

*kel 2:9 BW voort dat een bestuurder die zijn taak niet behoorlijk vervult aansprakelijk is jegens een partij die daardoor schade heeft geleden*”, gevolgd door het integraal toewijzen van de vorderingen van de werknemer. Met voornoemde overweging verliest de kantonrechter, los van het voorgaande, uit het oog dat – voor zover het verzuim van de boekhoudplicht al zou resulteren in aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van art. 2:9 BW – aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW uitsluitend ziet op de interne aansprakelijkheid, zodat art. 2:9 BW geen grondslag kan vormen voor de vordering van de werknemer, terwijl op grond van de incorporatieleer een (eventuele) aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW moet worden beoordeeld naar Engels recht. Het veroordelend, uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis berust dan ook ogenschijnlijk op een juridische misslag. Van het vonnis is hoger beroep ingesteld.

De werknemer heeft echter, op basis van het vonnis, het (privé)faillissement van de bestuurder aangevraagd. De bestuurder heeft – stellende dat sprake is van een juridische misslag en het vorderingsrecht van de aanvrager niet summierlijk blijkt – verweer gevoerd tegen de faillissementsaanvraag. De rechtbank heeft dit verweer gepasseerd en de bestuurder in staat van faillissement verklaard. Tegen het vonnis tot faillietverklaring is geen rechtsmiddel aangewend.

mr. E.A.H. ten Berge  
advocaat bij Cees Advocaten NV te Naaldwijk

## 142

**Afwijzing vordering tot benoeming van bestuurder in kort geding**

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam  
2 maart 2020, rolnr. KG ZA 20-150  
(mr. De Bruin)  
Noot mr. S.C.M. van Thiel

**Bestuurdersbenoeming dient te geschieden door ava en niet door voorzieningenrechter. Belangenafweging leidt niet tot ander oordeel.**

[BW art. 2:242 lid 1]

*Vooropgesteld wordt dat de bodemrechter – en in spoedeisende zaken de voorzieningenrechter – niet bevoegd is tot het benoemen van een bestuurder van een bv. Op de voet van art. 2:242 lid 1 BW geschiedt de benoeming van een dergelijke bestuurder door de ava of, indien de statuten dat bepalen, door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, mits iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder. Daarnaast kan de OK in geval van wanbeleid tijdelijk een (onafhankelijk) bestuurder aanstellen. In het onderhavige geval is een (voorstel tot) benoeming van de vennootschap Pavema Viride BV (hierna: Pavema) tot bestuurder niet in een ava aan de orde geweest. Pavema heeft een dergelijk verzoek niet aan een ava en evenmin aan de OK voorgelegd, noch bestaat een voornemen tot dat laatste. De enkele stelling van Pavema dat de gang naar de OK kostbaar is, brengt niet met zich dat de voorzieningenrechter dan aangewezen en bevoegd is om op een vordering tot benoeming te beslissen. Daaraan wordt toegevoegd dat aannemelijk is dat Pavema via een kortgedingprocedure wil bereiken wat zij op de door de wet aangewezen weg, een ava, niet kan bereiken. Dat kan niet.*

*X Beheer heeft haar functie als bestuurder reeds op 10 december 2019 neergelegd en heeft vervolgens meerdere malen bij Pavema onder de aandacht gebracht dat een nieuwe bestuurder moest worden benoemd. Daarop heeft Pavema in het*

