

**JOR 2020/229, Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland, 20-05-2020,
ECLI:NL:RBMNE:2020:4066, KG ZA 20-174 (annotatie)**

Instantie: Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 20-05-2020
Publicatie: JOR 2020/229 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 10, 2020
Annotator: Thiel, S.C.M. van
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:4066
Zaaknummer: KG ZA 20-174
Rechter(s): mr. Van Rens
Partijen:
<p>1. Castanje Vermogensbeheer BV te 's-Hertogenbosch,</p> <p>2. B. Kifkurn BV te Oosterhout,</p> <p>3. VinHof BV te Tilburg,</p> <p>eiseressen in conventie/verweersters in reconventie, hierna: Kifkurn c.s.,</p> <p>advocaten: mr. F.M.A. 't Hart en mr. S.C.S. Rijpkema,</p> <p>tegen</p> <p>1. Turdus BV te Culemborg,</p> <p>2. [gedaagde sub 2],</p> <p>3. Catalpa Vermogensbeheer BV te Culemborg,</p> <p>gedaagden in conventie/eisers in reconventie, hierna: Turdus c.s.,</p> <p>advocaat: mr. B.A. Boer.</p>
Regelgeving: BW art. 2:336 e.v.
Overige publicaties: ECLI:NL:RBMNE:2020:4066
Rechtsgebied: Ondernemingsrecht

Inhoudsindicatie

Escalatie van conflict tussen (indirect) aandeelhouders/bestuurders, Vastgelopen besluitvorming in ava, Gevaar voor continuïteit van onderneming en mogelijk conflicterende belangen, Partijen beogen overdracht van aandelen via reeds aanhangige uittredingsprocedure, Onderhavige uitzonderlijke omstandigheden rechtvaardigen toewijzing van gebod tot overdracht van aandelen en schorsing van bestuurder, Verband met OK 16 oktober 2018, «JOR» 2019/37, m.nt. Sinnighe Damsté

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

De voorzieningenrechter is in spoedeisende zaken in beginsel slechts bevoegd om tijdelijke voorzieningen te treffen. Een gebod tot overdracht van aandelen is geen tijdelijke voorziening, maar een beslissing waarvan de gevolgen niet meer herstelbaar zijn. De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat in dit geval, gelet op de hier aan de orde zijnde uitzonderlijke omstandigheden, van voormeld uitgangspunt moet worden afgeweken en een gebod tot overdracht van de aandelen van [gedaagde sub 1] moet worden uitgesproken.

De (indirect) aandeelhouders/bestuurders [gedaagde sub 2] enerzijds en [A] en [B] anderzijds zijn het fundamenteel oneens over het te voeren beleid van de vennootschap Castanje Vermogensbeheer. Dit heeft geleid tot een zeer ernstig conflict dat al jaren loopt en de persoonlijke verhoudingen op scherp heeft gezet.

De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat de incidentmeldingen bij de AFM, het verzoek aan de OK, de aangifte bij de politie en het beklag tegen niet-vervolgving ex art. 12 Sv tegen deze achtergrond moeten worden gezien. Het gevolg hiervan is onder meer dat belangrijke besluitvorming in de ava, bijvoorbeeld over goedkeuring van begrotingen en jaarrekeningen, vaak niet (tijdig) plaatsvindt. Dit kan een reële en acute bedreiging vormen voor het voortbestaan van de onderneming.

Verder heeft [gedaagde sub 2] de vennootschap Catalpa Vermogensbeheer opgericht. De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat in ieder geval het overgrote deel van de cliënten die [gedaagde sub 2] voorheen bij Castanje onder zijn hoede had, naar Catalpa is overgestapt. Het feit dat [gedaagde sub 2] de vermogens van die cliënten nu bij Catalpa beheert (of binnenkort gaat beheren), maakt dat Catalpa een potentiële concurrent is. Dit maakt een snelle en definitieve scheiding van partijen uitermate urgent. Medeaandeelhouders VinHof en Kifkurn hoeven niet te dulden dat Turdus aandelen heeft in zowel Castanje als in een concurrent. Dat is onzorgvuldig tegenover VinHof en Kifkurn: conflicterende belangen liggen op de loer.

