

van nut zijn in procedures betreffende milieu-schade toegebracht in concernverband.

prof. mr. S.M. Bartman
advocaat en hoogleraar Corporate Group Liability
Universiteit Maastricht

60

Ontheffing van OK-bestuurder uit functie

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
7 december 2020, zaaknr. 200.263.809/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2020:3620
(mr. Makink, mr. Broekhuijsen-Molenaar,
mr. Tillema, drs. Boumeester, dr. Broekema)
Noot mr. D.J.F.F.M. Duynstee

Enquêteprocedure. Tijdelijk bestuurder heeft zijn taak onvoldoende zorgvuldig uitgeoefend. Gebrekkige informatievoorziening aan aandeelhouders en handelen in strijd met statuten. Tevens is afbreuk gedaan aan verstandhouding tussen bestuur en tijdelijk beheerder van aandelen. Toewijzing van gevraagde onmiddellijke voorzieningen: vervanging van tijdelijk bestuurder en schorsing van bestuurder.

[BW art. 2:349a lid 2]

De OK heeft bij beschikking van 11 december 2019 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Hotshots Amsterdam BV. Bij wege van onmiddellijke voorziening zijn tevens een tijdelijk bestuurder en tijdelijk beheerder van de aandelen benoemd.

Het is begrijpelijk dat de OK-bestuurder in de eerste fase na zijn aanstelling vooral gericht was op het veiligstellen van de continuïteit van Hotshots en in mindere mate op het op orde brengen van de administratie. Hij heeft een liquiditeitsprognose doen opstellen, onderhandeld met crediteuren en inkomsten gegenereerd door de overeenkomst met Heineken. De OK-bestuurder heeft ook duidelijk gemaakt waaraan hij prioriteit gaf vanwege het gebrek aan geld en de nadien ingetreden coronamaatregelen maken het stellen van prioriteiten ook nodig.

De wijze waarop en de mate waarin het bestuur in de periode sinds de beschikking van 11 december 2019 de aandeelhouders [A], Ditz en de OK-beheerder heeft geïnformeerd, acht de OK echter ontoereikend.

De gang van zaken met betrekking tot de financiering van het door de OK bevolen onderzoek, de gebrekkige informatievoorziening door het bestuur en het negeren van het statutaire goedkeuringsvereiste, hebben afbreuk gedaan aan de verstandhouding tussen het bestuur en Van Woudenberg als beheerder van aandelen.

De verstandhouding tussen de OK-bestuurder en de OK-beheerder is verder verslechterd als gevolg van de weigering van de OK-bestuurder om de "geheime" overeenkomst tussen Hotshot en Ditz aan de OK-beheerder bekend te maken.

De OK concludeert dat de OK-beheerder zijn taak, in het bijzonder op vennootschappelijk terrein, niet voldoende zorgvuldig heeft uitgeoefend en dat het belang van Hotshots vergt dat hij als bestuurder wordt vervangen. Dat belang vergt tevens dat de OK-beheerder aanblijft als beheerder van de aandelen. Zij heeft bij haar functioneren de vennootschappelijke regels in acht genomen en is niet "op de stoel van de bestuurder gaan zitten". Het belang van Hotshots vergt voorts dat [B] als bestuurder wordt geschorst. [D] is als bestuurder van Hotshots medeverantwoordelijk voor het "zwartgeldcircuit" en de opzettelijk onjuiste administratie (waarvan onder meer blijkt uit het inmiddels gewezen eindvonnis in de bodemprocedure) en heeft er vooralsnog geen blijk van gegeven passende inspanningen te verrichten tot het redresseren daarvan. De aandeelhouders hebben het bestaan van de "geheime" overeenkomst niet tijdig gemeld aan de OK-beheerder. De inhoud van die overeenkomst roept bovendien twijfel op aan de integriteit van [D]. Tussen [D] en de OK-beheerder bestaat een onwerkbaar verhouding, die mede het gevolg is van de ook aan [D] toe te rekenen gebrekkige informatievoorziening en het handelen in strijd met het statutaire goedkeuringsvereiste.

Gelet op de huidige situatie waarin de vennootschap verkeert, valt niet te verwachten dat ontheffing van de OK-beheerder en schorsing van [D] zal leiden tot ernstige praktische bezwaren. De onderneming ligt nu stil en de opvolgend OK-bestuurder kan [D] naar eigen inzicht bij de bedrijfsvoering betrekken.

[A] BV,
verzoekster,
advocaat: mr. J.H. Fellingner,
tegen
Hotshots Amsterdam BV te Amsterdam,
verweerder,
advocaat: mr. M. Heikens,
en tegen
[B] BV,
belanghebbende,
advocaten: mr. M.J. Kesler en mr. D.S. de Waard,
en tegen
Ditz BV te Amsterdam,
belanghebbende,
verschenen in de persoon van haar bestuurder
[E],
en tegen
J.A.H. Overing te Amsterdam, in zijn hoedanig-
heid van door de OK benoemde bestuurder van
Hotshots Amsterdam BV,
belanghebbende,
advocaat: mr. M. Heikens,
en tegen
J.H. van Woudenberg te Amsterdam, in haar hoe-
danigheid van door de OK benoemde beheerder
van aandelen in *Hotshots Amsterdam BV*,
belanghebbende,
in persoon verschenen.

(...; red.)

2. Inleiding en feiten

Inleiding

2.1. Hotshots is op 31 december 2014 opgericht en exploiteert een café (shotjesbar) nabij het Leidseplein in Amsterdam. De aandelen in Hotshots worden gehouden door [B] (40%), [A] (40%) en Ditz (20%), de persoonlijke holdings van respectievelijk [D], [C] en [E]. [B] was ten tijde van de beschikking van de Ondernemingskamer van 11 december 2019 enig bestuurder van Hotshots.

2.2. De aanleiding voor de enquêteprocedure was een geschil tussen de aandeelhouders. In 2018 bleek van een kastekort van circa € 400.000. [D] en [E] hielden [C] daarvoor verantwoordelijk. [A] was vanaf de oprichting van Hotshots samen met Verhoef Holding bestuurder. Op 16 december 2018 is [A] ontslagen als bestuurder van Hotshots.

2.3. Op instigatie van [D] en [E] heeft Hotshots in oktober 2018 een vordering tot schadevergoeding tegen [F] ingesteld bij de rechtbank Amsterdam

(hierna: de bodemprocedure). [F] hebben zich in die procedure verweerd met de stelling dat het kastekort (gedeeltelijk) wordt verklaard door niet geadministreerde contante betalingen aan personeelsleden. Bij tussenvonnis van 25 september 2019 heeft de rechtbank overwogen dat [C] aansprakelijk is voor het deel van het tekort dat niet kan worden verklaard, dat vast staat dat personeel “zwart” werd betaald en dat de rechtbank een schatting zal maken van de omvang van de “zwarte” betalingen. Partijen zijn toen in de gelegenheid gesteld nadere gegevens te verschaffen ten behoeve van die schatting.

2.4. In haar beschikking van 11 december 2019 heeft de Ondernemingskamer overwogen dat het financiële beleid van Hotshots en de verslaglegging daarvan ernstig tekort schoot, dat het te gelasten onderzoek kan bijdragen aan herstel van gezonde verhoudingen en dat de toestand van Hotshots en de conflictueuze verhoudingen tussen de aandeelhouders het treffen van onmiddellijke voorzieningen nodig maakt.

