

275

Machtsmisbruik door meerderheidsaandeelhouder

Gerechtshof Amsterdam
 16 juli 2019, nr. 200.237930/01,
 ECLI:NL:GHAMS:2019:2595
 (mr. Lewin, mr. Schoonbrood-Wessels, mr.
 Korsten-Krijnen)
 Noot mr. E.M. Soerjatin

Misbruik van bevoegdheid. Enig aandeelhouder besluit tot invoering statutair vetorecht zonder belangen van toekomstige aandeelhouders in acht te nemen. Partijen staan in fiduciaire verhouding tot elkaar en toekomstige aandeelhouders hebben een reeds bestaand recht op levering van de aandelen. Verplichte medewerking aan herroeping aandeelhoudersbesluiten.

[BW art. 2:8, 3:13]

Uitgangspunt vormt de (onherroepelijke) beslissing van de Zwitserse arbiter. Deze arbiter heeft overwogen dat [appellant], in de periode dat hij enig aandeelhouder van Investpharma BV was, 25% van de aandelen fiduciair voor zijn vader [geïntimeerde sub 1] hield en 37,5% voor zijn zus [geïntimeerde sub 2]. [Geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] hadden op grond van het arbitrale vonnis met ingang vanaf 14 juli 2016 recht op levering van de aandelen. De levering is eerst geschied in februari 2018 op de dag dat [appellant] bij niet-levering dwangsommen zou gaan verbeuren. Enkele dagen voordien heeft [appellant] als enig aandeelhouder, niettegenstaande de fiduciaire verhouding en tegen het advies van de enig bestuurder van Investpharma in, besluiten genomen die zijn positie binnen die vennootschap versterkten. Deze wijzigingen in de corporate governance had [appellant] na de overdracht van 50% van de aandelen niet meer tot stand kunnen brengen omdat [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] naar redelijke verwachting daaraan geen medewerking zouden verlenen. Van belang is voorts dat [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] de wijzigingen na de aande-

lenoverdracht niet meer ongedaan konden maken omdat zij gezamenlijk slechts 50% van de aandelen bezaten en derhalve niet in staat waren een aandeelhoudersbesluit te nemen zonder de medewerking van [appellant], zelfs niet onder de oude statuten. Onder de beoogde nieuwe statuten zou hun dat ook niet lukken, zelfs niet als [geïntimeerde sub 2] uiteindelijk 37,5% van de aandelen in handen zou krijgen.

Dit alles wijst erop dat de besluiten als doel hebben het versterken van de positie van [appellant] voor de toetreding van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2]. [Appellant] heeft niet aanmerkelijk gemaakt dat bij de besluitvorming rekening is gehouden met de belangen van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2], althans niet in een zodanige mate dat hij, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang van [appellant] bij versterking van zijn eigen positie en de belangen van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] die daardoor worden geschaad, naar redelijkheid tot die besluiten had kunnen komen.

[Geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] stellen zich terecht op het standpunt dat [appellant] misbruik heeft gemaakt van zijn positie als aandeelhouder door, niettegenstaande de fiduciaire verhouding waarin hij tot hen stond en terwijl hij al geruime tijd jegens hen verplicht was zijn doorslaggevende zeggenschap binnen de algemene vergadering op te geven, aandeelhoudersbesluiten te nemen waarmee hij een eigen vetorecht binnen de organen van Investpharma veilig stelde voor het geenszins onwaarschijnlijke – en door hem kennelijk gevreesde – toekomstige scenario waarin hij nog slechts minderheidsaandeelhouder zal zijn, zodat [appellant] jegens hen gehouden is aan herroeping van die besluiten mee te werken.

Voor het opleggen van een verbod aan [appellant] om de rechten uit te oefenen die zijn verbonden aan de aandelen die tot de nalatenschap behoren is onvoldoende aanleiding. Buiten kijf staat dat [appellant] de houder van deze aandelen is en derhalve ingevolge het toepasselijke Nederlandse vennootschaps- en goederenrecht bevoegd is daarop het stemrecht uit te oefenen en daarover te beschikken.

[appellant],
tevens incidenteel geïntimeerde,
advocaat: mr. H. Moltmaker,
tegen
1. [geïntimeerde sub 1],
2. [geïntimeerde sub 2],
geïntimeerden,
tevens incidenteel appellanten,
advocaat: mr. A.E. Schluep.

(...; red.)

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis (Vzng. Rb. Amsterdam 12 maart 2018, zaaknummer C/13/643884/KG ZA 18-188; red.) onder 2 de feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die volgen uit niet weersproken stellingen van partijen dan wel de niet (voldoende) bestreden inhoud van producties waarnaar zij ter staving van hun stellingen verwijzen, komen de feiten neer op het volgende.

2.1. [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] zijn vader en dochter. [appellant] is hun zoon respectievelijk broer. De echtgenote van [geïntimeerde sub 1] en moeder van [geïntimeerde sub 2] en [appellant], wijlen [X], is overleden op [overlijdensdatum].

2.2. Vanaf 1998 waren de vier leden van het gezin [familienaam] aandeelhouders, ieder voor 25%, in de Nederlands-Antilliaanse vennootschap Pandora N.V., welke vennootschap op haar beurt enig aandeelhouder was van de in Nederland gevestigde besloten vennootschap Investpharma B.V. (hierna: Investpharma). Investpharma is enig aandeelhouder van de Italiaanse vennootschap Farma 1000 S.R.L. (hierna: Farma 1000), die handelt in farmaceutica. Tot 14 februari 2018 is het trustkantoor Duma Corporate Services B.V. (hierna: Duma) de enige bestuurder van Investpharma geweest.

2.3. Wijlen [X] heeft bij testament van 18 december 2012 [geïntimeerde sub 1] onterfd en [geïntimeerde sub 2] en [appellant] benoemd tot haar enige erfgenamen, ieder voor de helft.