Tot slot blijkt uit de uittredingsprocedure van Turdus dat beide partijen een overdracht van de aandelen van Turdus aan Kifkurn en VinHof beogen. Een gebod tot die overdracht kan dus in het belang van beide partijen worden geacht.

De voorzieningenrechter stelt de termijn waarbinnen Turdus haar aandelen moet overdragen op twee weken na betekening van dit vonnis. De voorlopige overnameprijs van de aandelen van Turdus wordt bepaald op € 1. Deze prijs geldt totdat bij een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis of bij een onherroepelijk vonnis een definitieve overnameprijs is vastgesteld dan wel totdat partijen een definitieve overnameprijs zijn overeengekomen.

De voorzieningenrechter verbindt aan het gebod tot overdracht van de aandelen van Turdus de voorwaarde dat VinHof en Kifkurn tegelijkertijd met die overdracht een bankgarantie stellen voor betaling van de definitieve overnameprijs. De voorzieningenrechter geeft Turdus voorts in overweging om vóór de overdracht van haar aandelen en in overleg met VinHof en Kifkurn alsnog in te stemmen met goedkeuring van de jaarrekening over 2018.

De voorzieningenrechter schorst Turdus als statutair bestuurder van Castanje tot het moment waarop haar aandelen aan VinHof en Kifkurn zijn overgedragen.

Uitspraak

(...; red.)

2. Waar gaat deze zaak over?

2.1. Castanje is een vermogensbeheerder. Turdus houdt 40,8% van de aandelen in Castanje, VinHof 32% en Kifkurn 27,2%. Turdus, VinHof en Kifkurn vormen gezamenlijk het bestuur van Castanje. [gedaagde sub 2] is enig aandeelhouder en bestuurder van Turdus, [A] ([A]) van VinHof en [B] ([B]) van Kifkurn. [A] en [B] hebben elk bij Castanje een portefeuille met cliënten van wie zij het vermogen beheren. [gedaagde sub 2] had tot in januari 2020 zo'n portefeuille bij Castanje.

2.2. Vanaf 2017 bestaat tussen [gedaagde sub 2] enerzijds en [A] en [B] anderzijds een conflict. Het conflict is ontstaan door onenigheid over de wijze waarop Castanje moet groeien. [gedaagde sub 2] ziet niets in niet-autonome

groei, [A] en [B] daarentegen juist wel. In de loop van de jaren hebben veel gebeurtenissen plaatsgevonden waardoor de verhouding tussen [gedaagde sub 2] enerzijds en [A] en [B] anderzijds ernstig is verslechterd en uiteindelijk is geëscaleerd. De voorzieningenrechter somt hierna een aantal van die gebeurtenissen op:

