers met een gekwalificeerde meerderheid aangenomen moeten worden en heeft de emissie enkel tot doel het aandelenkapitaal van Vanak te laten verwateren. Tot slot stelt Vanak dat de emissie tegen de nominale waarde in strijd is geweest met artikel 2:8 BW. De uitgifteprijs van de aandelen stond volgens Vanak immers niet in een redelijke verhouding tot de waarde van een aandeel en ook heeft Stadswaarde Vanak als minderheidsaandeelhouder onvoldoende geïnformeerd over de vaststelling van de uitgiftekoers. De waarde van de aandelen is immers op nihil gewaardeerd door een deskundige die is aangewezen door Stadswaarde, terwijl een andere

deskundige in opdracht van Vanak op een waarde van ruim € 5.000 per aandeel uitkwam. Desondanks heeft de emissie plaatsgevonden tegen een waarde van slechts € 1, waardoor het aandelenbelang van Vanak veel sterker is verwaterd dan wanneer de aandelen tegen een hogere waarde zouden zijn uitgegeven.

Beoordeling

Bij de beoordeling stelt de OK voorop dat tussen Vanak en Stadswaarde uitgebreid is onderhandeld over de financiering van OG245 en dat partijen uiteindelijk tot een akkoord zijn gekomen dat is vastgelegd in de statuten, de *shareholders agreement*. De eerste geldlening die IDvisie aan OG245 heeft verstrekt en de voorwaarden daarvan waren volgens de OK onderdeel van dit akkoord. Dat Vanak slechts onder bedreiging akkoord is gegaan met deze gang van zaken acht de OK niet aannemelijk. De bezwaren van Vanak ten aanzien van de geldleningen van OG245 kunnen daarom geen gegronde reden opleveren.

Ten aanzien van de emissie overweegt de OK dat deze niet strijdig was met de *shareholders agreement* en dat de noodzaak daarvan door Stadswaarde voldoende duidelijk was gemaakt. Stadswaarde heeft aangetoond dat de externe financiers een extra inbreng van € 2 miljoen eisten omdat het risicoprofiel van OG245 negatief was beïnvloed door de coronacrisis. Als Stadswaarde de € 1,5 miljoen *equity* had verstrekt, was dat dus ook nog ontoereikend geweest. De OK acht het daarom niet aannemelijk dat de emissie enkel is bedoeld om Vanak te verwateren. Daarnaast overweegt de OK dat uit de *shareholders agreement* blijkt dat een aandelenemissie tot de mogelijkheden behoort om meer eigen geld aan te trekken indien dat nodig wordt geacht. Anders dan Vanak betoogt, is voor een degelijke uitgifte géén gekwalificeerde meerderheid vereist. Ook op dit punt is de emissie naar het oordeel van de OK dus niet in strijd met de *shareholders agreement*.

Wel is de OK van oordeel dat de wijze waarop de emissie is vormgegeven een gegronde reden oplevert. De OK overweegt dat Stadswaarde er ernstig rekening mee had moeten houden dat Vanak niet haar voorkeursrecht zou uitoefenen, waardoor zij in haar aandelenbelang zou verwateren. Onder deze omstandigheden was het volgens de OK van groot belang dat de uitgiftekoers werd gebaseerd op een onafhankelijke waardering in een transparant proces. Als meerderheidsaandeelhouder en bestuurder had Stadswaarde de minderheidsaandeelhouder Vanak moeten betrekken bij de bepaling van de uitgiftekoers. Stadswaarde heeft dit echter ten onrechte nagelaten, waardoor de aandelenkoers is vastgesteld op slechts € 1. Deze gang van zaken roept de vraag op of de uitgiftekoers in redelijke verhouding stond met de waarde van de aandelen voorafgaand aan de emissie. De OK beveelt daarom een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van OG245 vanaf 1 januari 2020. De toestand van OG245 vergt het (bij wijze van onmiddellijke voorziening) benoemen van een tijdelijk commissaris, die kan

bevorderen dat de zorgplicht van OG245 ten opzichte van Vanak als minderheidsaandeelhouder in acht wordt genomen. De te benoemen commissaris mag het tevens tot zijn of haar taak rekenen te bezien of tussen partijen een minnelijk regeling getroffen kan worden.

J.K.G. Meijer, april 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-08-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:2635

Zaaknummer: 200.294.237/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, G. Boon RA en D. Koopmans

Advocaten: S.W. Holterman, O.L.M. Heuts, K.G.J.B. van Oosten en L.H.K. Peereboom-Bogers

Wetsartikelen: 2:345 BW, 2:350 BW en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Gewichthefster/Nederlandse Gewichthef Bond

Een sportbond heeft het lidmaatschap van een gewichthefster opgezegd. De gewichthefster stelt dat de opzegging onrechtmatig is, nu zij in feite functioneerde als klokkenluidster binnen de bond. Het hof stelt vast dat de beschuldigingen van de gewichthefster zodanig onsamenhangend en ongericht zijn dat het bestuur van de sportbond onder deze omstandigheden niet gehouden was daarnaar verder onderzoek te doen. Op grond van de statuten was het bestuur in de gegeven omstandigheden bevoegd het lidmaatschap op te zeggen.

De Nederlandse Gewichthef Bond ('NGB') is de nationale sportbond voor gewichtheffers, een sport die tot 2017 viel onder de Koninklijke Nederlandse Krachtsport & Fitness Federatie ('KNKF'), maar sindsdien als bond is opgericht om te voldoen aan de eisen van de International Weightlifting Federation ('IWF').

Appellante ('de Sportster') was lid van de NGB. De Sportster heeft zich, onder meer zonder zich daarvoor te kwalificeren, buiten de NGB om ingeschreven voor deelname aan het EK Masters. Eerder was zij reeds door de IWF geschorst wegens dopinggebruik. Na verwijten over en weer heeft de Sportster aangifte gedaan van smaad door bestuurders van de NGB. Op basis van de beschuldigingen van de Sportster heeft ook de NGB aangifte gedaan van smaad door de Sportster.

De NGB heeft vervolgens het lidmaatschap van de Sportster opgezegd, hetgeen volgens de Sportster onrechtmatig zou zijn gedaan. De statuten van de NGB bepalen onder meer dat het bestuur het lidmaatschap kan opzeggen indien het lid zijn verplichtingen niet nakomt of indien het lid de belangen van de NGB schaadt.

In eerste aanleg heeft de Sportster gevorderd dat de opzegging nietig zou zijn, dan wel vernietigd zou worden en dat de NGB toerekenbaar is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld, met veroordeling van de NGB tot een schadevergoeding. De rechtbank heeft kort gezegd geoordeeld dat de NGB heeft gehandeld in overeenstemming met haar statuten en dat

het besluit niet onzorgvuldig is genomen, waarbij de NGB in redelijkheid kon besluiten het lidmaatschap op te zeggen.

Het hof stelt vast dat de Sportster geen grieven richt tegen het oordeel dat de opzegging in strijd is met de statuten van de NGB. Nu zij hiertegen ook geen andere motivering heeft ingebracht, kan de vordering tot nietigverklaring of vernietiging niet worden toegewezen. Hetzelfde geldt voor de vordering gebaseerd op toerekenbare tekortkoming.

De Sportster stelt verder dat de opzegging onrechtmatig is, omdat dit feitelijk zou zijn voortgekomen uit het gegeven dat zij een klokkenluidster was die misstanden binnen de NGB heeft aangekaart. Het hof stelt voorop dat een geldig besluit mogelijk onrechtmatig kan zijn. Het hof stelt echter vast dat de beschuldigingen van de Sportster zelf voor onrust binnen de NGB hebben gezorgd en dat zij zich buiten de reglementen om heeft ingeschreven voor wedstrijden. Op grond van de statuten zijn dit gedragingen die kwalificeren als reden voor opzegging van het lidmaatschap. Bovendien heeft de Sportster niet het bestuur of de bondsraad gevraagd een onderzoek in te stellen naar deze misstanden, maar in plaats daarvan op sociale media en in mails uiteenlopende beschuldigingen geuit. Volgens het hof kan in deze omstandigheden niet van het bestuur worden verlangd om een diepgaand onderzoek naar deze beschuldigingen in te stellen.

Anders dan de Sportster stelt had zij wel degelijk een procedure bij het Instituut voor Sportrechtspraak (ISR) kunnen instellen, nu de NGB hierbij tot aan haar statutenwijziging via de KNKF was aangesloten. Ook zijn er geen andere redenen die van dien aard zijn dat de NGB niet tot opzegging had mogen overgaan. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt de Sportster in de kosten van het geding.

T.M. Goudzwaard, april 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-03-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:1801

Zaaknummer: 200.292.136/01

Rechters: J.H. Kuiper, I. Tubben en W.F. Boele

Advocaten: Z.M. Alaca en L.M. Goeree

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Stichting Omroep Limburg – vaststelling beloning OK-functionarissen en verhoging onderzoeksbudget

OK; enquête. De OK-functionarissen verzoeken de OK tot vaststelling van hun beloning op een bedrag dat hoger ligt dan het bezoldigingsmaximum uit de Wet normering topinkomsten. De ondernemingsraad maakt daartegen bezwaar. De OK acht een afwijking gerechtvaardigd, gelet op de complexiteit van de zaak, de omgeving waarin de OK-functionarissen hun taken moeten vervullen, de veelheid aan betrokken partijen en tegengestelde belangen, de mate waarin de verhoudingen waren verstoord en de noodzaak om op zeer korte termijn tot een oplossing te komen. Ook wijst de OK het verzoek tot verhoging van het onderzoeksbudget toe, nu dit gemotiveerd is toegelicht en de opgegeven werkzaamheden op zichzelf niet zijn betwist. In het bezwaar dat de onderzoekskosten te zwaar zouden drukken op de financiële situatie van de met publiek geld gefinancierde onderneming, ziet de OK per saldo te weinig grond om het verzoek af te wijzen.

