

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 20, 2024

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:2490](#) 05-09-2024

Enquête SMC Industrial B.V. - Tweedefasebeschikking enquêteprocedure over belangenverstrengeling

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:2124](#) 30-07-2024

Kromme Leek B.V./Curator van Source Food B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:1643](#) 17-06-2024

Enquête MVD Europe B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:2739](#) 29-04-2024

WHOA-procedure sluit enquêteverzoek niet uit; enquêteverzoek wordt op inhoudelijke gronden afgewezen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2024:1127](#) 09-04-2024

Parem Financial Inc. c.s./STAK Yukos International c.s.

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2024:4958](#) 25-09-2024

Aansprakelijkheid bestuurders failliet wereldrestaurant

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2024:4945](#) 18-09-2024

Bestuurder mag medebestuurder in procedure met curator in vrijwaring oproepen

RECHTSPRAAK

Enquête SMC Industrial B.V. - Tweedefasebeschikking enquêteprocedure over belangenverstrengeling

OK; enquête. Een vennootschap produceert vulkaniseerpersen en raakt in conflict met een vennootschap die dezelfde bestuurder heeft, waardoor sprake is van een belangenverstrengeling. Er ontstaat op een gegeven moment een patstelling door verstoorde verhoudingen tussen de aandeelhouders, doordat een van de aandeelhouders (tevens bestuurder) een andere vennootschap bevoordeelt. De OK oordeelt dat sprake is van wanbeleid, voornamelijk wegens een gebrek aan transparantie en het bevoordelen van de ene vennootschap boven de andere vennootschap waarin desbetreffende bestuurder samenwerkt met een andere aandeelhouder die de spanningen heeft vergroot, maar die zelf niet verantwoordelijk is voor het wanbeleid. De bestuurder en diens vennootschap kan een persoonlijk verwijt worden gemaakt van het wanbeleid en zij worden veroordeeld in de onderzoekskosten.

Feiten

C B.V. ('C') is onderdeel van de 'D groep' en heeft 'E' als enig aandeelhouder. Uiteindelijk belanghebbende van E is F. E produceert vulkaniseerpersen. C is de verkooporganisatie binnen de D groep. Personen B, G en H zijn werkzaam geweest bij C, waarbij B bestuurder van C is geweest.

Persoon B heeft met personen G en H SMC Industrial B.V. ('SMC') opgericht. Alle drie zijn bestuurder van SMC, die zich bezighoudt met de verkoop van powertools en daarna uitbreidt naar de installatie van transportbanden. SMC verkoopt ook producten aan klanten van C. Persoon B richt voorts Meerlust Beheer B.V. ('Meerlust') op, die samen met A B.V. ('A') de aandelen in SMC overneemt van persoon G. Sindsdien houden A en Meerlust ieder de helft van de aandelen in SMC, en zijn zij ook bestuurders van SMC geworden. SMC neemt

vulkaniseerpersen en transportbanden af van Indura Materials Handling Private Limited ('Indura'). B en H zijn aandeelhouders en bestuurders van Indura.

Persoon B was bestuurder van C, maar werd ontslagen vanwege een belangenverstrengeling met SMC, nu SMC concurreerde met C. Dit leidt tot conflicten met C.

Er ontstaat een geschil tussen B en H over SMC's toekomst. Vervolgens onderhandelen Meerlust en A over een overname door Meerlust van A's aandelen in SMC. Tegelijk hebben, in samenhang met die overname, F, B en H gesproken dat F een belang van 15% verkrijgt in SMC en 85% in Indura. Toen de onderhandelingen niet tot de overname van H's belang door B hadden geleid, heeft H aan B laten weten dat F bereid is H's belang te kopen.

Op een gegeven moment bericht Meerlust aan A dat de managementovereenkomst met SMC is opgezegd en dat Meerlust geen bestuurder meer is. Tevens roept zij A op voor een aandeelhoudersvergadering om SMC's toekomst te bespreken. Op de vergadering tussen F en B, wordt B geconfronteerd met een door F uitgebracht persbericht, waarin staat dat de D groep een controlling interest in Indura zou hebben verkregen. F verzoekt daags daarna B om een vergadering waarbij hij tevens een formeel bod aankondigt op de SMC- en Indura-aandelen van B. B schrijft F dat de toekomst van SMC moet worden besproken.

Ondertussen richt Meerlust een nieuwe vennootschap op: STARK Vulcanising Products B.V. ('STARK'), met Meerlust als enig aandeelhouder en bestuurder van STARK. Meerlust treedt daarna af als SMC-bestuurder en STARK neemt activa en passiva over van SMC.

Enquêteprocedure

Uiteindelijk wordt een onderzoek verzocht naar het beleid en de gang van zaken in SMC. De jaarlijks te houden aandeelhoudersvergadering wordt niet altijd (tijdig) bijeengeroepen en gehouden en de jaarrekeningen zijn niet steeds (tijdig) vastgesteld en gedeponneerd. Ook wordt door de algemene vergadering niet voorzien in het bestuur, terwijl SMC op een gegeven moment geen bestuurder meer heeft. Beide (indirect) aandeelhouders zijn bereid het bestuur op zich te nemen, maar geen van beiden ging akkoord met het voorstel van de ander. Besluitvorming blijkt niet mogelijk. Gelet op de moeizame verstandhouding tussen partijen bestaat geen concreet uitzicht op doorbreking van deze situatie. Deze patstelling erkennen partijen. Zij verschillen van mening over het antwoord op de vraag aan wie dit te wijten is, maar zijn het in essentie eens over de conclusie. Wegens de ernstig verstoorde persoonlijke verhoudingen tussen F en B, is sprake van gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van SMC te twijfelen. De verstoorde persoonlijke verhouding is van invloed op het beleid en de gang van zaken van SMC.

De OK benoemt in haar eerstefasebeschikking vier kwesties als gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij SMC: (i) verstoorde relatie tussen personen F en B, (ii) informatieverstrekking aan A door B, (iii) oprichting en activiteiten van STARK en (iv) rechtsgeldigheid van de benoeming van persoon B als bestuurder.

