

## 325

Voorzieningenrechter Rechtbank  
Midden-Nederland zp Utrecht  
31 juli 2015, nr. KG ZA 15-432,  
ECLI:NL:RBMNE:2015:5677  
(mr. Neijt)  
Noot mr. P.P. de Vries

**Ontslag statutair bestuurder. Strekking van in aandeelhoudersovereenkomst opgenomen unanimiteitsvereiste. Bescherming van minderheidsaandeelhouder weegt i.c. niet op tegen beschermde belang van vennootschap ex art. 2:244 lid 2 BW. Geen doorwerking van aandeelhoudersovereenkomst in vennootschappelijke verhouding. Derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Verband met Vzng. Rb. Amsterdam 16 januari 2014, «JOR» 2014/157 en Hof Amsterdam 13 januari 2015, «JOR» 2015/69, m.nt. Nowak (Kekk/Delfino).**

[BW art. 2:8, 2:244 lid 2, 3:12]

*In statuten kan op grond van art. 2:244 lid 2 BW niet worden vastgelegd dat een besluit tot ontslag van een bestuurder alleen met unanimiteit van stemmen kan worden genomen. Voor zover in artikel 36 van de statuten van Meijbon ter zake al een unanimiteitsvereiste is opgenomen, is het bepaalde in zoverre niet geldig. Art. 2:244 lid 2 BW bevat geen verbod om een dergelijke afspraak in een aandeelhoudersovereenkomst op te nemen, zoals door partijen is gedaan. Afspraken die zijn neergelegd in een aandeelhoudersovereenkomst kunnen onder omstandigheden op grond van art. 2:8 BW doorwerken in de verhouding tussen een vennootschap en haar bestuurder.*

*Bij beoordeling van de vraag of de redelijkheid en billijkheid eisen dat de afspraken uit de aandeelhoudersovereenkomst doorwerken in de vennootschappelijke verhoudingen, moet op de voet van art. 3:12 BW rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het onderhavige geval betrokken zijn. Met name de navolgende omstandigheden zijn hierbij relevant.*

*De betrekkingen tussen Meijbon en Bonder Holding moeten worden gezien tegen de achtergrond van de verhoudingen binnen Meijbon en de wijze waarop de samenwerking tussen de betrokkenen tot stand is gebracht en is vormgegeven. In het*

*onderhavige geval is sprake van een samenwerking tussen drie aandeelhouders, die ieder een eigen bestuurder aan Meijbon leveren. Het unanimiteitsvereiste in de aandeelhoudersovereenkomst strekt er kennelijk toe iedere aandeelhouder die een bestuurder heeft geleverd, te beschermen tegen ontslag van zijn bestuurder door de anderen. Alle aandeelhouders/bestuurders zijn bij de totstandkoming van deze afspraak betrokken geweest.*

*In het onderhavige geval moet naast de belangen van de aandeelhouders, wiens posities door het unanimiteitsvereiste worden beschermd, rekening worden gehouden met de belangen van Meijbon zelf. De twee andere aandeelhouders hebben gemotiveerd uiteengezet dat zij al langere tijd problemen ervaren binnen de samenwerking en het bestuur, dat zij bezwaren hebben tegen het door Bonder Holding gevoerde beleid en dat de continuïteit van Meijbon in gevaar komt. Zij hebben de managementovereenkomst met Bonder Holding opgezegd met het oog op de (financiële) belangen van Meijbon. Ter zitting is zijdens Meijbon toegevoegd dat zij onder bijzonder beheer is geplaatst van haar financier Deutsche Bank, dat zij liquiditeitsproblemen heeft en dat zij uiterlijk in 2017 een bedrag van circa € 18.000.000 moet herfinancieren. In een dergelijke situatie kan onenigheid binnen haar bestuur voor Meijbon verstrekkingen gevolgen hebben.*

*Aan Bonder zijn nog meer verwijten gemaakt. Duidelijk is dat die verwijten voldoende zwaarwegend zijn om forensisch onderzoek te rechtvaardigen. In het kader van dit onderzoek komen de persoonlijke belangen van Bonder tegenover de belangen van Meijbon te staan. Het is niet in het belang van Meijbon dat dit onderzoek plaatsvindt terwijl Bonder nog als feitelijk bestuurder in functie is. De vennootschap is gebaat bij een periode van stilstand waarbij kan worden onderzocht of en in hoeverre de zware verwijten gegrond zijn.*

*Onder de hiervoor vermelde omstandigheden bestaat er onvoldoende aanleiding het unanimiteitsvereiste uit de aandeelhoudersovereenkomst in de verhoudingen tussen Meijbon en Bonder Holding te laten doorwerken. Het met het unanimiteitsvereiste beschermde belang van de minderheidsaandeelhouder die tevens een bestuurder levert, weegt niet op tegen het in art. 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap.*

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Bonder Holding BV* te Jaarsveld, eiseres,

advocaat: mr. E.J. Bink,  
tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Meijbon Vastgoed Holding BV* te Lopik, gedaagde,

advocaat: mr. E.H.W. Nijnatten.