Inleiding

In het enquêteonderzoek bij Stichting Omroep Limburg ('SOL') (zie OR 2021-0194) verzoeken de OK-bestuurder en OK-commissaris ('OK-functionarissen') tot vaststelling van hun beloning op een bedrag dat hoger ligt dan het bezoldigingsmaximum uit de Wet normering topinkomens (WNT). Op SOL is de WNT van toepassing. De onderzoeker verzoekt tot het verhogen van het onderzoeksbudget van € 70.000 naar € 115.606 exclusief btw. De ondernemingsraad van SOL maakt bezwaar tegen beide verzoeken.

Vaststelling beloning OK-functionarissen

De OK-functionarissen stellen dat een beloning van € 275 per uur exclusief btw passend is. Volgens de OK-functionarissen bestaat een spanning tussen enerzijds hetgeen van functionarissen van de OK wordt verwacht en anderzijds de toepasselijkheid van de WNT. De OK-functionarissen wijzen erop dat zij zich doorgaans direct beschikbaar moeten maken om te functioneren in een omgeving met zeer tegengestelde en aanzienlijke (governance)belangen, zowel op financieel als op persoonlijk vlak, en dat van hen wordt verwacht om op korte termijn tot normalisering en verbetering hiervan te komen. Niet zelden leidt dit tot aansprakelijkstellingen.

De ondernemingsraad stelt dat SOL een onderneming is die voor het grootste deel met publiek geld wordt gefinancierd. Er is zodoende geen reden om af te wijken van de WNT. In het geval de OK van de WNT zou afwijken, zou het middel van de enquête te kostbaar kunnen worden voor publieke instellingen. De ondernemingsraad gaat ervan uit dat er voldoende kandidaten zijn die de werkzaamheden willen verrichten, ook indien daar een lagere beloning tegenover staat.

De OK oordeelt dat de OK bij de vaststelling van de beloning van de OK-functionarissen niet gebonden is aan de WNT. De OK is namelijk geen partij in de zin van die wet (art. 1.1 sub c WNT). De OK overweegt dat gelet op het bijzondere karakter van OK-functionarissen het gerechtvaardigd kan zijn om af te wijken van de normen die zijn opgenomen in de WNT. De beantwoording van de vraag wat een redelijke beloning is, hangt af van de omstandigheden van het geval.

De OK neemt in aanmerking dat SOL een onderneming is die voor het grootste deel met publiek geld wordt gefinancierd. De OK acht in dit geval een afwijking gerechtvaardigd, gelet op de complexiteit van de zaak, de omgeving waarin de OK-functionarissen hun taken moeten vervullen, de veelheid aan betrokken partijen en tegengestelde belangen, de mate waarin de verhoudingen waren verstoord en de noodzaak om op zeer korte termijn tot een oplossing te komen. Dit alles stelt hoge eisen aan het functioneren van de OK-functionarissen en de van hen in dat kader verlangde kennis en vaardigheden. In deze zaak is daarnaast specifiek nog van belang dat de OK-functionarissen hun taken dienden te verrichten in een journalistieke omgeving, waarvan op voorhand verwacht kon worden dat het handelen van de OK-functionarissen nauwlettend gevolgd en uitgelicht zou worden, met een bijbehorend relatief hoog afbreukrisico. Alle factoren in ogenschouw nemend acht de OK de verzochte beloning van € 275 per uur exclusief btw (zonder beloningsmaxima per kalenderjaar) in dit geval redelijk.

Verhoging onderzoeksbudget

De onderzoeker heeft in zijn brief een beschrijving gegeven van de tot op heden verrichte werkzaamheden en van de nog te verrichten werkzaamheden. Volgens de door de onderzoeker overgelegde urenspecificatie is het initiële onderzoeksbudget niet toereikend om het onderzoek af te ronden, ondanks door hem getroffen maatregelen om de kosten te beperken.

De ondernemingsraad stelt dat de kosten van het onderzoek in de pas moeten lopen met het publieke karakter van de organisatie en zijn financiële positie, zoals ook de WNT normen stelt aan beloningen binnen de organisatie gezien het publieke karakter daarvan. De ondernemingsraad benadrukt dat haar bezwaar niet wordt ingegeven door de wijze waarop de onderzoeker uitvoering heeft gegeven aan het onderzoek.

De OK overweegt dat bij de vraag of de kosten van het onderzoek redelijk zijn, de aard en omvang van het onderzoek en de daarmee gemoeide (publieke) belangen in aanmerking genomen dienen te worden. De OK wijst het verzoek van de onderzoeker tot verhoging van het onderzoeksbudget toe, nu de onderzoeker gemotiveerd heeft toegelicht waarom de verhoging van het onderzoeksbudget noodzakelijk is en de werkzaamheden op zichzelf niet zijn betwist. In het bezwaar van de ondernemingsraad dat de (verhoogde) onderzoekskosten te zwaar zouden drukken op de financiële situatie van de onderneming die hoofdzakelijk wordt gefinancierd met publieke middelen, ziet de OK per saldo onvoldoende grond om het verzoek af te wijzen.

S.G.H. Nieuwendijk, april 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-03-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:689

Zaaknummer: 200.291.171/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, M.M.M. Tillema, J.M. de Jongh, E. Eeftink en M.J.R. Broekema

Advocaten: R.A.J.C. Huijs, M.J. Huisman, E. Jansberg en mr. dr. L.C.J. Sprengers

Wetsartikelen: 2:357 lid 4 BW, 2:350 lid 3 BW en 1.1 sub c Wet normering topinkomens

RECHTSPRAAK

Evemij B.V./Bestuurder

De bestuurder van een vennootschap wordt aansprakelijk gesteld, omdat de door hem bestuurde vennootschap is tekortgeschoten in de nakoming van een overeenkomst van geldlening. Volgens eiser is de bestuurder aansprakelijk voor deze tekortkoming, omdat hij is overgegaan tot turboliquidatie van de door hem bestuurde vennootschap, ten gevolge waarvan deze vennootschap haar verplichtingen uit hoofde van de geldleningsovereenkomst niet meer kon nakomen. Bovendien zou de bestuurder een bate hebben onthouden aan de vennootschap en dus aan diens schuldeisers, waaronder eiser in deze procedure. De rechtbank oordeelt echter dat de bestuurder niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor het niet voldoen van het nog openstaande deel van de geldvordering en dat de bestuurder evenmin aansprakelijk is, omdat hij een bate heeft onthouden aan de door hem bestuurde vennootschap. De vorderingen van eiser worden daarom integraal afgewezen.

De casus

Evemij B.V. ('Evemij') exploiteert een bedrijf dat zich onder andere bezighoudt met het beheren, exploiteren en vervreemden van onroerende zaken. In het verleden heeft Evemij samen met een andere vennootschap ('X B.V.') vastgoedobjecten aangekocht en ontwikkeld. Gedaagde in deze procedure ('de Bestuurder') is middellijk bestuurder van X B.V.

X B.V. is tijdens de kredietcrisis in liquiditeitsproblemen komen te verkeren, waardoor zij onder meer haar hypothecaire verplichtingen niet meer kon nakomen. Evemij heeft toen als hoofdelijk medeschuldenaar de hypothecaire verplichtingen voldaan. Ook heeft Evemij X B.V. een geldlening verstrekt, die in termijnen terugbetaald moest worden. Tot zekerheid van

terugbetaling heeft X B.V. aan Evemij een recht van hypotheek verstrekt op de aan X B.V. toebehorende onverdeelde helft van de kantoorgebouwen die zij samen hadden aangekocht en ontwikkeld. Daarnaast heeft de Bestuurder zich hoofdelijk borg gesteld voor de terugbetaling van een deel van de geldlening. Bij het einde van de looptijd van de leningsovereenkomst had X B.V. van het geleende bedrag nog niets afgelost.

Een paar jaar later heeft de Bestuurder aan de middellijk bestuurder van Evemij laten weten dat hij een bieding van € 1.100.000 had ontvangen van een derde-koper op een van de kantoorgebouwen ('het Kantoorgebouw'), in het kader van een door de Bestuurder en X B.V. voorgenomen gezamenlijke herontwikkeling van het Kantoorgebouw. Evemij heeft toen haar onverdeelde helft van het Kantoorgebouw voor een bedrag van € 550.000 (zijnde de helft van de overeengekomen koopprijs) verkocht en geleverd aan X B.V. Daarna heeft X B.V. het gehele Kantoorgebouw voor een bedrag van € 550.000 verkocht en geleverd aan een vennootschap van de Bestuurder, die het vervolgens voor een bedrag van € 1.400.000 heeft verkocht en geleverd aan een andere derde-koper dan degene die eerst in beeld was.

In 2020 is X B.V. na een turboliquidatie door de Bestuurder ontbonden en uit het handelsregister geschreven.

Het geschil

In de onderhavige procedure vordert Evemij veroordeling van de Bestuurder tot betaling van een geldsom, op te delen in twee vorderingen. Aan de eerste vordering ('Vordering 1'), legt Evemij ten grondslag dat X B.V. is tekortgeschoten in de nakoming van haar betalingsverplichtingen uit de overeenkomst van geldlening. De Bestuurder kan volgens Evemij als middellijk bestuurder van X B.V. in privé worden aangesproken voor betaling van de volledige vordering, omdat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De Bestuurder zou namelijk onrechtmatig gehandeld hebben door over te gaan tot turboliquidatie van X B.V., ten gevolge waarvan X B.V. haar verplichtingen uit hoofde van de geldleningsovereenkomst niet meer kon nakomen. Daarnaast zou de Bestuurder onrechtmatig hebben gehandeld door het Kantoorgebouw te verkopen voor een koopsom die € 300.000 hoger was dan de Bestuurder aan Evemij had meegedeeld, waardoor de Bestuurder een bate van € 150.000 heeft onthouden aan X B.V. (en dus aan diens schuldeisers) en in een andere vennootschap heeft laten vallen waarvan de Bestuurder bestuurder is.