2.4. Op 15 oktober 2013 heeft [appellant] 39 van de 40 aandelen in Investpharma verkregen. Het veertigste aandeel werd toen overgedragen aan Talego Holding B.V. (hierna: Talego). Op 13 fe-

bruari 2018 is dit veertigste aandeel door Talego aan [appellant] overgedragen.

2.5. In 2015 is een geschil ontstaan tussen [geïntimeerde sub 1] en [appellant] over (de leiding over) Farma 1000. Partijen zijn toen in discussie getreden over een herverdeling van de aandelen in Investpharma tussen hen. Omdat [appellant] weigerde aandelen aan [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] over te dragen, zoals zij wensten, zijn zij een arbitrale procedure gestart bij het Swiss Chamber's Arbitration Institution.

2.6. Bij arbitraal vonnis van 26 mei 2017 is [appellant] veroordeeld tot restitutie van 25% van de aandelen in Investpharma aan [geïntimeerde sub 1] en 25% aan [geïntimeerde sub 2], alles met effect vanaf 14 juli 2016. De arbiter heeft kort samengevat overwogen dat [appellant] 25% van de aandelen in Investpharma fiduciair hield voor zijn vader en 37,5% voor [geïntimeerde sub 2] (haar eigen deel van 25% en de 12,5% die zij van haar moeder heeft geërfd) en dat hij gehouden is tot overdracht van deze aandelen aan hen. Omdat [geïntimeerde sub 2] slechts de overdracht van 25% van de aandelen aan haar had gevorderd, kon de arbiter [appellant] echter niet veroordelen tot overdracht van de 12,5% die zij had geërfd. De arbiter heeft overwogen dat deze 12,5% zal moeten worden meegenomen bij de vereffening en afwikkeling van de nalatenschap van wijlen [X].

2.7. Op 6 december 2017 hebben [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] conservatoire beslagen tot levering laten leggen op 50% van de aandelen Investpharma. Op 12 februari 2018 heeft [geïntimeerde sub 2] daarnaast conservatoir leveringsbeslag doen leggen op 12,5% van de aandelen Investpharma.

2.8. Op 14 februari 2018 heeft [appellant] aan [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] laten weten bereid te zijn om mee te werken aan de overdracht van 50% van de aandelen Investpharma aan hen. Op diezelfde dag, of daags ervoor, heeft hij als enig aandeelhouder van Investpharma buiten vergadering het aandeelhoudersbesluit genomen om ondanks negatieve adviezen van Duma de statuten van Investpharma te wijzigen. De (beoogde) statutenwijziging houdt in dat (i) alle aandeelhoudersbesluiten in beginsel moeten worden genomen met een meerderheid van ten minste twee derde van de uitgebrachte geldige stemmen (artikel 18 lid 5) in plaats van met een absolute meerderheid, zoals nu nog het geval is, (ii) besluiten tot wijziging van de statuten slechts

kunnen worden genomen met een meerderheid van ten minste twee derde van de geldige stemmen, uitgebracht in een algemene vergadering, in welke ten minste drie vierde van het stemgerechtigde geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd (artikel 19 lid 1) en (iii) besluiten tot ontslag van een bestuurder slechts kunnen worden genomen met een meerderheid van ten minste twee derde van de geldige stemmen, mits die meerderheid meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt (artikel 12 lid 3). De statutenwijziging houdt verder in dat er meerdere bestuurders A en B kunnen bestaan en dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging, behalve aan het bestuur, mede toekomt aan een bestuurder A handelend tezamen met een bestuurder B. Voorts heeft [appellant] op dezelfde datum buiten vergadering het aandeelhoudersbesluit genomen, eveneens ondanks een negatief advies van Duma, om zichzelf, naast zittend bestuurder Duma, met onmiddellijke ingang tot (tweede) bestuurder te benoemen en vanaf de datum van inwerkingtreding van de nieuwe statuten tot bestuurder B. Op 14 februari 2018 is [appellant] als (tweede) bestuurder van Investpharma ingeschreven in het handelsregister.

2.9. De akte houdende statutenwijziging is nog niet gepasseerd. Nadat [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] kennis hadden gekregen van de statutenwijziging, zijn zij een kort geding gestart tegen Investpharma en de met het passeren van de akte belaste notaris, met als doel het tegenhouden van de wijziging van de statuten (artikel 2:234 lid 1 BW). Bij vonnis van 15 februari 2018 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam de door [appellant] ingeschakelde notaris verboden om de akte te passeren binnen vier weken na vonnisdatum omdat de daartoe strekkende vordering niet was weersproken.

2.10. Op 20 februari 2018 heeft [appellant] 50% van de aandelen Investpharma overgedragen aan [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2].

2.11. [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] hebben [appellant] op 20 februari 2018 gesommeerd om binnen twee dagen mee te werken aan het nemen van een aandeelhoudersbesluit waarbij alle eerdere besluiten die na 14 juli 2016 zijn genomen worden herroepen, maar aan die sommatie heeft hij geen gevolg gegeven.

3. Beoordeling

3.1. [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] hebben in eerste aanleg gevorderd, voor zover in hoger beroep nog van belang:

a. [appellant] te veroordelen mee te werken aan de totstandkoming van het als productie bij de inleidende dagvaarding overgelegde concept-aandeelhoudersbesluit tot herroeping van eerder genomen besluiten, met mogelijkheid van reële executie;

b. [appellant] te bevelen ieder feitelijk of rechtsgevolg dat hij aan de te herroepen besluiten heeft gegeven, op eigen kosten ongedaan te maken, op straffe van verbeurte van dwangsommen; en

c. [appellant] te verbieden zich tegenover derden uit te geven als vertegenwoordigingsbevoegde van Investpharma, op straffe van verbeurte van dwangsommen.