(...; red.)

## 2. De feiten

2.1. Bonder Holding is samen met Almax Beheer B.V. (hierna: Almax) en Van Nieuwpoort Bouwgrondstoffen B.V. (hierna: Van Nieuwpoort) aandeelhouder van Meijbon. Bonder Holding houdt 29,87% van de aandelen, Almax 35,07% en Van Nieuwpoort 35,06%. Bonder Holding was tevens met Almax en Van Nieuwpoort statutair bestuurder van Meijbon.

2.2. De heer D.J. Bonder (hierna: Bonder) is enig aandeelhouder en bestuurder van Bonder Holding. De heer A.J.A. van der Meijden (hierna: Van der Meijden) is enig aandeelhouder en bestuurder van Almax. De heer F. Koote (hierna: Koote) is zelfstandig bevoegd bestuurder van Van Nieuwpoort.

2.3. In de statuten van Meijbon is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

“(…)

### Artikel 36

1. Alle besluiten waaromtrent bij de statuten of de wet geen grotere meerderheid is voorgeschreven, worden genomen bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, met dien verstande dat de navolgende besluiten, voor zover wettelijk mogelijk, slechts kunnen worden genomen met algemene stemmen, in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd: (...)

n. benoeming en ontslag van bestuurders;

(…)”

2.4. In de op 14 november 2008 tussen Bonder Holding, Almax en Van Nieuwpoort gesloten aandeelhoudersovereenkomst is, voor zover van belang, bepaald:

“(…)

3.2. De AVA kan de volgende besluiten terzake van de Vennootschap of de Dochtervennootschappen slechts nemen met unanimiteit, tijdens een vergadering waarbij het gehele kapitaal vertegenwoordigd is. Een besluit tot:

(…)

n. benoeming en ontslag van bestuurders.

(…)

### 12. Non-concurrentie-, relatie en non-sollicitbeding

12.1. Het Almax en Bonder verboden om gedurende de periode dat deze Aandeelhoudersovereenkomst van kracht is alsmede gedurende een periode van 3 (drie) jaar te rekenen vanaf het moment waarop de betreffende Aandeelhouder niet langer Aandelen zal houden, zonder toestemming van alle andere Aandeelhouders – direct of indirect – zelfstandig, in dienstbetrekking of anderszins werkzaam te zijn en/of anderszins een belang te hebben in ondernemingen die zich bezighouden met activiteiten die, in de ruimste zin van het woord, concurrerend zijn met die van de Vennootschap of de Dochtervennootschappen.

(…)

12.3. Het is aan de Aandeelhouders verboden om gedurende de periode dat deze Aandeelhoudersovereenkomst van kracht is alsmede gedurende een periode van 3 (drie) jaar te rekenen vanaf het moment waarop de betreffende Aandeelhouder niet langer Aandelen zal houden, te trachten, direct of indirect, relaties van de Vennootschap of de Dochtervennootschappen ertoe te bewegen relatie aan te gaan, in welke vorm en op welke wijze dan ook, met de (onderneming van) deze Aandeelhouder of een aan haar Gelieerde Partij.

(…)

12.5. De Aandeelhouders zullen bewerkstelligen en staan ervoor in dat aan hen Gelieerde Partijen zich eveneens zullen onthouden van gedragingen als bedoeld in dit Artikel 12. Een tekortkoming van een Gelieerde Partij wordt toegerekend aan de desbetreffende Aandeelhouder.

(…)”

2.5. Op grond van een managementovereenkomst voerde Bonder Holding in de persoon van Bonder het feitelijk management over Meijbon en haar groepsvennootschappen, waaronder Transport- en Overslagbedrijf Kraan B.V. (hierna: Kraan), laatstelijk tegen een vergoeding van € 16.666,67 exclusief btw per maand. Mevrouw E. Bonder-van Vulpen (hierna: Bonder-van Vulpen), de echtgenote van Bonder, was in dienst van Kraan en belast met administratieve taken.