Aan de tweede vordering ('Vordering 2') legt Evemij ten grondslag dat sprake is van een wilsgebrek (dwaling dan wel bedrog) in de koopovereenkomst. Evemij verzoekt om de Bestuurder te veroordelen tot betaling van € 150.000, zijnde de helft van het verschil tussen de werkelijke koopprijs van € 1.400.000 en de door de Bestuurder aan Evemij medegedeelde

verkoopprijs van € 1.100.000.

Beoordeling rechtbank

Met betrekking tot de beoordeling van Vordering 1 stelt de rechtbank voorop dat voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit is onder meer het geval bij schending van het Beklamel-criterium. Volgens de rechtbank kan het enkele feit dat de Bestuurder is overgegaan tot turboliquidatie van X B.V. niet tot het oordeel leiden dat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Sterker nog: het niet overgaan tot turboliquidatie maar het in plaats daarvan aanvragen van een faillissement levert misbruik van bevoegdheid op in het geval dat de vennootschap ten tijde van de (voorgenomen) ontbinding geen of nagenoeg geen activa omvat en er geen enkele aanleiding bestaat voor de verwachting dat in het faillissement activa zullen worden gegenereerd. Gesteld noch gebleken is dat X B.V. ten tijde van de turboliquidatie over eigen vermogen beschikte. Het had op de weg van Evemij gelegen om haar stelling nader te concretiseren en onderbouwen, maar dit heeft zij nagelaten.

Daarnaast heeft de Bestuurder gemotiveerd betwist dat hij met de verkoop van het Kantoorgebouw een bate heeft onthouden aan X B.V. Ter onderbouwing van zijn betwisting heeft hij aangevoerd dat de derde-koper met wie hij aanvankelijk het Kantoorgebouw zou gaan ontwikkelen, vlak voor de levering de stekker eruit heeft getrokken. Omdat X B.V. reeds kosten had gemaakt voor de ontwikkeling van het Kantoorgebouw, welke kosten zijn betaald door een andere vennootschap van de Bestuurder, heeft de Bestuurder ervoor gekozen de levering van het Kantoorgebouw via die vennootschap te laten lopen, om zo de kosten die reeds waren gemaakt, vergoed te krijgen. Volgens de Bestuurder betreft de meerprijs van € 300.000 slechts een vergoeding van de reeds gemaakte kosten voor de ontwikkeling van het Kantoorgebouw. Gelet op deze gemotiveerde betwisting had het op de weg van Evemij gelegen om haar stelling dat de Bestuurder door het Kantoorgebouw voor een hoger bedrag te verkopen onrechtmatig heeft gehandeld en daarmee een bate heeft onthouden aan de schuldeisers, nader te concretiseren. Dit heeft Evemij niet, althans onvoldoende, gedaan. Als gevolg daarvan kan niet worden geconcludeerd dat de Bestuurder door de verkoop onrechtmatig heeft gehandeld.

De rechtbank concludeert dat de Bestuurder niet persoonlijk aansprakelijk gesteld kan worden. Vordering 1 wordt daarom afgewezen.

Ten aanzien van Vordering 2 constateert de rechtbank dat de Bestuurder gemotiveerd heeft betwist dat sprake was van bedrog, omdat op het moment dat Evemij en X B.V. de

prijsafspraken maakten van € 1.100.000 er nog geen hoger bod lag waarvan Evemij op de hoogte gesteld had kunnen of moeten worden. Gelet op deze gemotiveerde betwisting had het op de weg van Evemij gelegen om feiten en omstandigheden te stellen waaruit zou volgen dat de Bestuurder opzettelijk onjuiste mededelingen heeft gedaan, dan wel opzettelijk dingen heeft verzwegen voor Evemij. Nu Evemij niet aan haar stelplicht op dit punt heeft voldaan, zal Evemij niet worden toegelaten tot bewijslevering.

Ook de stelling van Evemij dat zij zou hebben gedwaald bij het aangaan van de koopovereenkomst heeft zij – in het licht van de door de Bestuurder gevoerde gemotiveerde betwisting – onvoldoende onderbouwd. Evemij heeft weliswaar gesteld dat zij bij een juiste voorstelling van zaken de koopovereenkomst niet zou hebben gesloten, maar heeft dit niet onderbouwd.

Volgens de rechtbank kan daarom niet worden geconcludeerd dat de overeenkomst tot stand is gekomen onder invloed van een wilsgebrek, waardoor ook Vordering 2 moet worden afgewezen.

C.N. Perrick, april 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 02-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2022:870

Zaaknummer: C/18/202315/ HA ZA 20-243

Rechters: T.R. Hidma

Advocaten: A.K. Doornbosch en C.P.B. Kroep

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Daan Holding B.V./AIG Europe S.A.

Een verzekeraar weigert dekking te verlenen voor claims jegens de (indirect) bestuurders van een vennootschap, nu zij zich schuldig hebben gemaakt aan verduistering. Op grond van de polisvoorwaarden hoeft een claim die voortvloeit uit een misdrijf niet gedekt te worden. De vennootschap meent dat de verzekeraar ten onrechte geen dekking verleent. De rechtbank is van oordeel dat de handelswijze van de (indirect) bestuurders verduistering oplevert, nu zij het hebben toegestaan dat de vennootschap gelden die bestemd waren voor haar opdrachtgevers heeft gebruikt als werkkapitaal, althans de vennootschap bewust op deze wijze hebben laten handelen. Nu de claims waarvoor de verzekeringnemer dekking heeft verzocht als gevolg van deze verduistering zijn ontstaan, heeft de verzekeraar volgens de rechtbank terecht geweigerd dekking te verlenen.

Daan Holding B.V. ('Daan Holding') heeft bij verzekeraar AIG Europe S.A. ('AIG') een aansprakelijkheidsverzekering afgesloten voor bestuurders van ondernemingen ('de Verzekeringsovereenkomst'). Volgens de polisvoorwaarden is Daan Holding verzekeringnemer.

Daan Holding hield alle aandelen in de werkmaatschappij Daan Auctions (Nederland) B.V. ('Daan Auctions'), en was daarvan tevens bestuurder. Daan Auctions verzorgde internetveilingen en maakte bij haar bedrijfsactiviteiten gebruik van de Stichting Beheer Derdengelden Daan ('de Stichting'). De Stichting is op 25 oktober 2017 ontbonden. Vervolgens is Daan Auctions de bankrekening van de Stichting gaan gebruiken, waarop de veilingopbrengsten werden geïnd. Deze veilingopbrengsten zouden op grond van de algemene voorwaarden van Daan Auctions, onder aftrek van de aan Daan Auctions toekomende bedragen, aan de opdrachtgevers van Daan Auctions worden overgemaakt.

Daan Auctions is op 17 april 2018 in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de direct en indirect bestuurders van Daan Auctions ('de Bestuurders') aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. Rechtbank Amsterdam heeft deze vordering van de curator bij vonnis van 7 oktober 2020 (ECLI:NL:RBAMS: 2020:5372, zie OR 2021-0125) toegewezen. De rechtbank heeft daarbij overwogen dat de keuze van de Bestuurders om de bedrijfsvoering van Daan Auctions, dat sinds 2013 financieel toenemend in zwaar weer verkeerde, met gebruikmaking van aan haar opdrachtgevers toekomende gelden voort te zetten, ervoor heeft gezorgd dat de vorderingen van de crediteuren in de periode vanaf 2013 tot het faillissement zijn toegenomen. De curator heeft aannemelijk weten te maken dat het gebruik gaan maken van de veilingopbrengsten in de jaren vanaf 2013, in plaats van de bedrijfsactiviteiten te stoppen of externe financiering aan te zoeken, een belangrijke en voorzienbare oorzaak van het faillissement is geweest. De rechtbank heeft de Bestuurders dan ook hoofdelijk veroordeeld tot betaling van het boedeltekort van Daan Auctions wegens onbehoorlijk bestuur.

Daan Holding heeft AIG verzocht om dekking onder de polis vanwege haar voormelde aansprakelijkheid. AIG heeft 'uit coulance' de kosten van verweer van de Bestuurders vergoed, maar geweigerd dekking te verlenen voor de aansprakelijkheidsclaim. Daarop is Daan Holding onderhavige procedure tegen AIG gestart bij de rechtbank Rotterdam.

Ook aansprakelijkstellingen van de Bestuurders door opdrachtgevers van Daan Auctions volgden; de Bestuurders werden aansprakelijk gehouden voor onbetaald gebleven vorderingen tot afdracht van veilingopbrengsten. Ook ten aanzien van deze claims heeft AIG geweigerd dekking te verlenen. De door twee van deze opdrachtgevers, tevens aanvragers van het faillissement van Daan Auctions ('de Crediteuren'), gestarte procedure bij de rechtbank Amsterdam is gevoegd met onderhavige zaak.

In onderhavige procedure vordert Daan Holding (i) een verklaring voor recht dat AIG tekortschiet in haar verplichtingen uit hoofde van de Verzekeringsovereenkomst door jegens de Bestuurders dekking te weigeren voor de claims van de curator en de Crediteuren, (ii) veroordeling van AIG tot nakoming van de Verzekeringsovereenkomst door jegens de Bestuurders dekking te verlenen voor de claims van de curator en de Crediteuren en een voorschot daarop, en (iii) veroordeling van AIG tot betaling aan Daan Holding van de schade die Daan Holding lijdt ten gevolge van de tekortkoming zoals voornoemd, nader op te maken bij staat, en een voorschot daarop.

AIG doet een beroep op de polisvoorwaarden, die voorschrijven dat een claim niet gedekt hoeft te worden als deze voortvloeit uit, gebaseerd is op of toe te schrijven is aan het feitelijk plegen van een misdrijf of een opzettelijke misdrijving, met inbegrip van een frauduleuze handeling. Volgens AIG hebben de Bestuurders zich schuldig gemaakt aan het misdrijf

verduistering, zodat AIG niet gehouden is de aansprakelijkheidsclaim van de Bestuurders te dekken.