3.2. De voorzieningenrechter heeft deze vorderingen toegewezen in die zin dat zij bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis:

a. [appellant] heeft veroordeeld om mee te werken aan de herroeping van de op 13 of 14 februari 2018 genomen aandeelhoudersbesluiten tot wijziging van de statuten van Investpharma en tot benoeming van [appellant] tot bestuurder van Investpharma, met bepaling dat, indien hij die medewerking niet verleent binnen een week na betekening van het vonnis, het vonnis in de plaats treedt van zijn handtekening onder het herroepingsbesluit;

b. [appellant] heeft bevolen om binnen 48 uur na betekening van het vonnis op eigen kosten, op straffe van verbeurte van dwangsommen:

– te bewerkstelligen dat hij in het handelsregister wordt uitgeschreven als bestuurder van Investpharma;

– voor zover van toepassing: alle uitstaande opdrachten aan notarissen tot het verlijden van akten tot wijziging van de statuten van Investpharma, of gericht op andere rechtsgevolgen krachtens de te herroepen besluiten, in te trekken;

– voor zover van toepassing: alle reeds gepasseerde akten tot statutenwijziging of gericht op andere rechtsgevolgen krachtens de te herroepen besluiten ongedaan te maken overeenkomstig het herroepingsbesluit;

c. [appellant] op straffe van verbeurte van dwangsommen heeft verboden om zich, zolang hij niet tot bestuurder is benoemd door een aandeelhoudersvergadering van Investpharma die na 20 februari 2018 in vergadering bijeen is gekomen, op

welke wijze dan ook tegenover derden uit te geven of de indruk te wekken dat hij bestuurder van Investpharma is dan wel anderszins bevoegd is om die vennootschap te vertegenwoordigen.

3.3. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] met zijn grieven op. Intussen heeft hij zich wel ter voldoening aan het vonnis als bestuurder van Investpharma laten uitschrijven uit het handelsregister. Aan de veroordeling tot medewerking aan het herroepingsbesluit heeft hij niet vrijwillig voldaan, waarna het vonnis, zoals daarin bepaald, in de plaats is getreden van [appellant] handtekening onder het herroepingsbesluit.

3.4. [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] vorderen in incidenteel appel bovendien bij wijze van eisvermeerdering, samengevat:

d. bij wijze van voorlopige voorziening te bepalen dat de aandelen in Investpharma die behoren tot de nalatenschap van wijlen [X], uitmakend 25% van de aandelen in Investpharma, ten titel van beheer worden overgedragen aan Investpharma totdat een verdeling van die nalatenschap heeft plaatsgevonden, althans [appellant] te bevelen die aandelen ten titel van beheer aan Investpharma over te dragen op straffe van verbeurte van dwangsommen;

e. althans, meer subsidiair, [appellant] te verbieden enig recht uit te oefenen (waaronder in het bijzonder het stemrecht en de beschikkingsrechten) die verbonden zijn aan die aandelen, anders dan na het verkrijgen van de schriftelijke toestemming van [geïntimeerde sub 2], op straffe van verbeurte van dwangsommen.

Beoordeling van het principaal appel

3.5. Met zijn grief 3 bestrijdt [appellant] het oordeel van de voorzieningenrechter dat de op 13 of 14 februari 2018 genomen aandeelhoudersbesluiten tot statutenwijziging en tot benoeming van [appellant] tot bestuurder onrechtmatig zijn jegens [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2]. De voorzieningenrechter heeft aan dat oordeel ten grondslag gelegd, kort gezegd, dat het erop lijkt dat de besluiten als enig doel hebben het versterken van de positie van [appellant] binnen de vennootschap vóór de toetreding van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2], dat voornamelijk met die besluiten geen redelijk belang gediend lijkt en dat [appellant] de besluiten slechts heeft kunnen nemen dankzij het feit dat hij zijn verplichting tot overdracht van aandelen aan [ge-

intimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] al sinds 14 juli 2016 niet nakwam.

3.6. [appellant] voert hiertegen in appel het volgende aan. Hij heeft bij het nemen van deze besluiten rekening gehouden met de belangen van alle aandeelhouders. De oude statuten dateerden uit 1998 en het was verstandig deze aan de huidige stand van de wetgeving aan te passen. Daarbij is tevens getracht een evenwichtige wijze van besluitvorming te regelen voor een situatie met meerdere aandeelhouders. Dit is gebeurd door opname in de statuten van een verzwaarde, maar zeer gebruikelijke twee derde meerderheid voor besluitvorming in de algemene vergadering, alsmede de mogelijkheid om een raad van commissarissen in te stellen. Bij de huidige verdeling van de aandelen, waarbij [appellant] 50% van de aandelen in eigendom heeft en [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] ieder 25%, leidt de eis van een twee derde meerderheid niet tot een deadlocksituatie die niet ook onder de oude statuten al bestond. Onder de oude statuten, waarin een gewone meerderheid van stemmen voor besluitvorming in de algemene vergadering is opgenomen, is besluitvorming immers ook niet mogelijk zonder de medewerking van [appellant] als 50%-aandeelhouder. Voorts zal [geïntimeerde sub 2], indien aan haar in de toekomst 12,5% van de aandelen uit de erfenis van wijlen [X] toegewezen wordt, waardoor zij 37,5%-aandeelhouder zou worden (wat vooralsnog onzeker is), ook beschermd worden door de eis van een twee derde meerderheid.

