

keringsbesluiten bij de algemene vergadering ligt. Deze is kennelijk niet toebedeeld aan een ander orgaan, zoals op grond van art. 2:216 lid 1 BW mogelijk is. Ik kan me voorstellen dat je de zaak bij de kern wilt aanpakken door óók de aandeelhouders individueel te verbieden besluiten tot uitkering van dividend of anderszins te nemen. Nu zijn slechts de vennootschap en de bestuurders betrokken, maar zij komen pas in beeld bij de uitvoering van een reeds genomen aandeelhoudersbesluit tot uitkering.

13. Voorts heb ik met interesse gelezen dat eisers hebben gevorderd dat gedaagden wordt verboden besluiten te nemen tot het goedkeuren van reeds genomen dividendbesluiten. Ik vraag me af of zo een verbod wel kan worden opgelegd. De voorzieningenrechter zag geen (potentieel) onrechtmatig handelen in de wijze waarop de vennootschap met uitkering van dividend omgaat en heeft de vorderingen van de eisers daarom afgewezen. Daardoor heeft hij zich niet over deze vraag gebogen.

14. In art. 2:216 lid 2 BW is de norm neergelegd waaraan bestuurders een besluit tot uitkering moeten toetsen. Slechts indien vaststaat of redelijkerwijs te voorzien is dat de vennootschap na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, mag het bestuur de goedkeuring weigeren. Zoals de voorzieningenrechter in r.o. 4.13 terecht opmerkt, hebben de bestuurders een ruime mate van beoordelingsvrijheid en mag een rechter in beginsel slechts achteraf en terughoudend toetsen. Bestuurders hebben echter geen discretionaire bevoegdheid de uitkering af te keuren. Zie in verband met de beoordeling (svrijheid) van bestuurders o.a.: Chr.M. Stokkermans, 'Onverantwoorde uitkeringen', WPNR 2014/7011, p. 275 e.v., R. Fluit, 'Onttrekkingen door aandeelhouders en de (niet benijdenswaardige) rol van het bestuur', O&F 2017/2, par. 3.2, P.H.N. Quist, 'De balans van de Flex-BV. Over het bijeenbrengen en -houden van vermogen van de BV', WPNR 2022/7389, p. 741, Asser/Van Olfen & Rensen 2-Ila 2019/208 en de vermelde parlementaire geschiedenis.

Indien bestuurders op grond van art. 2:216 lid 2 BW niet verplicht zijn goedkeuring aan een uitkeringsbesluit te onthouden, moeten zij goedkeuring verlenen. Een verbod tot het verlenen van

die goedkeuring zal strijdig zijn met de wet en lijkt me dus niet mogelijk.

mr. L.W. Keltnerman
notaris bij N/P te Amsterdam

233

Benoeming van tijdelijk bestuurder bij in geldnood verkerende coöperatie

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
29 juni 2023, nr. KG ZA 23-299,
ECLI:NL:RBAMS:2023:4018
(mr. Van Voorst Vader)
Noot mr. S.C.M. van Thiel

Benoeming van tijdelijk bestuurder in geschil over bestuursmacht tussen oprichter van noodlijdende vennootschappen en financiers van die vennootschappen.

[BW art. 2:8]

Aan de orde is de vraag welke partij het bestuur mag voeren over Ultra D Coöperatief UA en twee Nederlandse dochtervennootschappen (hierna te noemen: de Vennootschappen). De Vennootschappen verkeren in een situatie waarin op zeer korte termijn financiering nodig is. Indien er geen geld beschikbaar komt, dreigen afbetalingsregelingen met verhuurders en de Belastingdienst te vervallen en dreigt een faillissement. De Oprichter handelt onrechtmatig jegens de Vennootschappen en de andere daarbij betrokken partijen door in deze omstandigheden geen maatregelen te nemen om de positie van de Vennootschappen te beschermen, terwijl hij stelt bestuurder te zijn en zich als zodanig in het handelsregister heeft laten inschrijven. Dit betekent dat de voorzieningenrechter gronden ziet om [gedaagde 4] te schorsen als bestuurder, voor zover hij geldig benoemd is. Deze situatie betekent ook dat er een noodzaak is om bij voorlopige voorziening een tijdelijk bestuurder te benoemen, ongeacht wie nu de geldig benoemde bestuurder is. De enige in het handelsregister ingeschreven bestuurder is immers geschorst. In de situatie van strijd tussen partijen en de verwijten over en weer ziet de voorzieningenrechter aanleiding om een onafhankelijk bestuur-

der te benoemen. Een onafhankelijk bestuurder is nodig om te verzekeren dat het bestuur van de Vennootschappen in het belang daarvan en de daarmee gevoerde onderneming wordt gevoerd. Deze zal ook de onmiddellijk nodige financiering kunnen verkrijgen. Daarnaast is een onafhankelijke bestuurder nodig om te voorkomen dat activa zonder rechtsgrond aan de Vennootschappen worden onttrokken.