Gebeurtenissen na de beschikking van 11 december 2019

2.5. Op 2 januari 2020 heeft Marseille aan Hotshots een nota van € 10.000 verzonden, bij wijze van voorschot op de kosten van het onderzoek. Deze nota is aanvankelijk onbetaald gebleven. Uit een in opdracht van Overing opgestelde liquiditeitsprognose van 17 februari 2020 blijkt dat het banksaldo van Hotshots op 27 december 2019 € 2.002 negatief was.

2.6. Vanaf eind januari 2020 heeft [A] bij Overing aangedrongen op verstrekking van gegevens uit de administratie van Hotshots over personeelskosten en omzet, ter onderbouwing van het verweer van [F] in de bodemprocedure dat het kastekort (deels) wordt verklaard door “zwarte” betalingen aan het personeel. In reactie daarop heeft Overing te kennen gegeven prioriteit te geven aan het waarborgen van de continuïteit van de onderneming. Overing heeft bij e-mail van 9 februari 2020 aan mr. Fellingner (met kopie aan Van Woudenberg, Marseille en [D]) laten weten dat hij na zijn aantreden een vrijwel lege bankrekening aantrof en een lange lijst onbetaalde crediteuren, dat toen eerst een liquiditeitsprognose is gemaakt die hij heeft gedeeld met Van Woudenberg en Marseille en dat een potentieel faillissement is voorkomen door betaling van achterstallige crediteuren. In de e-mail staat voorts dat

ondanks het feit dat geen van hen tot dan toe is betaald, de OK-functionarissen hun taken volledig verrichten. Tot slot staat in de e-mail een toezegging om alle betrokkenen te zullen voorzien van een update van de liquiditeitsprognose.

2.7. Eind 2019/begin 2020 heeft Hotshots een “Samenwerkingsovereenkomst” gesloten met Heineken die voorziet in levering van (hoofdzakelijk) bier, in een door Heineken aan Hotshots te betalen “bijzondere bijdrage” van € 75.000 en in garantstelling door [D] voor alle betalingsverplichtingen van Hotshots jegens Heineken. De betaling van de “bijzondere bijdrage” is uitgewerkt in een op 12 februari 2020 tussen Hotshots en Heineken gesloten nadere overeenkomst waarin Heineken zich heeft verplicht aan Hotshots een krediet te verstrekken van € 75.000 met dien verstande dat de Heineken de terugbetalingsverplichting in vijf jaarlijkse termijnen van € 15.000 zal kwijtschelden zolang Hotshots haar afname- en betalingsverplichtingen jegens Heineken nakomt.

2.8. Op 19 februari 2020 hebben de OK-functionarissen overleg gevoerd, mede aan de hand van de liquiditeitsbegroting van Overing. Aan de orde is gekomen dat het onderzoek kan worden gestart als er geld beschikbaar komt uit een overeenkomst met Heineken.

2.9. Bij e-mail van 12 maart 2020 heeft mr. Evertz namens [A] aan Overing vragen gesteld over de financiën van Hotshots, waaronder de vraag of nota's van de OK-functionarissen zijn betaald, over door Overing reeds verrichte en nog voorziene werkzaamheden alsmede over zijn bevindingen en naar aanleiding daarvan getroffen maatregelen.

2.10. Als gevolg van de overheidsmaatregelen ter voorkoming van de verdere verspreiding van het coronavirus (hierna ook: coronamaatregelen) heeft de exploitatie van Hotshots in de periode 16 maart tot 1 juli 2020 noodgedwongen stilgelegen.

2.11. Op 24 maart 2020 heeft [E] aan Overing op diens verzoek een afschrift verstrekt van een op 23 november 2018 (met addendum van 28 januari 2019) tussen Hotshots en Ditz gesloten overeenkomst. De overeenkomst, die door [D] namens Hotshots is aangegaan, houdt onder meer in dat Hotshots aan Ditz maandelijks een vast bedrag van € 2.250, aangeduid als “retainer fee”, zal betalen te vermeerderen met een vergoeding per uur, voor ad hoc (advies)werkzaamheden en dat Ditz “gedurende de periode dat Hotshots de retainer fee is verschuldigd” aan [B] een onherroepelijke

volmacht verleent voor het uitoefenen van het stemrecht van Ditz in de algemene vergadering van Hotshots. De overeenkomst bevat een geheimhoudingsclausule met een boetebeding. De volmacht is verleend op 25 januari 2019. Bij addendum van 28 januari 2019 is de aanduiding “retainer fee” vervangen door “interim dividend” en het bedrag van € 2.250 per 1 januari 2019 verhoogd tot € 2.667.

2.12. Bij e-mail aan de aandeelhouders van 25 maart 2020 (met kopie aan Van Woudenberg en Marseille) heeft Overing de aandeelhouders verzocht ieder € 15.000 in te lossen op hun rekening-courantschuld aan Hotshots “zodat Hotshots niet failliet hoeft te gaan en de komende maanden kan overwinteren”. Tot slot heeft Overing een aandeelhoudersvergadering aangekondigd na het opmaken van de jaarrekeningen.

2.13. Mr. Evertz heeft Overing bij e-mail van 25 maart 2020 verzocht alsnog te reageren op zijn e-mail van 12 maart 2020 (2.9) en laten weten dat [A] bereid is gelden ter beschikking te stellen maar dat daarvoor noodzakelijk is dat zij inzage krijgt in de financiële positie van de vennootschap.

2.14. Dezelfde dag heeft [E] aan Overing geschreven dat Overing onvoldoende inzicht heeft verschaft in de financiële positie van Hotshots, dat het verzoek om in te lossen op de rekening-courantschuld daarom ongepast is en dat hij op grond van de overeenkomst tussen Hotshots en Ditz (2.11) juist een vordering heeft op Hotshots. [E] heeft voorts gevraagd naar de voortgang van het onderzoek en Overing verzocht hem op de hoogte te houden van de stappen die worden genomen in verband met de coronamaatregelen. Overing heeft bij e-mail van 27 maart 2020 geantwoord dat Ditz/ [E] officieel geen rol heeft in de vennootschap nu haar aandelen in beheer zijn overgedragen en Ditz/ [E] verwezen naar Van Woudenberg als beheerder van die aandelen. [E] heeft daartegen dezelfde dag geprotesteerd.

2.15. Op 1 april 2020 heeft Overing namens Hotshots een onderhandse pandakte ondertekend strekkende tot verpanding van haar inventaris, voorraad, vorderingen en IE-rechten aan [G]. De pandakte is niet geregistreerd bij de Belastingdienst; art. 2 lid 2 van de pandakte bepaalt dat de pandnemer deze registratie verzorgt.

