

## Kwartaalupdate Vennoetschappelijke Geschillen - Q3 2014

Auteur: [René van de Klift](#)

In deze Kwartaalupdate Vennoetschappelijke Geschillen voor Q3 2014 worden beschikkingen van de Ondernemingskamer besproken over belangenverstrengeling, noodzaakfinanciering, het ontnemen van corporate opportunities en de verhouding tussen een door aandeelhouders overeengekomen bindend adviesprocedure en de enquêteprocedure.

1. [Belangenverstrengeling \(Ondernemingskamer 9 juli 2014\) »](#)
2. [Noodzaakfinanciering \(Ondernemingskamer 24 juli 2014\) »](#)
3. [Ontnemen corporate opportunity \(Ondernemingskamer 24 juli 2014\) »](#)
4. [Ontnemen corporate opportunity \(Ondernemingskamer 1 augustus 2014\) »](#)
5. [Bindend advies \(Ondernemingskamer 21 augustus 2014\) »](#)

---

### 1. Belangenverstrengeling (Ondernemingskamer 9 juli 2014)

[Lees uitspraak »](#)

Er kunnen gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid indien het belang van de vennootschap en de persoonlijke belangen van de bestuurders onvoldoende gescheiden worden gehouden en door de vennootschap in dit kader onvoldoende openheid van zaken aan (minderheids)aandeelhouders wordt verschaft.

In deze zaak had de Nma een boete opgelegd aan Greenchoice voor het niet tijdig versturen van eindafrekeningen. Vervolgens heeft de Ondernemingskamer met betrekking tot Greenchoice geoordeeld dat er sprake is geweest van wanbeleid en dat haar (indirect) bestuurders Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn daarvoor hoofdverantwoordelijk zijn. Dit oordeel is onder meer gestoeld op het niet tijdig versturen van eindafrekeningen. Daarna heeft Greenchoice haar voormalige (indirecte) bestuurders persoonlijk aansprakelijk gesteld.

Enkele minderheidsaandeelhouders hebben vervolgens de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Energie Concurrent, omdat Rexwinkel naar aanleiding van de aansprakelijkstelling door Greenchoice als enig overgebleven (indirect) bestuurder van Energie Concurrent zijn belangen heeft laten prevaleren boven die van de vennootschap en van de minderheidsaandeelhouders.

In dat kader overweegt de Ondernemingskamer dat Energie Concurrent zich vanwege haar mogelijke aansprakelijkheid jegens Greenchoice had moeten beraden op het op dit punt te

voeren beleid. In het bijzonder had Energie Concurrent haar positie moeten bepalen ten opzichte van Greenchoice en tegenover degenen op wie zij, indien zij schadeplichtig zou zijn jegens Greenchoice, mogelijk verhaal zou kunnen nemen, zoals bijvoorbeeld haar indirect bestuurder Rexwinkel. In dat verband had zij moeten bezien welke maatregelen zij op dit punt had moeten nemen, feitelijk en juridisch, en haar strategie moeten bepalen.

Vervolgens overweegt de Ondernemingskamer dat Rexwinkel als indirect bestuurder hierbij een evident tegenstrijdig belang had en dat hij dit niet heeft onderkend. Alleen deze omstandigheid al is volgens de Ondernemingskamer reden om aan een juist beleid van Energie Concurrent te twijfelen. Voorts overweegt de Ondernemingskamer dat Energie Concurrent via Rexwinkel als haar indirect bestuurder aan de aandeelhouders niet de transparantie heeft betracht die geboden is bij een tegenstrijdig belang. Volgens de Ondernemingskamer had Energie Concurrent de door haar ingewonnen adviezen op dit punt moeten verstrekken aan de aandeelhouders. Dit geldt volgens de Ondernemingskamer ook voor de door Energie Concurrent ingewonnen adviezen over de Greenchoice-enquêteprocedure. Deze handelwijze roept de vraag op of daarmee niet vooral is beoogd de belangen van Energie Concurrent en die van Rexwinkel te dienen. Om die reden beveelt de Ondernemingskamer een onderzoek, schorst Van Rexwinkel als (indirect) bestuurder en benoemt een onafhankelijk bestuurder.

---

## 2. Noodzaakfinanciering (Ondernemingskamer 24 juli 2014)

[Lees uitspraak »](#)

Als er sprake is van een financiële noodsituatie en er in de algemene vergadering van aandeelhouders sprake is van een patstelling over de wijze waarop deze kan worden opgelost, dan kan de Ondernemingskamer op verzoek van de meest gereede partij onmiddellijke voorzieningen treffen om die toch mogelijk te maken. Hierbij kan worden gedacht aan een voorlopige voorziening op grond waarvan het bestuur bevoegd is nieuwe aandelen uit te geven zonder goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders en waarbij bestaande aandeelhouders een verwatering dienen te dulden.