- Op 3 januari 2018 is de Europese richtlijn MiFID II in de Wet op het financieel toezicht geïmplementeerd. [A] heeft met het oog hierop in 2017 een opleiding gevolgd. In het najaar van 2017 is hij gezakt voor het examen in de module *vaardigheden*. [gedaagde sub 2] heeft dit op 1 december 2017 als incident bij de AFM gemeld. [gedaagde sub 2] heeft tegelijkertijd ook andere meldingen over [A] gedaan. De AFM heeft geen gevolg gegeven aan de meldingen.
- Turdus heeft op de algemene vergadering van aandeelhouders van Castanje (*de ava*) van 29 januari 2018 tegen goedkeuring van de begroting voor 2018 gestemd. [gedaagde sub 2] vond dat [A] niet deskundig was en daarom anders beloond moest worden dan in de begroting was opgenomen. [A] heeft op 23 januari 2018 het diploma in de module *vaardigheden* alsnog gehaald. [gedaagde sub 2] heeft vervolgens op de *ava* van 13 april 2018 alsnog ingestemd met goedkeuring van de begroting voor 2018.
- Turdus heeft op 23 maart 2018 aan de Ondernemingskamer verzocht om een onderzoek te bevelen naar het beleid van Castanje en de gang van zaken bij Castanje. [A] en [B] hebben een advocaat ingeschakeld om verweer te voeren namens Castanje als verweerster en namens VinHof en Kifkurn als belanghebbenden. Dit is ook gebeurd. De Ondernemingskamer heeft het verzoek van Turdus afgewezen.
- [A] en [B] hebben op een bestuursvergadering besloten de advocaatkosten van het verweer van Castanje ten laste van Castanje te brengen. [gedaagde sub 2] was het hier niet mee eens en heeft tegen [A], VinHof, [B] en Kifkurn aangifte bij de politie gedaan van valsheid in geschrifte, oplichting en verduistering. Het openbaar ministerie heeft besloten niet tot onderzoek of vervolging over te gaan. [gedaagde sub 2] heeft tegen het besluit van het openbaar ministerie bij het gerechtshof Den Haag tevergeefs een artikel 12 SvIprocedure gevoerd.
- Turdus heeft op de *ava* van 25 juni 2019 tegen goedkeuring van de jaarrekening over 2018 gestemd. [gedaagde sub 2] vond dat in die jaarrekening de hiervoor genoemde advocaatkosten ten onrechte ten laste van Castanje werden gebracht. Hierdoor is de jaarrekening over 2018 toen niet vastgesteld.
- [gedaagde sub 2] heeft vele bestuursvergaderingen niet bijgewoond. [A] en [B] hebben in een brief van 1 november 2019 aan [gedaagde sub 2] meegedeeld dat vanaf november 2019 de managementvergoeding, verschuldigd op grond van een tussen Castanje en Turdus gesloten managementovereenkomst, nog maar voor de helft aan Turdus zal worden uitgekeerd. [gedaagde sub 2] heeft in een brief van 2 december 2019 hiertegen geprotesteerd en zich op het standpunt gesteld dat hij bij de feitelijke uitoefening van zijn taken wordt gehinderd door [A] en [B].
- Turdus heeft in een brief van 13 december 2019 de managementovereenkomst met onmiddellijke ingang beëindigd.
- De jaarrekening over 2018 is nog steeds niet vastgesteld. [gedaagde sub 2] heeft voor de *ava* van 4 februari 2020 aan [A] en [B] bericht dat Turdus tegen goedkeuring van die jaarrekening stemt. Als de jaarrekening over 2018 (zoals die er nu in conceptvorm is) wordt vastgesteld, dan heeft Turdus recht op uitkering van € 204.000,- aan dividend, VinHof op € 160.000,- en Kifkurn op € 136.000,-.
- [gedaagde sub 2] heeft Catalpa opgericht. Catalpa heeft ook als activiteit het beheren van vermogens. [gedaagde sub 2] heeft in januari 2020 aan [A] en [B] bericht dat hij uiterlijk 27 januari 2020 met zijn werk als vermogensbeheerder bij Castanje stopt. [A] en [B] hebben vervolgens namens Castanje de relaties met de cliënten van wie [gedaagde sub 2] de vermogens beheerde opgezegd.
- Turdus heeft op 13 maart 2020 bij de rechtbank Oost-Brabant een civiele procedure tegen VinHof en Kifkurn aanhangig gemaakt. In die procedure vordert Turdus onder meer dat aandeelhouders VinHof en Kifkurn op grond van artikel 2:343 BW de aandelen van Turdus in Castanje overnemen (*de uittredingsprocedure*).

2.3. Kifkurn c.s. stelt, kort weergegeven, het volgende. Er is een onhoudbare situatie ontstaan. Het voortbestaan en de reputatie van Castanje worden ernstig bedreigd door de handelwijze van Turdus c.s. Toewijzing van de gevorderde

voorzieningen (zie hierna onder 3.1) is daarom noodzakelijk. Catalpa concurreert op onrechtmatige wijze met Castanje. Alle cliënten die [gedaagde sub 2] bij Castanje onder zijn hoede had, zijn naar Catalpa overgestapt. [gedaagde sub 2] kan verder niet tegelijkertijd (indirect) aandeelhouder en bestuurder zijn van Castanje en van haar concurrent Catalpa. Turdus oefent tot slot haar stemrecht als aandeelhouder uit op een wijze die Castanje, VinHof en Kifkurn onevenredig schaadt.