*geheel niet gereageerd. Evenmin heeft Pavema een ava bijeengeroepen met als agendapunt de benoeming van een bestuurder. Nadat op 22 januari 2020 het faillissement van VerdiTec was aangevraagd, van welke aanvraag Pavema vrijwel direct op de hoogte gesteld is, heeft Pavema eerst enkele weken stilgezeten. Pas op 18 februari 2020 heeft zij dit kort geding aanhangig gemaakt. Pavema heeft in dit kort geding niet kunnen toelichten waarom zij de geëigende, door de wet voorgeschreven weg niet heeft gevolgd. Het argument dat een ava niet tot een besluit dan wel niet tot haar benoeming had geleid, snijdt geen hout. Dat betekent immers, het zij herhaald, dat Pavema via een kortgeding-procedure wil bereiken wat zij op een ava niet kan bereiken. Uit de stukken blijkt dat Aliquam Investments BV en X Beheer BV, die tezamen over 70% van de aandelen beschikken, buiten vergadering uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven Pavema niet tot bestuurder van VerdiTec te willen benoemen. Gelet op de hoge schuldenlast, waaronder de niet-afgeloste leningen, menen zij dat een faillissement van VerdiTec thans in de rede ligt. Gelet op het bepaalde in art. 2:242 lid 1 BW en de statuten van VerdiTec valt niet in te zien waarom aan dit standpunt van de meerderheid van de aandeelhouders voorbij zou moeten worden gegaan.*

*Pavema Viride BV te Hendrik-Ido-Ambacht, eiseres,  
advocaten: mr. S.A.C.R. Wahlbrinck en mr. D. Hoff,  
tegen*

1. *Aliquam Investments BV te Rotterdam, gedaagde,  
advocaat: mr. M. W. Huijzer,*
2. *X Beheer BV te Alblasterdam, gedaagde,  
advocaat: mr. M.W. Huijzer,*
3. *VerdiTec BV te Capelle aan den IJssel, gedaagde,  
niet verschenen.*

*(...; red.)*

## *2. De feiten*

2.1. Pavema, Aliquam en X Beheer hebben in VerdiTec een product ontwikkeld dat het mogelijk maakt om dieselmotoren van schepen schoner, veiliger en zuiniger te maken door toevoeging van waterstofgas aan de brandstof (hierna: het HHO-systeem).

2.2. Op of omstreeks 8 juli 2016 hebben Pavema, Aliquam en X Beheer een samenwerkings- en aandeelhoudersovereenkomst betreffende VerdiTec gesloten. Hierin is bepaald dat in verband met de verdere uitbreiding, test en certificering van het door de bestuurder van X Beheer, de heer X (hierna: X), ontwikkelde HHO-systeem een vennootschap zal worden opgericht. Voorts bepaalt de overeenkomst dat X Beheer zal toetreden als bestuurder van die vennootschap en dat X Beheer, Pavema en Aliquam de aandelen in het kapitaal zullen gaan houden. De overeenkomst bepaalt verder dat Pavema en Aliquam leningen aan de vennootschap zullen verstrekken (van € 26.000,00 respectievelijk € 100.000,00).

2.3. Op 12 juli 2016 heeft X Beheer VerdiTec opgericht. Na de oprichting is X Beheer toegetreden als bestuurder en zijn X Beheer, Pavema en Aliquam 32, 30 respectievelijk 38% van de aandelen gaan houden. De statuten van VerdiTec bepalen dat elk aandeel recht geeft op het uitbrengen van één stem. Besluiten tot een faillissementsaanvraag en tot benoeming van bestuurders kunnen worden genomen met een meerderheid van ten minste twee derde van de uitgebrachte geldige stemmen in een algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AvA) waarin ten minste twee derde van het geplaatste kapitaal aanwezig of vertegenwoordigd is.

2.4. Op 13 juli 2017 heeft VerdiTec een samenwerkingsovereenkomst met Stichting Free E Yourself (hierna: FEY) gesloten. Op grond hiervan is FEY het HHO-systeem exclusief gaan produceren voor en leveren aan VerdiTec.

2.5. Begin 2018 bleek het HHO-systeem problemen te vertonen en raakten de financiële middelen van VerdiTec uitgeput.

2.6. Op 3 september 2018 heeft een AvA van VerdiTec plaatsgevonden, waarin de aandeelhouders de financiële situatie van VerdiTec hebben besproken. Nadien hebben Pavema en Aliquam – naast reeds verstrekte additionele leningen van € 15.000,00 en € 25.000,00 – ieder een bedrag van € 6.500,00 aan VerdiTec geleend.