De rechtbank acht het standpunt van AIG dat sprake is van het misdrijf verduistering, juist. Tijdens de mondelinge behandeling is erkend dat Daan Auctions slechte resultaten boekte en dat daarom de veilingopbrengsten die bestemd waren voor opdrachtgevers zijn gebruikt als werkkapitaal. Dit levert, aldus de rechtbank, verduistering op zoals bedoeld in artikel 321 van het Wetboek van Strafrecht. De Bestuurders hebben deze handelswijze niet alleen toegestaan, maar hebben Daan Auctions bewust op deze wijze laten handelen. Juist die handelswijze heeft uiteindelijk geleid tot de claims waarvoor Daan Holding nu dekking onder de polis verzoekt. De rechtbank wijst de vorderingen van Daan Holding dan ook af.

De rechtbank laat het niet-ontvankelijkheidsverweer van AIG, waarin zij aanvoert dat Daan Holding niet vorderingsgerechtigd is omdat Daan Holding slechts verzekeringnemer en geen verzekerde is, in het midden. Ook als Daan Holding wel een vorderingsrecht heeft, dan kan de vordering om inhoudelijke redenen niet toegewezen worden, aldus de rechtbank.

L.L. Bakker, april 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 16-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:1980

Zaaknummer: C/10/618580 / HA ZA 21-429

Rechters: N. Noorduijn

Advocaten: D.K. Baas, W. van Veldhuizen en L. Carrière-Verlinden

Wetsartikelen: 3:296 BW, 6:74 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Decertificering Osuro Holding

Een houder van certificaten vordert in kort geding dat de StAK meewerkt aan teruglevering van de aandelen en intrekking van de certificaten. Omdat de administratievoorwaarden de mogelijkheid tot het verzoeken van decertificering door de certificaathouder uitsluit, beroept eiser zich op de redelijkheid en billijkheid. De voorzieningenrechter wijst de vordering af omdat de gronden voor certificering nog steeds aanwezig zijn. Voor nader onderzoek van de over en weer gestelde feiten is in het bestek van een kort geding geen plaats. Met wenk.

Feiten

Eiser in het kort geding was aanvankelijk de directeur-groootaandeelhouder van Osuro Holding B.V. ('Osuro'). De huisbankier van Osuro, de ING Bank, stuurt begin 2017 een brief aan eiser waarin zij aangeeft dat zij zich zorgen maakt over de voortzetting van de bancaire relatie met Osuro. Zo zou onduidelijk zijn wat er gebeurd is met de 18 miljoen euro die Osuro ontving na verkoop van een deelneming. Ook zouden grote bedragen ontvangen zijn van bedrijven uit de Verenigde Arabische Emiraten. Daarnaast zou eiser tijdens diverse gesprekken met ING gewag hebben gemaakt van dubieuze termen, zoals 'interpol', 'inlichtingendiensten' en 'truukjes van regeringen'. ING dreigde de kredietrelatie met Osuro te beëindigen, maar zag daar uiteindelijk (voorlopig) van af, als eiser zou terugtreden uit de bedrijfsleiding van Osuro. Een optie die ING nadrukkelijk daartoe aandraagt, is dat de aandelen in Osuro door een StAK zullen worden beheerd. Eiser mag wel zitting nemen in het bestuur van de StAK, maar geen doorslaggevende stem hebben.

Aldus geschiedde. Er wordt een StAK opgericht en eiser draagt aan de StAK alle aandelen in Osuro over in ruil voor certificaten. Een van de kinderen van eiser wordt bestuurder van de StAK. In de administratievoorwaarden wordt nadrukkelijk opgenomen dat de certificaten niet op verzoek van de certificaathouder royeerbaar zijn.

Eiser krijgt het gevoel dat zijn kinderen hem stapsgewijs 'onteigenen'. Zo hebben zij in de loop van 2018 de rechtbank verzocht eiser onder curatele te stellen. Hoewel de rechtbank aanvankelijk alleen een provisioneel bewindvoerder over alle (toekomstige) goederen die toebehoren aan eiser had benoemd, wees zij bij latere beschikking de ondercuratelestelling toe. De rechtbank overwoog daarbij dat voldoende is komen vast te staan dat eiser lijdt aan een geestelijke toestand, waardoor hij tijdelijk of duurzaam zijn belangen niet kan behartigen.

Ook vorderen zijn kinderen betaling van een openstaande rekening-courantschuld van eiser, ter zekerheid waarvan zij conservatoir beslag hebben gelegd op zijn certificaten en zijn woning. Als het beslag wordt geëxecuteerd, is voor de kinderen de onteigening rond, aldus eiser.

Vorderingen

Ter bescherming van zijn belangen vordert eiser in kort geding de StAK te veroordelen om de aandelen in Osuro aan hem over te dragen, onder intrekking van de certificaten van deze aandelen. Omdat hij volgens de administratievoorwaarden niet bevoegd is om royerling van de certificaten te verzoeken, baseert hij zijn vordering op de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Eiser stelt dat gelet op de omstandigheden van het geval een redelijk handelend stichtingsbestuur niet zijn medewerking aan decertificering mag onthouden.

Oordeel

De voorzieningenrechter overweegt dat het niet aannemelijk is dat een soortgelijke vordering in een bodemprocedure zou worden toegewezen, zodat het niet verantwoord is daar door het treffen van een ordemaatregel in kort geding op vooruit te lopen. Zowel de hoge drempel van het tweede lid, als de lichtere toets van het eerste lid van artikel 2:8 BW worden volgens de voorzieningenrechter niet gehaald. De rechter overweegt dat het bij het optuigen van de StAK-constructie nadrukkelijk de bedoeling leek te zijn dat de certificaten niet op verzoek van de houder royeerbaar zijn. Dit was immers een voorwaarde van ING, waarmee eiser indertijd heeft ingestemd. Bovendien hadden personen die dichtbij hem stonden zorgen over zijn gedrag, waaronder de besteding van grote sommen (contant) geld, zodat de certificering plaatsvond om de belangen van Osuro te beschermen.

Ook is de voorzieningenrechter er niet van overtuigd dat eiser weer in staat is Osuro zelf te leiden. Zijn kinderen menen dat hij nog steeds een verwarde, wantrouwende indruk maakt en dat hij op de laatste certificaathoudersvergadering van eind 2021 verbaal agressief was, onsamenhangend sprak en niet uit de vragen kwam die hij voor zichzelf op papier had gezet. De juistheid van de stellingen van zowel eiser als Osuro over de mate waarin eiser wel of niet in staat is op te treden als bestuurder van Osuro vergt nader onderzoek, dat niet in het kader

van een kort geding kan worden uitgevoerd.

De voorzieningenrechter oordeelt dat voorshands voldoende aannemelijk is dat de gronden voor certificering nog steeds aanwezig zijn. Alleen al gelet hierop kan binnen het bestek van een kort geding niet geoordeeld worden dat de weigering om mee te werken aan de decertificering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, en zelfs niet dat dit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Hij wijst de vordering dan ook af.

WENK

Omdat de administratievoorwaarden royerling op verzoek van de certificaathouder nadrukkelijk uitsluiten, heeft eiser geen keus dan zijn vordering tot decertificering te baseren op de redelijkheid en billijkheid. Eiser koos ervoor deze vordering in te stellen in kort geding. Bij voorbaat kansloos is zo'n vordering niet. In een van de (vele) procedures die voortkwamen uit het faillissement van de Z-groep lukte het de curatoren ook om de voorzieningenrechter te bewegen de StAK te veroordelen tot overdracht van de aandelen en intrekking van de certificaten (zie OR 2020-0125). Maar moeilijk is het wel. De vraag of een beroep op de redelijkheid en billijkheid in een bodemprocedure waarschijnlijk zal worden toegewezen, vergt inhoudelijk onderzoek waarvoor in kort geding in beginsel geen plaats is. Hier loopt de vordering van eiser dan ook op stuk.

Eiser had er eventueel ook voor kunnen kiezen zijn vordering in te stellen bij de OK. Als houder van alle certificaten is hij daar in beginsel toe bevoegd en ook de OK kent een spoedprocedure. Het voordeel van een enquêteprocedure is dat de OK in elke stand van het geding onmiddellijke voorzieningen kan treffen, indien dit, gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon. Dat is dus een andere toets dan de 'gewone' voorzieningenrechter, die vooruit moet lopen op de uitkomsten van een latere bodemprocedure. Weliswaar kan de OK een voorlopige voorziening alleen maar toewijzen als sprake is van gegronde reden om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen, maar het is niet uit te sluiten dat de OK in dit verband makkelijker te overtuigen was geweest dan de 'gewone' voorzieningenrechter.

Er vallen mij twee punten op aan het vonnis. De voorzieningenrechter lijkt niet de vraag te stellen of eiser wel een vordering op grond van artikel 2:8 BW kan instellen. Daarvoor is vereist dat hij als certificaathouder behoort tot degenen die bij de organisatie van de StAK zijn betrokken. Het is verdedigbaar dat indien de certificaathouder geen rechten binnen de organisatie van de stichting kan uitoefenen, hij niet kwalificeert als betrokken bij de organisatie van die stichting. Het vonnis spreekt echter wel over een 'vergadering van

certificaathouders'. Mocht die vergadering bepaalde rechten hebben binnen de organisatie van de stichting, dan is aan te nemen dat de certificaathouder valt onder het bereik van artikel 2:8 BW. Een en ander blijkt verder niet uit het vonnis.

Daarnaast spreekt de voorzieningenrechter over zowel de 'hoge drempel' van het tweede lid van artikel 2:8 BW als de 'lichtere toets' van het eerste lid. Het klopt dat de formulering van het tweede lid ('*onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid*') strenger is dan die van het eerste lid ('*door de redelijkheid en billijkheid gevorderd*'). Dit komt omdat het eerste lid vooral ziet op de gedragsregulerende functie van de redelijkheid en billijkheid, en het tweede lid op de derogerende werking. Een beroep op de derogerende werking slaagt dan alleen indien toepassing van een tussen partijen geldende regel onaanvaardbaar is.