2.4. Turdus c.s. voert verweer en stelt tegenvorderingen in (zie hierna onder 3.2). De voorzieningenrechter zal op de stellingen van partijen, voor zover van belang voor de beoordeling van de vorderingen van partijen, in hoofdstuk 4 (verder) ingaan. Eerst zullen die vorderingen in hoofdstuk 3 worden weergegeven.

3. De vorderingen

In conventie

3.1. Kifkurn c.s. vordert, samengevat, naar de rechtbank begrijpt:

A. *primair* Turdus te gebieden om binnen zes uur na betekening van het te wijzen vonnis af te treden als statutair bestuurder van Castanje, op straffe van verbeurte van een dwangsom, *subsidiar* Turdus te schorsen als statutair bestuurder van Castanje,

B. *primair* Turdus te gebieden om onmiddellijk haar aandelen in Castanje over te dragen aan Kifkurn en VinHof, onder de voorwaarde dat Kifkurn en VinHof de rechte vast te stellen prijs voor die aandelen zullen betalen, op straffe van verbeurte van een dwangsom, *subsidiar* het stemrecht van Turdus als aandeelhouder te schorsen,

C. *primair* Turdus c.s. te verbieden om voor de duur van twee jaar na het te wijzen vonnis met Castanje te concurreren, in het bijzonder door voormalige cliënten van Castanje te benaderen of te bedienen, *subsidiar* Turdus c.s. te verbieden om met Castanje te concurreren zolang Turdus bestuurder en/of aandeelhouder van Castanje is, op straffe van verbeurte van een dwangsom,

D. Turdus c.s. te gebieden om onmiddellijk alle aan Castanje toekomende informatie van welke aard dan ook te retourneren zonder achterhouding van een kopie of andere gegevensdrager waarop die informatie staat, op straffe van verbeurte van een dwangsom,

E. Turdus c.s. te gebieden om onmiddellijk aan Castanje schriftelijk te verklaren dat alle aan Castanje toekomende informatie van welke aard dan ook door haar is geretourneerd zonder achterhouding van een kopie of andere gegevensdrager waarop die informatie staat, op straffe van verbeurte van een dwangsom,

F. Turdus, [gedaagde sub 2] en/of Catalpa hoofdelijk te veroordelen om aan Castanje € 100.000,- aan voorschot te betalen,

G. Turdus c.s. te veroordelen tot betaling van de proceskosten, vermeerderd met de wettelijke rente, en nakosten.

In reconventie

3.2. Turdus c.s. vordert, samengevat, naar de rechtbank begrijpt:

1. voorwaardelijk, namelijk in het geval in conventie de *primaire* vordering onder B wordt toegewezen, Kifkurn en VinHof te veroordelen om gelijktijdig met de levering van de aandelen van Turdus een bedrag van € 500.000,- aan Turdus te betalen en een bankgarantie van € 250.000,- aan Turdus te verstrekken,

2. Kifkurn en VinHof te veroordelen nader in de akte van 28 april 2020 omschreven informatie voor het bestuur van Castanje aan Turdus te verstrekken, op straffe van verbeurte van een dwangsom,

3. Kifkurn en VinHof te veroordelen op een bepaalde, nader in de akte van 28 april 2020 omschreven wijze het bestuur

van Castanje te voeren, op straffe van verbeurte van een dwangsom,

4. Kifkurn c.s. te veroordelen tot betaling van de proceskosten en nakosten.

4. De beoordeling

Producties 30 tot en met 54 van Kifkurn c.s.

4.1. Anders dan Turdus c.s. stelt, zijn de producties 30 tot en met 54 van Kifkurn c.s. tijdig ingediend. De voorzieningenrechter heeft deze producties op 27 april 2020 om 22.45 uur met een e-mail ontvangen. Dat was meer dan 24 uur vóór het tijdstip waarop Turdus c.s. haar eerste schriftelijke reactie met een e-mail mocht indienen (28 april 2020 om 23.59 uur), zoals bepaald in de procedureregels (zie bladzijde 3 van de dagvaarding).