Verzoek om aanvullende onderzoeksopdracht

A verzoekt de OK om een aanvullende onderzoeksopdracht te geven, gericht op de concurrentie door STARK aan SMC. De argumenten van A tegen het oorspronkelijke onderzoek zijn:

- Ongelijke behandeling van partijen: de onderzoeker zou meer gesprekken hebben gevoerd met B dan met F, waardoor F onvoldoende gelegenheid zou hebben gehad om te reageren op de beweringen van B. De suggesties van F worden bovendien genegeerd. Hierdoor leunt het verslag te veel op ongeverifieerde verklaringen van B.
- Oppervlakkigheid van het onderzoek: A vindt dat het onderzoek te weinig diepgang heeft. Ook de cruciale vraag of STARK daadwerkelijk concurreert met SMC is onvoldoende onderzocht.

De OK wijst A's verzoek af, om de volgende redenen:

1. Onafhankelijkheid van de onderzoeker: de OK benadrukte dat de onderzoeker in principe vrij is in de manier waarop het onderzoek wordt uitgevoerd, volgens de richtlijnen die gelden voor enquêteprocedures. Er was geen overtuigend bewijs dat de onderzoeker de vereisten van hoor en wederhoor had geschonden.
2. Geen gebruik van procedurele mogelijkheden: A had geen verzoek ingediend bij de raadsheer-commissaris om specifieke instructies te geven over hoe het onderzoek had moeten worden uitgevoerd. Dit had echter wel gekund, indien A vond dat het onderzoek niet naar behoren verliep.
3. Beperking van het onderzoek: de productie van vulkaniseerpersen door Indura valt niet onder de onderzoeksopdracht, en er was ook geen verzoek gedaan om machtiging tot het inzien van de boekhouding van Indura. Bovendien heeft A haar stelling dat de demonstratiepersen veel meer waard zijn dan de opgegeven boekwaarde, niet onderbouwd. Het is begrijpelijk dat de onderzoeker hiernaar geen verder onderzoek doet.

Beslissingsgronden oordeel wanbeleid

A verzoekt dat wanbeleid bij SMC wordt vastgesteld en Meerlust c.s. daarvoor verantwoordelijk zijn. Meerlust c.s. betwisten dit en concluderen dat A's vorderingen voor afwijzing gereed liggen.

De relatie tussen B en F verslechterde, omdat F meent dat B via SMC onrechtmatige concurrentie pleegt. Hoewel de rechter F gelijk geeft, verliest F later een zaak over schadevergoeding. Pogingen om het conflict te beëindigen mislukten, en H verkoopt zijn aandelen in A aan F. Hierdoor werd B geconfronteerd met een 50%-aandeelhouder en concurrent, waarna hij ontslag nam als bestuurder van SMC, wat de spanningen verder laat oplopen.

B, als bestuurder van SMC, had een informatievoorsprong ten opzichte van medeaandeelhouder A (onder leiding van F). B deelt echter onvoldoende informatie, waaronder cruciale details over SMC's financiële situatie en belangrijke beslissingen, zoals de ontbinding van SMC en transacties met STARK. Ondanks F's verzoeken wordt slechts beperkte informatie verstrekt, voornamelijk jaarrekeningen. B verzwijgt bovendien STARK's oprichting en enkele transacties, wat de verhouding tussen de aandeelhouders verder verslechtert. De OK concludeert dat B zijn plicht tot transparantie schond.

A stelt dat Meerlust/B SMC schade heeft toegebracht door het vermogen van SMC te laten verdwijnen en vervolgens STARK op te richten. STARK bedient voormalige klanten van SMC en produceert vulkaniseerpersen voor hen. Volgens A is 59% van de omzet in STARK afkomstig van ex-klanten van SMC. Meerlust/B verdedigt door te stellen dat belangrijke klanten en leveranciers SMC verlieten nadat F aandeelhouder werd en Indura overnam, omdat zij F als concurrent zien of problemen met hem hadden. Dit verlies van klanten leidt tot het instorten van SMC. B zou namens STARK geen klanten actief hebben benaderd.

De kern van de zaak gaat om erom of Meerlust en B handelen in hun eigen belang en dat van STARK, boven het belang van SMC.

De OK constateert dat B, na de overname van de aandelen van A door F, geen toekomst meer ziet voor SMC en zich voorbereidde op het beëindigen van de activiteiten van SMC om die via STARK voort te zetten. Meerlust en B hebben hierbij niet voldaan aan hun verplichting om de belangen van SMC voorop te stellen. Na het ontslag van Meerlust als bestuurder, zijn activa van SMC (zoals huurovereenkomsten, personeel en machines) door B onbevoegd overgenomen zonder transparantie of zakelijke verantwoording.

De OK oordeelt dat Meerlust en B ernstig laakbaar hebben gehandeld door *corporate opportunities* van SMC aan STARK over te dragen, hoewel het precieze effect hiervan relatief beperkt lijkt te zijn. De slotsom luidt dat Meerlust c.s. verzuimd hebben te voldoen aan de op

hen rustende informatieplicht jegens A, hebben gehandeld in strijd met SMC's belangen door namens SMC transacties aan te gaan met STARK, Meerlust en/of B en ten slotte SMC *corporate opportunities* te onthouden. Deze verzuimen rechtvaardigen gezamenlijk de kwalificatie wanbeleid.

De OK heeft reeds vastgesteld dat B's benoeming als bestuurder van SMC tijdens de aandeelhoudersvergadering niet rechtsgeldig is, doordat de oproeping niet voldoet aan de statutaire termijn. De oproepingstermijn was één dag te kort. Ondanks deze procedurele fout oordeelt de OK dat dit onbedoelde verzuim niet van voldoende gewicht is om bij te dragen aan het oordeel over wanbeleid.

De OK heeft geconcludeerd dat Meerlust en B verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid bij SMC. Dit wanbeleid komt vooral voort uit hun handelen, waaronder het structureel onvoldoende informeren van A over belangrijke zaken die SMC aangingen en het aangaan van problematische transacties waarbij B met een belangenconflict te maken had, met negatieve gevolgen voor SMC.

Meerlust en B proberen F's gedragingen (zoals het verkrijgen van een indirect belang in A, het plaatsen van een onjuist persbericht over de overname van Indura, en het niet ingaan op overlegverzoeken over de toekomst van SMC) als een medeoorzaak aan te voeren voor de discontinuïteit van SMC. De OK erkent dat F's acties de verhoudingen binnen SMC op scherp zetten, maar vindt dit onvoldoende om F voor het wanbeleid verantwoordelijk te houden.

Hoewel F inderdaad voor spanningen zorgt, heeft B geruime tijd onderhandeld met F over een structuur waarbij F participeert in SMC en Indura, en kan B voorzien dat F mogelijk aandelen zou overnemen. Bovendien heeft Meerlust, ondanks het uitblijven van overleg, belangrijke informatie over SMC en STARK achtergehouden, wat ook bijdroeg aan de situatie.

