

dat de OK niet, in strijd met art. 6 EVRM, burgerlijke rechten en plichten vaststelt van personen die niet eens zijn opgeroepen als belanghebbende en ook niet zijn verschenen. Aldus lijkt het meer voor de hand te liggen om de Beschikking zo te lezen dat de vennootschap het desbetreffende verbod moet nakomen, maar enkel en alleen voor zover dat ligt binnen de macht van het bestuur. Als bijvoorbeeld de goedkeuring van de algemene vergadering is vereist om te kunnen voldoen aan het gebod – ik heb niet uitgezocht of dat zo is – dan wordt niet in strijd met het gebod gehandeld als de algemene vergadering niet meewerkt, of er geen tijd is om deze goedkeuring te organiseren.

5. Het lijkt erop dat het gebod niet is opgevolgd. Het doel daarvan, een relisting, is in ieder geval niet bereikt. Gerekwestreerde heeft voorts kort na de Beschikking met succes een Duitse variant van een faillissement aangevraagd.

Nadere onmiddellijke voorzieningen om het gebod alsnog af te dwingen, liggen daarom niet voor de hand. De hamvraag na de Beschikking lijkt daarom vooral te zijn of degene voor wie dit gebod geldt aansprakelijk is vanwege het niet naleven daarvan. Deze vraag is bij mijn weten nog niet in de rechtspraak beantwoord. Als het gebod echter zou zijn opgelegd bij wijze van voorlopige voorziening in kort geding (art. 254 Rv, een condemnatoire uitspraak), zal de bodemrechter in een aansprakelijkheidsprocedure de zaak niet beslissen op basis van de vraag of het gebod is nageleefd, maar aan de hand van de vraag of het nalaten van de geboden handelingen op zichzelf genomen een aansprakelijkheid vestigt. Mijn *best guess* is dat dit niet anders zal zijn als het gebod bij wijze van onmiddellijke voorziening is opgelegd. Nog los van de vraag of een dergelijke voorziening een rechtsplicht kan creëren (in een constitutieve uitspraak), geldt immers dat de OK niet gaat over (bestuurders)aansprakelijkheid (HR 10 januari 1990, «JOR» 2005/119, m.nt. Brink (*Laurus*)) en vermogensrechtelijke verhoudingen (HR 18 november 2005, «JOR» 2005/295, m.nt. Brink (*Unilever*)). Aldus bezien kan de vraag worden gesteld wat er nu is bereikt met de Beschikking.

6. Tot slot nog een vraag voor de lezer. De Beschikking lijkt tot stand te zijn gekomen door (de stelling van verzoeker) dat het desbetreffende gebod echt niet langer op zich kon laten wachten. Is het in dergelijke gevallen, waarin er eigenlijk

geen tijd is voor een mondelinge behandeling, beter om de verzochte onmiddellijke voorzieningen aanstonds toe te wijzen (art. 279 lid 1 Rv) en daarna een mondelinge behandeling te organiseren waarin de vraag centraal staat of de onmiddellijke voorzieningen moeten worden gehandhaafd? Om misbruik tegen te gaan, zou de OK daarbij kunnen bepalen dat de desbetreffende beschikking uitvoerbaar bij voorraad is onder de voorwaarde dat zekerheid wordt gesteld met betrekking tot de schade die wordt geleden als achteraf blijkt dat de onmiddellijke voorziening ten onrechte is getroffen (art. 233 lid 3 Rv).

mr. F. Eikelboom
advocaat bij bureau Brandeis te Amsterdam

9

Verlenging van tweedefasevoorzieningen op verzoek van vennootschap

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

26 oktober 2023, nr. 200.275.280/02 OK, ECLI:NL:GHAMS:2023:2683

(mr. Vink, mr. Melissen, mr. Nieuwe Weme, mr. drs. Boon RA, drs. Dubbeld)

Noot mr. Ph.W. Schreurs

Enquêteprocedure. Wanbeleid en aanhoudende impasse tussen aandeelhouders. Toewijzing van door vennootschap gevraagde voorzieningen: verlenging van benoeming OK-functionarissen voor periode van drie jaar.