De voorzieningenrechter lijkt echter in het midden te laten welk lid hij moet toepassen. Lid 2 lijkt mij specifiek te zien op de vraag of de StAK een beroep toekomt op de administratievoorwaarden, waarin de mogelijkheid voor een certificaathouder om decertificering te verzoeken is uitgesloten. Maar strikt genomen vordert eiser dit niet. Hij vordert dat (het bestuur van) de StAK juist zelf tot decertificering moet overgaan, omdat hij meent dat een redelijk handelend stichtingsbestuur aldus zou moeten handelen. Deze vordering zou mijns inziens beoordeeld moeten worden aan de hand van het eerste lid van artikel 2:8 BW.

S.L. Haanschoten, april 2022

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 09-02-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:873

Zaaknummer: C/09/622902 / KG ZA 21 -1256

Rechters: H.J. Vetter

Advocaten: M.P. Dol, A.C.C. Geerts en S.M. Campmans

Wetsartikelen: 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Pavema Viride B.V./Aliquam Investments B.V. c.s.

Een aandeelhouder van een gefailleerde vennootschap spreekt de overige aandeelhouders aan wegens het tekortschieten in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst en op grond van onrechtmatige daad. Een van de aandeelhouders is tevens de bestuurder en wordt ook in die hoedanigheid aansprakelijk gesteld. De rechtbank wijst alle vorderingen af; zij volgt de uitleg die de aandeelhouder geeft aan de aandeelhoudersovereenkomst niet en volgt de aandeelhouder ook niet in de feiten die zouden moeten leiden tot een onrechtmatige daad.

De aandelen in VerdiTec B.V. ('VerdiTec') worden gehouden door Pavema Viride B.V. ('Pavema'), Aliquam Investments B.V. en een derde aandeelhouder, die ook altijd enig bestuurder is geweest ('de Bestuurder'). De drie aandeelhouders hebben een aandeelhoudersovereenkomst gesloten. Op 28 april 2020 is VerdiTec failliet verklaard. Blijkens het faillissementsverslag is de oorzaak van het faillissement gelegen in het niet succesvol op de markt kunnen brengen van nieuwe technologieën. Volgens de bevindingen van de curator is geen sprake geweest van onbehoorlijk bestuur.

Pavema vordert betaling van de overige aandeelhouders ('Aliquam c.s.') omdat deze laatsten zijn tekortgeschoten in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst en onrechtmatig hebben gehandeld jegens Pavema. Aliquam c.s. hebben (onder meer) een inbrengverplichting en garantiebepalingen uit de aandeelhoudersovereenkomst geschonden en de vereiste intellectuele eigendom en kennis niet in VerdiTec ingebracht. Pavema stelt dat de Bestuurder ofwel haar volstrekt verkeerd heeft ingelicht over de ontwikkelde techniek en de marktvraag daarnaar, ofwel een verkeerde indruk heeft gegeven van eigen kennis en kunde. Ook heeft de Bestuurder haar taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld. De enige verklaring voor het volstreekte gebrek aan verkopen, winst en omzet is dat de Bestuurder niet naar nieuwe klanten heeft gezocht en het contact met potentiële klanten heeft verwaarloosd.

De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van enig adequaat onderbouwd rechtens relevant

verwijt van Pavema, mede in het licht van de gemotiveerde betwisting door Aliquam c.s.

Uit de stellingen van Pavema kan niet worden opgemaakt dat een bepaling uit de aandeelhoudersovereenkomst is geschonden. Het is duidelijk dat partijen teleurgesteld zijn in de toekomstverwachtingen van VerdiTec. De rechtbank ziet niet in op welke wijze garanties en toezeggingen uit de aandeelhoudersovereenkomst zijn geschonden door een gebrek aan deskundigheid van de Bestuurder. Wellicht heeft de Bestuurder zich wat optimistisch uitgelaten; dit kan echter niet de stelling dragen dat Pavema op onrechtmatige wijze is misleid. Optimisme is ondernemers eigen, aldus de rechtbank. Problemen hebben zich voorgedaan en risico's zijn gerealiseerd die een verschaffer van risicodragend vermogen dreigt te lopen. Pavema heeft in redelijkheid niet kunnen menen dat haar inbreng in VerdiTec niet risicodragend was. De uitleg van de aandeelhoudersovereenkomst brengt ook niet mee dat Pavema financieel gecompenseerd diende te worden in geval van teleurstellende resultaten.

De rechtbank is verder van oordeel dat uit de stellingen van Pavema en de overgelegde producties niet kan worden afgeleid dat de Bestuurder haar taak ernstig verwijtbaar onzorgvuldig heeft vervuld. Dat de overige aandeelhouders tot de conclusie zijn gekomen dat het niet meer aantrekkelijk was om verder in VerdiTec te investeren, vindt de rechtbank niet onbegrijpelijk. De slechte solvabiliteitspositie waarin VerdiTec is komen te verkeren, is volgens de rechtbank ook niet veroorzaakt doordat de Bestuurder VerdiTec stuurloos had gemaakt. De rechtbank oordeelt dat het in de rede ligt dat de Bestuurder het faillissement van VerdiTec had aangevraagd, omdat hij geen bestuurder van een insolvente vennootschap wilde zijn en door een geschil tussen de aandeelhouders ook niet tot overeenstemming over de liquidatie gekomen kon worden.

De rechtbank wijst derhalve alle vorderingen van Pavema af en heft de door Pavema gelegde beslagen op.

A.C. Frentz, april 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-02-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:1436

Zaaknummer: C/10/601606 / HA ZA 20-749

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: W. Buikstra en M.W. Huijzer

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ontslagen bestuurder/Moeder- en dochtervennootschap

Een statutair bestuurder stelt zich niet constructief op bij de verkoop van de vennootschap en wordt door de moedervennootschap ontslagen. Hij vecht het ontslagbesluit aan. De rechtbank oordeelt dat het besluit rechtsgeldig is, dat de vennootschap een redelijke grond had voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar dat de bestuurder recht heeft op een ontslagvergoeding op grond van de redelijkheid en billijkheid.

Feiten

Verzoeker ('de Bestuurder') is in 2016 als algemeen directeur en statutair bestuurder in dienst getreden van Y B.V. ('de Vennootschap'). Binnen het bestuur van de Vennootschap was de Bestuurder als uitvoerend bestuurder belast met het operationele beleid. Daarnaast was A toezichthoudend bestuurder van de Bestuurder en A is ook enig bestuurder van X B.V., de moedervennootschap van de Vennootschap ('de Moedervennootschap'). Vanwege de tegenvallers bij de doorstart van enkele dochtervennootschappen en gezien de bij de brancheontwikkeling achterblijvende resultaten van de groep waarvan de Vennootschap deel uitmaakt, is in 2020 door de Moedervennootschap besloten te streven naar de verkoop van (de aandelen in) deze groep binnen vijf jaar, een 'exit'-strategie dus. De toezichthoudend bestuurder heeft dit aan de Bestuurder meegedeeld. Vervolgens heeft de Moedervennootschap aan een adviesbureau opdracht gegeven om samen met de Bestuurder het verkoopproces in te richten. In een 'information memorandum' werd de reden voor de verkoop genoemd. Het memorandum werd in april 2021 naar zowel potentiële 'strategic buyers' als 'private equity buyers' gestuurd. De voorkeur van de Bestuurder ging, ook met het oog op zijn eigen positie na verkoop, uit naar een 'private equity buyer'. Vanaf medio 2020 spraken de Moedervennootschap en de Bestuurder over diens arbeidsvoorwaarden. Omdat deze (ver) boven het marktgemiddelde lagen, bestond de vrees dat die bij de verkoop van de Vennootschap belemmerend zouden werken. Gesprekken met gegadigden hebben in mei 2021 geleid tot 'non binding offers' van onder meer onderneming Z ('de Koper') – een 'strategic

buyer' – en een 'private equity buyer'. Het adviesbureau heeft bij de Moedervernootschap gemeld dat de Bestuurder in gesprekken met strategische kopers een negatiever beeld schetste van de orderportefeuilles en de resultaatprognoses dan hij in het gesprek met een 'private equity buyer' deed. In augustus 2021 bleek dat de Koper geïnteresseerd was in een overname van de Vennootschap, maar dan zonder de Bestuurder. Naar aanleiding van die eis hebben de Moedervernootschap en de Bestuurder zes keer met elkaar gesproken over de condities waaronder hij de Vennootschap zou willen verlaten. Vervolgens heeft de Moedervernootschap de Bestuurder per e-mail in kennis gesteld van haar voornemen om de Bestuurder (ingevolge artikel 18 van de statuten buiten vergadering) te ontslaan als bestuurder van de Vennootschap. Bij deze e-mail ontving de Bestuurder ook een 'Beëindigingsvoorstel op hoofdlijnen'. Daaropvolgend heeft de Bestuurder schriftelijk zijn raadgevende stem uitgebracht en een dag later heeft de Moedervernootschap buiten vergadering besloten om de Bestuurder als statutair bestuurder van de Vennootschap te ontslaan.

De Bestuurder verzoekt primair onder meer dat het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit nietig althans vernietigbaar is en subsidiair voor recht te verklaren dat de arbeidsovereenkomst zonder redelijke grond is opgezegd en de Vennootschap aldus ernstig verwijtbaar jegens hem heeft gehandeld, met veroordeling van de Vennootschap tot betaling van een billijke vergoeding.