3.7. Uitgangspunt bij de beoordeling van deze grief vormt de (onherroepelijke) beslissing van de arbiter. De arbiter heeft overwogen dat [appellant], in de periode dat hij enig aandeelhouder van Investpharma was, 25% van de aandelen fiduciair voor [geïntimeerde sub 1] hield en 37,5% voor [geïntimeerde sub 2]. Uit de arbitrale beslissing volgt voorts, naar de voorzieningenrechter (in appel onbestreden) heeft vastgesteld, dat [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] al met ingang van 14 juli 2016 recht hadden op levering van de aandelen die [appellant] uiteindelijk pas op 20 februari 2018 aan hen heeft geleverd. De levering is eerst geschied op de dag dat (ingevolge een executievonniss van de Franse rechter van 26 januari 2018) [appellant] bij niet-levering dwangsommen zou gaan verbeuren. Enkele dagen voordien heeft [appellant] als enig aandeelhouder, niettegenstaande de fiduciaire verhouding en te-

gen het advies van de enig bestuurder van Investpharma in, besluiten genomen die zijn positie binnen die vennootschap versterkten. Door zijn benoeming als bestuurder kon hij immers een hem onwelgevallig bestuursbesluit in beginsel met een tegenstem tegenhouden en kon Investpharma nog slechts vertegenwoordigd worden door Duma en hem gezamenlijk. Aldus verkreeg hij onder meer invloed op de wijze waarop Investpharma haar aandeelhoudersrechten bij Farma 1000 uitoefent, alwaar de geregistreerde partner van [appellant] bestuurder is en [appellant] een leidinggevende functie bekleedt. Door het opnemen van een twee derde meerderheid voor het nemen van aandeelhoudersbesluiten zou [appellant] bovendien in de toekomst, in het geenszins onwaarschijnlijke scenario dat [geïntimeerde sub 2] uiteindelijk 37,5% van de stemrechten in de algemene vergadering van Investpharma in handen krijgt (en [appellant] 37,5% behoudt), ook een vetorecht in die vergadering behouden. Deze wijzigingen in de *corporate governance* had [appellant] na de overdracht van 50% van de aandelen niet meer tot stand kunnen brengen omdat [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] naar redelijke verwachting daaraan geen medewerking zouden verlenen. Van belang is voorts dat [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] de wijzigingen na de aandelenoverdracht niet meer ongedaan konden maken omdat zij gezamenlijk slechts 50% van de aandelen bezaten en derhalve niet in staat waren een aandeelhoudersbesluit te nemen zonder de medewerking van [appellant], zelfs niet onder de oude statuten. Onder de beoogde nieuwe statuten zou hun dat ook niet lukken, zelfs niet als [geïntimeerde sub 2] uiteindelijk 37,5% van de aandelen in handen zou krijgen.

3.8. Dit alles wijst erop dat de besluiten als doel hebben het versterken van de positie van [appellant] voor de toetreding van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2]. [appellant] heeft niet aannemelijk gemaakt dat bij de besluitvorming rekening is gehouden met de belangen van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2], althans niet in een zodanige mate dat hij, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang van [appellant] bij versterking van zijn eigen positie, en de belangen van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] die daardoor worden geschaad, naar redelijkheid tot die besluiten had kunnen komen.

Anders dan [appellant] stelt, kan niet worden gezegd dat de beoogde statuten een effectieve besluitvorming binnen de vennootschap garanderen en faciliteren. Integendeel, zolang het bestaande conflict tussen [appellant] (en zijn partner) enerzijds en [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] anderzijds voortduurt, heffen de beoogde statuten de thans bestaande impasse niet op, ook niet als [geïntimeerde sub 2] in de toekomst 37,5% van de aandelen verkrijgt. In dit laatste geval zouden (naast de drie aandeelhouders tezamen) slechts [geïntimeerde sub 2] en [appellant] gezamenlijk de voor besluitvorming vereiste twee derde meerderheid van stemmen bezitten. Dat de mogelijkheid om een raad van commissarissen in te stellen een voldoende uitweg uit die impasse kan opleveren, zoals [appellant] lijkt te stellen, valt – bij gebreke van een toelichting van de zijde van [appellant] – niet in te zien. Het hof overweegt in dit verband ten overvloede dat blijkens de door [appellant] beoogde statuten voor de instelling van een raad van commissarissen een besluit van de algemene vergadering is vereist, zodat [appellant] de instelling daarvan kan tegenhouden. Dat met de belangen van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] voldoende rekening is gehouden, kan meer in het bijzonder niet volgen uit de omstandigheden dat een statutaire eis van een twee derde meerderheid van de uitgebrachte geldige stemmen voor besluiten van de algemene vergadering wel vaker voorkomt en dat [geïntimeerde sub 2], als zij in de toekomst 37,5% van de aandelen verwerft, evenals [appellant] dankzij die eis de besluitvorming in de algemene vergadering kan blokkeren. Er is immers op dit moment sprake van een conflict met aan de ene zijde [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2], die menen dat [appellant] en zijn partner zichzelf te veel onkosten en andere vergoedingen laten uitbetalen door Farma 1000, en aan de andere zijde [appellant] en zijn partner, die Farma 1000 leiden en die deze positie, naar ook ter zitting is gebleken, niet willen opgeven. [appellant] is er kennelijk zelf ook van uitgegaan, gelet op het moment waarop hij de statutenwijziging heeft doorgevoerd, dat [geïntimeerde sub 2] de statutenwijziging niet in haar belang zal achten en daaraan niet haar medewerking zal verlenen. Tot slot heeft [appellant] niet toegelicht dat de statutenwijziging wenselijk was gelet op de gewijzigde wetgeving sinds 1998, zodat ook aan die stelling wordt voorbijgegaan.

3.9. Grief 3 faalt derhalve. [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] stellen zich terecht op het standpunt dat [appellant] misbruik heeft gemaakt van zijn positie als aandeelhouder door, niettegenstaande de fiduciaire verhouding waarin hij tot hen stond en terwijl hij al geruime tijd jegens hen verplicht was zijn doorslaggevende zeggenschap binnen de algemene vergadering op te geven, aandeelhoudersbesluiten te nemen waarmee hij een eigen vetorecht binnen de organen van Investpharma veilig stelde voor het geenszins onwaarschijnlijke – en door hem kennelijk gevreesde – toekomstige scenario waarin hij nog slechts minderheidsaandeelhouder zal zijn, zodat [appellant] jegens hen gehouden is aan herroeping van die besluiten mee te werken. Grief 2 van [appellant] behoeft bij deze stand van zaken geen bespreking.