Ook een belangenafweging leidt tot die conclusie. De Vennootschappen verkeren in acute geldnood en hebben onmiddellijk financiering nodig om te kunnen voortbestaan. De Financiers hebben gevraagd om de benoeming van een bestuurder, bij voorkeur de eerder uit hun gelederen voorgedragen bestuurder al dan niet tezamen met een onafhankelijk persoon en desnoods slechts een onafhankelijk persoon. Zij hebben daarbij aangeboden de financiering voort te zetten. Daar zijn zij ook toe bereid wanneer de aanzienlijke kosten worden gemaakt die de benoeming van een onafhankelijk bestuurder met zich mee brengt. Het is hun kenmerk het geld en de moeite waard om de onderneming van de Vennootschappen voort te zetten en daartoe de activa van de Vennootschappen te behouden. Zij nemen daarbij het risico dat zij een onverzekerde vordering op de Vennootschappen hebben, ook wanneer de procedures in de VS niet resulteren in de overdracht van de aandelen in de Vennootschappen aan hen. Daartegenover heeft Oprichter slechts gesteld dat financiering beschikbaar is, die hij bereid is ter beschikking te stellen zodra vaststaat dat hij de bestuursmacht over de Vennootschappen kan uitoefenen.

1. Ultra-D Coöperatief UA te Amsterdam,
2. Stream TV International BV te Amsterdam,
3. Seecubic BV te Eindhoven,
4. rechtspersoon naar vreemd recht Seecubic Inc te Wilmington, Delaware (Verenigde Staten van Amerika),
5. rechtspersoon naar vreemd recht Hawk Investment Holdings Ltd te Guernsey (Kanaaleilanden),
6. rechtspersoon naar vreemd recht SLS Holdings VI LLC te Wilmington, Delaware (Verenigde Staten van Amerika),
7. [eiser 7],
eisers,
advocaat: mr. E.R. Meerdink,
tegen

1. Ultra-D Coöperatief UA te Amsterdam,

2. Stream TV International BV te Amsterdam,
3. Seecubic BV te Eindhoven,
4. [gedaagde 4],
gedaagden,
advocaat: mr. T.S. Jansen.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De zaak gaat erom welke partij het bestuur mag voeren over Ultra D Coöperatief UA (hierna: Coöp) en de twee dochtervennootschappen daarvan, Stream TV International B.V. (hierna: Stream TV BV) en SeeCubic B.V. (alledrie tezamen hierna de Vennootschappen). Stream TV BV heeft dochterondernemingen in China. De belangen in de Vennootschappen worden via een Curaçaose CV en twee tussenhoudstervenootschappen gehouden door TechnoVative Media Inc., een Delaware vennootschap (hierna TechnoVative), waarvan de aandelen weer gehouden worden door Stream TV Networks, Inc (hierna Stream).

De partijen

2.2. De Vennootschappen zijn zowel eisers als gedaagden, aangezien in dispuut is welke partij geldig bestuurders heeft benoemd en wie derhalve bestuurder is.

De overige eisers zijn financiers die tezamen tientallen miljoenen US Dollars en andere valuta aan Stream hebben geleend en daartegenover zekerheidsrechten hebben ontvangen onder andere op de aandelen in TechnoVative (hierna de Financiers). Gedaagde [gedaagde 4] is een van de oprichters van de onderneming van de Vennootschappen en tezamen met anderen indirect aandeelhouder in Stream (hierna ook de Oprichter).

Het conflict

2.3. Vanaf maart 2020 is tussen Financiers en Oprichter een dispuut ontstaan, omdat de oprichters op grond van tekortkoming onder de financieringen zekerheidsrechten wilden uitwinnen. Daarover worden in de Verenigde Staten (hierna de VS) verschillende procedures gevoerd. In mei 2020 is een Omnibus Agreement gesloten, waarin is overeengekomen dat de aandelen in TechnoVative werden overgedragen aan SeeCubic Inc. Dit is een vennootschap gehouden door SLS, Hawk en andere partijen die Stream hebben gefinancierd. In december 2020 is de Oprichter door de Finan-

ciers ontslagen als bestuurder van de Vennootschappen en vervangen door S.L. [eiser 7] (hierna [eiser 7]). De Omnibus Agreement is aanvankelijk in twee instanties bekrachtigd, maar op 16 juni 2022 door het Supreme Court van Delaware vernietigd. Op 3 oktober 2022 is [eiser 7] ontslagen en is Oprichter tot bestuurder benoemd. Partijen betwisten over en weer de geldigheid van die ontslagen en benoemingen. Vanaf oktober 2022 tot 15 maart 2023 functioneerde een door een VS rechtbank benoemde *receiver* als onafhankelijk bestuurder van TechnoVative. Toen op 15 maart 2023 Stream een beroep deed op Chapter 11 (een VS faillissementsprocedure) zijn de toen lopende procedures geschorst en kreeg de Oprichter weer zeggenschap als bestuurder in Stream.

2.4. Tegelijk met de behandeling van dit kort geding werd in de VS een procedure behandeld en in de Chapter 11 procedure moet de Oprichter binnen enkele weken een plan voorleggen voor de voortzetting van de onderneming en de aflossing van de schuldeisers waaronder de Financiers. De uitkomst van de procedures in de VS is vooralsnog onzeker.