Oordeel

Vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit

Ten aanzien van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit oordeelt de rechtbank dat aan de statutaire vereisten is voldaan. Het gehele aandelenkapitaal is vertegenwoordigd bij de buiten vergadering gehouden aandeelhoudersvergadering en de Bestuurder is met algemene stemmen ontslagen. Hij was tijdig opgeroepen, hij wist waartegen hij zich te verweren had en heeft zijn raadgevende stem uitgebracht. Bij een ontslagbesluit buiten vergadering is geen gelegenheid voor nadere gedachtewisseling tussen bestuurders die hun raadgevende stem hebben uitgebracht. Hoewel de toezichthoudend bestuurder van de Vennootschap ook optrad namens de Moedervernootschap, levert deze combinatie van kwaliteiten geen tegenstrijdig belang op omdat de belangen van de beide vennootschappen parallel liepen. Het ontslagbesluit is dan ook rechtsgeldig, waarmee ook aan de arbeidsovereenkomst een einde is gekomen.

Redelijke grond

Bij de beoordeling van de gronden voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst, geldt het uitgangspunt dat een aandeelhouder erop moet kunnen rekenen dat de bestuurder zich voegt

naar wat de moederverennootschap met haar (klein)dochter(s) voorheeft en dat een bestuurder in hoge mate afhankelijk is van het vertrouwen dat de aandeelhouder in hem stelt. De rechtbank houdt het ervoor dat de Bestuurder zich er als bestuurder volledig voor had in te zetten dat het verkoopproces voor de Moederverennootschap succesvol kon worden afgerond. Partijen verschillen van mening over de vraag of de Bestuurder zich in zijn contacten met gegadigden (al te zeer) heeft laten leiden door zijn eigen belang bij de uitkomst hiervan. Het adviesbureau heeft geconstateerd dat de verhouding tussen de toezichthoudend bestuurder en de Bestuurder in de loop van 2021 gespannen raakte. Het adviesbureau heeft bij de Moederverennootschap ook zijn zorgen geuit over de in zijn ogen weinig constructieve opstelling van de Bestuurder jegens de Koper. De Moederverennootschap mocht op grond hiervan als aandeelhouder uiteindelijk, óók in het licht van de besprekingen met de Bestuurder begin september 2021 over een oplossing waarbij hij bij een verkoop aan de Koper het veld zou ruimen, besluiten om niet met hem als bestuurder door te gaan. De Moederverennootschap kon er immers niet langer op vertrouwen dat de Bestuurder de belangen van de aandeelhouder in de contacten met de Koper, of in het verdere verkoopproces, zou dienen en zijn eigen belang daarbij ten achter zou stellen. Dat er een scherp verschil van inzicht tussen de Moederverennootschap en de Bestuurder bestond, blijkt tevens uit hetgeen de Bestuurder in oktober 2021, in reactie op het ontslagvoornemen, schreef, zulks in vergelijking met de onderbouwing van het daaropvolgende ontslagbesluit. Voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de Bestuurder had de Verennootschap daarom een redelijke grond.

(Billijke) vergoeding

Er is geen sprake van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de Verennootschap, waardoor het verzoek van de Bestuurder om toekenning van een billijke vergoeding faalt. De rechtbank oordeelt wel dat de Moederverennootschap een (financieel) belang had dat met de Bestuurder overeenstemming zou worden bereikt over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst tegen een moment voorafgaand aan de mogelijke aandelenoverdracht aan de Koper. De verennootschappen hadden zich in die onderhandelingen over en weer te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Daaruit vloeide voor de verennootschappen de verplichting voort om hun gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde verwachting van de Bestuurder. Die redelijke verwachting was dat hem een beëindigingsvoorstel zou worden gedaan dat ertoe kon leiden dat de arbeidsovereenkomst bij een verkoop aan de Koper met wederzijds goedvinden zou eindigen. Door hem vervolgens eenzijdig ontslag aan te kondigen en het gedane voorstel om hem een ontslagvergoeding te betalen uiteindelijk geen gestand te doen, zijn de Moederverennootschap (als aandeelhouder) en de Verennootschap (als werkgever) jegens de Bestuurder in hun verplichtingen jegens hem tekortgeschoten. De rechtbank veroordeelt de verennootschappen tot betaling van een

ontslagvergoeding.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 16-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:1174

Zaaknummer: C/16/ 531722 / HA RK 21/324 LH/1040

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: J.L.G.M. Verwiel en C.L.C. Reynaers

Wetsartikelen: 7:682 BW

RECHTSPRAAK

Equity Partner/Deloitte Holding B.V.

In deze zaak staat de vraag centraal of de overeenkomst van (de persoonlijke bv van) een Equity Partner van Deloitte kwalificeert als arbeidsovereenkomst. Evenals de kantonrechter oordeelt het hof dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.

Feiten

Verzoeker ('de Partner') is op 1 november 2006 op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst getreden van Deloitte Holding B.V. ('Deloitte') en te werk gesteld bij Deloitte Belastingadviseurs B.V, waar hij laatstelijk werkzaam is geweest als 'Director'. De Partner is als fiscalist gespecialiseerd in het geven van adviezen over omzetbelasting. Per 1 juni 2014 is de arbeidsovereenkomst van de Partner met wederzijds goedvinden beëindigd en heeft een afrekening plaatsgevonden van hetgeen op grond van de arbeidsovereenkomst nog verschuldigd was. Met ingang van 1 juni 2014 zijn Deloitte en Deloitte Belastingadviseurs B.V. enerzijds en de Partner en de door hem opgerichte management-bv anderzijds onder meer een 'aansluitingsovereenkomst' aangegaan, op grond waarvan de Partner als Equity Partner werkzaamheden voor Deloitte is gaan verrichten. Bij brief van 29 juni 2020 heeft Deloitte de aansluitingsovereenkomst met de Partner en zijn bv tegen 31 december 2020 opgezegd.

De Partner verzoekt primair onder meer de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Deloitte te vernietigen, doorbetaling van het loon en wedertewerkstelling in zijn functie van Equity Partner van Deloitte en Deloitte Belastingadviseurs B.V. tot aan de dag waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig zal zijn geëindigd. Subsidiair verzoekt hij veroordeling van Deloitte tot betaling van diverse vergoedingen. De kantonrechter heeft de verzoeken afgewezen. Naar het oordeel van de kantonrechter was weliswaar nog steeds sprake van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, maar niet van een loonbetalingsverplichting en evenmin van een gezagsverhouding. Tegen dit oordeel keert de Partner zich in hoger beroep.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt.

Wederzijds beoogde rechten en verplichtingen

De rechten en verplichtingen van partijen vanaf 1 juni 2014 zijn uitvoerig op schrift gesteld in een aantal stukken, waaronder de aansluitingsovereenkomst. Bij de uitleg van hetgeen partijen zijn overeengekomen dient het hof te onderzoeken welke betekenis partijen over en weer redelijkerwijs aan deze stukken mochten toekennen en hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Ook de gedragingen van partijen na het sluiten van de aansluitingsovereenkomst (de wijze waarop de Partner met zijn persoonlijke vennootschap en Deloitte daaraan feitelijk uitvoering hebben gegeven) zijn van belang voor de aan die overeenkomst te geven uitleg. De rechtsverhouding tussen partijen wordt verder beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Vanwege de maatschappelijke positie van de Partner en uit het bewust beëindigen van de arbeidsovereenkomst, mochten partijen verwachten dat de aansluitingsovereenkomst een andersoortige samenwerking dan uit arbeidsovereenkomst zou zijn.

Kwalificatiefase: geen sprake van loon

De Partner had na 1 juni 2014 geen recht meer op loon van Deloitte, maar zijn beloning werd vastgesteld conform de NWE Partnershipagreement. Dit hield in dat zijn beloning verliep via zijn persoonlijke vennootschap waarmee hij de aansluitingsovereenkomst met Deloitte en Deloitte Belastingadviseurs B.V was aangegaan. Deloitte droeg voor de Partner na 1 juni 2014 ook geen loonbelasting en sociale premies meer af; evenmin verstrekke Deloitte nog loonstrookjes. De honorering van de Partner verliep dus via de vennootschap. De hoogte van de honorering hield niet alleen verband met de prestaties van de Partner, maar eveneens met de winst van Deloitte: in een financieel minder jaar van Deloitte was de winstuitkering/honorering lager. Ook dit wijst op een ondernemersbeloning, in tegenstelling tot het loon van een Director in loondienst (de functie van de Partner voorafgaande aan 1 juni 2014). Deze heeft – ongeacht of het goed of slecht gaat met Deloitte – iedere maand recht op het vastgestelde loon. De door de vennootschap ontvangen vergoedingen waren onderworpen aan vennootschaps- en omzetbelasting en de Partner heeft een loonbeschikking aangevraagd bij de Belastingdienst. De Partner deed aangifte van omzetbelasting voor de btw. Van loon in de zin van artikel 7:610 BW was naar het oordeel van het hof dan ook geen sprake.

Kwalificatiefase: geen gezag

Nadat de Partner Equity Partner werd, veranderde in de praktijk ook zijn positie. De Partner is via zijn persoonlijke vennootschap diensten gaan verrichten ten behoeve van Deloitte, tegen een managementvergoeding. Via zijn persoonlijke vennootschap werd de Partner (via een

holding) ook aandeelhouder van Deloitte, met stemrecht. Zoals hiervoor is geoordeeld draagt de Equity Partner zelf ondernemingsrisico, terwijl een Director een vastgesteld maandloon ontvangt. Dit is een wezenlijk verschil. Dat ondernemingsrisico houdt ook in dat als de gegenereerde omzet van de Equity Partner achterblijft, Deloitte de aansluitingsovereenkomst kan opzeggen. Verder stellen de Equity Partners jaarlijks een partnerplan op. De behaalde omzetresultaten en gedrag worden door de Equity Partners besproken tijdens Mid Year- en Year End-gesprekken. Gesprekken over de omzetresultaten en gedrag vinden aldus in feite plaats tussen gelijken, met dien verstande dat de gesprekken van de zijde van Deloitte worden gevoerd door de twee Equity Partners die aangesteld zijn als Industry Leader en Service Line Leader. Het stond de Partner vrij klanten te bedienen of te weigeren. Dat is afgesproken dat Equity Partners alleen klanten in de eigen industry mogen bedienen en klanten daarbuiten moeten verwijzen naar een andere partner, neemt niet weg dat het de Partner geheel vrij stond om klanten te weigeren en – binnen de eigen industry – het hem vrij stond om opdrachten van klanten aan te nemen. Verder zijn nog de volgende verschillen tussen de positie van Director en de positie van Equity Partner te noemen: (a) de Director heeft geen stemrecht in de AVA en de partner wel; (b) de Director neemt geen deel aan de jaarlijkse partnermeeting en de partner wel; en (c) de Director moet medewerkers counselen en ontwikkelen, en de partner niet.