3.10. In grief 4 wordt betoogd dat de veroordeling van [appellant] om mee te werken aan herroeping van de twee bestreden aandeelhoudersbesluiten een constitutief vonnis oplevert, wat in kort geding niet kan worden gegeven. Van een constitutief vonnis is echter geen sprake, omdat het vonnis zelf geen wijziging brengt (of beoogt te brengen) in (de geldigheid van) de bestreden besluiten. Dat [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] met het vonnis kunnen bewerkstelligen dat de bestreden besluiten niet in stand zullen blijven, mede dankzij de bepaling dat het vonnis in de plaats treedt van de handtekening van [appellant] onder het besluit tot herroeping van de omstreden aandeelhoudersbesluiten indien [appellant] niet vrijwillig aan de veroordeling voldoet, betekent niet dat de voorzieningenrechter buiten de grenzen van haar bevoegdheden is getreden.

3.11. Tot slot bestrijdt [appellant] met zijn grief 1 het spoedeisend belang van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] bij hun vorderingen. [appellant] voert aan dat hij onder de huidige statuten als houder van 50% van de aandelen ook een vetorecht in de algemene vergadering heeft. Bij een statutenwijziging als door hem beoogd zou daarin geen wijziging komen. Voorts zal hij de komende jaren 50%-aandeelhouder blijven, want het geding in Frankrijk over de verdeling van de nalatenschap kan “zo maar enkele jaren duren en de uitkomst daarvan is geen gegeven”, aldus [appellant].

3.12. Het betoog van [appellant] komt er aldus op neer dat hij in staat moet worden gesteld de statuten van Investpharma te wijzigen conform het

door hem genomen aandeelhoudersbesluit omdat de voor [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] daarvan ter zake van hun zeggenschap in de algemene vergadering te verwachten praktische, nadelige gevolgen zich niet direct zullen voordoen doch hooguit op termijn.

Naar het oordeel van het hof hebben [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] echter een voldoende spoedeisend belang bij het voorkomen van een wijziging van de statuten en bij herroeping van het besluit tot benoeming van [appellant] als tweede bestuurder van Investpharma. De vraag of een eisende partij in kort geding voldoende spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening, dient te worden beantwoord aan de hand van een afweging van de belangen van partijen, beoordeeld naar de toestand ten tijde van de uitspraak. Hiervoor is in 3.9 geoordeeld dat [appellant] ten nadele van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] misbruik heeft gemaakt van zijn positie als aandeelhouder in Investpharma toen hij op 13 of 14 februari 2018 de omstreden aandeelhoudersbesluiten nam. De herroeping van die besluiten is als onmiddellijke voorziening bij voorraad passend en geboden om te voorkomen dat die besluiten (verder) worden uitgevoerd, wat eveneens rechtens ontoelaatbaar zou zijn. Hierbij is in aanmerking genomen dat niet is gesteld of gebleken dat [appellant] een (rechtens te respecteren) belang bij de (verdere) uitvoering van de omstreden besluiten heeft. Van belang is verder dat na de totstandkoming van de door [appellant] gewenste statutenwijziging rechtsonzekerheid zou kunnen ontstaan omtrent de vraag of de nieuwe statuten (onverkort) van kracht zijn, wat onwenselijk is.

3.13. Anders dan [appellant] meent, kan aan het spoedeisend belang van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] bij herroeping van het benoemingsbesluit niet afdoen dat [appellant] ingevolge de huidige statuten niet zelfstandig bevoegd is tot vertegenwoordiging van Investpharma. Als medebestuurder van Investpharma heeft [appellant] immers een vetorecht in het bestuur van Investpharma. Vertegenwoordiging van Investpharma is voorts – zowel onder de huidige als de beoogde statuten – niet mogelijk zonder zijn medewerking. Aldus kan [appellant] als medebestuurder van Investpharma een aanzienlijke invloed uitoefenen op de gang van zaken in dochtervennootschap Farma 1000. Dat is onwenselijk omdat het beleid bij Farma 1000 door [ap-

pellant] en zijn partner wordt bepaald, daarover onenigheid bestaat tussen partijen en bij de onafhankelijke bestuurder Duma – naar ter zitting namens Duma is bevestigd – inmiddels ook een gebrek aan vertrouwen in [appellant] en zijn partner is ontstaan. Meer in het bijzonder is gebleken dat [appellant] en/of diens partner de jaarrekening van Farma 1000 over 2016 en 2017 zonder daartoe strekkende machtiging van Duma namens haar hebben goedgekeurd en dat [appellant] toezeggingen om (door Duma gewenste) financiële informatie over Farma 1000 te verstrekken niet nakomt.

3.14. De conclusie luidt dat van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] niet kan worden gevergd dat zij de duur van een bodemprocedure afwachten vooraleer zij [appellant] kunnen verplichten tot medewerking aan herroeping van de omstreden besluiten.

3.15. De grieven in het principaal appel falen derhalve.

Beoordeling van het incidenteel appel

3.16. [appellant] maakt bezwaar tegen de eisvermeerdering van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] in hoger beroep. Hij stelt dat de nieuwe vorderingen niets van doen hebben met de besluitvorming van medio februari 2018, waarover dit kort geding in eerste aanleg ging. Hij meent dat [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] in feite een nieuwe procedure in hoger beroep entameren, wat volgens hem in strijd met de eisen van een goede procesorde is, te meer daar de nieuwe vorderingen ook onderwerp zijn van een procedure in Frankrijk.