2.16. In de bodemprocedure (zie 2.3) heeft de rechtbank bij eindvonnis van 8 april 2020 voor recht verklaard dat [F] aansprakelijk zijn voor de

door Hotshots geleden schade als gevolg van kastekorten en onregelmatige onttrekkingen en hen hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan Hotshots van € 173.923,69 wegens de kastekorten en € 24.500 wegens de onregelmatige onttrekkingen, te vermeerderen met wettelijke rente. Het meer of anders gevorderde is afgewezen. De rechtbank heeft onder meer het volgende overwogen:

– kern van het geschil is *de mate waarin* partijen – in strijd met hun wettelijke verplichtingen – de belasting op grote schaal hebben ontdoken en een volstrekt ondeugdelijke boekhouding hebben gevoerd, al dan niet in combinatie met het misleiden van elkaar;

– omdat waarheidsvinding daardoor niet goed mogelijk is zal de rechtbank tot een schatting moet komen;

op grond van de schattingen van partijen zelf neemt de rechtbank aan dat over de periode 2016 tot en met juni 2018 € 233.325,45 “zwart” is betaald aan het personeel.

2.17. Op 8 april 2020 heeft het bestuur een op 16 april 2020 te houden aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen met als agendapunten de overeenkomst met Heineken, een drietal huurovereenkomsten, het pandrecht ten behoeve van [G] op de inventaris, voorraad, vorderingen en IE-rechten van Hotshots, alsmede vaststelling van de jaarrekeningen over 2018 en 2019. Het pandrecht is op verzoek van Van Woudenberg van de agenda gehaald, omdat vestiging van een pandrecht in deze omvang naar haar inzicht mogelijk kan leiden tot benadeling van schuldeisers van Hotshots en dat hierover eerst advies moet worden ingewonnen.

2.18. Voorafgaand aan de te houden algemene vergadering van aandeelhouders heeft Van Woudenberg in een e-mail van 16 april 2020 aan Hotshots aan de orde gesteld dat de algemene vergadering van aandeelhouders al eerder en volledig geïnformeerd had moeten worden over de huurcontracten en de overeenkomsten met Heineken.

2.19. Op de aandeelhoudersvergadering van 16 april 2020 is besloten goedkeuring te verlenen voor:

– de met Heineken gesloten overeenkomsten (2.7);

– een op 16 oktober 2019 gesloten huurovereenkomst (ingangdatum huur 1 juli 2019) voor de uitbreiding van de bedrijfsruimte met de verdieping gelegen boven het café;

– een op 10 april 2020 gesloten opvolgende huurovereenkomst voor de huur (ingaaude 1 februari 2020) van de bedrijfsruimte van de benedenverdieping waar het café zich bevindt;

– het sluiten van een huurovereenkomst voor de huur van appartementen gelegen op de tweede verdieping boven het café ter voorkoming van klachten over geluidsoverlast.

Verder is medegedeeld dat Hotshots een bedrag van € 75.000 van Heineken heeft ontvangen. Van Woudenberg heeft aan de orde gesteld dat vaststelling van de jaarrekeningen 2018 en 2019 mogelijk pas kan plaatsvinden nadat Marseille bepaalde onderzoeksvragen heeft beantwoord.

2.20. Met ingang van mei 2020 heeft Hotshots met een beroep op de sluiting van het café door de coronamaatregelen slechts 50% van de maandelijks verschuldigde huur voldaan.

2.21. Bij e-mail van 15 mei 2020 heeft mr. Fellingner aan Overing verzocht de voorschotnota van Marseille te voldoen uit het van Heineken ontvangen bedrag.

2.22. Bij e-mail van 22 mei 2020 heeft Van Woudenberg aan Overing en Marseille geschreven dat Overing aan [C] en [E] aan de hand van een toelichting op het verloop van de liquide middelen duidelijk moet maken waarom Hotshots het onderzoek niet kan financieren nu Heineken € 75.000 heeft gestort.

2.23. Op 25 mei 2020 heeft Ditz, onder verwijzing naar de overeenkomst met Hotshots (2.11) facturen verzonden aan Hotshots van € 2.667 per maand over de periode januari 2019 tot en met mei 2020 “voor het door Ditz in de persoon van [E] op maandelijks basis beschikbaar zijn voor het geven van advies op het gebied van beheer en voor invalwerkzaamheden (...)”, alsmede een bedrag van € 9.000 aan “interim dividend”.

2.24. Tijdens een in mei 2020 tussen de OK-functionarissen gehouden bespreking is aan de orde geweest dat Hotshots geen hoger beroep zal instellen tegen het vonnis van de rechtbank van 8 april 2020 (zie hierboven onder 2.16).

2.25. In een op 3 juni 2020 in opdracht van het bestuur opgesteld advies van Turnaround Advocaten wordt gewezen op het risico dat in geval van faillissement van Hotshots de curator de verpanding aan [G] als onverplichte rechtshandeling ten nadele van de overige schuldeisers zal aanmerken.

2.26. In juni 2020 is tussen [E] en Overing discussie ontstaan over het al dan niet bekend maken van de overeenkomst tussen Hotshots en Ditz aan

de overige betrokkenen, mede naar aanleiding van een verzoek van Van Woudenberg aan Overing om de overeenkomst met haar te delen. Op 26 juli 2020 heeft Overing aan Van Woudenberg bericht dat hij niet over de betreffende overeenkomst beschikt. Van Woudenberg heeft Overing op 27 juli 2020 laten weten dat [E] haar heeft verteld dat hij de overeenkomst aan Overing heeft verstrekt. Overing heeft op 28 juli 2020 geantwoord dat aan hem geen contract is toegestuurd.

2.27. Na versoepeling van de coronamatregelen per 1 juli 2020 heeft Hotshots haar exploitatie hervat, zij het met de nodige beperkingen zoals een maximaal aantal toegestane gasten.

2.28. Op 3 juli 2020 heeft Hotshots hoger beroep ingesteld tegen het eindvonnis van 8 april 2020. Het besluit hiertoe is niet aan de algemene vergadering van aandeelhouders voorgelegd. Op 8 juli 2020 heeft [A] eveneens hoger beroep ingesteld.

2.29. Op 5 juli 2020 heeft Van Woudenberg het bestuur onder meer laten weten dat de aan haar voorgelegde conceptjaarrekeningen 2018 en 2019 vanwege bepaalde onduidelijkheden niet kunnen worden vastgesteld en dat het door Marseille te verrichten onderzoek die onduidelijkheden zou kunnen wegnemen, dat de coronacrisis wat haar betreft wenselijk maakt dat het bestuur de aandeelhouders inzicht geeft in de liquiditeiten van Hotshots alsook dat zij op basis van het advies van Turnaround Advocaten over het pandrecht (2.25) en de beschikbare informatie geen goedkeuring zal verlenen aan vestiging van het pandrecht op basis van de voorliggende pandakte.

2.30. In een op 10 juli 2020 gehouden overleg hebben de OK-functionarissen werkafspraken gemaakt die onder meer inhouden dat de jaarrekeningen 2018 en 2019 niet ter vaststelling aan de algemene vergadering worden voorgelegd voordat het onderzoek door Marseille is afgerond en eventuele correcties in de jaarrekening over 2017 zijn doorgevoerd. Marseille heeft tijdens deze bijeenkomst te kennen gegeven dat zij niet met het onderzoek is gestart omdat haar voorschotnota niet is voldaan. Afgesproken is dat zij haar opdracht zal teruggeven indien in augustus 2020 geen betaling heeft kunnen plaatsvinden. Van Woudenberg heeft er tijdens deze bijeenkomst onder meer op gewezen dat de informatievoorziening aan de OK-functionarissen lacunes vertoont, dat de communicatie te veel via [D] verloopt en dat in ieder geval had moeten worden gemeld dat

door Hotshots hoger beroep is ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank van 8 april 2020.