De positie van de Vennootschappen en het handelen van de oprichter

2.5. Op 5 oktober 2022 heeft de Oprichter aan diverse partijen gevraagd om activa toebehorend aan de Vennootschappen aan Stream over te dragen.

Op 10 oktober 2022 heeft de Oprichter aan het management team van de Vennootschappen medegedeeld dat alle activa van de vennootschappen toebehoren aan Stream.

2.6. Op 14 oktober 2022 heeft het lokale management van de Vennootschappen de Oprichter gewezen op de acute financiële nood en de zorg over de betaling van salarissen in die maand. Dit verzoek om aandacht is bij gebreke van reactie op 18 oktober herhaald.

2.7. Op 29 maart 2023 heeft de Oprichter, daarbij naar eigen zeggen handelend als bestuurder van zowel Stream als SeeCubic BV, de verhuurder van de opslagruimte in China waar zich een waardevolle *bonding machine* toebehorend aan SeeCubic BV bevindt, gevraagd om die machine aan een vertegenwoordiger af te geven.

2.8. Toen de Oprichter zich in maart 2023 opnieuw presenteerde als bestuurder van de Vennootschappen vroeg het lokale management om

een oplossing voor de benauwende financiële positie van de Vennootschappen.

2.9. Op 3 april 2023 werd namens het management per brief aan de oprichter gevraagd om duidelijk te maken of hij de bedoeling had in financiering voor de bekende schulden van de Vennootschappen te voorzien. In afwachting daarvan was het management terughoudend mee te werken aan de afdracht van activa zoals een kostbare machine. Intussen zette de Oprichter medewerkers van de vennootschappen onder druk om de bonding machine over te dragen.

2.10. Half april 2023 heeft het management de Oprichter gevraagd hoe in de betaling van salarissen in die maand voorzien zou worden, maar kreeg daarop geen antwoord, wel verzoeken om mee te werken aan de overdracht van de machine.

2.11. Op 15 april 2023 stuurde de Oprichter aan een medewerker van SeeCubic BV een bericht dat Stream de dag ervoor in "court" gewonnen had en dat de rechter eiste dat de bonding machine onmiddellijk aan Stream gegeven zou worden, terwijl de rechter op de zitting de voorgaande dag had gezegd dat niemand activa moest gaan overdragen of technologie mocht inpikken.

2.12. In mei 2023 heeft de Oprichter tijdens gesprekken met medewerkers van de Vennootschappen aangegeven dat financiering geregeld zou worden, echter zonder concreet te worden en zonder dat financiering kwam.

2.13. Op 26 mei 2023 is namens het personeel van de Vennootschappen aan Stream en SeeCubic Inc dringend verzocht om een oplossing voor de financiering mede met het oog op de salarisbetalingen aan de medewerkers in juni 2023. Daarop heeft SeeCubic Inc een aanbod van verhoging van de bestaande financiering gedaan, maar is door de Oprichter geen oplossing geboden.

3. Het geschil

3.1. Eisers vorderen na wijziging van eis dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

a. totdat op basis van ofwel een zekerheidsrecht van SLS of Hawk ofwel als gevolg van de Amerikaanse Faillissementsprocedureverkoop en overdracht van de aandelen in TechnoVative heeft plaatsgevonden en (indirect) door de nieuwe eigenaren ten minste één bestuurder is benoemd of herbenoemd bij elk van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten, dan wel gedurende een termijn die de voorzieningenrechter geraden acht,

primair:

(i) de besluiten tot het ontslag van de heren [eiser 7] en Zuidema als respectievelijk bestuurders A en B van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten en de benoeming van [gedaagde 4] als bestuurder A van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten en de gevolgen daarvan schorst; en

(ii) [gedaagde 4] gebiedt uiterlijk één dag na het vonnis [eiser 7] in te schrijven als bestuurder van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten in het Handelsregister en zichzelf uit te schrijven als bestuurder van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten;

subsidiar:

(iii) [gedaagde 4] schorst als bestuurder A van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten;

(iv) [eiser 7] benoemt als bestuurder A van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten; en

(v) [gedaagde 4] gebiedt uiterlijk één dag na het vonnis [eiser 7] in te schrijven als bestuurder A van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten in het Handelsregister en zichzelf uit te schrijven als bestuurder van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten;

meer subsidiar:

(vi) [gedaagde 4] schorst als bestuurder A van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten;

(vii) [eiser 7] en een door de voorzieningenrechter aan te wijzen onafhankelijke derde benoemt als respectievelijk bestuurder A en B van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten; en

(viii) [gedaagde 4] gebiedt uiterlijk één dag na het vonnis [eiser 7] en de door de voorzieningenrechter aangewezen onafhankelijke derde in te schrijven als respectievelijk bestuurder A en B van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten in het Handelsregister en zichzelf uit te schrijven als bestuurder van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten;

meer subsidiar

(ix) [gedaagde 4] schorst als bestuurder A van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten;

(x) een door de voorzieningenrechter aan te wijzen onafhankelijke derde benoemt als bestuurder A van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten; en