3.17. De eiswijziging is toelaatbaar nu niet (voldoende gemotiveerd) is gesteld of gebleken dat [appellant] daardoor onredelijk in zijn verdediging wordt bemoeilijkt of dat het geding daardoor onredelijk wordt vertraagd. Ter zitting bleek overigens dat de Franse procedure over de nieuwe vorderingen inmiddels tot een einde is gekomen (met een afwijzing van de vorderingen dan wel een onbevoegdverklaring; daarover verschillen partijen van mening).

3.18. De vordering tot overdracht van 25% van de aandelen Investpharma aan Investpharma (of aan een andere derde partij, zoals door [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] ter zitting voorgesteld) ten titel van beheer, als hiervoor in 3.4 onder d vermeld, is reeds niet toewijsbaar op de grond dat voor een dergelijke overdracht de me-

dewerking van Investpharma (dan wel die andere derde partij) is vereist, doch zij in deze procedure geen partij is. Een tweede, zelfstandige grond voor afwijzing van deze vordering is dat niet duidelijk is geworden op welke grond [appellant] verplicht zou kunnen worden tot overdracht ten titel van beheer van 25% van de door hem gehouden aandelen. Zonder een nadere toelichting, die niet is gegeven, valt niet in te zien dat het in het principaal appel aannemelijk geworden misbruik door [appellant] van zijn positie als aandeelhouder van Investpharma leidt tot een verplichting van [appellant] tot overdracht van de aandelen waarvan de nalatenschap of [geïntimeerde sub 2] de levering kan vorderen, ook niet in samenhang met de thans ontstane impasse in de algemene vergadering doordat [appellant] 50% van de aandelen houdt en [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] tezamen de andere 50%. Dit wordt niet anders door de door [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] gestelde onregelmatigheden in het financieel management van Farma 1000 en de door hen gestelde weigering van [appellant] en zijn partner om dienaangaande voldoende openheid van zaken te geven dan wel in te gaan op voorstellen van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] om de impasse te doorbreken. Het hof overweegt nog ten overvloede dat Duma als bestuurder van Investpharma de bevoegdheden van Investpharma als aandeelhouder van Farma 1000 toekomen en Duma uit dien hoofde verondersteld mag worden over voldoende bevoegdheden te beschikken om in te grijpen in het bestuur van Farma 1000 als zij daartoe aanleiding ziet.

3.19. Voor het opleggen van een verbod aan [appellant] om de rechten uit te oefenen die zijn verbonden aan de aandelen die volgens [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] tot de nalatenschap behoren, tenzij met (schriftelijke) toestemming van [geïntimeerde sub 2], wordt ook onvoldoende aanleiding gezien. Buiten kijf staat dat [appellant] de houder van deze aandelen is en derhalve ingevolge het toepasselijke Nederlandse vennootschaps- en goederenrecht bevoegd is daarop het stemrecht uit te oefenen en daarover te beschikken. Dat de tussen [appellant] en [geïntimeerde sub 2] bestaande rechtsverhouding meebrengt dat [appellant] in de onderlinge verhouding slechts met instemming van [geïntimeerde sub 2] gerechtigd is tot het uitoefenen van zijn stemrecht of tot het beschikken over de aandelen, is niet voldoende gemotiveerd gesteld of anders-

zins aannemelijk geworden. Voorts is onvoldoende aannemelijk geworden dat sprake is van een concrete dreiging dat [appellant] zijn positie als houder van het 25%-aandelenpakket dat mogelijk in de nalatenschap moet worden ingebracht opnieuw ten nadele van [geïntimeerde sub 2] misbruikt op een wijze die jegens [geïntimeerde sub 2] rechtens ontoelaatbaar is. Hierbij wordt van belang geacht dat [appellant] het thans niet meer in zijn macht heeft buiten [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] om een aandeelhoudersbesluit tot stand te brengen en dat [geïntimeerde sub 2] reeds een conservatoir beslag tot levering heeft gelegd op de helft van bedoeld 25%-aandelenpakket. Tot slot wordt in aanmerking genomen dat de door [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] gestelde onregelmatigheden in het financieel management van Farma 1000 en de door hen gestelde weigering van [appellant] en zijn partner om dienaangaande voldoende openheid van zaken te geven, niet de uitoefening van de aandeelhoudersbevoegdheden van [appellant] betreffen.

3.20. De grieven in het incidenteel appel falen derhalve eveneens.

Slotsom

3.21. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. De nadere vorderingen van [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2], waarmee zij hun eis in appel hebben vermeerderd, worden afgewezen. De familierelatie tussen partijen vormt aanleiding om de kosten van het appel tussen partijen te compenseren, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

4. Beslissing

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel; bekrachtigt het vonnis waarvan beroep; compenseert de kosten in appel tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt; wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. In deze procedure gaat het over misbruik van de aandeelhouderspositie door de enig aandeelhouder van een bv in het licht van een fiduciaire verhouding met toekomstige aandeelhouders.
2. Investpharma BV werd aanvankelijk gecontroleerd door vier leden van een gezin (ouders en

twee kinderen). Na het overlijden van moeder (met vermaking van haar 25% aandelenbelang aan zoon en dochter) verkrijgt de zoon alle aandelen in Investpharma; hoe dit exact is gegaan, blijkt niet uit de uitspraak. In 2016 oordeelt een Zwitserse arbiter dat de zoon 25% en 37,5 % van de aandelen in Investpharma fiduciair houdt voor de vader respectievelijk de dochter en dat de zoon deze aandelen aan hen moet overdragen. De arbitrale veroordeling betreft de overdracht van (in totaal) slechts 50% omdat dat is gevorderd. De resterende 12,5% waarop de dochter recht heeft, moet worden meegenomen in de vereffening en afwikkeling van de nalatenschap van moeder, aldus de arbiter. Vlak voordat de zoon 50% van de aandelen in februari 2018 aan de vader en de dochter overdraagt, besluit hij – tegen het advies van de bestuurder van Investpharma in – onder meer tot statutenwijziging (verzwaring meerderheidseisen voor aandeelhoudersbesluiten), en tot benoeming van zichzelf als (mede)bestuurder van de bv.