2.6. Bij brief van 29 april 2015 hebben Almax en Van Nieuwpoort aan Meijbon verzocht om bijeenroeping van de AVA met als agendapunten het ontslag van Bonder Holding als statutair bestuurder van Meijbon en de opzegging/beëindiging van de managementovereenkomst (en de bezoldiging) van Bonder Holding met Meijbon. Aan dit verzoek hebben zij ten grondslag gelegd dat zij al langere tijd problemen ervaren binnen de samenwerking en het bestuur en dat zij bezwaren hebben tegen het door Bonder Holding gevoerde beleid, zoals onder meer het zonder voorafgaand overleg met medebestuurders of de voorafgaande vereiste goedkeuring van de AVA aangaan van verplichtingen, het zonder overleg besluiten niet over te gaan tot (tijdige) betaling van rente- en aflossingstermijnen aan Deutsche Bank, het openbaar maken van vertrouwelijke bedrijfsinformatie zonder geheimhouding te bedingen en het achterhouden en/of verzwijgen van informatie aan het bestuur, en dat daardoor de continuïteit van Meijbon in het geding komt.

2.7. Bij brief van 15 mei 2015 hebben Almax en Van Nieuwpoort namens Meijbon de managementovereenkomst van Bonder Holding opgezegd per 30 juni 2015 met de navolgende motivering:

“Na frequente en inmiddels structurele discussie met Bonder Holding over het door haar gevoerde operationele management bij Meijbon en haar groepsvennootschappen hebben wij niet meer het vertrouwen dat Bonder Holding in staat is tot een professionele en adequate operationele aansturing van de betrokken vennootschappen en hun ondernemingen. De door de bestuurders van Meijbon geboden ondersteuning en kennis en kunde is door haar herhaaldelijk niet geaccepteerd.”

2.8. Tijdens een op 3 juni 2015 gehouden AVA van Meijbon is door Almax en Van Nieuwpoort (en daarmee met 70,13% van de stemmen) vóór het ontslag van Bonder Holding als statutair bestuurder van Meijbon met onmiddellijke ingang en vóór bekrachtiging van de opzegging van de managementovereenkomst per 30 juni 2015 gestemd. Bonder Holding heeft tegen gestemd.

2.9. De heer E. Scherpbier (hierna: Scherpbier) is aangesteld als interimmanager van Meijbon.

2.10. Begin juli 2015 is Scherpbier met Almax en Van Nieuwpoort gestart met het onderzoeken van de administraties van Meijbon en haar dochter-

vennootschappen op onregelmatigheden. Dit onderzoek zal worden uitgebreid naar een forensisch onderzoek.

2.11. Op 13 juli 2015 zijn Bonder en Bonder-van Vulpen op staande voet ontslagen als statutair bestuurder en werknemer respectievelijk werknemer van Kraan. Daaraan is onder meer ten grondslag gelegd dat uit het onderzoek van de administraties is gebleken van fraudeleus handelen, waaronder het voeren van een onjuiste althans onvoldoende administratie, het valselijk althans bewust onjuist (doen) opmaken van facturen en het ontvreemden c.q. verduisteren van gelden en goederen aan de ondernemingen, welk handelen aan Bonder en Bonder-van Vulpen kan worden toegerekend. Bonder en Bonder-van Vulpen hebben bezwaar gemaakt tegen hun ontslag.

2.12. Tijdens een op 13 juli 2015 gehouden AVA van Kraan is met algemene stemmen vóór het ontslag van Bonder als statutair bestuurder en werknemer van Kraan met onmiddellijke ingang gestemd.

### 3. Het geschil

3.1. Bonder Holding vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

primair

1. Meijbon veroordeelt tot maandelijkse betalingen van de managementvergoeding aan Bonder Holding, groot € 16.666,00, te vermeerderen met btw, subsidiair

2. Meijbon veroordeelt tot betaling van € 200.000,00, te vermeerderen met btw, wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn, althans tot een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van de vervaldagen,

3. het non-concurrentiebeding schorst, zoals opgenomen in artikel 12 van de aandeelhoudersovereenkomst, dan wel matigt in die zin dat Bonder Holding (en daarmee Bonder) wel werkzaamheden kan verrichten voor klanten en relaties van Meijbon, maar dat hij die klanten niet mag bewegen hun bestaande contracten met Meijbon te beëindigen dan wel niet te verlengen en de relaties niet mag bewegen hun contacten met Meijbon te verbreken en/of die relaties af te houden van het aangaan van overeenkomsten met Meijbon totdat het geschil tussen partijen finaal is beslecht, althans voor een in goede justitie te bepalen termijn,

een en ander met veroordeling van Meijbon in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de nakosten, en alles te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf drie dagen na de datum van dit vonnis.