2.7. Bij e-mail van 16 maart 2019 heeft X aan de bestuurders van Pavema en Aliquam, de heer Y (hierna: Y) en de heer Z (hierna: Z), medegedeeld dat hij van zins was om het faillissement van VerdiTec aan te vragen, tenzij een regeling tussen de aandeelhouders werd getroffen waarbij de aandelen van Aliquam en X Beheer in VerdiTec aan Pavema werden overgedragen en aan X Beheer

decharge werd verleend. De aandeelhouders hebben nadien geen overeenstemming bereikt.

2.8. Op 1 april 2019 is de samenwerkingsovereenkomst tussen VerdiTec en FEY geëindigd en is FEY de in totaal zes door VerdiTec verkochte systemen gaan onderhouden. In dat kader is met Pavema, dat ook enkele systemen had gekocht, de afspraak gemaakt dat de door haar aangekochte machines teruggingen naar FEY en dat Pavema daarvoor schadeloos werd gesteld.

2.9. Op 24 september 2019 heeft opnieuw een AvA van VerdiTec plaatsgevonden. Daarin heeft X Beheer voorgesteld om VerdiTec middels een turboliquidatie te ontbinden of een eigen aangifte tot faillissement te doen. Tevens heeft zij te kennen gegeven te willen aftreden als bestuurder.

2.10. Op 10 december 2019 heeft wederom een AvA van VerdiTec plaatsgevonden. Tijdens die AvA is gestemd over een faillissementsaanvraag van VerdiTec. Pavema en Aliquam stemden tegen dat voorstel. Na afloop van de AvA heeft X bij e-mail aan Y en Z bericht:

“(…)

Als mede aandeelhouder waarschuw ik jullie dat VerdiTec BV momenteel géén bestuurder meer heeft. X Beheer BV heeft ontslag genomen als bestuurder en zich doen uitschrijven uit de KvK.

Er moet dus met spoed een persoon worden aangewezen die kan handelen bij belet of ontstentenis van het bestuur en commissarissen (zie artikel 18 en 24.8 van de statuten), totdat er een nieuwe bestuurder is aangewezen. Ik hoor wel wie jullie voor willen stellen.

“(…)

2.11. Bij berichten van 12 december 2019, 6 en 10 januari 2020 heeft X zijn e-mail van 10 december 2019 nogmaals onder de aandacht gebracht van Y en Z. Y heeft daarop niet gereageerd.

2.12. Bij verzoekschrift van 22 januari 2020 heeft een dochtervennootschap van X Beheer, Cleanflex B.V., het faillissement van VerdiTec aangevraagd. De mondelinge behandeling van dit verzoek staat gepland op 3 maart 2020. Pavema en Aliquam zijn dezelfde dag van dat verzoek op de hoogte gesteld.

2.13. Bij e-mail van 29 januari 2020 heeft Y en Z medegedeeld:

“(…)

Ik heb ook van X de mail ontvangen waar hij faillissement voor VerdiTec BV aanvraagt. Ik kan mij in dat besluit vinden en zal derhalve geen mede-

werking verlenen aan het in stand houden van VerdiTec.

Het juridische traject wat Pavema in wil gaan is onzeker en langdurig. Als aandeelhouder heb ik daar geen zin (meer) in.

Ik neem mijn verlies en ga verder.

“(…)

### 3. Het geschil

3.1. Pavema vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, Pavema benoemt tot statutair bestuurder van VerdiTec, met hoofdelijke verdeling van Aliquam en X Beheer in de proceskosten.

3.2. Het verweer van Aliquam en X Beheer strekt tot afwijzing van de vordering, met veroordeling van Pavema in de proceskosten.

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

### 4. De beoordeling

4.1. Bij dagvaarding zijn de bij de wet voorgescreven formaliteiten in acht genomen, zodat tegen VerdiTec verstek wordt verleend. Tegen VerdiTec is geen vordering ingesteld.