Spoeeisend belang

4.2. Kifkurn c.s. heeft een spoedeisend belang bij haar vorderingen. Partijen hebben een langlopend conflict dat is geëscaleerd. Die escalatie heeft mogelijk op korte termijn grote negatieve gevolgen voor het voortbestaan en de bestuurbaarheid van Castanje. De gevorderde onmiddellijke voorzieningen zijn gericht op het voorkomen van die gevolgen.

4.3. De voorzieningenrechter verwerpt hierbij de stelling van Turdus c.s. dat de einduitspraak in de uittredingsprocedure kan worden afgewacht. Die procedure kan lang gaan duren. Kifkurn c.s. heeft aangekondigd verweer te voeren tegen de vordering tot uittreding en in reconventie op grond van artikel 2:336 BW een vordering tot uitstoting van Turdus in te stellen. Als de vordering tot uittreding of de vordering tot uitstoting wordt toegewezen, zal de waarde van de aandelen van Turdus nog moeten worden vastgesteld. Daarvoor zullen een of meer deskundigen moeten worden benoemd.

Vordering onder B in conventie

4.4. Kifkurn c.s. vordert onder B *primair* Turdus te gebieden haar aandelen in Castanje aan Turdus c.s. over te dragen.

4.5. De voorzieningenrechter is in spoedeisende zaken in beginsel slechts bevoegd om, na afweging van de belangen van partijen, tijdelijke voorzieningen te treffen. Een gebod tot overdracht van aandelen is geen tijdelijke voorziening, maar een beslissing waarvan de gevolgen niet meer herstelbaar zijn. De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat in dit geval, gelet op de hier aan de orde zijnde uitzonderlijke omstandigheden, van voormeld uitgangspunt moet worden afgeweken en een gebod tot overdracht van de aandelen van Turdus moet worden uitgesproken. De voorzieningenrechter licht dit oordeel als volgt toe.

4.6. [gedaagde sub 2] enerzijds en [A] en [B] anderzijds zijn het al jaren fundamenteel oneens over het te voeren beleid van Castanje. Dit heeft geleid tot een zeer ernstig conflict dat al jaren loopt en de persoonlijke verhoudingen op scherp heeft gezet.

De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat de incidentmeldingen bij de AFM, het verzoek aan de Ondernemingskamer, de aangifte bij de politie en het beklag tegen niet-vervolgung ex artikel 12 Sv tegen deze achtergrond moeten worden gezien. Het gevolg hiervan is onder meer dat belangrijke besluitvorming in de ava, bijvoorbeeld over goedkeuring van begrotingen en jaarrekeningen, vaak niet (tijdig) plaatsvindt. Dit kan een reële en acute bedreiging vormen voor het voortbestaan van de onderneming.

4.7. Verder heeft [gedaagde sub 2] Catalpa opgericht. De voorzieningenrechter gaat er met Kifkurn c.s. van uit dat in ieder geval het overgrote deel van de cliënten die [gedaagde sub 2] voorheen bij Castanje onder zijn hoede had, naar Catalpa zijn overgestapt. Turdus c.s. heeft dit niet voldoende gemotiveerd betwist. Het feit dat [gedaagde sub 2] de vermogens van die cliënten nu bij Catalpa beheert (of binnenkort gaat beheren), maakt dat Catalpa, anders dan Turdus c.s. stelt, een potentiële concurrent is. Niet aannemelijk is dat [gedaagde sub 2] een zodanig afwijkende beheervisie

heeft dat er sprake zou zijn van gescheiden markten voor Castanje en Catalpa. Castanje en Catalpa hebben dus dezelfde doelgroep. Dit maakt een snelle en definitieve scheiding van partijen uitermate urgent. VinHof en Kifkurn hoeven niet te dulden dat Turdus aandelen heeft in zowel Castanje als in een concurrent. Dat is onzorgvuldig tegenover VinHof en Kifkurn: conflicterende belangen liggen op de loer.