De OK merkt op dat het persbericht van de D groep, waarin onjuiste informatie werd verstrekt over de overname van Indura, evident fout was. Dit enkele feit is echter niet voldoende om de eerder gegeven oordelen te herzien of anders te wegen.

Slotsom

De OK:

- verstaat dat uit het verslag van het onderzoek in deze zaak blijkt van wanbeleid van SMC Industrial B.V. in de onderzoeksperiode;
- verstaat dat Meerlust en B voor dat wanbeleid verantwoordelijk zijn;

–oordeelt dat Meerlust en B van het wanbeleid in SMC een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt en veroordeelt hen hoofdelijk in de onderzoekskosten en de kosten van het geding.

G.M. Unval, oktober 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-09-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:2490

Zaaknummer: 200.335.536/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, W.A.H. Melissen, M.A.M. Vaessen, G. Boon en G. Dubbeld

Advocaten: N.A. Aalbers en W.M. Sturms

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:354 BW en 2:355 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder mag medebestuurder in procedure met curator in vrijwaring oproepen

Twee bestuurders worden door een curator aangesproken voor het boedeltekort. De ene bestuurder wenst vervolgens de andere bestuurder in vrijwaring op te roepen. De curator verzet zich daartegen, maar zonder succes. De rechtbank overweegt dat de te hanteren maatstaf ruim is. De aangesproken bestuurder heeft voldoende aangevoerd waaruit kan worden geconcludeerd dat de in vrijwaring op te roepen bestuurder mogelijk de schade van de andere bestuurder moet vergoeden als het tot aansprakelijkheid jegens de boedel komt. De regresvordering op de in vrijwaring op te roepen bestuurder staat los van disculpatie- en matigingsgronden. Die regresvordering speelt immers pas als een beroep op die gronden niet (volledig) slaagt.

Geschil

Deze uitspraak betreft een uitspraak in een vrijwaringsincident in een procedure die een curator heeft gestart tegen twee bestuurders van de vennootschap waarvan hij de curator is. Onderwerp van de procedure is de vraag of de bestuurders aansprakelijk zijn voor het boedeltekort.

Eén van de twee bestuurders wenst de andere bestuurder in vrijwaring op te roepen. Deze bestuurder stelt dat als hij (mede)aansprakelijk wordt gehouden voor het boedeltekort, de grondslag daarvoor het handelen van zijn medebestuurder is, nu deze verantwoordelijk was voor de financiële huishouding van de vennootschap en dat deze hem daarin geen inzage gaf. Om deze redenen zou de in vrijwaring op te roepen bestuurder in de rechtsverhouding met hem zijn tekortgeschoten, althans zou deze onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld.

De curator verzet zich tegen de oproep in vrijwaring. Hij stelt onder meer dat niet vaststaat dat

de in vrijwaring op te roepen bestuurder gehouden zou zijn de eventuele veroordeling van de ander te dragen, dat er sprake is van gezamenlijke verantwoordelijkheid van de bestuurders, dat de bestuurder verschillende gronden heeft om zich in de hoofdzaak te disculperen en/of matiging van een veroordeling te vorderen en tot slot dat een vrijwaringsprocedure leidt tot een onredelijke vertraging van de hoofdzaak.

Oordeel

De rechtbank staat toe dat de ene bestuurder de andere in vrijwaring oproept. De rechtbank overweegt ten eerste dat de te hanteren maatstaf ruim is. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat voldoende is aangevoerd waaruit kan worden geconcludeerd dat de in vrijwaring op te roepen bestuurder mogelijk de schade van de andere bestuurder moet vergoeden als het tot aansprakelijkheid jegens de boedel komt. De vraag of de in vrijwaring op te roepen bestuurder daadwerkelijk aansprakelijk is jegens zijn medebestuurder is een vraag die moet worden beantwoord in de vrijwaringsprocedure en dat is geen vraag die speelt tussen de curator en de bestuurder die zijn medebestuurder in vrijwaring wil oproepen. Volgens de rechtbank staat een regresvordering op de in vrijwaring op te roepen bestuurder ook los van disculpatie- en matigingsgronden. Die regresvordering speelt immers pas als een beroep op die gronden niet (volledig) slaagt. De rechtbank ziet tot slot geen reden om aan te nemen dat de vrijwaringsprocedure de hoofdzaak onredelijk zal vertragen en besluit de hoofdzaak en de vrijwaringszaak niet te splitsen.

W.T.N. Vlasveld, oktober 2024

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 18-09-2024

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2024:4945

Zaaknummer: C/o8/315130 / HA ZA 24-223

Rechters: A.M. van Diggele

Advocaten: A.J.C. van Gurp en O.J. de Vries

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

WHOA-procedure sluit enquêteverzoek niet uit; enquêteverzoek wordt op inhoudelijke gronden afgewezen

De aandeelhouder van een vennootschap in een WHOA-procedure verzoekt om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken, alsmede onmiddellijke voorzieningen voor de duur van de procedure. De OK oordeelt dat de WHOA geen belemmering vormt voor het enquêteverzoek, maar wijst het verzoek inhoudelijk af.

Voor de OK ligt een geschil tussen twee aandeelhouders, namelijk 'Vennootschap A' en 'Vennootschap C' met een aandelenbelang van 67% respectievelijk 24% in het kapitaal van een vennootschap ('Vennootschap B'). Vennootschap B staat aan het hoofd van een onderneming die glasvezelnetwerken in Duitsland aanlegt. Het concern waarvan Vennootschap B onderdeel uitmaakt, is een van de grootste aanbieders van glasvezelnetwerken in Duitsland met ongeveer 800 werknemers.

Kern van de zaak bij de OK

Vennootschap A klaagt over het beleid en de gang van zaken bij Vennootschap B, en stelt dat de aan Vennootschap C gelieerde bestuurders zich te veel hebben laten leiden door de belangen van Vennootschap C. Tevens wordt de vraag opgeworpen of de (lopende) WHOA-procedure de ontvankelijkheid van een enquêteverzoek, zoals verzocht door Vennootschap A, kan beïnvloeden.

Relevante feiten

Na de verkoop van een groot deel van haar aandelenbelang door Vennootschap A, raakte Vennootschap B in 2022 in financiële problemen. De aandeelhouder van Vennootschap A heeft tot september 2023 leningen verstrekt, maar wenst niet langer de financiering voort te zetten. Vennootschap C heeft eveneens leningen aan Vennootschap B verstrekt om een faillissement te voorkomen.