Blijkens de toelichting van Pavema is VerdiTec alleen gedagvaard ter facilitering van een inschrijving van een bestuurdersbenoeming in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

4.2. Pavema heeft een spoedeisend belang bij haar vordering, nu de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring van VerdiTec is gepland op 3 maart 2020.

4.3. Pavema wil als bestuurder van VerdiTec benoemd worden om verweer te kunnen voeren tegen het verzoek tot faillietverklaring van VerdiTec. Pavema ziet voldoende mogelijkheden om waarde te kunnen realiseren voor de aandeelhouders van VerdiTec. Zij wil zich als bestuurder sterk maken voor VerdiTec en heeft daar de tijd en capaciteiten voor.

4.4. Aliquam en X Beheer menen dat de voorzieningenrechter niet bevoegd is om Pavema tot bestuurder te benoemen. Op Aliquam en X Beheer rust geen rechtens afdwingbare verplichting om Pavema tot bestuurder te benoemen. Een dergelijke verplichting vloeit ook niet voort uit de redelijkheid en billijkheid.

4.5. De voorzieningenrechter stelt voorop dat de bodemrechter- en in spoedeisende zaken de voorzieningenrechter – niet bevoegd is tot het benoemen van een bestuurder van een besloten ven-

nootschap. Op de voet van artikel 2:242 lid 1 BW geschiedt de benoeming van een dergelijke bestuurder door de AvA of, indien de statuten dat bepalen, door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, mits iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder. Daarnaast kan de ondernemingskamer in geval van wanbeleid tijdelijk een (onafhankelijk) bestuurder aanstellen. In het onderhavige geval is een (voorstel tot) benoeming van Pavema tot bestuurder niet in een AvA aan de orde geweest. Pavema heeft een dergelijk verzoek niet aan een AvA en evenmin aan de ondernemingskamer voorgelegd, noch bestaat een voornemen tot dat laatste. De enkele stelling van Pavema dat de gang naar de ondernemingskamer kostbaar is, brengt niet met zich dat de voorzieningenrechter dan aangewezen en bevoegd is om op een vordering tot benoeming te beslissen. Daaraan wordt toegevoegd dat, zoals hierna nog zal blijken, aannemelijk is dat Pavema via een kortgedingprocedure wil bereiken wat zij op de door de wet aangewezen weg, een AvA, niet kan bereiken. Dat kan niet.

4.6. Een belangenafweging leidt niet tot een ander oordeel. Pavema stelt een belang te hebben bij haar benoeming tot bestuurder, omdat zij daarmee een faillissement van VerdiTec zou kunnen voorkomen. Volgens Pavema beschikt VerdiTec over waardevolle vermogensbestanddelen, zoals intellectuele eigendomsrechten ten aanzien van het HHO-systeem. Op dit moment zou Pavema zeer goed contact hebben met een fabrikant van waterstofsysteem, die haar zou hebben gevraagd om met VerdiTec het HHO-systeem in de markt te zetten.

De voorzieningenrechter overweegt dat X Beheer haar functie als bestuurder reeds op 10 december 2019 heeft neergelegd en vervolgens meerdere malen bij Pavema onder de aandacht heeft gebracht dat een nieuwe bestuurder moest worden benoemd.

Daarop heeft Pavema in het geheel niet gereageerd. Evenmin heeft Pavema een AvA bijeengeroepen met als agendapunt de benoeming van een bestuurder. Nadat CleanFlex B.V. op 22 januari 2020 het faillissement van VerdiTec had aangevraagd, van welke aanvraag Pavema vrijwel direct op de hoogte gesteld is, heeft Pavema eerst enkele weken stil gezeten. Pas op 18 februari 2020 heeft zij dit kort geding aanhangig gemaakt. Pavema