4.8. Tot slot blijkt uit de uittredingsprocedure van Turdus dat beide partijen een overdracht van de aandelen van Turdus aan Kifkurn en VinHof beogen. Een gebod tot die overdracht kan dus in het belang van beide partijen worden geacht. De voorzieningenrechter overweegt hierbij dat met een overdracht op korte termijn de vrees van Turdus c.s. dat zij te zijner tijd minder voor de aandelen van Turdus krijgt omdat de aandelen door slecht bestuur van [A] en [B] in de loop van de tijd minder waard zullen worden, wordt weggenomen. De waarde van over te dragen aandelen moet immers zoveel mogelijk worden bepaald naar het moment van de overdracht (*vgl. HR 11 september 1996, NJ 1997/177*).

4.9. De voorzieningenrechter zal de termijn waarbinnen Turdus haar aandelen moet overdragen stellen op twee weken nadat aan Turdus een afschrift van dit vonnis zal zijn betekend. De voorlopige overnameprijs van de aandelen van Turdus zal worden bepaald op € 1,-. Deze prijs geldt totdat bij een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis of bij een onherroepelijk vonnis een definitieve overnameprijs is vastgesteld dan wel totdat partijen een definitieve overnameprijs zijn overeengekomen. Turdus moet haar aandelen overdragen aan VinHof en Kifkurn. VinHof en Kifkurn moeten zelf bepalen welk deel van de aandelen van Turdus zij ieder overnemen.

4.10. Kifkurn c.s. vordert een dwangsom van € 10.000,- voor elke dag dat Turdus niet aan het gebod voldoet. Deze vordering is toewijsbaar tot een maximum van € 500.000,- aan verbeurde dwangsommen.

Vordering onder 1 in reconventie

4.11. De voorzieningenrechter is van oordeel dat aan het gebod tot overdracht van de aandelen van Turdus de voorwaarde moet worden verbonden dat VinHof en Kifkurn tegelijkertijd met die overdracht een bankgarantie voor betaling van de definitieve overnameprijs stellen, zoals in het dictum nader geformuleerd. Turdus heeft voldoende belang bij het stellen van een dergelijke bankgarantie. In zoverre zal de vordering onder 1 in reconventie worden toegewezen.

4.12. Over de hoogte van de te stellen bankgarantie overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Turdus c.s. gaat uit van een waarde van de aandelen van Turdus van € 709.000,- per 31 december 2019. Zij heeft echter geen rekening gehouden met het feit dat de waarde van de onderneming fors zal zijn afgenomen door het vertrek van alle door [gedaagde sub 2] bij Castanje beheerde cliënten. De voorzieningenrechter zal dat wel doen. Uit de producties van Turdus c.s. blijkt dat [gedaagde sub 2] ongeveer 40% van de omzet bij Castanje genereerde. Die omzet heeft Castanje dus niet meer. De voorzieningenrechter zal gelet hierop schattenderwijs uitgaan van een waardevermindering van de onderneming en dus van de aandelen van Turdus van 40%. De hoogte van de te stellen bankgarantie wordt daarom bepaald op € 425.000,- (€ 709.000,- minus 40% daarvan). De voorzieningenrechter heeft daarbij gezien de aard van de beslissing (het stellen van een bankgarantie voor de koopprijs van aandelen die nu al moeten worden overgedragen) geen rekening gehouden met het feit dat Catalpa inmiddels het overgrote deel van de klanten van [gedaagde sub 2] bij Castanje bedient. Dat kan de vraag oproepen in hoeverre daar rekening mee moet worden gehouden bij de bepaling van het bedrag waarvoor Turdus de aandelen moet overdragen. Voor het gedeelte in de overnameprijs van de aandelen dat is gebaseerd op de waarde van – kort aangeduid – het cliëntenbestand, geldt immers dat het nu vrijwel alleen nog gaat om de waarde van de cliënten van [A] en [B]. Anderzijds heeft Turdus in ieder geval nog recht op 40% van de waarde van de onderneming die niet is gerelateerd aan het cliëntenbestand. In de opstelling die uitkomt op de door Turdus gestelde waarde voor haar aandelen van € 709.000,- is aan “intrinsieke waarde” circa € 750.000,- opgenomen. Als alleen dat in de waardebepaling zou worden betrokken, is de waarde van de aandelen van Turdus in Castanje circa € 300.000,- (40% van € 750.000,-).