3.2. Bonder Holding legt aan haar vorderingen – samengevat – het volgende ten grondslag. Bonder Holding stelt dat het besluit van de AVA tot ontslag van Bonder Holding als statutair bestuurder van Meijbon nietig althans vernietigbaar is dan wel dat daaraan geen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden, omdat het besluit niet conform het bepaalde in artikel 36 lid 1 onder n van de statuten en het bepaalde in artikel 3.2. sub n van de aandeelhoudersovereenkomst met instemming van alle aandeelhouders is genomen. Voor zover de statutaire bepaling in strijd is met het bepaalde in artikel 2:244 lid 2 BW dan geldt dat de bepaling in de aandeelhoudersovereenkomst in de gegeven omstandigheden op grond van artikel 2:8 BW doorwerkt in de vennootschapsrechtelijke rechtsverhoudingen. Uit het zowel in de statuten als in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen unanimitateitsvereiste blijkt ondubbelzinnig de bedoeling van de aandeelhouders om de mogelijkheid tot ontslag van een bestuurder door de twee andere bestuurders/aandeelhouders uit te sluiten. De aan het ontslag ten grondslag gelegde redenen in de brief van 29 april 2015 zijn onjuist en geen reden om af te wijken van de afspraken tussen partijen, aldus Bonder Holding. Nu het statutair bestuurderschap en de operationele managementtaken van Bonder Holding in de persoon van Bonder onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, brengt de ongeldigheid c.q. onrechtmatigheid van het ontslagbesluit ook de ongeldigheid c.q. onrechtmatigheid van de opzegging van de managementovereenkomst met zich mee. Bonder Holding vordert derhalve primair doorbetaling van de overeengekomen managementvergoeding, in ieder geval totdat ter zake in een bodemzaak uitspraak wordt gedaan. Subsidiair, voor het geval de voorzieningenrechter van oordeel mocht zijn dat Bonder Holding terecht is ontslagen als bestuurder en de managementovereenkomst is beëindigd (althans Meijbon geen verplichting heeft tot doorbetaling van de managementvergoeding) vordert Bonder Holding een voorschot op schadevergoeding wegens het niet in acht nemen van een in de gegeven omstandigheden volgens haar redelijke opzegtermijn van ten minste twaalf maanden. Bonder Holding be-

roept zich in dat verband mede op bepalingen uit de als productie 12 overlegde concept managementovereenkomst. Bonder Holding vordert tevens schorsing dan wel matiging van het in artikel 12 van de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen non-concurrentie- en relatiebeding. Bonder Holding stelt dat zij spoedeisend belang heeft bij toewijzing van het gevorderde, nu zij en daarmee Bonder als gevolg van het ontslag en de beëindiging van de managementovereenkomst per 30 juni 2015 geen inkomen meer heeft en vanwege het non-concurrentie- en relatiebeding ook geen inkomen kan verwerven, terwijl zij daar financieel van afhankelijk is.

3.3. Meijbon voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen van Bonder Holding, met veroordeling van Bonder Holding in de proceskosten.

3.4. Meijbon voert onder meer aan dat de managementovereenkomst bevoegd en om valide redenen is opgezegd en dat Bonder Holding in de opzegging heeft berust. Aan de overgelegde concept managementovereenkomst kan Bonder Holding geen rechten ontlenen, temeer nu over de inhoud daarvan tussen partijen geen overeenstemming is bereikt. Volgens Meijbon is de opzegging van de managementovereenkomst niet gelijk te stellen aan ontslag van een statutair bestuurder en is de managementovereenkomst ook niet onlosmakelijk verbonden met het bestuurderschap. Meijbon voert verder aan dat van de gestelde nietigheid van het besluit tot ontslag van Bonder Holding als statutair bestuurder geen sprake is, nu unanimitateit van stemmen ter zake wettelijk gezien niet mogelijk is en gelet op de formulering van het bepaalde in artikel 36 lid 1 onder n van de statuten, dus niet is overeengekomen. Voorts staat het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden ondernemingen in de gegeven omstandigheden in de weg aan doorwerking van de in de aandeelhoudersovereenkomst overeengekomen unanimitateitsvoorwaarde voor het ontslag van een statutair bestuurder, aldus Meijbon. Gelet op het jarenlang tekortschieten, gebrekkig presteren en gebrekkig communiceren door Bonder en de recent uit onderzoek van de administraties gebleken onregelmatigheden, welk handelen kan worden gekwalificeerd als in strijd met artikel 2:8 en 2:9 BW en als onbehoorlijk bestuur, is het beroep op doorwerking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Er bestaat dus geen grond voor doorbetaling van de mana-

gementvergoeding, laat staan onbeperkt in tijd en omvang. Met betrekking tot het subsidiair gevorderde stelt Meijbon zich op het standpunt dat zij in de gegeven omstandigheden een redelijke opzegtermijn in acht heeft genomen. Voorts voert zij aan dat Bonder Holding als aandeelhouder gebonden is aan het non-concurrentie- en relatiebeding en dat er een zwaarwegend belang bestaat bij handhaving van dit beding ter borging van de belangen en de continuïteit van Meijbon en haar groepsvennootschappen.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