In 2021 en 2022 verkocht de aandeelhouder van Vennootschap A zijn aandelen aan een derde

voor ongeveer € 148,75 miljoen. Vennootschap C heeft aan de kopende derde een in aandelen converteerbare geldlening verstrekt ter financiering van de koopsom. Verder is er een *Intercreditor Agreement* gesloten tussen (de rechtsvoorganger van) Vennootschap A en de dochtervennootschap van Vennootschap C ('Vennootschap D'), waarin zij afspreken dat de financiering van de verkooptransactie is achtergesteld. Daarin zijn zij verder overeengekomen dat de achterstelling van de leningen niet geldt in een *Insolvency Event* als gedefinieerd in de *Intercreditor Agreement*.

Vanaf eind 2022 had de groep financiële problemen door vertragingen, hogere kosten en tegenvallende inkomsten. In juli 2023 werd een opinie voorbereid, een zogenoemde 'S6-Sanierungsgutachten'. Daarin werd verklaard dat Vennootschap B door middel van een financiële en/of organisatorische reorganisatie in staat is haar financiële problemen het hoofd te bieden. Een definitieve versie van die verklaring onderschrijft de toekomstbestendigheid van de Duitse vennootschappen die behoren tot het concern, waarvan Vennootschap B aan het hoofd staat.

Als gevolg van financiële moeilijkheden worden op 11 augustus 2023 de aandelen in Vennootschap D verkocht aan Vennootschap C voor € 1. Op diezelfde dag vond een schuldafsplitsing (een zogenoemde *hive up*) van een andere groepsvennootschap plaats. Op basis van deze *hive up* is een belangrijk deel van de schuldenlast aan Vennootschap C overgeheveld aan Vennootschap B. Vervolgens hebben Vennootschap A en Vennootschap C leningen aan Vennootschap B verstrekt om de liquiditeitsproblemen aan te pakken.

Na ontdekking van de achterstelling van haar geldlening (voortvloeiende uit de *Intercreditor Agreement*) heeft Vennootschap A besloten geen leningen meer aan het concern te verstrekken. In de daaropvolgende maanden werden meerdere leningen verstrekt door Vennootschap C. Tegelijkertijd vonden onderhandelingen over financiering en *exit fees* in het kader van de WHOA-procedure plaats. In februari 2024 heeft Vennootschap B een WHOA-verzoek ingediend, voor zover dit werd gesteund door Vennootschap A. De S6-verklaring werd uiteindelijk afgegeven op 15 maart 2024, met plannen voor herstel en een gedetailleerde analyse van de financiële problemen.

Ontvankelijkheid Vennootschap A (r.o. 3.1 en 3.2)

Vennootschap C stelt dat Vennootschap A niet-ontvankelijk is in haar enquêteverzoek, omdat ze de WHOA-procedure probeert te onderwerpen aan een enquêteonderzoek, wat volgens artikel 369 (lid 8 en lid 10) Fw niet is toegestaan. Daarin is de WHOA-rechter exclusief bevoegd verklaard ten aanzien van de WHOA-procedure en is bepaald dat tegen beslissingen van de WHOA-rechter geen hoger beroep openstaat. Vennootschap C argumenteert dat het

verzoekschrift van Vennootschap A neerkomt op een verkapt hoger beroep tegen de WHOA-beschikking. Ook wordt betwist dat Vennootschap A belang heeft bij haar verzoek, aangezien een herstructureringsdeskundige ('HD') is aangewezen om te onderzoeken of namens Vennootschap B een akkoord kan worden aangeboden. De HD is gerechtigd de boekhouding van Vennootschap B te onderzoeken en de benodigde informatie te verzamelen.

De OK verwierpt beide gronden, omdat de WHOA- en enquêteprocedures verschillende doelen dienen. De omstandigheid dat een WHOA-procedure wordt voorbereid of aanhangig is, brengt op zichzelf niet mee dat een aandeelhouder in zijn enquêteverzoek niet-ontvankelijk is. Die omstandigheid kan wel worden betrokken in het kader van de beoordeling van het verzoek, bijvoorbeeld in de belangafweging die plaatsvindt wanneer is gebleken van gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen (HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465). Bovendien heeft Vennootschap A belang bij haar verzoek, omdat dit niet alleen de WHOA-procedure betreft, aldus de OK.

Beoordeling OK (r.o. 3.3 - 3.15)

Vennootschap A beweert dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Vennootschap B. Volgens verzoekster dienen onmiddellijke voorzieningen te worden getroffen. Ter onderbouwing argumenteert Vennootschap A te zijn misleid over de voorwaarden van de door haar verstrekte aandeelhouderslening. Zij zou niet zijn geïnformeerd over de achterstelling van haar vordering uit hoofde van de geldleningsovereenkomst. Daarnaast zou het bestuur niet de gepaste mate van zorgvuldigheid in acht hebben genomen bij het WHOA-verzoek.

De OK oordeelt dat de door verzoeker aangevoerde gronden niet worden ondersteund door feiten. De tijdsdruk en de acute financiële nood leidden tot noodzakelijke beslissingen. Bovendien oordeelt de OK dat de belangen van Vennootschap C en Vennootschap B parallel liepen ten tijde van de financiering van Vennootschap B, opdat een faillissement werd vermeden. Tegelijkertijd zou Vennootschap C, door Vennootschap A in de gelegenheid te stellen te participeren in de financiering, het bestendige succes van Vennootschap B en haar onderneming hebben getracht te continueren. Hoewel er potentiële belangenconflicten zijn, heeft het bestuur van Vennootschap B de benodigde zorgvuldigheid jegens Vennootschap A in acht genomen.

De OK concludeert dat er geen gegronde redenen zijn om te twijfelen aan het beleid en de gang van zaken bij Vennootschap B. Daarom wordt het verzoek van Vennootschap A afgewezen en wordt ze in de proceskosten veroordeeld.

E. Ayerdem, oktober 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-04-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:2739

Zaaknummer: 200.337.914/01 OK

Rechters: J.M. de Jongh, A.P. Wessels, M.A.M. Vaessen, P.G. Boumeester en S. ten Have

Advocaten: J. van Hemel, T.S. Jansen, G.J.C. Wessels, E.C. Bos, M.H.C. Sinninghe Damsté, , M.A. Broeders, D.J.F.F.M. Duynstee en G.J.L. Bergervoet

Wetsartikelen: 2:239 lid 6 BW , 2:345 BW en 369 Fw

RECHTSPRAAK

Kromme Leek B.V./Curator van Source Food B.V.