(xi) [gedaagde 4] gebiedt uiterlijk één dag na het vonnis de door de voorzieningenrechter aangewezen onafhankelijke derde in te schrijven als bestuurder A van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten in het Handelsregister en zichzelf uit te schrijven als bestuurder van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten;

in alle gevallen op straffe van een dwangsom van EUR 500.000 voor iedere overtreding van het gebod onder (ii), (v), (viii) en (xi), te vermeerderen

met een dwangsom van EUR 50.000 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt;

b. [gedaagde 4] gebiedt (i) uiterlijk één dag na het vonnis aan [eiser 7] schriftelijk mededeling te doen van alle (beweerdelijke) (rechts)handelingen die [gedaagde 4], of enig ander natuurlijk of rechtspersoon namens of voor [gedaagde 4], namens een of meerdere van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten heeft verricht en (ii) op instructie van [eiser 7] of de bestuurder(s) die op grond van de toegewezen voorziening onder (a) is/zijn benoemd, medewerking te verlenen aan het ongedaan maken van alle (rechts)handelingen bedoeld onder (i) en de gevolgen daarvan, in beide gevallen op straffe van een dwangsom van EUR 500.000 voor iedere overtreding van het gebod, te vermeerderen met een dwangsom van EUR 50.000 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt;

c. zolang de toegewezen voorziening onder (a) van kracht is, UltraD Coöperatief U.A. verbiedt bestuurders te schorsen, ontslaan en benoemen in SeeCubic B.V. en Stream TV International B.V. (anders dan de benoeming door de nieuwe eigenaren in de situatie als omschreven onder (a) en handelingen te verrichten die tot gevolg hebben dat de aandelen in SeeCubic B.V. of Stream TV International B.V. worden vervreemd, belast of bezwaard;

d. de Nederlandse SeeCubic Entiteiten gebiedt om voor zover nodig [eiser 7] of enig andere door de voorzieningenrechter bepaalde en als bestuurder benoemde onafhankelijke derde in te schrijven in het Handelsregister en enige andere noodzakelijke wijzigingen te registreren in het Handelsregister; en

e. [gedaagde 4] veroordeelt in de kosten van het geding, alsmede in de gebruikelijke nakosten (zowel zonder als met betekening), te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na de datum van het vonnis.

3.2. Gedaagden hebben verweer gevoerd.

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

4. De beoordeling

4.1. Eisers en gedaagden hebben beiden gronden aangevoerd waarom de diverse besluiten tot benoeming van bestuurders nietig of anderszins ongeldig zijn. De voorzieningenrechter zal in het

midden laten welke argumenten de meeste kans van slagen hebben.

4.2. Uit de door eisers aangevoerde feiten blijkt dat het handelen van de Oprichter ([gedaagde 4]) niet is gericht op het belang van de Vennootschappen en de daarmee verbonden onderneming. Hij heeft beoogd activa die aan de Vennootschappen toebehoren daaraan te onttrekken zonder dat daar een rechtsgrond voor was. Die feiten zijn niet zozeer betwist, maar als rechtvaardiging is aangevoerd dat de Vennootschappen door Stream zijn gefinancierd. Die financiering vond echter plaats in de vorm van aan de Vennootschappen verstrekte leningen. Die leveren geen rechtsgrond om activa aan de Vennootschappen te onttrekken.

4.3. Daarnaast is als verweer gevoerd dat de Oprichter handelde ter uitvoering van een uitspraak van de Court of Chancery van de Staat Delaware van 30 september 2022, waarbij See Cubic Inc. is veroordeeld om activa aan Stream terug te geven. Die uitspraak geeft een grondslag om activa van See Cubic Inc te krijgen, maar zij kan geen grondslag bieden voor het onttrekken van activa aan de Vennootschappen voor zover activa daaraan toebehoorden, ook niet voor zover die uitspraak bepaalde activa behorend aan de Vennootschappen uitdrukkelijk noemde. Daarbij komt dat die uitspraak als voorwaarde stelt dat Stream zekerheid stelt ter waarde van één miljoen dollar en de Oprichter tegenover de betwisting dat die zekerheid zou zijn gesteld niet heeft onderbouwd dat aan die voorwaarde wel voldaan is.

4.4. De onttrekking van activa is te meer zorgwekkend omdat de Oprichter naast Stream een nieuwe onderneming genaamd VSI heeft opgezet en voor die onderneming financiering aantrekt, zodat het erop lijkt dat hij de activa niet alleen onttrekt aan de Vennootschappen, maar ook aan de groep waartoe de Vennootschappen behoren en daarmee ook aan de zekerheidsrechten van de Financiers op de aandelen en activa van de groep. Daarnaast heeft hij ondanks zijn pretentie directeur van de Vennootschappen te zijn niet gereageerd op de noodkreten van de dagelijkse leiding van de ondernemingen om te voorzien in financiering van de lopende verplichtingen van de Vennootschappen.