2.31. Bij e-mail van 2 augustus 2020 heeft Overing aan Van Woudenberg laten weten dat hij geen zeggenschap heeft over de door haar opgevraagde overeenkomst (2.26). Dezelfde dag heeft Van Woudenberg Overing laten weten dat hij als bestuurder de kwestie met [D] zou moeten bespreken, dat hij haar onjuist informeert en onvoldoende openheid betracht en dat zijn manier van werken en zijn taakopvatting niet goed werkbaar zijn. Overing heeft op 12 augustus 2020 geantwoord de overeenkomst zelf niet te zullen openbaren uit vrees voor aansprakelijkheid.

2.32. Op 10 augustus 2020 heeft [C], uit de verkoopopbrengst van zijn woning, € 200.000 of € 210.000 aan Hotshots betaald ter voldoening aan het vonnis in de bodemprocedure.

2.33. Op 24 augustus 2020 heeft Hotshots de voorschotnota van Marseille van 2 januari 2020 betaald.

2.34. Op 27 augustus 2020 heeft het bestuur een op 30 september 2020 te houden aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen en besluitvorming geagendeerd met betrekking tot de vaststelling van de jaarrekeningen 2018 en 2019, met bijvoeging van de conceptjaarrekeningen. Voor Van Woudenberg kwam de uitnodiging als een verrassing, zo liet zij bij e-mail van diezelfde dag weten aan Overing en de aandeelhouders, aldus Van Woudenberg.

2.35. Op 2 september 2020 is Hotshots door de verhuurder van de bedrijfsruimten in kort geding gedagvaard tot onder meer betaling van huurachterstand (2.20).

2.36. Op 7 september 2020 heeft het bestuur van Hotshots de overeenkomst tussen Hotshots en Ditz verstrekt aan Van Woudenberg.

2.37. Op 10 september 2020 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen het bestuur (Overing en [D]) en Van Woudenberg. Daarin heeft van Woudenberg naar voren gebracht dat de jaarrekeningen 2018 en 2019 nog niet kunnen worden vastgesteld zolang het onderzoek nog niet is afgerond.

2.38. Bij e-mail van 15 september 2020 heeft [E] het bestuur gevraagd om een toelichting op de conceptjaarrekeningen met het oog op de aanstaande aandeelhoudersvergadering. Bij e-mail van 16 september 2020 heeft het bestuur [E] doorverwezen naar Van Woudenberg die, volgens het bestuur, de betreffende stukken al in mei 2020 zou hebben ontvangen en met wie zou zijn afge-

sproken dat zij de stukken met de aandeelhouders zou delen. Op 16 september 2020 heeft Van Woudenberg laten weten dat zij in een eerder stadium weliswaar van (onvolledige) toelichtingen op de toen voorliggende concepten is voorzien maar dat van een afspraak over het door haar verstrekken daarvan aan de aandeelhouders geen sprake is geweest en dat het een taak van het bestuur is om de aandeelhouders alle voor de aandeelhoudersvergadering relevante informatie te sturen.

2.39. Bij e-mail van 22 september 2020 heeft het bestuur kenbaar gemaakt dat in gezamenlijk overleg is besloten om de aandeelhoudersvergadering van 30 september 2020 te annuleren omdat de jaarrekeningen 2018 en 2019 nog niet kunnen worden goedgekeurd nu nog altijd onduidelijkheid bestaat over het boekjaar 2017.

2.40. Per 29 september 2020 zijn de coronamaatregelen aangescherpt en zijn horecagelegenheden gehouden hun deuren uiterlijk om 22.00 uur te sluiten.

2.41. Hotshots heeft bij brief van haar advocaat van 2 oktober 2020 Ditz aangesproken tot terugbetaling van het aan hem ten titel van “interim dividend” in de periode van 18 mei 2018 tot en met juli 2019 betaalde bedrag van circa € 40.000.

2.42. Bij vonnis in kort geding van 7 oktober 2020 heeft de kantonrechter van de rechtbank Amsterdam de huurbetalingsverplichting van Hotshots over de periode van 1 oktober 2020 tot 1 januari 2021 gedeeltelijk (voor het café voor 50% en voor de kantoorruimte voor 25%) opgeschort. De kantonrechter heeft daartoe overwogen dat de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomsten mag verwachten, dat Hotshots niet volledig aan haar verplichting tot betaling van huur kan worden gehouden en dat het redelijk is om de nadelige gevolgen van de coronamaatregelen te verdelen.

2.43. Overing heeft op 9 oktober 2020 aan Van Woudenberg geschreven dat het bestuur op grond van de statuten genoodzaakt is om een aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen en dat een belangrijk onderwerp voor die vergadering is de rekening-courantvordering op [E]. Van Woudenberg heeft dezelfde dag geantwoord dat een aandeelhoudersvergadering niet nuttig of nodig is omdat zij niet met vaststelling van de jaarrekeningen over 2018 en 2019 zal instemmen zolang de jaarrekening over 2017 niet is vastgesteld en het door de Ondernemingskamer bevolen onderzoek

nog loopt. Voorts heeft zij te kennen gegeven dat niet voor de hand ligt dat zij zal instemmen met de voorliggende pandakte omdat nog geen duidelijkheid bestaat over de omvang van de te verstrekken zekerheid in verhouding tot de garantstelling door [G]

2.44. Op 10 oktober 2020 heeft het bestuur een op 19 oktober 2020 te houden aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen en besluitvorming geagendeerd met betrekking tot onder meer de vaststelling van de jaarrekeningen 2018 en 2019 en het ten behoeve van [G] te vestigen pandrecht.

2.45. Per 14 oktober 2020 zijn de coronamaatregelen wederom aangescherpt en zijn horecagelegenheden gesloten.

2.46. Van Woudenberg heeft ter vergadering van 19 oktober 2020 niet ingestemd met vaststelling van de jaarrekeningen over 2018 en 2019 omdat eerst de jaarrekening over 2017 moet worden vastgesteld en het door de Ondernemingskamer bevolen onderzoek, dat betrekking heeft op 2017, nog moet plaatsvinden. Over het pandrecht is besproken dat het bestuur een gemotiveerd bestuursbesluit ter goedkeuring aan de aandeelhoudersvergadering zal voorleggen. Van Woudenberg heeft over het agendapunt “mededelingen interim-dividend” opgemerkt dat de strekking daarvan niet duidelijk is en dat daaronder in ieder geval niet verstaan kan worden de invordering van de rekening-courantschuld van [E] (althans Ditz) zodat daarover geen aandeelhoudersbesluit kan worden genomen.

3. De gronden van de beslissing

3.1 [A] heeft aan haar primaire verzoek ten grondslag gelegd – kort samengevat – dat het bestuur is tekortgeschoten in zijn taak door (i) onvoldoende prioriteit te geven aan financiering van het bevolen onderzoek, (ii) na te laten een deugdelijke administratie samen te stellen, (iii) overeenkomsten te sluiten en procedures te voeren zonder statutair vereiste goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering en (iv) onvoldoende informatie te verstrekken aan [A] en Ditz, die, anders dan [B], niet in het bestuur vertegenwoordigd zijn.