4.13. De voorzieningenrechter geeft Turdus in overweging om vóór de overdracht van haar aandelen en in overleg met VinHof en Kifkurn alsnog in te stemmen met goedkeuring van de jaarrekening over 2018. Overleg met VinHof en Kifkurn is nodig omdat goedkeuring van de jaarrekening en bestemming van de winst voor uitkering van het dividend alleen kan plaatsvinden op een formeel opgeroepen avo tenzij alle aandeelhouders instemmen met voor dit moment andere wijze van besluitvorming van de avo. Op die manier is in beginsel nog uitkering mogelijk van het dividend van

Turdus over 2018, een bedrag van € 204.000,-. Dit bedrag kan dan in mindering worden gebracht op de hoogte van de bankgarantie, zoals nader in het dictum geformuleerd. De waarde van de aandelen van Turdus zullen dan immers met hetzelfde bedrag als de dividenduitkering afnemen. Het voordeel voor Turdus bij dividenduitkering is dat zij niet hoeft te wachten totdat de definitieve overnameprijs is betaald voordat zij de beschikking krijgt over een substantieel bedrag. Het voordeel voor VinHof en Kifkurn is dat zij een bankgarantie voor een lager bedrag kunnen stellen en zelf ook over meer liquide middelen kunnen beschikken. Het stellen van een bankgarantie zal gemakkelijker gaan en minder kosten met zich brengen.

Vordering onder A in conventie

4.14. De voorzieningenrechter zal Turdus schorsen als statutair bestuurder van Castanje tot het moment waarop haar aandelen aan VinHof en Kifkurn zullen zijn overgedragen. Een belangenafweging dient in het voordeel van VinHof en Kifkurn uit te vallen. Nu [gedaagde sub 2] (middellijk) een concurrerende onderneming heeft en bestuurt, is het niet meer in het belang van Castanje dat hij daar nog als (middellijk) bestuurder actief is. Dat weegt zwaarder dan het belang van [gedaagde sub 2] als (middellijk) aandeelhouder in Castanje. Mogelijke tijdelijke bemoeienis van [gedaagde sub 2] als (middellijk) bestuurder in aanloop van de aandelenoverdracht zal naar verwachting ook niet meewerken aan een soepele scheiding van partijen.

Vordering onder C in conventie

4.15. Kifkurn c.s. vordert onder C *primair* een verbod om met Castanje te concurreren, in het bijzonder door voormalige cliënten van Castanje te benaderen. Deze vordering moet worden afgewezen. Ondernemingen mogen met elkaar concurreren. Onder omstandigheden kan de wijze waarop met andere ondernemingen wordt geconcurrereerd onrechtmatig zijn en dus verbodswaardig. In dit geval zou zo'n omstandigheid kunnen zijn dat Turdus c.s., tot op heden aandeelhouder en statutair bestuurder van Castanje, cliënten van Castanje benadert om over te stappen naar Catalpa. Dit is echter onvoldoende gebleken. Daarbij is van belang dat Castanje haar relatie met door [gedaagde sub 2] bediende cliënten zélf heeft opgezegd. Vervolgens zijn die cliënten overgestapt naar Catalpa. Verder is niet gesteld of gebleken dat Turdus c.s. cliënten van Castanje heeft benaderd die door [A] en/of [B] worden bediend.

4.16. Kifkurn c.s. heeft onvoldoende belang bij het *subsidiare* deel van de vordering onder C. Turdus zal immers worden geschorst als statutair bestuurder en op korte termijn haar aandelen moeten overdragen.