De bestuurder van (de enig aandeelhouder van) een failliete vennootschap wordt door de curator op diverse gronden aangesproken tot terugbetaling van diverse bedragen. De rechtbank wees een deel van de vorderingen toe en het hof houdt dat oordeel in stand. Zo is de managementfee onverschuldigd betaald, is sprake van pauliana ex artikel 47 Fw en is ook de Peeters/Gatzen-vordering tegen de bestuurder toegewezen vanwege selectieve betaling.

Feiten

Source Food B.V. ('Source Food'), een onderneming die handelde in diepgevroren vlees, is op 6 januari 2015 door de rechtbank Noord-Holland failliet verklaard. NedAliment Holland B.V. ('NedAliment') is enig aandeelhouder van Source Food. Zowel NedAliment als Source Food werd bestuurd door Kromme Leek B.V. De bestuurder en enig aandeelhouder van Kromme Leek B.V. is dhr. X (appellant). Daarnaast houdt X ook 49% van de aandelen in NedAliment.

Op 5 mei 2012 hebben Kromme Leek, dhr. X en andere partijen een samenwerkingsovereenkomst gesloten waarin zij hun afspraken ten aanzien van Source Food hebben vastgelegd. Onderdeel van deze samenwerkingsovereenkomst is de aan Kromme Leek B.V. toekomende managementvergoeding.

In de periode september tot en met december 2014 heeft Source Food verschillende betalingen aan Kromme Leek B.V. gedaan, waaronder een aanvullende managementvergoeding, betaling van facturen en aflossing van een rekening-courantschuld. Op 4 december 2014 heeft Kromme Leek B.V. het faillissement van Source Food aangevraagd.

Procesverloop

In eerste aanleg heeft de curator van Source Food, Kromme Leek B.V. en dhr. X verzocht tot terugbetaling van deze bedragen. Een gedeelte van deze vorderingen is door de rechtbank

toegewezen.

In hoger beroep betoogt Kromme Leek B.V. dat de rechtbank ook dat deel van de vorderingen had moeten afwijzen. De curator betoogt dat de rechtbank een rekenfout heeft gemaakt en Kromme Leek B.V. tot een hoger bedrag had moeten veroordelen.

Beoordeling

De eerste vier grieven zien op de nabetaalde managementvergoeding op 30 september 2014. De curator stelt dat de nabetaling zonder rechtsgrond door Source Food aan Kromme Leek is gedaan en vordert terugbetaling hiervan op grond van artikel 6:203 BW. Kromme Leek c.s. beroepen zich met grief 4 op artikel 6:140 BW op grond waarvan volgens hen de curator geen beroep op artikel 6:203 BW meer toekomt. Het hof oordeelt dat Kromme Leek c.s. geen concrete feiten en omstandigheden hebben aangevoerd die tot het oordeel kunnen leiden dat zij zich met succes kunnen beroepen op artikel 6:140 BW. Zo is niet gebleken dat de rekening-courant op enig eerder moment is opgemaakt in de zin van artikel 6:140 lid 2 BW en hebben zij ook geen verklaring gegeven waarom het wenselijk was dat in 2014, lopende het boekjaar van Source Food, de rekening-courant met Kromme Leek diende te worden vastgesteld.

Met grieven 1-2 betwist Kromme Leek c.s. dat de nabetaling onverschuldigd is ingevolge artikel 6:203 BW. Zij voeren aan dat uit meerdere feiten blijkt dat stilzwijgend of mondeling een aandeelhoudersbesluit is genomen en/of een overeenkomst tussen Source Food en Kromme Leek tot stand is gekomen, op grond waarvan Source Food een managementvergoeding verschuldigd was aan Kromme Leek B.V. Daarom bestond er volgens Kromme Leek wél een rechtsgrond voor de betaling. Het hof overweegt dat niet is gebleken dat in enige jaarrekening van Source of Kromme Leek B.V. melding wordt gemaakt van een aanvullend bedrag aan managementvergoeding. Daarnaast overweegt het hof dat er niet voldoende details zijn aangevoerd over de vermeende mondelinge afspraak. Daarbij hadden alle onderlinge afspraken, volgens de samenwerkingsovereenkomst, moeten worden vastgelegd. Tot slot beoordeelt het hof in deze context grief 3, die ziet op een redelijk loon ex artikel 7:405 lid 2 BW. Het hof is met de curator van oordeel dat in dit geval Source Food en Kromme Leek wél een loon voor de managementwerkzaamheden van Kromme Leek zijn overeengekomen, waardoor de nabetaling niet meer binnen het bereik van artikel 7:405 lid 2 BW valt. Daarmee falen de grieven 1 tot en met 4.

Grief 5a ziet op de betalingen voor managementvergoeding en huur op 19 en 22 december 2014. De curator stelt dat de betalingen zijn verricht op een moment dat het faillissement van Source Food door Kromme Leek B.V. al was aangevraagd en dat zij paulianeus zijn in de zin van artikel 47 Fw. Kromme Leek B.V. beroept zich erop dat Kromme

Leek als een dwangcrediteur van Source Food moet worden beschouwd en dat de curator daarom geen beroep op artikel 47 Fw toekomt. Kromme Leek B.V. voert hierbij aan dat van haar niet verwacht kon worden dat zij haar werkzaamheden onbezoldigd zou voortzetten en dat Source Food belang had bij de door Kromme Leek te leveren diensten. Het hof oordeelt dat uit niets blijkt dat Kromme Leek haar bestuurswerkzaamheden zou staken of tot ontruiming van het bedrijfspand zou overgaan als de managementvergoeding en de huurpenningen niet waren voldaan. Het hof voegt daaraan toe dat artikel 47 Fw geen uitzondering kent voor betalingen aan dwangcrediteuren.

In grief 6 doet Kromme Leek B.V. een beroep op verrekening ex artikel 53 Fw. Kromme Leek B.V. stelt dat de vernietiging van de betalingen ertoe leidt dat Kromme Leek een onbetaalde vordering ter zake van managementvergoeding en huur op Source Food heeft. Kromme Leek wil de rekening-courantschuld verrekenen met de vordering op Source Food ter zake van managementvergoeding dan wel met andere vorderingen op Source Food. Het hof is met de curator van oordeel dat dit verrekeningsberoep in strijd is met de strekking van de actio Pauliana. Het hof overweegt daarbij dat het niet mogen verrekenen ziet op alle vorderingen die de wederpartij van de gefailleerde in verrekening wil brengen, dus ook op de vorderingen die ontstaan door de vernietiging van betalingen op grond van artikel 47 Fw.