3.2. Ditz heeft steun betuigd aan het verzoek van [A].

3.3. Van Woudenberg heeft – samengevat – naar voren gebracht dat de communicatie door het bestuur moeizaam en chaotisch verloopt, dat het bestuur niet voldoende transparant is tegenover

de aandeelhouders(vergadering) en afspraken ter verbetering slechts ten dele worden nagekomen en dat – aldus – de governance onvoldoende is verbeterd sinds de beschikking van 11 december 2019. Het onderzoek had zo spoedig mogelijk moeten aanvangen om de financiële situatie inzichtelijk te maken, mede ten behoeve van het vaststellen van de jaarrekeningen. Dat had ook kunnen bijdragen aan het vinden van een minnelijke regeling tussen de aandeelhouders.

3.4. Hotshots en Overing alsmede [B] hebben gemotiveerd verweer gevoerd. De Ondernemingskamer zal hierna waar nodig op dat verweer ingaan.

3.5. De Ondernemingskamer overweegt als volgt.

Financiering van het onderzoek

3.6. In haar beschikking van 11 december 2019 heeft de Ondernemingskamer uitdrukkelijk afgezien van het aanhouden van de aanwijzing van de onderzoeker en daartoe overwogen dat hetgeen partijen verdeeld houdt in belangrijke mate verband houdt met de onderwerpen van het te gelasten onderzoek en het onderzoek juist daarom zal kunnen bijdragen aan het herstel van de gezonde verhoudingen binnen de vennootschap.

3.7. Voor de financiering van het door haar te verrichten onderzoek heeft Marseille op 2 januari 2020 een voorschotnota voor een bedrag van € 10.000 verzonden aan Hotshots (2.5). Eerst op 24 augustus 2020 is deze voorschotnota door Hotshots voldaan (2.33), waarna het onderzoek is gestart.

3.8. Op grond van de stukken is niet duidelijk waarom Hotshots die factuur niet eerder heeft betaald. Het bestuur heeft geen blijk gegeven van voldoende inspanningen gericht op de betaling van de onderzoekskosten en heeft aan de overige betrokkenen onvoldoende inzicht verschaft in de gemaakte afwegingen. Zo is niet duidelijk of de voorschotnota voldaan had kunnen worden uit de cashflow tot 16 maart 2020 (de datum van de eerste coronamaatregelen) en is met name niet goed begrijpelijk waarom die nota niet is voldaan direct na ontvangst van het door Heineken betaalde bedrag van € 75.000. Overing heeft [C] en [E] op het verkeerde been gezet door op 9 februari 2020 te schrijven dat de OK-functionarissen hun taken volledig aan het verrichten waren en een liquiditeitsprognose aan te kondigen, die nadien uitbleef (2.6). Mr. Evertsz heeft bij e-mail van 12 maart 2020 aan Overing gevraagd of de factuur van

Marseille is voldaan (2.9). Op 25 maart 2020 hebben [C] (2.13) en [E] (2.14) om financiële informatie gevraagd en heeft [C] te kennen gegeven met het oog op het waarborgen van de continuïteit van de onderneming, en onder de voorwaarde dat hij van financiële informatie wordt voorzien, financiële middelen ter beschikking te stellen. Vanaf 16 april 2020 (2.19), althans begin juli 2020 (2.29 en 2.30), was bovendien duidelijk dat het onderzoek nodig was voor het vaststellen van de jaarrekeningen 2018 en 2019. Uiteindelijk is de voorschotnota pas op 24 augustus 2020 betaald. Hotshots heeft, zo begrijpt de Ondernemingskamer, vervolgens op 22 oktober 2020 de tweede voorschotnota betaald.

Administratie en informatie aan aandeelhouders

3.9. De Ondernemingskamer stelt voorop dat uit de vonnissen in de bodemprocedure blijkt dat in ieder geval tot medio 2018 een aanzienlijk “zwart geld circuit” bestond binnen Hotshots en dat de administratie met opzet onjuist was. Daarvoor zijn [D] en [C] als (indirect) bestuurders in die periode verantwoordelijk.

3.10. Het is begrijpelijk dat Overing in de eerste fase na zijn aanstelling als bestuurder vooral gericht was op het veiligstellen van de continuïteit van Hotshots en in mindere mate op het op orde brengen van de administratie. Hij heeft een liquiditeitsprognose doen opstellen, onderhandeld met crediteuren en inkomsten gegenereerd door de overeenkomst met Heineken. Overing heeft ook duidelijk gemaakt waaraan hij prioriteit gaf vanwege het gebrek aan geld en de nadien ingetreden coronamaatregelen maken het stellen van prioriteiten ook nodig.

3.11. De wijze waarop en de mate waarin het bestuur in de periode sinds de beschikking van 11 december 2019 [A], Ditz en Van Woudenberg heeft geïnformeerd, acht de Ondernemingskamer echter ontoereikend.

3.12. Afgezien van de financiering van het onderzoek die hierboven al aan de orde kwam, geldt dat in het bijzonder voor het volgende. Het standpunt van Overing dat Ditz/[E] voor het verkrijgen van informatie zou zijn aangewezen op Van Woudenberg (zie 2.14) is niet juist. In aanloop naar de aandeelhoudersvergadering van 16 april 2020 (zie 2.18) heeft het bestuur niet uit eigen beweging de volledige overeenkomst met Heineken en de huurovereenkomsten aan de aandeelhouders toegestuurd. Ook is onvoldoende openheid betracht

over het aan [D] te verlenen pandrecht (zie 2.15) en het besluit om nog slechts een deel van de verschuldigde huur te betalen (zie 2.20). Daar komt nog bij dat het bestuur Van Woudenberg en de aandeelhouders had moeten informeren over de door de verhuurder aangespannen procedure in reactie op dat besluit (2.35 en 2.42).

Handelen in strijd met statuten

3.13. Artikel 16 lid 4 van de statuten van Hotshots bepaalt dat aan de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen besluiten van het bestuur tot onder meer:

- het huren van registergoederen (sub a);
- het ter leen ter leen opnemen van gelden, waaronder niet is begrepen het gebruikmaken van een aan de vennootschap verleend bankkrediet (sub c);
- het vestigen van een beperkt recht op vermogensrechten of roerende zaken (sub g);
- het optreden in rechte met uitzondering van het nemen van die rechtsmaatregelen die geen uitstel kunnen lijden, in wel geval het bestuur de algemene vergadering zo spoedig mogelijk hierover zal informeren (sub j).

3.14. In strijd met deze bepaling heeft het bestuur de overeenkomst met Heineken – waarvan een aan Hotshots verstrekt krediet van € 75.000 deel uitmaakt – niet voorafgaand aan de totstandkoming daarvan aan de algemene vergadering ter goedkeuring voorgelegd. Op 10 april 2020 is een huurovereenkomst gesloten zonder de vereiste voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering (zie 2.19). Daaraan doet niet af dat die overeenkomsten achteraf door de aandeelhoudersvergadering zijn goedgekeurd.