heeft in dit kort geding niet kunnen toelichten waarom zij de geëigende door de wet voorgeschreven weg niet heeft gevolgd. Het argument dat een AvA niet tot een besluit dan wel niet tot haar benoeming had geleid, snijdt geen hout. Dat betekent immers, het zij herhaald, dat Pavema via een kortgedingprocedure wil bereiken wat zij op een AvA niet kan bereiken. Uit de stukken blijkt dat Aliquam en X Beheer, die tezamen over 70% van de aandelen beschikken, buiten vergadering, uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven Pavema niet tot bestuurder van VerdiTec te willen benoemen. Gelet op de hoge schuldenlast, waaronder de niet-afgeloste leningen, menen zij dat een faillissement van VerdiTec thans in de rede ligt. Gelet op het bepaalde in artikel 2:242 lid 1 BW en de statuten van VerdiTec valt niet in te zien waarom aan dit standpunt van de meerderheid van de aandeelhouders voorbij zou moeten worden gegaan. Overigens laat een faillissement van VerdiTec onverlet dat de mogelijkheid bestaat dat Pavema kan proberen een regeling met de curator te treffen om het HHO-systeem te kopen en alsnog in de markt te zetten.

4.7. Het vorenstaande leidt ertoe dat de vordering van Pavema wordt afgewezen.

4.8. Pavema wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld. (...; red.).

### 5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verleent verstek tegen VerdiTec,

5.2. wijst de vorderingen af,

5.3. veroordeelt Pavema in de proceskosten (...; red.),

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

### NOOT

1. In deze zaak vordert één van de drie aandeelhouders van de noodlijdende bv in een kort geding dat hij als bestuurder wordt benoemd. De vordering wordt – begrijpelijk – afgewezen. Een dergelijke benoeming valt buiten de bevoegdheden van de voorzieningenrechter. Had een gang naar de OK wel soelaas geboden?

2. VerdiTec BV ontwikkelde een systeem, genaamd HHO, voor dieselmotoren van schepen. Er waren drie aandeelhouders; A, B en C. A was enig bestuurder en B en C vervulden, zo geeft het

vonnis de indruk, vooral een rol als financier. Het vermarkten van het product verliep niet goed en de onderneming kwam daardoor in financiële problemen. A stelde voor om de vennootschap te (turbo)liquideren en, later, om haar faillissement aan te vragen. Maar B en C voelden daar niet voor en stemden tegen. In reactie daarop trad A af als bestuurder. Dat was in december 2019. Sindsdien was de bv zonder bestuur. Ruim een maand later, op 22 januari 2020, vroeg A via een dochtervennootschap als crediteur het faillissement van VerdiTec BV aan. De mondelinge behandeling werd bepaald voor 3 maart 2020. B was intussen van gedachten veranderd. Hij legde zich neer bij de teloorgang van de onderneming (en dus zijn investering) en berustte op voorhand in het faillissement. C bleef echter – als enige – geloven in een redding en (dus) de voorzetting van de onderneming. Er zou volgens hem een partij zijn die het HHO-systeem in de markt zou willen zetten. Dat bewoog C ertoe in kort geding te vorderen dat de voorzieningenrechter hem als bestuurder zou benoemen, met als eerste doel om zich namens VerdiTec BV te verweren tegen het faillissementsverzoek.

3. Het oordeel van de voorzieningenrechter is even resoluut als beknopt. In r.o. 4.5 wordt geoordeeld dat er geen rechtsgrond is voor de verlangde voorziening en in r.o. 4.6 dat een belangafweging niet tot een ander oordeel leidt.

4. Omdat de voorzieningenrechter zich bij de beoordeling moet richten op de waarschijnlijke uitkomst in de bodemprocedure, is de vraag of de vordering van C, strekkende tot zijn benoeming als bestuurder, bij de bodemrechter een kans van slagen heeft. Het antwoord is nee. De benoeming van een bestuurder van een bv is ingevolge art. 2:242 BW een exclusieve bevoegdheid van de oprichter(s) c.q. de algemene vergadering. De benoeming behoort de vrucht te zijn van het democratische proces tussen de aandeelhouders en dat kan niet door de rechter worden overgenomen. Voor een uitvoerige beschouwing verwijst ik naar de bijdrage van F. Eikelboom in WPNR 7271, p. 134 e.v.