##### *Doorbetaling managementvergoeding*

4.1. De voorzieningenrechter volgt Bonder Holding in haar betoog dat het statutair bestuurderschap en de operationele managementtaken van Bonder Holding in de persoon van Bonder in de gegeven omstandigheden zodanig met elkaar zijn verweven dat de eventuele ongeldigheid c.q. onrechtmatigheid van het ontslagbesluit van Bonder Holding als bestuurder ook de ongeldigheid c.q. onrechtmatigheid van de opzegging van de managementovereenkomst tussen Bonder Holding en Meijbon met zich meebrengt. De kern van het geschil ziet dan op de vraag of het ontslagbesluit en daarmee de beëindiging van de managementovereenkomst in rechte stand zal houden.

4.2. In statuten kan op grond van artikel 2:244 lid 2 BW niet worden vastgelegd dat een besluit tot ontslag van een bestuurder alleen met unanimiteit van stemmen kan worden genomen. Voor zover in artikel 36 van de statuten van Meijbon ter zake al een unanimiteitsvereiste is opgenomen, is het bepaalde in zoverre niet geldig. Artikel 2:244 lid 2 BW bevat geen verbod om een dergelijke afspraak in een aandeelhoudersovereenkomst op te nemen, zoals door partijen is gedaan. Afspraken die zijn neergelegd in een aandeelhoudersovereenkomst kunnen onder omstandigheden op grond van artikel 2:8 BW doorwerken in de verhouding tussen een vennootschap en haar bestuurder.

4.3. Bij beoordeling van de vraag of de redelijkheid en billijkheid eisen dat de afspraken uit de aandeelhoudersovereenkomst doorwerken in de vennootschappelijke verhoudingen, moet op de voet van artikel 3:12 BW rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Neder-

land levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het onderhavige geval betrokken zijn. Met name de navolgende omstandigheden zijn hierbij relevant.

4.4. De betrekkingen tussen Meijbon en Bonder Holding moeten worden bezien tegen de achtergrond van de verhoudingen binnen Meijbon en de wijze waarop de samenwerking tussen de betrokkenen tot stand is gebracht en is vormgegeven. In het onderhavige geval is sprake van een samenwerking tussen de aandeelhouders: Bonder Holding, Van Nieuwpoort en Almax. De aandeelhouders leveren ieder een eigen bestuurder aan Meijbon. Het unanimiteitsvereiste in de aandeelhoudersovereenkomst strekt er kennelijk toe iedere aandeelhouder die een bestuurder heeft geleverd, te beschermen tegen ontslag van zijn bestuurder door de anderen. Alle aandeelhouders/bestuurders zijn bij de totstandkoming van deze afspraak betrokken geweest.

4.5. In het onderhavige geval moet naast de belangen van de aandeelhouders, wiens posities door het unanimiteitsvereiste worden beschermd, rekening worden gehouden met de belangen van Meijbon zelf. Bij brief van 29 april 2015 is door Almax en Van Nieuwpoort gemotiveerd uiteengezet dat zij al langere tijd problemen ervaren binnen de samenwerking en het bestuur, dat zij bezwaren hebben tegen het door Bonder Holding gevoerde beleid en dat de continuïteit van Meijbon in gevaar komt. Bij brief van 15 mei 2015, zoals aangehaald onder 2.7., hebben Almax en Van Nieuwpoort de managementovereenkomst met Bonder Holding opgezegd met het oog op de (financiële) belangen van Meijbon. Ter zitting is zijdens Meijbon toegelicht dat zij onder bijzonder beheer is geplaatst van haar financier Deutsche Bank, dat zij liquiditeitsproblemen heeft en dat zij uiterlijk in 2017 een bedrag van circa € 18.000.000,00 moet herfinancieren. In een dergelijke situatie kan onenigheid binnen haar bestuur voor Meijbon verstrekkende gevolgen hebben.