3.15. Overing heeft op 1 april 2020 Hotshots verbonden tot verpanding van haar inventaris, voorraad, vorderingen en IE-rechten aan [G] (2.15), zonder de vereiste voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering. Daar komt bij dat het bestuur kennelijk niet tijdig onder ogen heeft gezien dat die verpanding mogelijk op ontoelaatbare wijze andere schuldeisers van Hotshots benadeelt (zie 2.17). Pas na aandringen van Van Woudenberg heeft het bestuur daarover advies gevraagd (zie 2.25) en in oktober 2020 aangekondigd dat alsnog een gemotiveerd besluit daarover ter goedkeuring aan de aandeelhoudersvergadering zal worden voorgelegd (2.46).

3.16. Hotshots heeft op 3 juli 2020 hoger beroep ingesteld tegen het eindvonnis in de bodemproce-

dure (zie 2.28) zonder voorafgaande goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering en nadat in mei 2020 met Van Woudenberg was besproken dat geen hoger beroep zou worden ingesteld (zie 2.24). Daar komt nog bij dat het bestuur Van Woudenberg en de aandeelhouders had moeten informeren over de huurprocedure tegen de vennootschap (2.35 en 2.42).

De verstandhouding tussen het bestuur en Van Woudenberg

3.17. De hierboven beschreven gang van zaken met betrekking tot de financiering van het onderzoek, de gebrekkige informatievoorziening door het bestuur en het negeren van het statutaire goedkeuringsvereiste, hebben afbreuk gedaan aan de verstandhouding tussen het bestuur en Van Woudenberg als beheerder van aandelen.

3.18. De omstandigheid dat het bestuur de vaststelling van de jaarrekeningen 2018 en 2019 bij herhaling heeft geagendeerd zonder toereikende toelichting en nadat Van Woudenberg te kennen had gegeven dat eerst, aan de hand van de bevindingen uit het onderzoek, betrouwbare cijfers over 2017 geproduceerd moeten worden (zie 2.19, 2.29, 2.30, 2.34, 2.37, 2.39, 2.43 en 2.45), heeft de verhoudingen verder onder druk gezet. Zoals ter zitting is besproken, ligt het bovendien in de rede dat in de jaarrekeningen 2017 en 2018 een voorziening wordt opgenomen voor de belasting-schuld die het gevolg is van het omvangrijke “zwart geld circuit” binnen Hotshots in de loop der jaren.

3.19. De verstandhouding tussen Overing en Van Woudenberg is verder verslechterd als gevolg van de weigering van Overing om de “geheime” overeenkomst tussen Hotshot en Ditz (zie 2.11) aan Van Woudenberg bekend te maken. Die overeenkomst komt er naar uiterlijke verschijningsvorm op neer dat [G] op kosten van Hotshots het stemrecht van Ditz/ [E] in de algemene vergadering heeft gekocht en dat dit geheim moest blijven. De omstandigheid dat Overing in strijd met de waarheid tegen Woudenberg heeft gezegd dat hij niet over deze overeenkomst beschikte (zie 2.26) heeft bijgedragen aan het ontstaan van een onwerkbare verhouding tussen beiden.

Onmiddellijke voorzieningen

3.20. Op grond van het bovenstaande concludeert de Ondernemingskamer dat Overing zijn taak, in het bijzonder op vennootschappelijk terrein, niet

voldoende zorgvuldig heeft uitgeoefend en dat het belang van Hotshots vergt dat hij als bestuurder wordt vervangen. Dat belang vergt tevens dat Van Woudenberg aanblijft als beheerder van de aandelen. Zij heeft bij haar functioneren de vennootschappelijke regels in acht genomen en is, anders dan [B] heeft aangevoerd, niet “op de stoel van de bestuurder gaan zitten”. Ook voor het overige acht de Ondernemingskamer de kritiek van [B] op Van Woudenberg ongegrond.

3.21. Het belang van Hotshots vergt voorts dat [B] als bestuurder wordt geschorst. [D] is als bestuurder van Hotshots mede verantwoordelijk voor het “zwart geld circuit” en de opzettelijk onjuiste administratie (waarvan onder meer blijkt uit het inmiddels gewezen eindvonnis in de bodemprocedure) en heeft er voorts geen blijk van gegeven passende inspanningen te verrichten tot het redresseren daarvan. [G] hebben het bestaan van de “geheime” overeenkomst niet tijdig gemeld aan Overing. De inhoud van die overeenkomst roept bovendien twijfel op aan de integriteit van [D]. Tussen [D] en Van Woudenberg bestaat een onwerkbare verhouding, die mede het gevolg is van de ook aan [D] toe te rekenen gebrekkige informatievoorziening en het handelen in strijd met het statutaire goedkeuringsvereiste.

3.22. In dit verband geldt tot slot dat, gelet op de huidige situatie waarin de vennootschap verkeert, niet valt te verwachten dat ontheffing van Overing en schorsing van [D] zal leiden tot ernstige praktische bezwaren. De onderneming ligt nu stil en de opvolgend OK-bestuurder kan [D] naar eigen inzicht bij de bedrijfsvoering betrekken.

3.23. De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding om het besluit van Hotshots om hoger beroep in te stellen tegen het eindvonnis in de bodemprocedure te schorsen. Los van de vraag wat daarvan de praktische betekenis zou zijn (mede gelet het feit dat ook [F] hoger beroep hebben ingesteld), kan de opvolgend OK-bestuurder bezien of voortzetting van die procedure in het belang van Hotshots is en of het geschil met [F] op andere wijze kan worden opgelost.

3.24. De Ondernemingskamer ziet aanleiding de kosten van het geding tussen de verschenen partijen te compenseren, aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

ontheft ing. J.A.H. Overing MBA te Amsterdam uit zijn functie van bestuurder van Hotshots B.V.; benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening, voorsnog voor de duur van het geding met ingang van heden mr. W.J.B. van Nielen te Utrecht als bestuurder van Hotshots B.V.;

schorst, bij wijze van onmiddellijke voorziening en voorsnog voor de duur van het geding, met ingang van heden [B] als bestuurder van Hotshots B.V.;

compenseert de kosten van het geding tussen de verschenen partijen aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

NOOT

1. *Inleiding*. Een unieke beschikking van de OK, het is – bij mijn weten – de eerste keer dat een door de OK benoemde bestuurder op verzoek van een van de partijen uit zijn functie wordt ontheven en wordt vervangen door een andere door de OK benoemde bestuurder.

2. De mogelijkheden voor partijen om het functioneren van OK-bestuurders met succes aan de kaak te stellen, zijn in de praktijk zeer beperkt. Het vragen om het ontslag van een OK-bestuurder is een paardenmiddel. Dit paardenmiddel is vaker ingezet in diverse procedures maar is – tot nu toe – nooit succesvol gebleken (zie D.J.F.F.M. Duynstee, ‘Het (gebrek aan) toezicht op door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen’, in: *Toezicht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 2018, nr. 151, p. 129 en twee recente voorbeelden: OK 9 april 2019 ARO 2019/109 (DEM); OK 30 april 2018, «JOR» 2018/213, m.nt. Eikelboom (*Hepta G*)).