[BW art. 2:357]

De OK stelt vast dat de toestand van Setay c.s. zoals die was ten tijde van de beschikking van 27 oktober 2020 in de kern onveranderd is gebleven. De vertrouwensbreuk tussen de aandeelhouders duurt onverminderd voort en is zelfs verdiept. Partijen lijken onverzettelijk tegenover elkaar te staan. Er zijn geen concrete stappen gezet om tot een ontvlechting te komen. Constructief overleg heeft niet plaatsgevonden. Vader [B] en Zoon [C] hebben geen vordering tot uitstoting jegens Zoon [A] ingesteld. De door Vader [B] ont-

trokken gelden zijn niet terugbetaald of verrekend. De zeggenschapsverhoudingen in de algemene vergadering zijn niet gewijzigd.

De verwachting is dat Zoon [C] en Zoon [A] niet zullen kunnen samenwerken. Indien de voorzieningen worden opgeheven, zal Vader [B] zijn meerderheid in de aandeelhoudersvergadering gebruiken om Zoon [A] als bestuurder van Setay Beheer te vervangen door zichzelf. Het conflict tussen partijen zal dan ongetwijfeld weer in volle omvang opklaaien.

De door de OK benoemde functionarissen hebben erop gewezen dat Vader [B] in 2026 gehouden is zijn aandelen over te dragen aan Zoon [A] en Zoon [C], ieder voor de helft. Op dat moment zal er een nieuwe realiteit ontstaan en zal het wellicht alsnog mogelijk zijn om tot een ontvlechting te komen, door splitsing of doordat een van de broers de aandelen van de ander overneemt, al dan niet door middel van een daartoe aanhangig te maken geschillenregelingsprocedure.

De OK is van oordeel dat de toestand van Setay c.s. en haar onderneming, zoals die uit het onderzoek was gebleken en aanleiding gaf tot het treffen van de voorzieningen, ook nu nog onveranderd bestaat. Kort gezegd zijn de vennootschappen nog steeds gediend bij stabiliteit en is de verwachting dat de strijd tussen partijen bij het wegvallen van de voorzieningen weer zal opklaaien met alle daarbij behorende nadelige gevolgen voor Setay c.s. en de met haar verbonden onderneming. Voortduren van de voorzieningen is dan, mede in het belang van de werknemers van Setay c.s., geboden.

[A],

advocaat: mr. S.J.M. de Neeve,
verzoeker,

tegen

1. Setay Polyethersnijderij Beheer BV te Tiel,

2. Setay Polyethersnijderij BV te Tiel,

verweersters,

advocaat: mr. A.J. van der Duijn Schouten

en tegen

1. [B],

2. [C],

Belanghebbenden,

advocaat: mr. J.H. Fellingner.

(...; red.)

De Ondernemingskamer stelt vast dat toestand van Setay c.s. zoals die was ten tijde van de beschikking van 27 oktober 2020 in de kern onveranderd is gebleven. De vertrouwensbreuk tussen de aandeelhouders duurt onverminderd voort en is zelfs verdiept. Partijen lijken onverzettelijk tegenover elkaar te staan. Er zijn geen concrete stappen gezet om tot een ontvlechting te komen. Constructief overleg heeft niet plaatsgevonden. [B] en [C] hebben geen vordering tot uitstoting jegens [A] ingesteld. De onttrokken gelden zijn niet terugbetaald of verrekend. De zeggenschapsverhoudingen in de algemene vergadering zijn niet gewijzigd.

De verwachting is dat [C] en [A] niet zullen kunnen samenwerken. Indien de voorzieningen worden opgeheven zal [B] zijn meerderheid in de aandeelhoudersvergadering gebruiken om [A] als bestuurder van Setay Beheer te vervangen door zichzelf. Het conflict tussen partijen zal dan ongetwijfeld weer in volle omvang opklaaien.

De door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen hebben erop gewezen dat [B] in 2026 gehouden is zijn aandelen over te dragen aan [A] en [C], ieder voor de helft. Op dat moment zal er een nieuwe realiteit ontstaan en zal het wellicht alsnog mogelijk zijn om tot een ontvlechting te komen, door een splitsing of doordat een van de broers de aandelen van de ander overneemt al dan niet door middel van een daartoe aanhangig te maken geschillenregelingsprocedure.

De Ondernemingskamer is van oordeel dat de toestand van Setay c.s. en haar onderneming, zoals die uit het onderzoek was gebleken en aanleiding gaf tot het treffen van de voorzieningen, ook nu nog onveranderd bestaat. Kort gezegd zijn de vennootschappen nog steeds gediend bij stabiliteit en is de verwachting dat de strijd tussen partijen bij het wegvallen van de voorzieningen weer zal opklaaien met alle daarbij behorende nadelige gevolgen voor Setay c.s. en de met haar verbonden onderneming. Voortduren van de voorzieningen is dan, mede in het belang van de werknemers van Setay c.s. geboden.