4.6. Op 13 juli 2015, nadat buiten Bonder Holding om onderzoek is gedaan in de administraties van Meijbon en haar groepsvennootschappen, zijn aan Bonder nog meer verwijten gemaakt. In dit kort geding kan niet worden vastgesteld of de in de brief van 29 april 2015 en de brief van 13 juli 2015 genoemde verwijten terecht zijn gemaakt. Voor het vaststellen van de feiten is gelet op de

uiteenlopende standpunten van partijen nader onderzoek nodig waarvoor dit kort geding zich niet leent. Wel is duidelijk dat die verwijten voldoende zwaarwegend zijn om forensisch onderzoek te rechtvaardigen. In het kader van dit onderzoek komen de persoonlijke belangen van Bonder tegenover de belangen van Meijbon te staan. Het is niet in het belang van Meijbon dat dit onderzoek plaatsvindt terwijl Bonder nog als feitelijk bestuurder in functie is. De vennootschap is gebaat bij een periode van stilstand waarbij kan worden onderzocht of en in hoeverre de zware verwijten gegrond zijn.

4.7. Onder de hiervoor vermelde omstandigheden bestaat er onvoldoende aanleiding het unanimitetsvereiste uit de aandeelhoudersovereenkomst in de verhoudingen tussen Meijbon en Bonder Holding te laten doorwerken. Het met het unanimitetsvereiste beschermde belang van de minderheidsaandeelhouder die tevens een bestuurder levert, weegt niet op tegen het in artikel 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap.

4.8. Het vorenstaande leidt ertoe dat het primair gevorderde dient te worden afgewezen.

#### *Betaling voorschot op schadevergoeding*

4.9. Voor toewijzing van een vordering tot betaling van een geldsom is in kort geding slechts dan plaats, als het bestaan en de omvang van de vordering in hoge mate aannemelijk zijn, terwijl voorts uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening vereist is en het risico van onmogelijkheid van terugbetaling – bij afweging van de belangen van partijen – aan toewijzing niet in de weg staat.

4.10. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, acht de voorzieningenrechter het bestaan en de omvang van de gestelde vordering van Bonder Holding op Meijbon onvoldoende aannemelijk. In het kader van dit kort geding kan niet worden vastgesteld of de managementovereenkomst terecht is beëindigd. In het verlengde daarvan kan evenmin worden vastgesteld welke opzegtermijn in dit geval in acht zou moeten zijn genomen. Een en ander hangt mede af van de vraag of en in hoeverre de gemaakte verwijten gegrond zijn. Daarvoor is nader feitenonderzoek nodig, waarvoor in dit kort geding geen plaats is. Vooralsnog is dus onduidelijk of Bonder Holding aanspraak kan maken op enige beëindigingsvergoeding. Het subsidiair gevorderde op dit punt dient reeds om die reden te worden afgewezen.

#### *Schorsing dan wel matiging non-concurrentie- en relatiebeding*

4.11. De voorzieningenrechter ziet in hetgeen Bonder Holding heeft aangevoerd onvoldoende aanleiding om bij wijze van voorlopige voorziening over te gaan tot schorsing dan wel matiging van het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen non-concurrentie- en relatiebeding op de door haar voorgestane wijze. Bonder Holding heeft zich door het ondertekenen van de aandeelhoudersovereenkomst weloverwogen aan dit beding gebonden. Het zwaarwegende belang van Meijbon bij handhaving van dit beding ter borging van de belangen en de continuïteit van Meijbon en haar groepsvennootschappen rechtvaardigt in de gegeven omstandigheden onverkorte handhaving van het beding. Het subsidiair gevorderde zal op dit punt eveneens worden afgewezen.

#### *Proceskosten*

4.12. Bonder Holding zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

#### *5. De beslissing*

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Bonder Holding in de proceskosten, (...; *red.*),

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

#### **NOOT**

1. Bij joint ventures en *quasi-partnerships* wijken de wettelijke en statutaire regels voor ontslag van bestuurders vaak af van de ontslagregels in een aandeelhoudersovereenkomst. Een belangrijke oorzaak hiervan is dat in de praktijk vaak een afwijking van de vrij inflexibele regeling van art. 2:244 lid 2 BW is gewenst. Het vraagstuk hoe met deze discrepanties moet worden omgegaan is een actueel vraagstuk in rechtspraak en literatuur.