In deze zaak was de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap verdeeld in twee kampen. De door de Ondernemingskamer benoemde onafhankelijke bestuurder had vastgesteld dat er nog slechts voor enkele maanden voldoende liquiditeit was en dat die periode moest worden gebruikt om een structurele oplossing te vinden. Vervolgens heeft hij beide kampen uitgenodigd om met een voorstel te komen. Uiteindelijk heeft hij zich achter het

voorstel van één van beide kampen geschaard. Vervolgens is hij met het andere kamp in overleg getreden om een exit-regeling overeen te komen. Dit overleg heeft niet tot resultaat geleid.

De onafhankelijke bestuurder heeft zich toen samen met de vennootschap tot de Ondernemingskamer gewend met het verzoek om een statutaire bepaling buiten werking te stellen op grond waarvan de te nemen beslissingen voor de uitvoering van het voorstel met nagenoeg unanimiteit in de algemene vergadering van aandeelhouders moesten worden goedgekeurd. De reden hiervoor was dat het kamp dat niet wilde vertrekken reeds had aangegeven dat zij de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders zou gaan frustreren.

De Ondernemingskamer acht het, gelet op de verstoorde verhoudingen tussen beide kampen, vervolgens aannemelijk dat binnen de algemene vergadering van aandeelhouders een patstelling zal ontstaan waardoor de noodzakelijke beslissingen om het voorstel uit te voeren niet zullen worden genomen. De Ondernemingskamer oordeelt daarom dat alle aandelen in de vennootschap bij wege van onmiddellijke voorziening ten titel van beheer zullen worden overgedragen aan een derde. Het is vervolgens aan deze onafhankelijke derde om de door het bestuur voorgestelde beslissingen goed te keuren.

Het interessante in deze zaak is dat de patstelling zich in de algemene vergadering van aandeelhouders nog niet had gemanifesteerd. Met andere woorden, formeel was er nog geen goedkeuring aan de algemene vergadering van aandeelhouders gevraagd. Volgens de Ondernemingskamer is dit gegeven irrelevant. Leidend is de financiële situatie van de vennootschap. Die laat het niet toe om nog langer te wachten. Kortom, als reeds voorzienbaar is dat een patstelling zich zal manifesteren, dan kan de meest gerede partij zich ingeval van een financiële noodsituatie tot de Ondernemingskamer wenden met een verzoek om onmiddellijke voorzieningen te treffen.

---

### **3. Ontnemen corporate opportunity (Ondernemingskamer 24 juli 2014)**

[Lees meer »](#)

Van een corporate opportunity is sprake als zich een mogelijkheid voor de vennootschap voordoet om een transactie aan te gaan of zakelijke activiteiten te ontplooiën die passen binnen het kader van haar bedrijfsvoering, en waarvan kenbaar is dat de vennootschap daar een redelijk belang bij heeft of zou kunnen hebben. Als een bestuurder een dergelijke kans zonder voorafgaande instemming te eigen bate aanwendt, dan zal dat in de regel als wanbeleid worden

aangemerkt. In een daarop volgende procedure kan de bestuurder door de vennootschap persoonlijk aansprakelijk worden gesteld wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur.

In deze zaak had de bestuurder samen met drie andere aandeelhouders de vennootschap opgericht. Tezamen vormden zij ook het managementteam van de vennootschap. Een van de aandeelhouders is van zijn managementtaken ontheven. Vervolgens heeft de bestuurder samen met de twee andere aandeelhouders een nieuwe vennootschap opgericht. De van zijn managementtaken ontheven aandeelhouder heeft zich vervolgens op het standpunt gesteld dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen, omdat de bestuurder samen met de twee andere aandeelhouders een corporate opportunity aan de vennootschap heeft ontnomen door deze niet in de vennootschap te benutten, maar in de nieuwe vennootschap.

De Ondernemingskamer overweegt dat de activiteiten waarop de nieuwe vennootschap zich richt ook in de missieverklaring van de vennootschap staan en in latere plannen zijn opgenomen, maar dat aan dat onderdeel van de missie en die plannen in de loop der jaren verder geen aandacht is besteed. Voorts overweegt de Ondernemingskamer dat de activiteiten van de vennootschap geen relevante betekenis hebben voor de andere activiteiten van de nieuwe vennootschap. De kennis en vaardigheden die de bestuurder en de twee andere aandeelhouders bij de activiteiten van de vennootschap hebben opgedaan bieden geen relevante voorsprong voor de uitvoering van de activiteiten van de nieuwe vennootschap. Tot slot overweegt de Ondernemingskamer dat het opzetten van de nieuwe vennootschap niet ten koste is gegaan van de aan de vennootschap toekomende middelen (kapitaal en arbeid).

In het licht van het voorgaande acht de Ondernemingskamer het aannemelijk dat de activiteiten van de nieuwe vennootschap op zichzelf wel pasten binnen de doelstellingen van de vennootschap in algemene zin, maar dat deze niet aansloten op de feitelijke activiteiten van de vennootschap zoals deze zich in de praktijk hadden ontwikkeld. Voorts trok de nieuwe vennootschap volgens de Ondernemingskamer geen relevant voordeel uit de omstandigheid dat de bestuurder en de twee andere aandeelhouders kennis en ervaring hadden opgedaan binnen de vennootschap, terwijl de vennootschap ook geen nadeel ondervond van het feit dat de bestuurder en de twee andere aandeelhouders hun energie in de nieuwe vennootschap staken.