De Ondernemingskamer wijst het zelfstandig tegenverzoek om de voorzieningen te beëindigen af, en het verzoek om de voorzieningen te verlenen toe en wel voor een periode van drie jaar, dat wil zeggen tot en met 26 oktober 2026.

De Ondernemingskamer ziet gelet op de familieverhoudingen geen aanleiding een proceskostenveroordeling uit te spreken.

De voorzitter meldt dat een proces-verbaal van de mondelinge behandeling met de beslissing wordt opgemaakt en partijen verzonden.

De voorzitter sluit de behandeling ter terechtzitting.

NOOT

1. Wie, met mij, pleegt te beweren dat de gang naar de OK een grote kans op resultaat biedt bij de behandeling van aandeelhoudersgeschillen, wordt weer even met beide benen op de grond gezet bij lezing van deze Setay-saga. Wat is er gebeurd?

2. De voorgeschiedenis is te lezen in de eerstfasebesikking van deze enquêteprocedure, OK 1 februari 2018, ARO 2018/90. Vader en Moeder en hun zoons [A] en [C] hebben een schuimsnijderij met 22 personeelsleden. Op aandringen van de zoons, die in de praktijk de onderneming zelfstandig drijven, draagt Moeder haar 49% aandelen in Setay Beheer in 2017 aan hen over. Sindsdien heeft Vader 51% van de aandelen in Setay Beheer en is hij enig bestuurder daarvan. Zijn zoons hebben ieder een 24,5% minderheid en een toezegging medebestuurder te worden. In 2017 ontstaat onenigheid en handgemeen tussen enerzijds Vader en Moeder en anderzijds de broers. Die laatsten veranderen de sloten van het bedrijfspand en sluiten hun ouders buiten.

2. De broers dienen vervolgens een enquêteverzoek in stellende dat de onderneming onbestuurbaar is: zij leiden het bedrijf feitelijk maar hebben geen formele bestuurskracht en door de famillietwist vindt ook geen informele besluitvorming plaats. De OK benoemt een onderzoeker om vast te stellen welke governance partijen beoogden en welke het meest gepast is. Naast Vader wordt een tijdelijk bestuurder aangesteld; die mag zoals gebruikelijk ook een schikking beproeven.

3. Het onderzoek heeft onder meer opgeleverd dat Vader enkele tonnen aan de vennootschap bleek te hebben onttrokken. De tijdelijk bestuurder boekt niet het gehoopte succes, zo valt in de tweedefasebesikking te lezen (OK 27 oktober 2020, ARO 2020/193). De beide zoons zijn inmiddels weliswaar bestuurder, maar zij zijn intussen ook onderling gebrouilleerd geraakt. [A] (die erin slaagt de onderneming te continueren, zij het met nog maar 16 personeelsleden) moet nu opboksen tegen zowel zijn Vader als [C]. De OK-be-

stuurder heeft [C] ontslagen. Onder dat gesternte behandelt de OK het tweedefaseverzoek van [A], waarbij de OK-bestuurder zich heeft aangesloten.

4. De OK constateert dat het creëren van de bestuurlijke impasse en het onttrekken van gelden beide getuigen van wanbeleid waarvoor Vader verantwoordelijk is. Hij wordt ontslagen als bestuurder van Setay Beheer. Er wordt een nieuwe OK-bestuurder benoemd (de oude houdt het voor gezien) "opdat kan worden gezien of [C] en [A] alsnog tot een vruchtbare samenwerking kunnen komen, bij gebreke waarvan het voor de hand ligt dat de meest gereede partij een procedure tot uitstoting of uittreding aanhangig maakt" (r.o. 4.12). De aandelen van vader worden overgedragen aan een beheerder. De beide functionarissen worden voor de duur van drie jaar aangesteld.

5. Dan nu pas de hierboven afgedrukte beslissing van 26 oktober 2023, op een dag na drie jaar na de vorige. Die beslissing wordt gegeven op het verzoek van de vennootschap, vertegenwoordigd door de OK-functionaris(sen) en ondersteund door [A], om de voorzieningen voor nog eens drie jaar te verlengen. Wegens de inmiddels verstreken tijd moet diezelfde dag nog een beslissing worden genomen.