3. Op vordering van vader en dochter veroordeelt de voorzieningenrechter de zoon onder meer tot medewerking aan de herroeping van de genomen besluiten en tot ongedaanmaking van reeds ondernomen acties ter uitvoering van de gewraakte besluiten. Volgens de voorzieningenrechter zijn de genomen besluiten onrechtmatig omdat (i) de versterking van de positie van de zoon binnen de bv het enige doel ervan lijkt, (ii) met die besluiten geen redelijk belang gediend lijkt, en (iii) de zoon die besluiten alleen maar kon nemen omdat hij zijn overdrachtsverplichtingen jegens de vader en de dochter al jaren niet nakwam. Het desbetreffende vonnis is niet gepubliceerd. De zoon komt in beroep van dat vonnis. Het hof bevestigt (de basis voor) het oordeel van de voorzieningenrechter dat hier sprake is van misbruik van zijn positie als aandeelhouder. Daarnaast heeft de zoon, aldus het hof, niet aannemelijk gemaakt dat bij de besluitvorming (voldoende) rekening is gehouden met de belangen van de vader en de dochter. De bij eisvermeerdering door vader en dochter in incidenteel appel ingestelde vorderingen, met als doel invloed te krijgen op de door moeder nagelaten 25% van de aandelen, worden afgewezen (daarover nr. 6).

4. De meeste jurisprudentie inzake misbruik van aandeelhoudersbevoegdheid en de mate waarin een aandeelhouder rekening moet houden met de belangen van overige aandeelhouders ziet op

de situatie dat er meerdere aandeelhouders binnen een vennootschap zijn. Denk aan de zogenoemde Zwagerman-norm: de aan art. 2:8 BW ontleende zorgvuldigheidsnorm op grond waarvan een meerderheidsaandeelhouder rekening moet houden met de belangen van een minderheidsaandeelhouder (HR 1 maart 2002, «JOR» 2002/79, *NJ* 2002/296, m.nt. Maeijer (*Zwagerman Beheer*); zie ook HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/301, m.nt. Vroom, *NJ* 2013/461, m.nt. Van Schilfgaarde (*VEB/KLM*) en recent Rb. Oost-Brabant 31 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4456). In een enkele uitspraak wordt de beoordeling van het optreden van een meerderheidsaandeelhouder niet alleen getoetst aan de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW, maar ook langs de lat van art. 3:13 BW (misbruik van recht) gehouden (bijv. HR 29 september 2006, «JOR» 2007/62, *NJ* 2006/639, m.nt. Maeijer (*Marsman/The Mill Resort*)).

5. Hier gaat het niet om een meerderheidsaandeelhouder versus een minderheidsaandeelhouder, maar om een enig aandeelhouder die besluiten neemt die belastend zijn voor toekomstige medeaandeelhouders. Hoewel de vader en de dochter zelf nog geen aandeelhouder zijn, moet de besluitende aandeelhouder dus wel rekening houden met hun belangen. De basis daarvoor is het Zwitserse arbitersoordeel dat de zoon 62,5% van de aandelen “*fiduciair houdt*” voor de vader en de dochter. Uit de uitspraak blijkt niet welk recht de Zwitserse arbiter heeft toegepast en op welke basis hij tot dat oordeel is gekomen. De fiduciaire verhouding speelt in ieder geval een belangrijke rol bij de beoordeling door het hof, dat het oordeel van de arbiter tot uitgangspunt neemt (r.o. 3.7). Het hof overweegt dat de zoon “*niettegenstaande*” de fiduciaire verhouding besluiten heeft genomen (r.o. 3.9), maar maakt niet duidelijk welke gevolgen aan het fiduciaire karakter van die verhouding moeten worden verbonden. Dit leidt tot enige onduidelijkheid nu ons rechtstelsel niet ingaat op de vraag welke bevoegdheden een aandeelhouder heeft die aandelen fiduciair voor een ander houdt. Het hof lijkt aan het “*fiduciair houden*” een zorgplicht te ontleenen voor de tot levering verplichte aandeelhouder jegens zijn toekomstige medeaandeelhouder. In die benadering vormt schending van art. 2:8 BW de grondslag voor de beoordeling, waarbij er dan van uit moet worden gegaan dat ook de toekomstige medeaandeelhouders “*bij de organisatie betrokken*” zijn. Anderzijds kan het hof ook

bedoeld hebben dat het “*fiduciair houden*” in de weg staat aan de uitoefening van (bepaalde) aandeelhoudersrechten, aangezien het hof oordeelt dat de zoon “*naar redelijkheid*” niet tot de besluiten had kunnen komen (r.o. 3.8). Basis is dan het concept van misbruik van recht ex art. 3:13 lid 2 BW. Of nu het een of het ander is bedoeld, beide routes nemen de fiduciaire verhouding tot uitgangspunt. Voor de vraag wat “*fiduciair houden voor*” betekent, kan aansluiting worden gezocht bij de situatie waarin aandelen zijn gecertificeerd. Waar de verhouding tussen een administratiekantoor en de certificaathouders als een fiduciaire verhouding kan worden getypeerd, “*beheert*” het administratiekantoor de aandelen “*ten behoeve van*” de certificaathouders. Van Schilfgaarde c.s. wijzen erop dat dit betekent dat het administratiekantoor bij de uitoefening van het stemrecht en de andere zeggenschapsrechten “*primair*” de belangen van de certificaathouders in het oog moet houden (Van Schilfgaarde c.s., *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 65). Toegepast op de onderhavige casus: de zoon had bij de besluitvorming de belangen van de vader en de dochter in het oog moeten houden. Ik kan mij, gezien het feit dat de zoon een deel van de aandelen voor zichzelf houdt, niet goed voorstellen dat die belangen, zoals bij certificering van aandelen, “*primair*” zouden moeten zijn. Eerder zullen die belangen *mee* gewogen moeten worden. Afhankelijk van de omstandigheden kan de uitkomst van die weging dezelfde zijn als wanneer die belangen wel als primair richtsnoer worden beschouwd.