2. In het onderhavige geval gaat het om een vennootschap met drie aandeelhouders (29,87%, 35,07%, resp. 35,06%), waarbij de bestuurders van de aandeelhouders tevens het bestuur van de vennootschap vormden (waaronder – tot voor kort – de ontslagen bestuurder). Zowel de statuten van de vennootschap als de aandeelhouders-

overeenkomst bepalen dat voor de benoeming of ontslag van een bestuurder een besluit nodig is, genomen met unanieme stemmen, in een AvA waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. In de statuten is daaraan toegevoegd "voor zover wettelijk mogelijk." Blijkens art. 2:244 lid 2 BW mogen de statuten echter maximaal een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen, en een quorum van maximaal de helft van het geplaatste kapitaal voorschrijven. De kortgedingrechter oordeelt – naar mijn mening terecht – dat voor zover een unanimitateis- en quorum in de statuten is opgenomen, deze niet geldig is. De uitspraak laat in het midden of "voor zover" betekent dat terug wordt gevallen op het maximum van art. 2:244 lid 2 BW, dan wel op een gewone meerderheid. Voorts lijkt uit de uitspraak te volgen dat de vennootschap geen partij is bij de aandeelhoudersovereenkomst. Ik laat deze punten verder rusten.

3. Of de contractuele ontslagregeling wel standhoudt, is een lastiger te beantwoorden vraag. In de *Kekk/Delfino* uitspraken («JOR» 2014/157 en «JOR» 2015/69) nam in eerste aanleg de kortgedingrechter aan dat de aandeelhoudersovereenkomst vennootschapsrechtelijk kan doorwerken via art. 2:8 BW. Daarbij overwoog de rechter dat zich "bijzondere omstandigheden" kunnen voordoen als gevolg waarvan onverkorte nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst niet kan worden verlangd, zoals een zwaarder wegend belang van de vennootschap. Van zulke bijzondere omstandigheden was volgens de kortgedingrechter echter geen sprake. In hoger beroep laat het Hof Amsterdam de vraag of de aandeelhoudersovereenkomst vennootschapsrechtelijk kan doorwerken in het midden, maar gaat vervolgens wel over tot een belangenafweging. Het hof overweegt dat art. 2:244 BW ervoor waakt dat een ontslag van een bestuurder te zeer wordt bemoeilijkt, dan wel onmogelijk wordt gemaakt. Art. 2:244 BW dient derhalve het belang van de vennootschap. Vanuit deze gedachte acht het hof dat een "strengere" ontslagregeling al spoedig naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Het hof constateert dat er weliswaar geen sprake is van een impasse op het niveau van het bestuur, maar wel van verstoorde communicatie. Dit is volgens het hof voldoende voor het oordeel dat voortdu-

ring van het bestuurderschap het belang van de vennootschap zou schaden, en daarmee valt het doek voor de contractuele unanimitateisregel.

4. In de onderhavige zaak bevestigde de kortgedingrechter dat de aandeelhoudersovereenkomst kan doorwerken in de vennootschappelijke verhoudingen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Daarmee is deze uitspraak in lijn met eerdere jurisprudentie waarin de mogelijkheid van "doorwerking" is erkend. Een beroep op "doorwerking" kan pas worden gehonoreerd na een afweging van de in art. 3:12 BW genoemde belangen, aldus de uitspraak (m.i. is dit niet onjuist, maar minder voor de hand liggend dan een verwijzing naar art. 2:8 BW). De volgende belangen worden gewogen. Aan de ene kant staat het belang van de eiser bij nakoming van de unanimitateisregel. Daartegenover wordt het belang van de vennootschap geplaatst bij handhaving van art. 2:244 BW. Daarbij is relevant dat de vennootschap onder bijzonder beheer is geplaatst, onenigheid in het bestuur in die situatie verstrekkende gevolgen kan hebben, eiser verwijten worden gemaakt die een forensisch onderzoek rechtvaardigen en dit onderzoek wordt bemoeilijkt zolang eiser nog in functie is. De kortgedingrechter oordeelt dat het belang van de vennootschap in casu zwaarder weegt, en er daardoor onvoldoende aanleiding is om de unanimitateisregel uit de aandeelhoudersovereenkomst te laten doorwerken.

5. Bij de invoering van de Flex BV-regelgeving is art. 2:244 lid 2 BW gehandhaafd, maar is daarnaast de mogelijkheid ingevoerd de ontslagbevoegdheid bij statuten exclusief neer te leggen bij (bijvoorbeeld) een soortvergadering (lid 1). Over de vraag of in dat laatste geval art. 2:244 lid 2 BW ook van toepassing is, wordt verschillend gedacht. Dortmund en Lennarts verdedigen dat de beperking van art. 2:244 lid 2 BW ook in dat geval van toepassing is (Dortmond, *Handboek* (2013), nr. 253; Lennarts, *T&C Ondernemingsrecht* art. 244, nr. 3. Met Nowak («JOR» 2014/157) zou ik menen dat dit niet het geval is. Tegen deze opvatting pleit niet alleen de letterlijke tekst van lid 2 ("indien"), maar ook de recente totstandkominggeschiedenis. In de MvT bij art. 2:244 lid 1 BW wordt slechts overwogen dat naast de soortvergadering de ontslagbevoegdheid bij de AvA kan worden neergelegd (*Kamerstukken II*, 31 058, nr. 3, dit in navolging het Rapport De Kluiver, zie p. 28-30). Als art.