3. Dat het verzoek tot vervanging van de tijdelijke bestuurder in de onderhavige zaak wel is toegevoegd, is mijns inziens goed nieuws voor partijen die betrokken raken bij een OK-zaak. Zo wordt duidelijk dat in het uiterste geval betrokkenen nog enige invloed kunnen uitoefenen op hoe hun onderneming wordt bestuurd en dat ze niet volledig de controle kwijt zijn. Dat is goed voor de acceptatie van OK-beschikkingen en de bereidheid van bedrijven en hun functionarissen om zich in de toekomst tot de OK te wenden. Ook al is de mogelijkheid tot bijsturen van OK-bestuur-

ders beperkt, om niet te zeggen minimaal (zie verder daarover D.J.F.F.M. Duynstee, t.a.p.), is het goed om te zien dat de OK inziet dat onder zeer bijzondere omstandigheden de conclusie moet worden getrokken dat de door de OK benoemde bestuurder niet naar behoren functioneert. Een bijzonderheid in deze zaak is dat het vervangen van de OK-bestuurder nauw samenhangt met de onwerkbare situatie die was ontstaan met de OK-beheerder die het verzoek tot vervangen ondersteunde. Dat is een relevante omstandigheid, die de vraag oproept of een verzoek van een van de "reguliere" procespartijen zonder actieve steun van de OK-beheerder tot eenzelfde resultaat had geleid.

4. *Feiten*. In 2018 wordt bij shotjesbar Hotshots in de nabijheid van het Leidseplein in Amsterdam een kastekort van circa € 400.000 ontdekt. De aandelen in het kapitaal van Hotshots Amsterdam BV ("Hotshots") worden gehouden door Verhoeff Holding BV (40%), D. Beshay Holding BV (40%) en Ditz BV (20%). D. Beshay Holding BV ("Beshay Holding") en Verhoeff Holding BV ("Verhoeff Holding") zijn beide bestuurder van Hotshots. Beshay Holding wordt in zijn hoedanigheid van bestuurder voor het kastekort verantwoordelijk gehouden door Verhoeff Holding en Ditz BV ("Ditz"). Beshay Holding wordt als bestuurder eerst geschorst en later ontslagen door de ava van Hotshots. Ook entameert Hotshots een bodemprocedure tegen Beshay Holding c.s. bij de Rechtbank Amsterdam. In een tussenvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat de zorg voor de financiën van Hotshots primair de taak van Beshay was en dat hij in principe aansprakelijk is jegens de vennootschap voor de onverklaarde tekorten.

5. Beshay Holding verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Hotshots en verzoekt bij wijze van onmiddellijke voorziening onder meer schorsing van Verhoeff Holding als bestuurder en benoeming van een tijdelijke bestuurder. In de beschikking van 11 december 2019 van de OK (ARO 2020/24) wordt een onderzoek bevolen en wordt een onderzoeker aangesteld. Tevens wordt een zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder met beslissende stem aangesteld. Het verzoek om Verhoeff Holding als bestuurder te schorsen wordt afgewezen met als gevolg dat het bestuur dus bestaat uit de OK-bestuurder en Verhoeff Holding. Wat een rol gespeeld kan hebben om

Verhoeff Holding als bestuurder te behouden, is het hiervoor genoemde tussenvonnis waarin Beshay verantwoordelijk werd gehouden voor de financiën. In het eindvonnis van de Rechtbank Amsterdam wordt dit bevestigd en worden Beshay c.s. veroordeeld tot betaling van circa € 200.000 aan Hotshots.

6. Ook worden de aandelen, met uitzondering van één aandeel per aandeelhouder, ten titel van beheer overgedragen aan de OK-beheerder.

7. Hotshots en Verhoeff Holding hebben kennelijk bepleit de aanwijzing van de onderzoeker vooralsnog aan te houden zodat bezien kon worden of de getroffen onmiddellijke voorzieningen tot een minnelijke regeling zouden kunnen leiden. Een dergelijke aanhouding is niet ongebruikelijk, zeker niet als er beperkte financiële middelen voorhanden zijn (zoals ook in dit geval) (zie daarover ook Veenstra, *Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht* (IVOR nr. 69), Deventer: Wolters Kluwer, 2010. 4.4.3.1). De OK gaat daar niet in mee omdat "hetgeen partijen verdeeld houdt in belangrijke mate verband houdt met de onderwerpen van het te gelasten onderzoek en juist daarom zal kunnen bijdragen aan het herstel van gezonde verhoudingen binnen de vennootschap" (r.o. 3.6).

8. *Gebeurtenissen na eerste beschikking*. Tot een minnelijke regeling of rust binnen Hotshots komt het echter niet, integendeel. In de acht maanden na de benoemingen lopen de spanningen tussen alle partijen, waaronder ook tussen de OK-functionarissen onderling, hoog op. Voor een uiteenzetting van alle feiten en gebeurtenissen na 11 december 2019 verwijs ik naar r.o. 2.5 t/m 2.46 van de beschikking.

9. Wat opvalt is dat de OK-bestuurder voortvarend aan de slag gaat met de operationele gang van zaken om zo een faillissement af te wenden. Hij sluit diverse huurovereenkomsten, onder andere voor de uitbreiding van de bedrijfsruimte, en gaat een samenwerkingscontract aan met Heineken waarbij Hotshots € 75.000 zal ontvangen. Er wordt echter geen geld vrijgemaakt om met het onderzoek te starten, dat gebeurt uiteindelijk pas op 24 augustus 2020. Rond die tijd ontving Hotshots circa € 200.000 van Beshay ter voldoening aan het vonnis van de rechtbank zoals hiervoor genoemd in par. 5.

10. De communicatie tussen alle betrokken partijen verloopt moeizaam. Bovendien heeft de exploitatie van Hotshots als gevolg van de corona-

maatregelen vaak stilgelegd en daar heeft de onderneming (vanzelfsprekend) zwaar onder geleden. Kortom: een lastig parket.

11. De verhoudingen tussen de OK-beheerder en de OK-bestuurder verslechteren zienderogen. Er wordt een aantal keer overleg gevoerd tussen de OK-functionarissen. Dit kan het tij echter niet keren. De OK-beheerder heeft diverse klachten over de OK-bestuurder. Deze zien onder meer op (i) late en onvolledige informatievoorziening door de OK-bestuurder voorafgaand aan aandeelhoudersvergaderingen (r.o. 2.18 en r.o. 2.38), (ii) de ondoordachte wens van de OK-bestuurder om pandrechten te vestigen hetgeen mogelijk zou kunnen leiden tot benadeling van schuldeisers (r.o. 2.17), en (iii) ergernis (in niet mis te verstane bewoordingen geuit) dat de OK-bestuurder de OK-beheerder “onjuist informeert en onvoldoende openheid betracht en dat zijn manier van werken en zijn taakopvatting niet goed werkbaar zijn” (r.o. 2.31).

12. *Tweede beschikking.* Beshay Holding heeft op 19 augustus 2020 de OK verzocht Verhoeff Holding te schorsen en de OK-bestuurder te onthefpen als bestuurders van Hotshots en een opvolgend bestuurder aan te wijzen. Beshay Holding voerde aan dat het bestuur tekortgeschoten is in zijn taak door onvoldoende prioriteit te geven aan financiering van het bevolen onderzoek, na te laten een deugdelijke administratie te voeren, overeenkomsten te sluiten en procedures te voeren zonder statutair vereiste goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering en onvoldoende informatie te verstrekken aan Beshay Holding en Ditz (r.o. 3.1).