4.5. De Vennootschappen verkeren nu in een situatie waarin op zeer korte termijn financiering nodig is voor substantiële uitgaven, zoals het betalen van personeel, huur en belastingen. Indien

geen geld beschikbaar komt, dreigen afbetalingsregelingen met verhuurders en de belastingdienst te vervallen en dreigt een faillissement. Door in deze omstandigheden geen maatregelen te nemen om de positie van de Vennootschappen te beschermen, terwijl hij stelt bestuurder te zijn en zich als zodanig in het handelsregister heeft laten inschrijven, handelt de Oprichter onrechtmatig jegens de Vennootschappen en de andere daarbij betrokken partijen. Dit betekent dat de voorzieningenrechter gronden ziet om [gedaagde 4] te schorsen als bestuurder, voor zover hij geldig benoemd is.

4.6. Deze situatie betekent ook dat er een noodzaak is om bij voorlopige voorziening een tijdelijk bestuurder te benoemen, ongeacht wie nu de geldig benoemde bestuurder is. De enige in het handelsregister ingeschreven bestuurder is immers geschorst. In de situatie van strijd tussen partijen en de verwijten over en weer ziet de voorzieningenrechter aanleiding om een onafhankelijk bestuurder te benoemen en niet [eiser 7]. Een onafhankelijk bestuurder is nodig om te verzekeren dat het bestuur van de Vennootschappen in het belang daarvan en de daarmee gevoerde onderneming wordt gevoerd. Deze zal ook de onmiddellijk nodige financiering kunnen verkrijgen. De Financiers hebben immers toegezegd dat zij bereid zijn de Vennootschappen van de onmiddellijk noodzakelijke financiering te voorzien op grond van voorwaarden overeenkomend met die welke golden op grond van de noodfinanciering die de afgelopen maanden is verstrekt op basis van de afspraken gemaakt tussen Financiers en de onafhankelijke *receiver* van TechnoVative. Daarnaast is een onafhankelijke bestuurder nodig om te voorkomen dat activa zonder rechtsgrond aan de Vennootschappen worden onttrokken. De meest subsidiaire vordering onder 3.1(a) zal worden toegewezen.

4.7. Ook een belangenafweging leidt tot die conclusie. De Vennootschappen verkeren in acute geldnood en hebben onmiddellijk financiering nodig om te kunnen voortbestaan. De Financiers hebben gevraagd om de benoeming van een bestuurder, bij voorkeur de eerder uit hun gelederen voorgedragen bestuurder [eiser 7] al dan niet tezamen met een onafhankelijk persoon en desnoods slechts een onafhankelijk persoon. Zij hebben daarbij aangeboden de financiering voort te zetten. Daar zijn zij ook toe bereid wanneer de aanzienlijke kosten worden gemaakt die de be-

noeming van een onafhankelijk bestuurder met zich mee brengt. Het is hen kennelijk het geld en de moeite waard om de onderneming van de Vennootschappen voort te zetten en daartoe de activa van de Vennootschappen te behouden. Zij nemen daarbij het risico dat zij een onverzekerde vordering op de Vennootschappen hebben ook wanneer de procedures in de VS niet resulteren in de overdracht van de aandelen in de Vennootschappen aan hen.

4.8. Daartegenover heeft Oprichter slechts gesteld dat financiering beschikbaar is, die hij bereid is ter beschikking te stellen zodra vast staat dat hij de bestuursmacht over de Vennootschappen kan uitoefenen. Daarbij komt dat de beschikbaarheid van deze financiering minder concreet onderbouwd is dan die van de Financiers. Gedaagden zijn dus pas bereid boter bij de vis te doen zodra de vis op het eigen bord ligt. Eisers zijn bereid de boter al bij de vis te doen terwijl deze nog in de keuken op het fornuis staat en niet vaststaat op wiens bord deze belandt.

4.9. De noodzaak van de benoeming van een onafhankelijk bestuurder vervalt zodra duidelijk is welke aandeelhouder ingevolge de Amerikaanse procedures bevoegd zal zijn om het beleid van de Vennootschappen (indirect) te doen bepalen. Dit zal in de beslissing worden vastgelegd.

4.10. Voor het bestuur van de Vennootschappen is noodzakelijk dat de bestuurder op de hoogte is van handelingen die de Oprichter in zijn hoedanigheid van in het handelsregister ingeschreven bestuurder heeft verricht en dat de Oprichter medewerking verleent aan het ongedaan maken daarvan voor zover deze in strijd met het belang van de Vennootschappen zijn aangegaan. De daartoe strekkende vordering zal worden toegewezen. Ook de overige vorderingen zullen worden toegewezen zoals in de beslissing vermeld.

4.11. De voorzieningenrechter heeft mr. J.R. Berkenbosch, advocaat bij Jones Day te Amsterdam, bereid gevonden als onafhankelijk bestuurder op te treden. Mocht blijken dat zich feiten of omstandigheden voordoen aan de zijde van mr. Berkenbosch waardoor hij die taak niet langer kan uitvoeren, dan kan de voorzieningenrechter op verzoek van mr. Berkenbosch of een van partijen overgaan tot benoeming van een andere onafhankelijke bestuurder.