2:244 lid 2 BW een universele waarde zou bevatten, is het lastig te begrijpen waarom bij lid 1 is gekozen voor het optioneel neerleggen van de ontslagbevoegdheid bij de AvA.

6. Vanuit deze gedachte is het gewicht dat het Hof Amsterdam in *Kekk/Delfino* toekent aan de ontslagbevoegdheid van art. 2:244 lid 2 BW naar mijn mening veel te zwaar, zeker in gevallen waarin een ontslagen bestuurder tevens aandeelhouder is. Verlies van een bestuurszetel betekent verlies van zeggenschap over de koers en het beleid van de vennootschap en bijna altijd een informatieachterstand. Een blik op de jurisprudentie bij de geschillenregeling leert dat bij ontslag van de bestuurder-aandeelhouder van een quasi-partnership regelmatig een escalatie optreedt, waarbij de aandeelhouder in een benarde positie in de vennootschap dreigt te geraken. Vervolgens rechtvaardigen de degradatie en de dreiging van een benarde positie de toewijzing van de uittredingsvordering (art. 2:343 BW). Het lijkt mij legitiem om ontslagbescherming af te spreken die juist deze situatie poogt te voorkomen.

7. Dit laat onverlet dat het in het belang van de vennootschap is om een noodklep in te bouwen. Hiervoor lijkt de maatstaf van "bijzondere omstandigheden" (vgl. de kortgedingrechter in *Kekk/Delfino*) bruikbaar. Een kort geding zal zich niet altijd lenen voor een onderzoek naar "bijzondere omstandigheden". In de onderhavige uitspraak wordt dit ook door r.o. 4.6 geïllustreerd. Desalniettemin kan ik mij vinden in het onderhavige oordeel, waarbij de kortgedingrechter gelet op de "bijzondere omstandigheden" (in het bijzonder de precaire financiële situatie van de vennootschap) een beroep op doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst afwijst.

P.P. de Vries

kandidaat-notaris bij Houthoff Buruma

## 326

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp  
Leeuwarden

11 augustus 2015, nr. 200.151.767/01,  
ECLI:NL:GHARL:2015:6002

(mr. Janse, mr. Van der Pol, mr. Vedder)  
Noot mr. S.C.M. van Thiel

**Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement. Autonome taak en verantwoordelijkheid van bestuur na overname vennootschap door private equity partijen. Geen weerlegging van vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling belangrijke oorzaak is van faillissement.**

[BW art. 2:239, 2:248 lid 2]

*Volgens de voormalig bestuurders X en Y hebben andere oorzaken dan hun onbehoorlijk bestuur de faillissementen van FanoFinefood (en drie Nederlandse dochtervennootschappen) veroorzaakt. Zij stellen dat na de management buy-out in 2001 door de nieuwe aandeelhouders, private equity partijen, is gekozen voor een te zware financiering op basis van zoveel mogelijk vreemd vermogen, die gebaseerd was op te sterke verwachtingen, zowel wat betreft autonome groei als groei door overnames. De groei was echter minder dan verwacht door overnames die verkeerd uitpakten en verslechterende marktomstandigheden. Het hof oordeelt dat het betoog van de voormalig bestuurders onvoldoende concreet en steekhoudend is ter ontzenuwing van het vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. X en Y verliezen uit het oog dat zij als bestuurders de autonome bevoegdheid en taak hebben de vennootschap te besturen (zowel ingevolge het huidige art. 2:239 lid 1 BW als onder vigeur van de bepaling zoals die gold voor 1 januari 2013). Gesteld noch gebleken is dat in de statuten is bepaald dat de ava het bestuur aanwijzingen kan geven als bedoeld in art. 2:239 lid 4 BW. Als niet weersproken staat voorts vast dat het bestuur zelf de financieringsovereenkomsten is aangegaan. Het bestuur diende bij het aangaan van de financiering, zoals bij al zijn beslissingen, de belangen van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te dienen (zie het huidige lid 5 van art. 2:239 BW, doch ook vaste rechtspraak onder het voor 1 januari 2013 geldende recht). Dit betekent weliswaar dat het bestuur bij zijn besluitvorming rekening moet houden met de*