Dat de Equity Partners dienen te opereren binnen de (internationale) strategie van Deloitte, zich bij de uitvoering moeten houden aan de interne en externe standaarden en de beroepsregels die daarbij gelden en dat de Partner zich in het verlengde daarvan diende te houden aan een groot aantal instructies en richtlijnen, maakt nog niet dat sprake was van een gezagsverhouding. Ook de opdrachtgever heeft uit hoofde van artikel 7:402 BW een instructierecht en de opdrachtnemer is gehouden gevolg te geven aan instructies en aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht. De bepalingen waarnaar de Partner verwijst en de wijze waarop in de praktijk aan de samenwerking is vormgegeven gaat naar het oordeel van het hof de grenzen van het instructierecht van Deloitte als opdrachtgever niet te buiten. Ook bij een opdrachtovereenkomst kan de Equity Partner op basis van de afgesproken beoordelingsmaatstaven worden beoordeeld op het functioneren ten aanzien van de omzet en het gedrag. Dat de aansluitingsovereenkomst door Deloitte is opgezegd, omdat sprake was van onvoldoende functioneren van de Partner, duidt in het licht van het voorgaande evenmin op een gezagsverhouding. Het feit dat Deloitte centraal een loonbeschikking aanvraagt voor de partners ten aanzien van het bedrag dat de persoonlijke vennootschap minimaal als vergoeding dient uit te keren aan de partner, maakt evenmin dat van gezag kan worden gesproken. Het stond de persoonlijke vennootschap vrij een hoger bedrag uit te keren.

Dat de werkzaamheden die een Equity Partner verricht technisch inhoudelijk niet veel

verschillen van de werkzaamheden van een Director, is van ondergeschikt belang. De kantonrechter heeft in dit verband terecht het verschil in de positie van de Equity Partner ten opzichte van de Director benadrukt. Van een gezagsverhouding is in de gegeven omstandigheden geen sprake geweest.

Slotsom

Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Het hof bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-03-2022

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2022:449

Zaaknummer: 200.298.095

Rechters: M.J. van der Ven, C.J. Frikkee en M.D. Ruizeveld

Advocaten: M.A.M. Lem en mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:402 BW

RECHTSPRAAK

Van der Hel q.q./Bestuurder Megahome concern

Een curator procedeert tegen de (voormalig) bestuurder van een omvangrijk concern. De curator heeft vorderingen ingesteld op grond van onrechtmatige daad en de faillissementspauliana. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is wegens onrechtmatig selectieve betalingen. Daarnaast is de rechtbank voornemens een deskundige te benoemen om de waarde van overgedragen grond te bepalen. Dit aspect is – in het kader van de faillissementspauliana – relevant voor de beoordeling of sprake is van benadeling van schuldeisers.

Verschillende vennootschappen binnen het ‘Megahome concern’ zijn failliet verklaard in juli 2016. Voordat het faillissement werd uitgesproken, was het concern al geruime tijd financieel noodlijdend. De bank had namelijk in 2009 de financiering opgezegd en de verdien capaciteit en het winstpotentieel was overgedragen aan andere entiteiten, die toebehoren aan dezelfde bestuurder/UBO.

In de onderhavige procedure speelt onder meer het volgende. De curator heeft de bestuurder (tevens de UBO) van het concern aansprakelijk gesteld vanwege paulianeuze dan wel onrechtmatige rechtshandelingen. De curator heeft bepaalde rechtshandelingen buitengerechtelijk vernietigd op grond van de *actio pauliana* en vordert een verklaring voor recht dat de vernietiging rechtsgeldig is. Het betreft de vernietiging van (credit)boekingen en betalingen van een rekening-courant(schuld) aan de bestuurder door een concernvennootschap (in de periode mei 2012 t/m april 2016), en van de verkoop van recreatiegrond door de bestuurder aan een andere concernvennootschap (in mei 2012). Subsidiair zijn de betalingen volgens de curator onrechtmatig. Daarnaast vordert de curator vernietiging van bepaalde déchargebesluiten.

Primair: actio pauliana

Allereerst heeft de curator – op grond van de faillissementspauliana ex artikel 42 Fw dan wel

artikel 47 Fw – bepaalde boekingen en uitbetalingen van de rekening-courant vernietigd. De curator is daartoe overgegaan omdat hij van mening is dat de bestuurder de rekening-courantpositie heeft ‘opgeplust’ met ongegronde creditboekingen en vervolgens heeft uitbetaald aan zichzelf. De creditboekingen zouden *onverplicht* zijn verricht (in de zin van art. 42 Fw), omdat daaraan geen reële overeenkomsten ten grondslag liggen en daarbij ook vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de echtheid en volledigheid van de onderliggende overeenkomsten. De rechtbank oordeelt echter dat de curator onvoldoende heeft gesteld om dat te kunnen aannemen. Derhalve gaat het om *verplichte* rechtshandelingen. Het beroep op artikel 42 Fw wordt afgewezen.

Het beroep van de curator op artikel 47 Fw wordt eveneens afgewezen, omdat de curator onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld dat de schuldeisers zijn benadeeld door de bewuste boekingen en betalingen. De rechtbank overweegt dat tegenover de betalingen immers creditboekingen stonden, en tegenover die creditboekingen stonden (rechten op) tegenprestaties, zoals huurgenot of het verrichten van werkzaamheden.

Ten tweede heeft de curator een samenstel van rechtshandelingen vernietigd die verband houden met de verkoop en levering van een recreatiegrond. De grond behoorde toe aan de bestuurder en is overgedragen aan een concernvennootschap. De curator heeft betoogd dat daarvoor een te hoge prijs is betaald, waardoor de schuldeisers van de concernvennootschap zijn benadeeld. Om het onderscheid tussen een verplichte of onverplichte rechtshandeling te maken, voert de bestuurder aan dat de overdracht heeft plaatsgevonden op verzoek van de Belastingdienst. Een verzoek van de Belastingdienst is echter geen op de wet of overeenkomst berustende verplichting of feitelijke dwang om de rechtshandeling te verrichten, aldus de rechtbank. Derhalve is geen sprake van een verplichte rechtshandeling in de zin van artikel 42 Fw, hoewel de rechtbank daarover niet expliciet haar oordeel geeft.

De kern van de discussie is of de overdracht tot benadeling van de schuldeisers heeft geleid en zo ja, of de bestuurder dat wist of had moeten weten. De rechtbank kan niet vaststellen of inderdaad een te hoge prijs is betaald. Zij is daarom voornemens een (of meer) deskundige(n) aan te wijzen. Hangende die aanwijzing houdt de rechtbank verdere beslissingen aan ten aanzien van deze vordering.

Subsidiair: onrechtmatig selectieve betalingen

Zo niet paulianeus, dan zijn de betalingen van de rekening-courant volgens de curator onrechtmatig selectief. Reden hiervoor is dat, ondanks de penibele financiële situatie, aanzienlijke betalingen aan de bestuurder zijn verricht terwijl andere schuldeisers niet werden betaald. Hierdoor zijn andere schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden geschaad.

Volgens de curator kan de bestuurder daarvan een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt, hetgeen aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW oplevert.

De rechtbank oordeelt dat inderdaad sprake is van onrechtmatig selectieve betalingen. Daartoe is de opzegging van de bankfinanciering relevant en de overdracht van de verdien capaciteit en het winstpotentieel. Hierdoor had de bestuurder al geruime tijd moeten weten dat een faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. De gebruikelijke vrijheid van een bestuurder om schuldeisers naar eigen inzicht (selectief) te betalen, was daarom beperkt. De bestuurder kan een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt van het feit dat – in voornoemde omstandigheden – de rekening-courant tot op de laatste euro is uitbetaald, terwijl andere schuldeisers onbetaald bleven en daarvoor evenmin middelen werden gereserveerd. Daarom is de bestuurder persoonlijk aansprakelijk. Deze vordering zal de rechtbank dan ook bij eindvonnis toewijzen.

Déchargebesluiten

Tot slot heeft de bestuurder in de procedure aangevoerd dat hem décharge is verleend voor het door hem gevoerde bestuur en dat daaruit ontslag van aansprakelijkheid voortvloeit. De rechtbank verwerpt dit verweer. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is het onaanvaardbaar dat de bestuurder aansprakelijkheid voor zijn eigen onrechtmatig handelen bij voorbaat zou kunnen ontlopen door een beroep te doen op een feitelijk aan zichzelf verleende kwijting door middel van décharge, aldus de rechtbank.

R.J.H. Berghuis, april 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 23-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:775

Zaaknummer: C/08/243750/HA ZA 20-67

Rechters: J.M. van den Wall Bake, E.C. Rozeboom en A.M. van Diggele

Advocaten: H. Versluis en H. Reitsma

Wetsartikelen: 42 Fw, 47 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

De Vries-Meijer q.q./Indirect bestuurder

Een curator stelt een indirect bestuurder van een failliete bv aansprakelijk voor het boedeltekort en stelt daarbij dat sprake is van schending van de deponerings- en administratieplicht. De rechtbank oordeelt dat daarvan inderdaad sprake is. De algemene stelling van de bestuurder dat het faillissement is veroorzaakt door de 'al langere tijd belabberde financiële situatie van de bv', is zonder nadere onderbouwing niet voldoende ter weerlegging van het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW.