13. De OK-beheerder ondersteunt het verzoek van Beshay om de OK-bestuurder te onthefpen. En dat niet alleen, de OK-beheerder verzoekt dat als de OK de OK-bestuurder niet zou onthefpen, de OK in dat geval de OK-beheerder uit haar functie zou onthefpen (r.o.1.7). Daarmee staat de zaak op scherp.

14. Deze gespannen verhoudingen tussen de OK-functionarissen onderling doen denken aan de ZED+-zaak, waar een bestuurlijke impasse was ontstaan tussen de OK-functionarissen, in dat geval tussen de OK-commissaris enerzijds en de OK-bestuurders anderzijds (OK 26 november 2015, «JOR» 2016/32, m.nt. Holtzer (ZED+)). In die zaak werden de mede door de OK-functionarissen ingediende schorsingsverzoeken over en weer uiteindelijk ingetrokken en bleef het de OK

bespaard een oordeel te vellen over het conflict tussen de OK-functionarissen. In dit geval liep dat anders.

15. De OK benadrukt in de beschikking dat zij uitdrukkelijk afgezien heeft van het aanhouden van de aanwijzing van de onderzoeker (zie hiervoor par. 7) met als reden dat juist het onderzoek zou kunnen leiden tot betere verhoudingen (r.o. 3.6). Dit niet mis te verstane richtsnoer van de OK heeft de OK-bestuurder onvoldoende prioriteit gegeven. Ook gaat de OK mee in het verwijt van Beshay Holding dat onvoldoende informatie werd verstrekt door de OK-bestuurder.

16. Bovendien gaat de OK mee in de klacht dat het bestuur herhaaldelijk de statutaire goedkeuringsverplichting van de ava voorafgaand aan het nemen van een besluit in de wind heeft geslagen.

17. Zoals hiervoor al opgemerkt (par. 11) stond de relatie tussen de OK-bestuurder en de OK-beheerder erg onder druk. Een opmerkelijk punt in deze beschikking is dat de OK-bestuurder onjuiste informatie aan de OK-beheerder heeft verstrekt omtrent het al dan niet bestaan van een overeenkomst tussen Hotshots en Ditz. Hoewel de OK-bestuurder een afschrift had verkregen van deze overeenkomst, berichtte hij aan de OK-beheerder toen zij hier om verzocht dat hij daar niet over beschikte. Dat is op zijn zachtst gezegd opmerkelijk.

18. De OK acht dit alles voldoende om de OK-bestuurder uit zijn functie van bestuurder te onthefpen en overweegt dat dat hij “zijn taak, in het bijzonder op vennootschappelijk terrein, niet voldoende zorgvuldig heeft uitgeoefend”. De OK-beheerder blijft aan omdat ze bij haar functioneren wel de vennootschappelijke regels in acht heeft genomen (r.o. 3.20). Voorts schorst de OK nu ook Verhoeff Holding als bestuurder, die mede verantwoordelijk wordt gehouden voor het “zwart geld circuit” en de opzettelijk onjuiste administratie van Hotshots. Achteraf bezien had de OK er wellicht beter aan gedaan om Verhoeff Holding bij haar beschikking van 11 december 2019 als bestuurder te schorsen.

19. De OK grijpt hard in en laat zien dat zij ook het ontslag van een OK-bestuurder niet uit de weg gaat. De norm waaraan terughoudend moet worden getoetst bij ontslag van een OK-bestuurder is of de bestuurder kennelijk onredelijk heeft gehandeld of – naar redelijkerwijs te verwachten is – zal handelen. Het is opmerkelijk dat in deze

beschikking die norm niet wordt genoemd, maar de conclusie van de OK is glashelder.

mr. D.J.F.F.M. Duynstee
advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam

Financieel recht

61

Vaststelling gevolgen oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

Hof van Justitie EU
25 november 2020, nr. C-269/19,
ECLI:EU:C:2020:954
(Bonichot, Bay Larsen, Toader, Safjan,
Jääskinen)
Noot mr. J.M. van Poelgeest

Prejudiciële beslissing. Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Gevolgen van vaststelling oneerlijke karakter van contractuele bedingen. Nationale rechter kan partijen gelasten te onderhandelen over vaststelling van berekeningswijze rentevoet mits aan Richtlijn 93/13/EEG ten grondslag liggende doelstelling van consumentenbescherming is gewaarborgd.

[Richtlijn 93/13/EEG art. 6 lid 1]

Richtlijn 93/13/EEG heeft tot doel een hoog niveau van consumentenbescherming te bieden. In deze context moeten de gevolgen die aan de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument moeten worden verbonden, de verwezenlijking van twee doelstellingen mogelijk maken. Ten eerste moet de rechter ervoor zorgen dat de gelijkheid tussen de partijen bij de overeenkomst – die door de toepassing van een oneerlijk beding jegens de consument in gevaar wordt gebracht – kan worden hersteld. Ten tweede moet worden verzekerd dat de verkoper ervan wordt afschrikt om dergelijke bedingen op te nemen in de overeenkomsten die hij consumenten aanbiedt.

Richtlijn 93/13/EEG strekt er niet toe uniforme oplossingen aan te dragen met betrekking tot de gevolgen die aan de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst moeten worden verbonden. Aangezien oneerlijke bedingen overeenkomstig art. 6 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG de consument niet binden, konden deze doelstellingen – afhankelijk van het geval en het nationale rechtskader – worden verwezenlijkt door het betreffende oneerlijke beding jegens de consument eenvoudig buiten toepassing te laten of, wanneer de overeenkomst zonder dat beding niet kon voortbestaan, door dat beding te vervangen door nationale bepalingen van aanvullend recht.

Deze gevolgen van de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst zijn echter niet uitputtend.

Wanneer de nationale rechter van oordeel is dat de betreffende kredietovereenkomst overeenkomstig het consumentenrecht na de schrapping van de oneerlijke bedingen in kwestie juridisch niet kan voortbestaan en wanneer er geen nationale bepaling van aanvullend recht of toepasselijke bepaling is die met instemming van de partijen bij de overeenkomst deze bedingen kan vervangen, moet er dan ook van uit worden gegaan dat, voor zover de consument niet te kennen heeft gegeven de oneerlijke bedingen te willen handhaven en de nietigverklaring van de overeenkomst uiterst nadelige gevolgen voor hem zou hebben, het hoge niveau van consumentenbescherming – dat overeenkomstig Richtlijn 93/13/EEG moet worden verzekerd – vereist dat de nationale rechter, teneinde het reële evenwicht tussen de wederzijdse rechten en verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst te herstellen, met inachtneming van het volledige nationale recht, alle maatregelen neemt die noodzakelijk zijn om de consument te beschermen tegen de uiterst nadelige gevolgen die uit de nietigverklaring van de betrokken kredietovereenkomst – met name vanwege de onmiddellijke opeisbaarheid van de vordering van de verkoper jegens hem – zouden kunnen voortvloeien.

In omstandigheden zoals die van het hoofdgeding verzet niets zich ertegen dat de nationale rechter de partijen gelast om te onderhandelen over de vaststelling van de berekeningswijze van de rentevoet, mits hij het kader voor deze onderhandeling bepaalt en deze onderhandeling erop gericht is een reëel evenwicht tussen de rechten