6. Opvallend genoeg moet de OK vaststellen dat de toestand van de vennootschap in feite onveranderd is gebleven. De vertrouwensbreuk is alleen maar verdiept. Partijen zijn onverzettelijk en er zijn geen concrete stappen tot ontvlechting genomen. De onttrokken gelden zijn niet teruggevorderd. De verwachting is dat de broers niet meer zullen kunnen samenwerken. Kennelijk (zonder dat duidelijk wordt waarom) is het zo dat Vader in 2026 gehouden is zijn aandelen aan zijn zoons over te dragen. De OK houdt het voor mogelijk dat dan "een nieuwe realiteit" zal ontstaan en het wellicht alsnog mogelijk zal zijn tot een ontvlechting te komen al dan niet door middel van een geschillenregelingsprocedure. Op grond daarvan worden de voorzieningen met drie jaar verlengd.

7. Waar die veronderstelling op gebaseerd is, blijft eerlijk gezegd onduidelijk. Maar nog onduidelijker is waarom er al die jaren geen verandering is bewerkstelligd. Welke mogelijkheden hebben de OK-functionarissen onderzocht of toegepast? En als zij dat niet hebben gedaan, waarom valt dan te verwachten dat het in de komende jaren wel gebeurt? Kortom, welke baat

hebben partijen met de vennootschap voorop, tot nu toe eigenlijk gehad anders dan een wapenstilstand?

8. Op 13 november 2023 is het Wagevoe-wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer. Daarin wordt de geschillenregeling (Boek 2, Titel 8, afdeling 1) omgebouwd tot een verzoekschriftprocedure bij de OK met de mogelijkheid samenhangende vorderingen mee te nemen. Is deze zaak nu niet een mooi voorbeeld van de wenselijkheid van dat voorstel? Deze enquêteprocedure behoort immers tot het overgrote deel daarvan waarin een impasse bestaat in een samenwerking. De benoeming van OK-functionarissen wordt ingezet in de hoop dat de twistende partijen zo tot bezinning en overleg worden gebracht. Een enquêteprocedure kan echter niet uitmonden in een gedwongen overdracht van aandelen, noch voorzien in de beslechting van vermogensrechtelijke geschillen. Daarvoor is de geschillenregeling, maar die is weer om andere redenen teleurstellend: de gewone rechtbanken zijn vaak te aarzelend en in ieder geval te onvoorspelbaar om dit soort vaak ingrijpende geschillen doortastend op te lossen. Wagevoe combineert de twee en legt de mogelijkheid aandelen gedwongen over te dragen bij de als zeer deskundig beschouwde OK.

9. Er is inderdaad weinig fantasie nodig om te denken dat als het wetsvoorstel in 2017 al zou zijn ingevoerd, de broers wellicht een uitstotingsverzoek tegen hun vader hadden ingediend, mogelijk gecombineerd met a) een enquêteverzoek om het beleid en de gang van zaken vast te stellen en/of met b) een verzoek tot terugbetaling van de onttrokken gelden (waarvoor dan een voorziening in het bestuur zou moeten worden getroffen). De uitkomst van die procedure valt achteraf niet te voorspellen, maar ondenkbaar is het niet dat die in de loop van 2018 al tot een doorbraak had geleid: het optreden van vader rechtvaardigt uitstoting.

10. In dit geval zou een uitstotingsvordering tegen vader bovendien in één klap twee problemen hebben kunnen oplossen, als in de procedure ook een beslissing zou zijn genomen op de samenhangende vordering tot terugbetaling van de door hem onttrokken gelden. Bij de verplichting tot betaling van de koopsom voor de aandelen zou dan immers rekening kunnen worden gehouden met de terugbetalingsverplichting door vader van de aan Setay BV onttrokken gelden.

11. Zowel in de huidige regeling als in het wetsvoorstel is niet voorzien in de mogelijkheid dat de vennootschap zelf om uitstoting van een aandeelhouder kan vragen. De ratio daarvan was dat uitstoting niet ten laste van het vermogen van de vennootschap zou moeten komen, omdat dat vermogen mogelijk onvoldoende is (*Kamerstukken II 1984/85, 18905, nr. 3 (MvT) p. 17*). Er is echter geen goede reden gegeven waarom dat niet zou kunnen in de gevallen dat dat vermogen wel voldoende is. Er valt veel voor een dergelijke mogelijkheid te zeggen. Bij uitstoting is immers het belang van de vennootschap doorslaggevend. Het is merkwaardig dat uitgerekend de vennootschap zelf die uitstoting niet zou kunnen nastreven. Zeker niet als de vennootschap zou worden vertegenwoordigd door een OK-bestuurder.