In grief 5b klaagt Kromme Leek B.V. over het oordeel van de rechtbank dat dhr. X aansprakelijk is voor de schade van de gezamenlijke schuldeisers als gevolg van de betalingen. Kromme Leek B.V. voert hierbij aan dat de vordering van de curator alleen kan worden ingesteld als de gezamenlijke schuldeisers van Source Food zijn benadeeld. Het hof oordeelt hier dat niet is vereist dat iedere individuele schuldeiser is benadeeld, maar dat de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld en dat is aan de orde. Kromme Leek B.V. betoogt voorts dat een persoonlijk ernstig verwijt ontbreekt omdat er tot en met in elk geval 22 december 2014 een mogelijkheid was om het faillissement van Source Food af te wenden, zodat dat faillissement op het moment dat de betalingen werden verricht nog niet onvermijdelijk was. Het hof overweegt hierbij dat dhr. X als indirect bestuurder redelijkerwijs had moeten begrijpen dat, op het moment dat de betalingen werden uitgevoerd, het faillissement van Source Food onvermijdelijk was. Daarvan uitgaande had dhr. X moeten weten dat de betalingen schade ten laste van de gezamenlijke schuldeisers van Source Food tot gevolg zou hebben. Dit betekent dat ook grief 5b faalt.

De curator heeft één grief tegen de vonnissen geformuleerd in incidenteel appel, namelijk met betrekking tot een door de rechtbank gemaakte rekenfout. Het hof is van oordeel dat de rechtbank inderdaad de door de curator gestelde rekenfout heeft gemaakt, zodat de grief slaagt.

Het hof wijst het principaal appel van Kromme Leek B.V. af en het incidenteel appel van de curator toe.

D.R.C. Smit, oktober 2024

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-07-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:2124

Zaaknummer: 200.309.575/01

Rechters: K.A.J. Bisschop, P.J. van Eekeren en J.L.M. Groenewegen

Advocaten: F. Eikelboom en F. Diepraam

Wetsartikelen: art. 6:203 BW, 47 Fw, 6:162 BW, 6:140 BW en 53 Fw.

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid bestuurders failliet wereldrestaurant

Een vader en een zoon die opvolgend een inmiddels failliete vennootschap hebben bestuurd die een all-you-can-eat-restaurant exploiteerde, worden beiden door de curator aansprakelijk gesteld voor het faillissementstekort. De rechtbank wijst de vorderingen van de curator toe. Naar het oordeel van de rechtbank hebben de bestuurders geen deugdelijke administratie gevoerd, de jaarrekeningen zijn te laat gepubliceerd en coronasteun is niet juist besteed. Ook is kasgeld verdwenen en zijn grote risico's genomen door grote kortingsacties via Groupon en Social Deal. Daarom is sprake van onbehoorlijk bestuur. De bestuurders weten het vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement niet te weerleggen.

Inleiding

In deze zaak gaat het om een vader (ook 'Bestuurder A') en zoon (ook wel 'Bestuurder B'), die samen betrokken waren bij de bedrijfsvoering van een all-you-can-eat-restaurant. Bestuurder B was van 2012 tot eind 2019 statutair bestuurder en aandeelhouder van het restaurant, waarna hij zijn aandelen voor een symbolisch bedrag van € 1 aan zijn vader verkocht. Het restaurant had destijds een grote schuld uit een huurachterstand. Bestuurder A nam vervolgens via een andere vennootschap de zeggenschap over. Kort daarna ging het restaurant failliet. De curator stelt hen beiden aansprakelijk voor het tekort in het faillissement wegens onbehoorlijk bestuur.

Stellingen curator

De curator stelt de bestuurders aansprakelijk wegens onbehoorlijke taakvervulling. Daarbij wijst de curator op het te laat deponeren van jaarrekeningen, een gebrekkige administratie en onttrekkingen van gelden van de vennootschap ten gunste van de bestuurders. Ook heeft de curator kritiek op het gebruik van coronasteun. Het restaurant ontving namelijk een TVL

(Tegemoetkoming Vaste Lasten) en NOW-subsidie (Noodmaatregel Overbrugging voor Werkgelegenheid). Deze coronasteun werd alleen niet ingezet om schulden zoals de huur te voldoen, maar verdween grotendeels in de zakken van Bestuurder A.

De curator stelt ook dat de bestuurders hebben nagelaten het bedrijf goed te leiden, met als voorbeeld het inzetten van hoge kortingsacties bij Groupon en Social Deal zonder een solide financieel plan. Dit leidde tot een verslechtering van de financiële situatie van het restaurant. Ook de onttrekking van kasgeld en het gebrek aan overzicht van de financiële positie noemt de curator als belangrijke redenen van onbehoorlijke taakvervulling.

Verweer bestuurders

De bestuurders voeren daartegenin dat de coronacrisis en de dalende omzet door toenemende concurrentie de werkelijke oorzaken van het faillissement waren. Volgens hen hadden externe factoren het onmogelijk gemaakt om het restaurant overeind te houden. Ze betoogden dat ze ondanks de omstandigheden hun best hadden gedaan, maar dat de lockdowns en teruglopende inkomsten doorslaggevende oorzaken van het faillissement waren. Zeker voor het all-you-can-eat-concept was het lastig om met het oog op de dalende omzet kosten te besparen, omdat een ruim aanbod aan voedsel nodig is voor de slagingskans. Het verzuim ten aanzien van de publicatieplicht is volgens de bestuurders een onbelangrijk verzuim.

Oordeel rechtbank

De rechtbank volgt echter de redenering van de curator en oordeelt dat de bestuurders niet alleen onvoldoende hadden gedaan om de crisis het hoofd te bieden, maar ook financieel onverantwoord hebben gehandeld. Met name het feit dat de ontvangen coronasteun niet werd gebruikt voor essentiële betalingen zoals de huur, en dat substantiële bedragen zijn onttrokken, wegen volgens de rechtbank zwaar. De slechte administratie en het niet voldoen aan de wettelijke publicatieplicht van de jaarrekeningen leiden tevens tot de conclusie van de rechtbank dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van de bestuurders.

De rechtbank oordeelt dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, en houdt de bestuurders op grond van artikel 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van het restaurant.