Onder de gegeven omstandigheden concludeert de Ondernemingskamer dat door de nieuwe vennootschap ontplooidde activiteiten en verkregen opdrachten niet kunnen worden aangemerkt als corporate opportunities die toekwamen aan de vennootschap. Het stond de bestuurder en de twee andere partijen volgens de Ondernemingskamer daarom vrij om deze corporate opportunities in de nieuwe vennootschap te benutten. Daarom wijst de Ondernemingskamer het verzoek van de ontheven partij af.

#### **4. Ontnemen corporate opportunity (Ondernemingskamer 1 augustus 2014)**

[Lees meer »](#)

In deze zaak oordeelde de Ondernemingskamer wel dat de bestuurder/aandeelhouder een corporate opportunity aan de vennootschap had ontnomen door via zijn persoonlijke holding een nieuwe vennootschap op te richten die op een andere locatie dezelfde activiteiten als de vennootschap ging verrichten. De reden hiervoor was dat er binnen de vennootschap een concreet plan was om op de nieuwe locatie een nieuwe vestiging te openen en dat aan dit plan ook een begin van uitvoering was gegeven. Hiermee wijkt deze zaak af van de hierboven besproken zaak. In die zaak was in de loop de jaren geen uitvoering gegeven aan de gemaakte plannen. Dat was hier dus anders.

Vervolgens overweegt de Ondernemingskamer dat de bestuurder/aandeelhouder niet in het belang van de vennootschap heeft gehandeld door de activiteiten op de nieuwe locatie niet in de vennootschap onder te brengen, maar een nieuw opgerichte vennootschap. Voorts verwijt de Ondernemingskamer de bestuurder/aandeelhouder dat hij aan de andere minderheidsaandeelhouder geen openheid van zaken heeft gegeven en misleidende mededelingen heeft gedaan over het openen van de nieuwe vestiging (hij had het doen voorkomen alsof deze binnen de vennootschap zouden worden uitgeoefend).

In het licht van het voorgaande oordeelt de Ondernemingskamer dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen, maar wijst het verzoek tot het doen van een onderzoek af, omdat de bestuurder/aandeelhouder inmiddels de aandelen in de nieuwe vennootschap aan de vennootschap heeft overgedragen.

---

#### **5. Bindend advies (Ondernemingskamer 21 augustus 2014)**

[Lees meer »](#)

Het komt vaak voor dat aandeelhouders afspreken vennootschappelijke geschillen via arbitrage of bindend advies te beslechten. Deze afspraak doet niet af aan de mogelijkheid voor een aandeelhouder om over hetzelfde geschil een enquêteverzoek bij de Ondernemingskamer in te dienen, bijvoorbeeld omdat hij de toewijzing verzoekt van onmiddellijke voorzieningen, die rechtstreeks ingrijpen in de vennootschappelijke orde waarvoor in arbitrage en (zeker) bindend

advies geen plaats is. Het is immers vaste rechtspraak dat een arbitrage- of bindend adviesbeding de bevoegdheid van de Ondernemingskamer niet in de weg staat.

In deze zaak hebben beide aandeelhouders, tevens zijnde bestuurder van de vennootschap, afgesproken vennootschappelijke geschillen via bindend advies te beslechten. Een van de aandeelhouders stelt zich op het standpunt dat de andere aandeelhouder onredelijk en onbillijk gebruikmaakt van de afgesproken bindend adviesregeling. Voorts stelt hij dat de adviezen van de bindend adviseur in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor tot stand zijn gekomen, niet onafhankelijk en objectief worden afgegeven en inhoudelijk apart onjuist zijn.

De Ondernemingskamer overweegt dat het niet in de beoordeling treedt van de rechtmatigheid van de adviesprocedure. Deze is voorbehouden aan de gewone burgerlijke rechter. Voorts ziet de Ondernemingskamer in de wijze waarop de bindend adviesprocedure is overeengekomen voorshands geen gegronde reden om aan het beleid van de vennootschap te twijfelen. Verder passeert de Ondernemingskamer de verwijten aan het adres van de bindend adviseur. Deze bekleedt geen functie binnen de vennootschap en zijn handelen kan ook niet aan de vennootschap worden toegerekend. Tot slot heeft de andere aandeelhouder volgens de Ondernemingskamer geen misbruik gemaakt van de bindend adviesprocedure door bepaalde vennootschappelijke geschillen aan de bindend adviseur voor te leggen.

In het licht van het voorgaande wijst de Ondernemingskamer het enquêteverzoek af. De wijze waarop de bindend adviesprocedure is overeengekomen en de wijze waarop daarvan gebruik wordt gemaakt leveren geen gegronde redenen op om te twijfelen aan een juist beleid.

### **Meer weten?**

Voor meer informatie kunt u contact opnemen met:

[René van de Klift](#) - Corporate Litigation & Recovery