mr. Ph.W. Schreurs
advocaat bij Boels Zanders Advocaten te
Eindhoven

Financieel recht

10

Zorgplicht bij opzegging van zakelijke bankrekening op categoriale gronden

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
25 juli 2023, nr. 200.312.434,
ECLI:NL:GHARL:2023:6292
(mr. Brand, mr. Hennekens, mr. Bijl)
Noot mr. R.I.V.F. Bertrams

Bank handelt onzorgvuldig door onder-neming met beroep op haar beleid te verplichten afstand te doen van bitcoinportefeuille met waarschuwing dat anders bankrelatie wordt opgezegd. Geen sprake van zwaarwegende grond voor opzegging. Bank schiet toerekenbaar tekort in op haar rustende zorgplicht.

[BW art. 6:74]

Het staat Rabobank in beginsel vrij strikt beleid te voeren ten aanzien van (de handel) in virtuele valuta door ondernemingen, ook wanneer dit beleid betekent dat zakelijke klanten geen virtuele valuta via Rabobank kunnen verhandelen of aanhouden. De stelling van Rabobank dat de Wwft haar ertoe verplicht dit beleid te voeren, berust echter op een onjuiste interpretatie van de door Rabobank aangehaalde bepalingen uit deze wet. Art. 3 lid 2 sub d Wwft brengt weliswaar mee dat de bank in bepaalde gevallen onderzoek moet kunnen doen naar de bron van de middelen, maar Rabobank heeft onvoldoende onderbouwd waarom dat bij een onderneming als Decos niet mogelijk zou zijn. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de wet een individuele toets voorschrijft ten aanzien van specifieke transacties. Dat is wat anders dan de volledige uitsluiting van een bepaald soort transacties voor alle zakelijke klanten. Dat is eigen beleid van Rabobank en gaat verder dan de verplichtingen die voortvloeien uit de Wwft. Ook de Wft kent geen verplichting om ondernemingen die zich bezighouden met virtuele valuta (bij voorbaat) uit te sluiten.

Hieruit volgt dat de verplichting van de bank aan Decos om het houden van en handelen in bitcoins binnen drie maanden te staken, niet (rechtstreeks) kan worden gegrond op de W(w)ft.

De bancaire zorgplicht brengt met zich mee dat Rabobank bij haar besluitvorming een zorgvuldige afweging had moeten maken tussen haar eigen belang bij risicobeperking enerzijds, en het belang van Decos bij de instandhouding van de bancaire relatie anderzijds. Het is niet onrechtmatig om een mogelijke beëindiging van de relatie aan te kondigen. Ook Rabobank heeft dat recht, onder meer op grond van art. 35 ABV. Maar ook bij opzegging dient de bank zorgvuldig te werk te gaan en een individuele afweging te maken. Het stond Rabobank niet zonder meer vrij om de bancaire relatie op te zeggen of daarmee te dreigen. Uit de stukken volgt niet dat Rabobank rekening heeft gehouden met de belangen van Decos en in dat kader een belangenafweging heeft gemaakt. Rabobank heeft in feite slechts aangegeven de bancaire relatie te zullen beëindigen als Decos zich niet aan het door Rabobank gevoerde beleid ten aanzien van de handel in virtuele valuta zou houden. Decos voelde zich onder druk gezet en heeft gehandeld op basis van de overtuiging dat de bankrelatie zou worden opgezegd als zij zich niet zou conformeren aan het beleid van Rabobank. Rabobank heeft daarom onzorgvuldig gehandeld door Decos te dwingen binnen drie maanden haar bitcoinportefeuille van de hand te doen onder dreiging van opzegging van de bankrelatie, terwijl die opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn geweest nu een zwaarwegende grond daarvoor ontbrak. De belangen van Decos wegen zwaar en Rabobank had met meer moeten komen dan algemene stellingen over de risico's van de handel in virtuele valuta om die terzijde te kunnen schuiven. Zij is daarmee toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht jegens Decos.

1. Decos Beheer BV te Leiden,
2. Decos Blockchain BV te Leiden, appellanten,
hierna: gezamenlijk te noemen Decos,
advocaat: mr. M. van Eersel,
tegen
Coöperatieve Rabobank UA te Utrecht,
geïntimeerde,
advocaat: mr. K.M. Kole.