A.L.M. van Rooij, oktober 2024

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 25-09-2024

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2024:4958

Zaaknummer: C/o8/306035 / HA ZA 23-438

Rechters: U. van Houten

Advocaten: M. Samsen en A.A. Dooijeweerd

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Parem Financial Inc. c.s./STAK Yukos International c.s.

Twee investeringsmaatschappijen en hun bestuurder stellen door wanbeheer te zijn benadeeld bij de uitkering van het door twee stichtingen vergaarde vermogen aan de voormalige aandeelhouders van Yukos Oil. Omdat verzoekers niet hebben aangetoond belanghebbende te zijn, worden zij door het hof niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoek tot onderzoek bij de stichtingen, tot schorsing van de bestuurders gedurende het onderzoek en tot ontslag van bestuurders in het geval wanbeheer zou worden vastgesteld. Daarnaast wijst het hof de verzoeken ook op inhoudelijke gronden af. Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank.

Partijen

Parem Financial Inc. en Monolit Invest Inc. zijn investeringsmaatschappijen. Appellant 3 is een zakenman en de bestuurder van beide investeringsmaatschappijen. Parem Financial Inc., Monolit Invest Inc. en appellant 3 ('Parem c.s.') stellen aandeelhouders te zijn van OAO Yukos Oil Company ('Yukos Oil').

Yukos Oil was een Russisch staatsbedrijf en is later geprivatiseerd. Op 1 augustus 2006 is Yukos Oil naar Russisch recht in staat van faillissement verklaard. Yukos Oil stond aan het hoofd van een internationale groep van rechtspersonen en vennootschappen. Vrijwel alle buitenlandse activa van Yukos Oil waren ondergebracht in twee stichtingen, die in 2020 zijn gefuseerd tot Stichting Administratiekantoor Financial Performance Holdings ('de Stichtingen'). Geïntimeerde 2, 3, 4 en 5 zijn (oud) bestuurders van de Stichtingen ('de Bestuurders'). De Stichtingen en de Bestuurders worden door het hof tezamen aangeduid met Stichtingen c.s.

Feiten

De Stichtingen hebben een derde partij opdracht gegeven een uitkeringsmethodiek en een

daarop gebaseerd verdelingsplan op te stellen om het vermogen van de Stichtingen te verdelen op basis van de verliezen die de aandeelhouders van Yukos Oil hebben geleden ('Distributieplan'). Het Distributieplan is door een andere derde partij ten uitvoer gelegd door aan de aandeelhouders van Yukos Oil uitkeringen te doen. De claim van Parem c.s. tot het doen van een uitkering is door deze derde partij afgewezen.

Procedure bij de rechtbank

Parem c.s. stellen dat sprake zou zijn van wanbeheer bij de Stichtingen en dat zij daardoor zouden zijn benadeeld bij de uitkering van het door de Stichtingen vergaarde vermogen. Parem c.s. verzoeken tot onderzoek bij de Stichtingen, schorsing van de Bestuurders gedurende het onderzoek en ontslag van de Bestuurders indien wanbeheer vastgesteld zou worden. De rechtbank heeft de verzoeken afgewezen. Parem c.s. gaan in hoger beroep.

Parem c.s. niet-ontvankelijk

Parem c.s. hebben volgens het hof niet aangetoond op welk(e) moment(en) zij de aandelen in Yukos Oil hebben verkregen. Zij nemen daarover tegenstrijdige stellingen in. Het wisselen van advocaat is daarvoor volgens het hof geen steekhoudende verklaring. Bovendien ontbreken betalingsbewijzen van de aandelen. Evenmin is volgens het hof aannemelijk gemaakt dat Parem c.s. in staat zou zijn geweest het door haar gestelde aandelenbelang te verwerven. De bron van het kapitaal voor de verwerving van het aandelenbelang in Yukos Oil is onduidelijk gebleven. Het eigen belang van appellant 3 bij de uitkomst van deze procedure is onvoldoende gemotiveerd gesteld, aldus het hof.

Naar het oordeel van het hof is aldus niet aannemelijk dat Parem c.s. aandeelhouders zijn (geweest) in Yukos Oil. Zij zijn dan ook geen belanghebbende bij de door hen gedane verzoeken.

Inhoudelijk oordeel hof ten overvloede

Ten overvloede beoordeelt het hof het verzoek inhoudelijk. Parem c.s. stellen dat sprake zou zijn van te hoge en ondoorzichtige vergoedingen van de Bestuurders. Het hof passeert deze stelling. Parem c.s. hebben geen bewijsaanbod gedaan om deze stellingen te bewijzen. Ook de omstandigheid dat de integriteit van de Bestuurders ter discussie staat, leidt volgens het hof niet tot het oordeel dat de Bestuurders niet integer zouden zijn.

Group Menatep Limited ('GML') was (indirect) grootaandeelhouder van Yukos Oil. Zij betaalt 10% van de door haar ontvangen uitkering(en) uit aan de Bestuurders. Parem c.s. stellen dat de Bestuurders zodoende belang hebben bij uitkering aan GML. Het hof oordeelt dat deze

stelling geen doel treft. Het Distributieplan is vastgesteld voordat de afspraak over de 10% uitkering aan de Bestuurders is gemaakt. Daarnaast stelt een derde partij de uitkeringen aan de hand van het Distributieplan vast.

Voorts zou GML volgens Parem c.s. bevoordeeld zijn ten opzichte van andere crediteuren en minderheidsaandeelhouders door de aflossing van een lening aan één van de dochtervennootschappen van GML. De Stichtingen gaan volgens Parem c.s. te lichtzinnig schikkingen aan om zo aan liquide middelen te komen. Het hof oordeelt dat deze handelingen tot een positief resultaat hebben geleid voor de aandeelhouders van Yukos Oil, nu Parem c.s. onvoldoende heeft aangevoerd wat tot een ander oordeel zou kunnen leiden.

Het hof oordeelt dat Parem c.s. niet onrechtmatig zijn benadeeld door het Distributieplan. Parem c.s. hebben niet aangetoond dat het Distributieplan niet zou voldoen aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Bovendien is niet komen vast te staan dat Parem c.s. aandelen zouden hebben gehouden in Yukos Oil.

Tot slot treft het verwijt van Parem c.s. dat er geen toezicht is op het bestuur van de Stichting geen doel. Het enkel ontbreken van een toezichthoudend orgaan, brengt volgens het hof niet mee dat sprake is van wanbeheer of één van de andere gronden van artikel 2:298 BW.