5. Iets anders is dat de voorzieningenrechter uiteraard wel de nakoming van een stemverplichting uit een aandeelhoudersovereenkomst kan bevelen, bijvoorbeeld in het kader van de benoeming van een bestuurder. De rol van de voorzieningenrechter is dan beperkt tot het verzorgen van hetgeen waaraan de aandeelhouder

zich reeds heeft verbonden. De voorzieningenrechter neemt het besluitvormingsproces zelf niet over. In dat soort gevallen is er ook ruimte voor reële executie in de zin van art. 3:300 BW waarbij het vonnis in de plaats treedt van de uit te brengen stem (besluitvorming in vergadering) c.q. van de te plaatsen handtekening (besluitvorming buiten vergadering).

6. Nog weer iets anders is de vraag of de voorzieningenrechter bevoegd is om voor *tijdelijke duur* een bestuurder te benoemen, zoals ook de OK dat kan doen. Hierover is al veel geschreven, met een positieve conclusie, bijvoorbeeld door M.H.C. Sinnighe Damsté, 'Benoeming van een tijdelijk bestuurder in kort geding, kan dat?' in: *Kort Juridisch*, Deventer: Kluwer 2018; en door B. Kemp, 'Kroniek enquêterecht' 2018, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019*. Er is ook bevestigende rechtspraak, hoewel deze erg "OK-gerelateerd" is: Vzng. Rb. Amsterdam 20 februari 2019, «JOR» 2018/118, m.nt. Van der Korst (*Avinco*). In die zaak was sprake van een stuurloze bv omdat onduidelijk was wie de dominante, buitenlandse aandeelhouder kon vertegenwoordigen en dus wie een nieuwe bestuurder mocht benoemen. De OK zou daarom naar verwachting een tijdelijk bestuurder hebben benoemd maar dat kon niet bereikt worden omdat om bepaalde redenen geen onderzoek werd bevolen. De voorzieningenrechter pleegde een vorm van gerechtelijke zaakwaarneming door een tijdelijk bestuurder te benoemen omdat de OK dat zelf vanwege een "louter technische" oorzaak niet kon. Het materiële beoordelingskader in kort geding is dezelfde als in de enquêteprocedure: art. 2:8 BW.

7. Wat betekent het voorgaande voor A in de onderhavige casus? Ten eerste was het dus te verwachten dat hij niet in zijn vordering in het kort geding zou slagen omdat de voorzieningenrechter daartoe geen bevoegdheid heeft. De stap naar de OK heeft A naar eigen zeggen niet willen maken omdat deze te kostbaar was (r.o. 4.5). Dat zou je ook genuanceerder kunnen zien; het griffiegeld is overzichtelijk en partijen kunnen de OK vragen het onderzoek aan te houden. Het komt in dat geval dus vooral aan op de kosten van de onafhankelijke bestuurder. Maar ook bij de OK had A zijn zin niet gekregen. De OK benoemt immers enkel *onafhankelijke* bestuurders, dus niet A in persoon, en de OK kan slechts bestuurders voor *tijdelijke* duur benoemen. Daarnaast is het de vraag