4.12. De gevorderde dwangsommen zullen worden gematigd en gemaximeerd als na te melden.

4.13. Als de in hoofdzaak in het ongelijk gestelde partij worden gedaagden veroordeeld in de kosten van dit geding en in de nakosten.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. schorst [gedaagde 4] als bestuurder A van de Vennootschappen,

5.2. benoemt mr. J.R. Berkenbosch (advocaat bij Jones Day te Amsterdam) als bestuurder A van de Vennootschappen,

5.3. bepaalt dat het salaris en de kosten van mr. J.R. Berkenbosch (en van eventueel door hem ingeschakelde kantoorgenoten) ten laste komen van de Vennootschappen,

5.4. bepaalt dat mr. J.R. Berkenbosch op door hem gewenste momenten aan de voorzieningenrechter en aan partijen een rapport uitbrengt met zijn bevindingen en de voortgang van de opdracht,

5.5. bepaalt dat de voorzieningen onder 5.1 en 5.2 gelden totdat op basis van ofwel een zekerheidsrecht van SLS of Hawk ofwel als gevolg van de Amerikaanse faillissementsprocedure verkoop en overdracht van de aandelen in TechnoVative heeft plaatsgevonden en (indirect) door nieuwe eigenaren ten minste één bestuurder is benoemd bij elk van de Vennootschappen dan wel als uitkomst van de Amerikaanse faillissementsprocedure de aandelen in TechnoVative door Stream behouden blijven en de zekerheidsrechten op de aandelen in TechnoVative vervallen zijn,

5.6. gebiedt [gedaagde 4] uiterlijk één werkdag na betekening van dit vonnis mr. J.R. Berkenbosch in te schrijven als bestuurder A van de Nederlandse SeeCubic Entiteiten in het Handelsregister en zichzelf uit te schrijven als bestuurder van de Vennootschappen, op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag of gedeelte van een dag dat [gedaagde 4] niet aan deze veroordeling voldoet, met een maximum van € 500.000,-,

5.7. gebiedt [gedaagde 4] (i) uiterlijk één werkdag na betekening van het vonnis aan [eiser 7] schriftelijk mededeling te doen van alle (beweerdelijke) (rechts)handelingen die [gedaagde 4], of enig ander natuurlijk of rechtspersoon namens of voor [gedaagde 4], namens een of meerdere van de Vennootschappen heeft verricht en (ii) op instructie van mr. J.R. Berkenbosch, medewerking te verlenen aan het ongedaan maken van alle (rechts)handelingen bedoeld onder (i) en de gevolgen daarvan, in beide gevallen op straffe van een dwangsom van € 10.000,- voor iedere overtre-

ding van het gebod, te vermeerderen met een dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met een maximum van € 500.000,-,

5.8. verbiedt, zolang de benoeming van mr. J.R. Berkenbosch van kracht is, UltraD Coöperatief U.A. bestuurders te schorsen, ontslaan en benoemen in SeeCubic B.V. en Stream TV International B.V. (anders dan de benoeming als bedoeld onder 5.2 van dit vonnis) en handelingen te verrichten die tot gevolg hebben dat de aandelen in SeeCubic B.V. of Stream TV International B.V. worden vervreemd, belast of bezwaard,

5.9. gebiedt de Vennootschappen om voor zover nodig mr. J.R. Berkenbosch in te schrijven in het Handelsregister en enige andere noodzakelijke wijzigingen te registreren in het Handelsregister,

5.10. veroordeelt [gedaagde 4] in de kosten van dit geding (...; *red.*)

5.11. veroordeelt [gedaagde 4] in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*)

5.12. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.13. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Het is een gegeven dat de voorzieningenrechter bevoegd is bij wijze van voorlopige voorziening een tijdelijk bestuurder bij vennootschappen te benoemen. Dit werd recent door de OK bevestigd in een zaak die door een samenloop van procedurele omstandigheden bij haar belandde («JOR» 2023/181). In dat arrest heeft de OK naast art. 2:8 BW ook art. 2:9 BW en art. 2:129/239 BW als materiële rechtsgrond voor een dergelijke voorlopige voorziening genoemd. Er is over de benoeming van tijdelijk bestuurders in kort geding al veel uitgeweid in annotaties bij de betrokken rechtspraak. Voor enkele vindplaatsen verwijs ik naar mijn annotatie bij het voormelde arrest van de OK. Het onderhavige vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam is een nieuwe loot aan deze boom van jurisprudentie en bevestigt de bestendige lijn die daaruit volgt. Naast deze constatering is het vonnis om twee andere redenen nuttig voor de praktijk.

2. De eerste is dat het in dit geval niet alleen om een benoeming van een tijdelijk bestuurder bij

een bv (of een nv) ging, maar óók over de benoeming van een tijdelijk bestuurder bij een coöperatie. Voor zo'n benoeming is de enige materiële rechtsgrond dus art. 2:8 BW (en, volgens de OK, art. 2:9 BW). Hoewel ik geen eerdere jurisprudentie kon vinden over de benoeming in kort geding van een tijdelijk bestuurder bij een coöperatie, is zo'n benoeming dogmatisch niet opzienbarend. Het is immers een rechtspersoon en art. 2:8 BW is daarop van toepassing (evenals art. 2:9 BW). Daarmee is er voldoende materiële basis. Ook bij de stichting werd een benoeming van een tijdelijk bestuurder op grond van art. 2:8 BW al eerder mogelijk geacht (zie «JOR» 2020/114, m.nt. Olden).