Conclusie hof

Het hof verklaart Parem c.s. niet-ontvankelijk. Zij hebben niet aangetoond dat zij belanghebbende zijn bij het door hen gedane verzoek. Ten overvloede oordeelt het hof dat ook op inhoudelijke gronden de verzoeken van Parem c.s. ongegrond zijn.

R.M.P. Holsbrink, oktober 2024

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-04-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:1127

Zaaknummer: 200.297.556/01

Rechters: M.C.H. Broesterhuizen, J.W.M. Tromp en D. Busch

Advocaten: F.M. Peters, M.J. Drop, T.L. Claassens, W.H.A.M. van den Muijsenbergh en E.R. Meerdink

Wetsartikelen: 2:298 BW

RECHTSPRAAK

Enquête MVD Europe B.V.

OK; enquête. Deze zaak betreft een enquêteverzoek betreffende een joint venture van twee aandeelhouders. De ene aandeelhouder woont in Nederland en regelt de operationele zaken, de andere aandeelhouder woont in de Verenigde Staten en houdt zich niet bezig met de bedrijfsvoering. Nadat laatstgenoemde aandeelhouder onregelmatigheden ontdekt in de bedrijfsvoering maakt hij een enquêteverzoek aanhangig. De OK schorst de Nederlandse aandeelhouder als bestuurder, benoemt een tijdelijk bestuurder en houdt de aanwijzing van een onderzoeker aan.

Inleiding

Deze zaak gaat over MVD Europe B.V. ('MVDE'), een joint venture van de heren A en B. A en B zijn beiden (zelfstandig bevoegd) bestuurder en houden ieder 50% van de aandelen in MVDE. B woont in Nederland en regelt de operationele zaken, A woont in de Verenigde Staten ('VS') en houdt zich niet bezig met de bedrijfsvoering. MVDE houdt zich bezig met distributie en marketing van IT hard- en software in de Europese Unie. A woont in de VS en dreef aldaar al lange tijd een vergelijkbare onderneming. In zijn zoektocht om ook de Europese markt te kunnen bedienen met dezelfde producten is hij een samenwerking met B aangegaan in MVDE. Volgens afspraak heeft B, die in Nederland woont, steeds alle operationele zaken voor MVDE verricht vanuit Nederland. Hij onderhield voornamelijk digitaal contact met A, via Skype en soms ook via e-mails. A had jarenlang geen toegang tot de administratie of de bankrekening(en) van MVDE en liet de bedrijfsvoering over aan B.

Onregelmatigheden bedrijfsvoering

De verhoudingen tussen de bestuurders raken ernstig verstoord nadat A onregelmatigheden in de bedrijfsvoering van MVDE ontdekt. Het gaat daarbij onder meer om transacties tussen MVDE enerzijds en B en aan hem gelieerde (rechts)personen anderzijds waarover A niet is geïnformeerd en waarvan de marktconformiteit (zeer) twijfelachtig is. Zo heeft B namens

MVDE (veel) meer dan de verschuldigde huur en managementfee voldaan aan zijn eigen holding ('Holding B'). B had daarnaast de concurrerende onderneming XWell opgericht en aan haar betalingen verricht namens MVDE waarvan de achtergrond onduidelijk is. Ook betaalde MVDE een 'onkostenvergoeding' aan de vader van B, ging B namens MVDE arbeidsovereenkomsten aan met zijn twee zoons en gaf hen zelfs een fatbike. De spreekwoordelijke kers op de taart waren de wintersportvakantie en -uitrusting die MVDE voor B betaalde.

Verzoeken, sommaties en rechtsmaatregelen

Nadat A lucht krijgt van de dubieuze transacties vordert hij diverse bedragen namens MVDE terug en B heeft aan enkele terugvorderingen gehoor gegeven. Voor de betalingen aan de vader van B heeft MVDE met succes een gerechtelijke procedure aanhangig gemaakt. Een kort geding heeft er vervolgens toe geleid dat A uiteindelijk digitale toegang kreeg in de bankrekeningen en boekhouding. In deze procedure is ook afgesproken dat een (forensisch) accountant alle dubieuze transacties zou gaan onderzoeken. Tevens vordert A namens MVDE in een bodemprocedure de privéuitgaven van B terug. Het zal niet verbazen dat het A en B ook niet lukte om de laatste twee jaarrekeningen vast te stellen.

Verzoek en verweer

A wil een onderzoek naar het handelen van B, schorsing van B, benoeming van een tijdelijk bestuurder en van een tijdelijke beheerder van de aandelen van B. B erkent dat getwijfeld kan worden aan een juist beleid, maar het onderzoek kan zich beperken tot het onderzoek dat de forensisch accountant al heeft verricht. B verzet zich tegen zijn schorsing en aandelenoverdracht en vindt dat een tijdelijk commissaris met beslissende stem voldoende is.

Beslissing

De OK gelast een onderzoek. A en B zijn het erover eens dat de verhouding tussen hen ernstig en onherstelbaar is verstoord. De OK neemt daarbij in aanmerking dat voor veel van de transacties geen duidelijke rechtsgrond bestaat. Ook is bij diverse transacties sprake van een tegenstrijdig belang, zoals loon en onkostenvergoeding voor familie, waardoor A daarvan op zijn minst op de hoogte had moeten worden gebracht. Ook valt de marktconformiteit van veel van de transacties te betwijfelen. A is bovendien niet geïnformeerd over de oprichting van en transacties met XWell. Dat de door MVDE betaalde bedragen aan Holding B vele malen hoger zijn dan de huur en managementfee, roept ook vragen op. De OK concludeert dat sprake lijkt van bewuste manipulaties door B. De OK schorst B dan ook als bestuurder en zal een tijdelijk bestuurder benoemen met doorslaggevende stem zonder wie MVDE niet kan worden vertegenwoordigd. De OK houdt het aanwijzen van een onderzoeker voorlopig aan om te

bezien of de voorzieningen al tot een oplossing leiden.

A.L.M. van Rooij, oktober 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-06-2024

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2024:1643

Zaaknummer: 200.334.340/01OK

Rechters: J.M. de Jongh, A.W.H. Vink, A.P. Wessels, M.N. Hoogendoorn en A.G. Thomassen

Advocaten: J.A.M. van de Sande, C. Dullaart en J.G. van der Steenhoven

Wetsartikelen: 2:350 lid 1 BW en 2:349a lid 2 BW