of de OK de vereiste gegronde redenen in de zin van art. 2:350 BW had vastgesteld en of zij had geoordeeld dat een ingrijpen middels een onmiddellijke voorziening vereist was. Het vonnis is te beknopt opgesteld om hierop te bespiegelen. In algemene zin is het mogelijk dat de OK de situatie bij een stuurloze vennootschap zodanig nijpend vindt, dat zij ingrijpt door benoeming van een onafhankelijke tijdelijke bestuurder (vgl. OK 6 juli 2011, ARO 2011/110). Maar afgaande op wat wél uit het vonnis blijkt, zou het verzoek van A in het onderhavige geval een stevige *uphill battle* zijn geweest. A was immers lange tijd passief, ook toen het met de vennootschap slecht begon te gaan, hij had zich niet eerder als bestuurder aangeboden, hij had nooit een formele ava bijeengeroepen voor zijn benoeming en er was geen meerderheid voor zijn benoeming onder de gezamenlijke aandeelhouders. Wil men tegen deze achtergrond de OK verleiden om desondanks een tijdelijk bestuurder te benoemen, dan zal men wel erg krachtige argumenten moeten aanreiken. A had dan m.i. in elk geval (voorshands) aannemelijk moeten maken dat de andere aandeelhouders in strijd met art. 2:8 BW handelen door niet aan een benoeming mee te werken, dat er concreet uitzicht is op het afwenden van het faillissement en dat een voortzetting van de onderneming voor de schuldeisers veel profijtelijker althans minder schadelijk zou zijn dan een faillissement met een mogelijke doorstart. Die laatste vraag speelde ook in het hoofd van de voorzieningenrechter, blijkens de laatste zin van r.o. 4.6. Om al deze redenen zou ook een vordering van A tot benoeming van een *tijdelijk* bestuurder in een kort geding waarschijnlijk niet zijn geslaagd.

8. Tot slot nog een korte opmerking over de belangenafweging. De voorzieningenrechter overweegt in r.o. 4.6: “Een belangenafweging leidt niet tot een ander oordeel.” Daaruit zou je kunnen begrijpen dat de belangenafweging volgens de voorzieningenrechter onder omstandigheden wél tot toewijzing zou kunnen leiden, ook al is er geen materiële grondslag voor de verlangde voorziening. Die suggestie is mijns inziens onjuist. De belangenafweging is voor de voorzieningenrechter een belangrijke factor. Maar een voorlopige voorziening in een kort geding kan niet enkel gebaseerd zijn op een belangenafweging (vgl. Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/135). Zonder een materiële grondslag houdt het op.

9. VerdiTec BV is op 28 april 2020 failliet verklaard. Van de curator begreep ik dat er (nog) geen doorstart heeft plaatsgevonden.

mr. S.C.M. van Thiel  
advocaat bij Evers Soerjatin

## 143

### Loyaliteitsregeling geen reden tot verbod grensoverschrijdende juridische fusie

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam  
26 februari 2020, rolnr. KG ZA 20-17,  
ECLI:NL:RBAMS:2020:1200  
(mr. Dudok van Heel)  
Noot mr. K.J. Bakker

**Voor ongelijke behandeling van aandeelhouders bestaat voorshands een redelijke en objectieve rechtvaardiging. Geen schending van art. 2:92 lid 2 BW. Bij uitvoering loyaliteitsregeling moeten redelijkheid en billijkheid eveneens in acht genomen worden. Loyaliteitsregeling vormt derhalve geen reden om fusie te verbieden.**

[BW art. 2:8, 2:92 lid 2, 2:309 e.v.]

*De Italiaanse vennootschap Mediaset SpA en haar Spaanse dochteronderneming Mediaset Spanje hebben plannen om te komen tot een grensoverschrijdende juridische fusie met MFE NV, een in Nederland gevestigde (thans lege) 100%-dochtervennootschap van Mediaset. MFE is de verkrijgende vennootschap. Een van de minderheidsaandeelhouders, de Franse onderneming Vivendi, maakt hiertegen bezwaar. Het materiële bezwaar van Vivendi tegen de fusie is gelegen in de loyaliteitsregeling die is opgenomen in de statuten van MFE. Volgens Vivendi wordt zij als gevolg van deze regeling als minderheidsaandeelhouder ten onrechte “buiten spel gezet”, ten voordele van de Italiaanse vennootschap Fininvest, die met een economisch belang van (slechts) 35% toch de dienst binnen MFE zal kunnen uitmaken. Fininvest is in handen van de familie Berlusconi.*

*Alleen indien aanstonds duidelijk is dat de loyaliteitsregeling strijdig is met het Nederlandse vennootschapsrecht, kan dit bezwaar van Vivendi lei-*