3. De tweede reden is dat dit vonnis toont dat de – of in elk geval deze – voorzieningenrechter er niet voor terugdeinst om tot benoeming van een tijdelijk bestuurder over te gaan, ook al betreft het een ingreep in de context van een complexe, grotendeels internationale structuur, waarin zowel over de feiten als over de (buitenlandse) juridische situatie veel onduidelijk is.

4. Wat speelde er in dit geval? De betrokken coöperatie en haar twee Nederlandse dochter-bv's worden in het vonnis samen – niet helemaal zilver maar wel praktisch – de "Vennootschappen" genoemd. De Vennootschappen zijn via een keten van buitenlandse holdings het uiteindelijke eigendom van het Amerikaanse Stream TV Networks Inc, alwaar oprichter X aan de touwtjes lijkt te trekken. De groep is echter in toenemende mate in de greep geraakt van haar financiers en hun zekerheidsrechten. Er wordt in de VS met deze financiers om de macht over de onderneming gevochten. Dit leidde in 2020 tot een overeenkomst waardoor de financiers enig aandeelhouder werden. Vanuit die positie ontsloegen zij X en benoemden zij "hun" Y als bestuurder bij de Vennootschappen. Maar na een lange procedure in de VS sneuvelde de overeenkomst uit 2020 en werden zaken weer teruggedraaid: Y werd ontslagen als bestuurder van de Vennootschappen en X werd (her)benoemd. Partijen bleven sindsdien echter twisten over de rechtsgeldigheid van deze ontslagen en benoemingen. Het is daardoor voorlopig onduidelijk wie de rechtsgeldige bestuurder van de Vennootschappen is. Het weerhoudt X er evenwel niet van zich als enig bestuurder van de Vennootschappen te presenteren. In die (vermeende) hoedanigheid probeert hij het management van de Vennoot-

schappen en een Chinese dochter te bewegen waardevolle activa aan moedermaatschappij StreamTV Networks Inc af te geven. De voorzieningenrechter overweegt in r.o. 4.4 dat de bedoeling mogelijk zelfs is activa buiten de groep te brengen en daarmee ook buiten het bereik van de financiers en hun zekerheidsrechten. Er lijkt dus sprake te zijn van pogingen tot uitholling. De combinatie van de onduidelijkheid over wie bestuurder van de Vennootschappen is, de ogenschijnlijke pogingen van X tot uitholling en de urgentie om op korte termijn financiering voor de Vennootschappen te verkrijgen (waartoe de financiers onder voorwaarden bereid zijn), maakt dat er voldoende noodzaak bestaat voor een ingrijpen in het bestuur van de Vennootschappen. 5. R.o. 4.5. bevat in dit kader een mooie redenering, die op het volgende neerkomt. Het is onduidelijk of X nu werkelijk rechtsgeldig bestuurder is van de Vennootschappen. Maar hij presenteert zich wel als zodanig. Dan moet hij ook voor de bescherming van de positie van de Vennootschappen zorgdragen. Dat doet hij echter niet en daarom handelt hij onrechtmatig jegens de Vennootschappen en de andere daarbij betrokken partijen (waarmee op de financiers zal worden gedoeld), zodat er grond is voor zijn schorsing als bestuurder – voor zover hij al rechtsgeldig benoemd is – en voor de benoeming van een tijdelijk bestuurder.

6. Maar wie moet er benoemd worden? Uit het uitvoerige petitum van eisers, de financiers, (weergegeven in r.o. 3.1) volgt dat zij het liefst zien dat X geschorst wordt en Y, hun “eigen” bestuurder, tijdelijk wordt benoemd; in afwachting van de uitkomst van de machtsstrijd in de VS. Als dat te veel gevraagd is, wensen de financiers dat X wordt geschorst en Y én een onafhankelijke derde als bestuurder worden benoemd. Voor het geval ook dat niet passend zou worden geacht, vorderen de financiers dat X wordt geschorst en enkel een onafhankelijke derde als bestuurder wordt benoemd. De voorzieningenrechter kiest voor de veilige weg: hij schorst X en benoemt enkel een onafhankelijke derde als bestuurder. Dat is begrijpelijk in een setting als deze, waarin nog veel onduidelijk is over wie de bevoegdheid tot benoeming (en ontslag) toekomt en voor beantwoording van die vraag veel afhangt van buitenlands recht en procedures die aldaar spelen, waaronder een Chapter 11-procedure. De voorzieningenrechter beperkt de ingreep daarom