6. Een gelieerd ander interessant aspect van de uitspraak is het gevorderde verbod om zonder toestemming van de dochter de rechten uit te oefenen op het door moeder aan zoon en dochter nagelaten 25% aandelenbelang dat door de zoon wordt gehouden. Het hof laat bij de afwijzing van deze vordering buiten beschouwing het oordeel van de Zwitserse arbiter dat de zoon de helft van die aandelen fiduciair houdt voor de dochter, en overweegt in plaats daarvan dat “*buiten kijf staat dat [de zoon] de houder van deze aandelen is en derhalve ingevolge het toepasselijke Nederlandse vennootschaps- en goederenrecht bevoegd is daarop het stemrecht uit te oefenen en daarover te beschikken*”. Gelet op het belang dat het hof eerder (wel?) aan de fiduciaire verhouding hechtte, ga ik ervan uit dat de zoon bij de uitoefening van zijn rechten met betrekking

tot dit 25% aandelenbelang (althans in ieder geval de helft daarvan) zich ook rekenschap moet geven van de belangen van de dochter. De kans dat het op dit punt weer fout gaat, lijkt overigens klein. Het hof ziet geen concrete dreiging op herhaling van het misbruik door de zoon en wijst erop dat de zoon het niet meer in zijn macht heeft om buiten de vader en de dochter om een aandeelhoudersbesluit tot stand te brengen.

mr. E.M. Soerjatin
advocaat bij Evers Soerjatin

276

Uitleg garanties in aandelentransactie

Rechtbank Amsterdam
28 augustus 2019, nr. HA ZA 18-838,
ECLI:NL:RBAMS:2019:6379
(mr. Rombouts)
Noot mr. P.G.M. Brouwer en mr. N.G. Dolk

Specifieke garantie over kernactiviteit vennootschap gaat voor op algemene garantie. "Beste weten"-kwalificatie in licentiegarantie. Schending van garanties door niet afgedragen licentievergoedingen. Juiste afdracht leidt tot hogere kosten en lagere winstgevendheid na overname. Vaststelling schade via abstracte schadeberekening.

[BW art. 6:97]

Van belang is dat de overeenkomst tot stand is gekomen tussen professionele partijen die bijgestaan werden door juridisch deskundigen. Onderwerp van die overeenkomst was een aandelentransactie in een onderneming waarbinnen software de kern vormde van de activiteiten. De achtergrond van het verstrekken van garanties bij een aandelentransactie, is vooral – zoals Verkopers ook aanvoeren – het regelen van de risicoverdeling na de overdracht. Aangenomen mag dan ook worden dat bij de onderhandelingen over de te verstrekken garanties bij beide partijen de aandacht moet zijn uitgegaan naar de garanties die zagen op (één van) de kernactiviteit(en) van de onderneming, namelijk de software.

De rechtbank leidt uit het bepaalde in de koopovereenkomst af dat de hoofdregel bij de afgesproken risicoverdeling was dat Verkopers het risico bleven dragen van alle onderwerpen die in de garanties geregeld waren, tenzij in de koopovereenkomst en de daarbij horende garanties iets anders is afgesproken.

Op het specifieke onderdeel van de licenties in de garantie is een gedetailleerde regeling overeengekomen die een "beste weten"-kwalificatie bevat. De definitie die van deze kwalificatie wordt gegeven in de koopovereenkomst, is ook heel specifiek. Kort gezegd komt de afgesproken regeling over de licenties erop neer dat Verkopers op het punt van de licenties niet meer willen garanderen dan naar wat zij daarover konden verklaren volgens hun feitelijke wetenschap, de wetenschap dus die zij daadwerkelijk daarover hadden na navraag bij de werknemers [naam 2] en [naam 3].

Nu op het belangrijke punt van een garantie over de kernactiviteit van de vennootschap een specifieke regeling is getroffen, had het op de weg gelegen van Koper om nadere feiten of omstandigheden te stellen die zouden kunnen leiden tot het oordeel dat partijen niettemin bedoeld hebben dat deze specifieke regeling haar betekenis volledig zou kunnen verliezen door de algemenere garanties die vrijwel standaard in elke koopovereenkomst van aandelen voorkomen. Dergelijke feiten of omstandigheden heeft zij niet gesteld.

Koper heeft aan de gestelde schending van de garanties geen andere feiten ten grondslag gelegd dan de niet afgedragen licentievergoedingen. De rechtbank neemt tot uitgangspunt dat pas sprake is van een schending van de garanties op het punt van de licenties als vastgesteld kan worden dat Verkopers er feitelijke wetenschap van hadden dat de rapportages op grond van de Services Provider Licensing Agreement (SPLA) aan Microsoft niet juist waren waardoor onvoldoende vergoedingen werden afgedragen, dan wel dat zij op dit punt geen navraag hadden gedaan bij werknemers [naam 2] en [naam 3].

Verkopers hebben niet inzichtelijk gemaakt hoe de gerapporteerde aantallen werden vastgesteld. Bovendien is niet duidelijk geworden hoe [naam 5] met het blote oog kon zien dat de administratie niet op orde was, waar Verkopers stellen daar ondanks actieve bemoeienis nimmer van op de hoogte te zijn geraakt. Tot slot hebben Verkopers op geen enkele manier onderbouwd dat en/of hoe