Een bv die een onderneming in handel in en reparatie van auto's exploiteert, is op 28 augustus 2018 failliet verklaard. De curator spreekt de indirect bestuurder van de bv aan op de voet van artikel 2:248 BW en doet daarbij een beroep op lid 2 van dat artikel. Ter onderbouwing voert de curator aan dat de boekhouding niet aan de wettelijke vereisten voldoet (vgl. art. 2:10 BW), nu onder andere de inkoop- en verkoopadministratie vanaf 2015 ontbreekt, er geen voorraadadministratie is bijgehouden en in het algemeen veel onregelmatigheden en daaruit voortvloeiende herstelboekingen uit de administratie blijken. Voorts zijn de jaarrekeningen over 2014 en 2015, aldus de curator, elk meer dan zeven maanden te laat gedeponeerd.

De bestuurder stelt dat de administratie wel voldoet, dat de vele herstelboekingen nodig waren vanwege de hectiek in de ondernemingen en dat vanwege een onderzoek van de fiscus gedurende een periode geen boekingen of correcties konden worden doorgevoerd. Uit de administratie bleek, aldus de bestuurder, steeds wat de rechten en plichten van de bv waren. Ten aanzien van de te late deponeringen stelt de bestuurder dat er problemen waren met de cijfers die aangeleverd waren door de toenmalige boekhoudster en dat ervoor is gekozen pas te deponeren toen de bestuurder en de boekhoudster ervan overtuigd waren dat de cijfers correct waren. Voorts voert de bestuurder een andere belangrijke oorzaak aan van het faillissement, namelijk de al langere tijd belabberde financiële situatie van de bv.

De rechtbank oordeelt dat niet is voldaan aan de publicatieplicht, nu vaststaat dat de

jaarrekeningen van 2014 en 2015 niet binnen de daarvoor geldende termijn zijn gedeponneerd. Voorts is, aldus de rechtbank, niet voldaan aan de administratieplicht. De rechtbank volgt het standpunt van de curator dat er onder andere niet of nauwelijks inkoop- en verkoopfacturen zijn, er geen voorraadadministratie is bijgehouden, de omzet niet volledig verantwoord is in de administratie en er vele memoriaal- en herstelboekingen zijn, waardoor niet wijs te worden is uit de administratie. De algemene stelling dat het faillissement is veroorzaakt door de 'al langere tijd belabberde financiële situatie van de bv', is zonder nadere onderbouwing niet voldoende ter weerlegging van het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. De rechtbank veroordeelt de bestuurder tot betaling van het boedeltekort.

O. Oost, april 2022

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 16-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:2388

Zaaknummer: C/15/318037 / HA ZA 21-372

Rechters: J.H. Gisolf, A.E. Merkus en S.M. Auwerda

Advocaten: M.A.M. de Vries-Meijer en M.B.C.R. Heemskerk

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

**Sanderink Investments B.V./Overige aandeelhouders
Oranjewoud N.V. (uitkoop)**

OK; uitkoop. Een houder van 99% van de aandelen in een nv vordert de uitkoop van de minderheidsaandeelhouders. De OK wijst de vordering toe met benoeming van een deskundige die de waarde van de aandelen zal bepalen. Complicerende factor is de onzekerheid over de eventuele aanwezigheid van toonderaandelen. Weliswaar zijn die van rechtswege per 1 januari 2021 overgegaan op de nv en tellen deze aandelen niet meer mee voor het kapitaalvereiste, maar de eventuele houders kunnen zich tot 31 december 2025 bij de nv melden om een aandeel op naam in de nv te verkrijgen en dit is van invloed op de prijs per aandeel (art. 2:82 lid 6 en 9 BW/art. 2:24d lid 1 BW jo. art. 2:118 lid 7 BW). De meerderheidsaandeelhouder en de nv krijgen de mogelijkheid zich uit te laten over de impact op de waarde per aandeel, door het niet exact kunnen vaststellen van het aantal aandelen.

Achtergrond

Sanderink Investments B.V. ('Sanderink Investments') is grootaandeelhouder in Oranjewoud N.V. ('Oranjewoud'). Zij heeft de minderheidsaandeelhouders van Oranjewoud gedagvaard om voor de OK te verschijnen en vordert op grond van artikel 2:92a BW overdracht van de door hen gehouden aandelen in het kapitaal van Oranjewoud aan Sanderink Investments.

In 2001 zijn de statuten van Oranjewoud gewijzigd. Als gevolg van die statutenwijziging diende alle aandeelbewijzen aan toonder te worden ingeleverd en te worden omgezet in aandelen op naam. Niet alle aandeelbewijzen aan toonder zijn nadien ingeleverd en omgezet. Dit heeft tot gevolg dat het in het giraal effectenverkeer opgenomen aantal aandelen niet overeenkomt met het in het aandeelhoudersregister vermelde aantal aandelen. Wat de status is van de aandelen die niet in het giraal effectenverkeer zijn opgenomen, is onduidelijk, aldus

Sanderink Investments.

Oordeel OK

De OK constateert dat de minderheidsaandeelhouders niet zijn verschenen. In dat geval resteert enkel nog ambtshalve toetsing aan de voorwaarden van artikel 2:92a lid 1 BW namelijk: i) houdt Sanderink Investments ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van Oranjewoud voor eigen rekening en ii) is de vordering ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders. Sanderink Investments heeft aan de hand van het geplaatste kapitaal van Oranjewoud, het aantal aandelen en de nominale waarde van de aandelen berekend dat zij 99,09% van de aandelen in het kapitaal van Oranjewoud houdt. Sanderink Investments onderbouwt dit door overlegging van de relevante (notariële) documentatie.

Ten aanzien van de onduidelijkheid omtrent het aantal aandelen oordeelt de OK als volgt. Voor de toets van artikel 2:92a BW tellen aandelen die Oranjewoud in haar eigen kapitaal houdt niet mee ingevolge het bepaalde in artikel 2:24d BW, in verbinding met artikel 2:118 lid 7 BW. Het verschil tussen het aantal aandelen dat in het girale effectenverkeer is genoteerd, en het in het aandeelhoudersregister genoteerde aantal aandelen wordt verklaard, omdat niet duidelijk is of alle aandelen aan toonder na de statutenwijziging van 17 oktober 2001 daadwerkelijk zijn ingeleverd. De OK stelt echter vast dat dit in het kader van de uitkoopvordering geen beperking oplevert. Immers, indien deze aandeelbewijzen niet zijn ingeleverd, dan geldt dat deze aandelen per 1 januari 2021 op de voet van artikel 2:82 lid 6 BW van rechtswege zijn overgegaan op Oranjewoud. Deze aandelen worden dus gehouden door Oranjewoud, en zijn niet van invloed op de beoordeling van het kapitaalbelang van Sanderink Investments in het kader van de uitkoopprocedure. De OK kan dan ook vaststellen dat Sanderink Investments op de dag van de dagvaarding meer dan 95% van het geplaatste kapitaal van Oranjewoud verschaft. Sanderink Investments heeft alle minderheidsaandeelhouders op de juiste wijze gedagvaard. De OK beoordeelt vervolgens dat geen sprake is van een afwijzingsgrond op de voet van artikel 2:92a lid 4 BW. De OK concludeert dat de vordering kan worden toegewezen. Dan resteert de prijsbepaling.

Prijsbepaling

De te bepalen prijs op grond van artikel 2:92a BW moet reëel en redelijk zijn. Sanderink Investments heeft primair gevorderd dat de prijs moet worden vastgesteld op € 6,10 per aandeel. Dit baseert Sanderink Investment op een *fairness letter* van Talanton Valuation. Subsidiair vordert Sanderink Investments dat de OK de prijs op basis van eigen nader onderzoek vaststelt. Ten behoeve daarvan zijn de laatste drie vastgestelde jaarrekeningen (tot en met 2019), de halfjaarcijfers per 30 juni 2020 en gegevens over voorheen verrichte

(beurs)transacties en de notulen van de algemene vergadering van Oranjewoud van de afgelopen vijf jaar overgelegd.

De OK oordeelt dat de *fairness letter* onvoldoende is om vast te stellen dat € 6,10 reël en redelijk is. Ook de andere documentatie betreft (te) oude gegevens (de jaarrekeningen) of niet vergelijkbare transacties (het betrof beursttransacties van een gering deel van het kapitaal). De OK beveelt dan ook een deskundigenbericht. In het kader van dit deskundigenbericht zullen Sanderink Investments en Oranjewoud de gelegenheid krijgen om in een akte in te gaan op de mogelijkheid voor aandeelhouders die hun aandelen aan toonder niet hebben ingeleverd, om zich tot 31 december 2025 bij Oranjewoud te melden met het verzoek om een aandeel op naam in het kapitaal van Oranjewoud te verkrijgen (art. 2:82 lid 9 BW). Deze mogelijkheid verhindert immers om exact vast te stellen hoeveel aandelen in het kapitaal van Oranjewoud er precies uitstaan, en hoeveel aandelen daar nog bijkomen. Dat maakt het niet mogelijk om de prijs per aandeel exact vast te stellen. Die is immers afhankelijk van het aantal uitstaande aandelen.

Peildatum

Gelet op vaste jurisprudentie van de OK is bij vorderingen als deze, waaraan geen openbaar bod is voorafgegaan, de peildatum bij de vaststelling van de prijs de datum van het tussenarrest. De deskundige dient daarom de waarde te bepalen per de datum van het tussenarrest (21 december 2021) of een daarbij zo dicht mogelijk gelegen datum.

J. Wareman, april 2022

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:3980

Zaaknummer: 200.299.442/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, J.M. de Jongh, J.S.T. Tiemstra RA en S. ten Have

Advocaten: B. Verkerk, mr. M.E.C. Lok en A.H.M. Noordam

Wetsartikelen: 2:92a BW, 2:24d BW, 2:118 lid 7 BW en 2:82 BW