wijselijk tot een “safety car” op de baan in de persoon van een onafhankelijke bestuurder. 7. Uiteraard is er ook nog een andere rechter die voor ingrepen in het bestuur aangezocht kan worden; de OK in een enquêteprocedure met het krachtige wapen van de onmiddellijke voorzieningen van art. 2:349a lid 2 BW. Dat is ook mogelijk in geval van een coöperatie (art. 2:344 sub a jo. art. 2:346 lid 1 sub a BW). Er kunnen meerdere redenen zijn geweest waarom deze weg in dit geval niet werd verkozen. Er is sprake van een internationale holdingketen die zich tussen de materiële procespartijen en de Vennootschappen bevindt. Vermoedelijk was niet voldaan aan de gelijkstellingseisen die uit Chinese Workers en verdere jurisprudentie volgen (zie Duynstee in *Handboek Enquêterecht*, VDHI nr. 175, 2022/6.3.2.5), ook omdat de financiers, naar ik begriep, geen (indirecte) aandeelhouders (meer) zijn. Verder zal de OK in dit geval naar verwachting niet gauw een enquête bevelen omdat veel afhangt van de buitenlandse (juridische) situatie en procedures aldaar. Een enquête in Nederland zal daarover onvoldoende duidelijkheid kunnen scheppen (vgl. OK 6 oktober 2017, *ARO* 2018/10 (*Avinco*)). Tot slot zou een enquêteprocedure voor de financiers mogelijk een te breed pakket zijn geweest; het was hen er waarschijnlijk vooral om te doen een halt toe te roepen aan het pseudobestuur van X. En dat is op deze manier dus gelukt.

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

234

Besluitvorming buiten vergadering bij stichting

Rechtbank Rotterdam
28 juli 2023, nr. HA RK 23-409,
ECLI:NL:RBROT:2023:7435
(mr. Smits)
Noot mr. dr. P.H.N. Quist

Stichting. Afwijzing van verzoek tot omzetting van stichting in bv. Bestuursbesluit is niet in overeenstemming met statuten genomen en is op grond daarvan nietig. Aan wettelijk vereiste van bestuursbesluit tot statutenwijziging is niet voldaan. Voor besluit tot omzetting geldt mutatis mutandis hetzelfde. Bestuursbesluit bevat ook geen expliciet besluit tot omzetting.

[BW art. 2:15 lid 1 sub a, 2:18 lid 4]

Verzoekster heeft niet in overeenstemming met de toepasselijke wettelijke en statutaire regels tot omzetting en statutenwijziging besloten. Het besluit tot statutenwijziging is niet in overeenstemming met de huidige statuten genomen. De statuten schrijven dwingend voor dat alleen in een vergadering tot wijziging van de statuten kan worden besloten. Verzoekster heeft dit besluit echter buiten vergadering genomen. Hoewel de huidige statuten een grondslag bieden voor het nemen van bestuursbesluiten buiten vergadering, geldt dit niet voor een besluit tot statutenwijziging. Om die reden is het bestuursbesluit nietig en is niet aan het wettelijk vereiste van een bestuursbesluit tot statutenwijziging voldaan. Hetzelfde geldt voor het besluit tot omzetting, aangezien het besluit daartoe volgens de wet op overeenkomstige wijze moet worden genomen en dit is niet gebeurd. Het overgelegde bestuursbesluit bevat tevens geen expliciet besluit tot omzetting. Er moet één door alle bestuurders getekend en deugdelijk van een datum en plaats van ondertekening voorzien exemplaar van het besluit tot omzetting en statutenwijziging bij het verzoekschrift gaan.

*Stichting Leerwerkbedrijf Zwijndrecht Werkt te Zwijndrecht,
verzoekster,
advocaat: mr. J.M.C. Wessels.*

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De statuten van Stichting Leerwerkbedrijf Zwijndrecht Werkt luiden – voor zover relevant – als volgt:

“(…)

*Bestuursbesluiten**Artikel 5*

1. Het bestuur kan ter vergadering alleen dan geldige besluiten nemen indien de meerderheid van de in functie zijnde bestuursleden ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is. (...)

2. Het bestuur kan ook buiten vergadering besluiten nemen, mits alle bestuursleden in de gelegenheid zijn gesteld schriftelijk, al dan niet per enig telecommunicatiemiddel, hun mening te uiten.

(...)

(...)

*Statutenwijziging**Artikel 11*

1. Het bestuur is bevoegd deze statuten te wijzigen. Het besluit daartoe moet worden genomen met algemene stemmen in een vergadering, waarin alle bestuursleden aanwezig of vertegenwoordigd zijn, zonder dat in het bestuur enige vacature bestaat.

(...)”

3. De beoordeling

3.1. Het verzoek strekt tot het verkrijgen van een machtiging tot omzetting van verzoekster in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 2:18 lid 4 BW. De rechtbank wijst dit verzoek af en overweegt daartoe als volgt.

3.2. Op grond van artikel 2:18 lid 1 BW kan een rechtspersoon zich omzetten in een andere rechtsvorm. Voor die omzetting is onder meer vereist: een besluit tot omzetting, genomen met inachtneming van de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging.

3.3. Bij het verzoekschrift zijn afschriften overgelegd van de huidige statuten van 30 januari 2015, een buiten vergadering genomen bestuursbesluit tot statutenwijziging en de notariële akte met de nieuwe statuten.