Vorderingen onder D en E in conventie

4.17. Deze vorderingen moeten worden afgewezen, al omdat zij onvoldoende zijn gespecificeerd. Het is aan Kifkurn c.s. om te stellen welke informatie Turdus c.s. precies onder zich houdt en waarom Turdus c.s. die informatie dient te retourneren.

Vordering onder F in conventie

4.18. Kifkurn c.s. vordert veroordeling van Turdus, [gedaagde sub 2] en/of Catalpa tot betaling van een voorschot van € 100.000,- op:

- verbeurde boetes wegens overtreding van het nonconcurrentiebeding in de managementovereenkomst,
- vergoeding van schade wegens verwaarlozing van bestuurderstaken en
- restitutie van toegeëigende managementfee.

4.19. Voor toewijzing van een geldvordering in kort geding is slechts dan plaats, als het bestaan en de omvang van de vordering in hoge mate aannemelijk zijn, terwijl voorts uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist en het risico van onmogelijkheid van terugbetaling bij afweging van de belangen van partijen aan toewijzing niet in de weg staat. De voorzieningenrechter is van oordeel dat aan in ieder geval een deel van deze eisen niet is voldaan. Zo is niet gesteld of gebleken dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening op dit punt is vereist.

Vorderingen onder 2 en 3 in reconventie

4.20. Turdus heeft gezien de beslissingen in conventie onvoldoende belang bij toewijzing van de vorderingen onder 2 en 3 in reconventie. Turdus zal immers worden geschorst als statutair bestuurder en op korte termijn haar aandelen moeten overdragen.

Proceskosten

4.21. De proceskosten zullen zowel in conventie als in reconventie worden gecompenseerd, nu partijen over en weer in het (on)gelijk zijn gesteld.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

In conventie

5.1. gebiedt Turdus om, onder de voorwaarde dat VinHof en Kifkurn tegelijkertijd een bankgarantie stellen als in 5.6 omschreven, binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis haar aandelen in Castanje aan VinHof en Kifkurn over te dragen tegen een voorlopige overnameprijs van € 1,-,

5.2. veroordeelt Turdus tot betaling van een dwangsom van € 10.000,- voor elke dag dat Turdus niet aan het in 5.1 omschreven gebod voldoet, dit tot een maximum van € 500.000,- aan verbeurde dwangsommen zal zijn bereikt,

5.3. schorst Turdus als statutair bestuurder van Castanje tot het moment waarop de aandelen van Turdus in Castanje aan VinHof en Kifkurn zijn overgedragen,

5.4. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

5.5. veroordeelt Turdus, onder de voorwaarde dat zij niet binnen veertien dagen na aanschrijving door Kifkurn c.s. volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*),

5.6. verklaart hetgeen is beslist onder 5.1, 5.2, 5.3 en 5.5 van dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

5.7. wijst af het meer of anders gevorderde,

In reconventie

5.8. veroordeelt VinHof en Kifkurn om op hun kosten, tegelijkertijd met de onder 5.1 omschreven overdracht, aan Turdus een ten gunste van Turdus door een Nederlandse bank afgegeven bankgarantie ter hoogte van € 425.000,- te verstrekken tot zekerheid voor de betaling van de definitieve overnameprijs van de aandelen van Turdus, zolang de definitieve overnameprijs niet is betaald,

5.9. bepaalt dat een dividenduitkering aan Turdus vóór de onder 5.1 bedoelde overdracht in mindering strekt op de hoogte van de te verstrekken bankgarantie als omschreven in 5.8,

5.10. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

5.11. veroordeelt VinHof en Kifkurn, onder de voorwaarde dat zij niet binnen veertien dagen na aanschrijving door Turdus volledig aan dit vonnis voldoen, in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*),

5.12. verklaart hetgeen is beslist onder 5.8, 5.9 en 5.11 van dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

5.13. wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

1. In dit kort geding wordt een aandeelhouder op vordering van zijn twee medeaandeelhouders uitgestoten. Dat kan op zich, maar het komt niet vaak voor. De voorzieningenrechter blinkt uit door zijn praktische aanpak en treedt zelfs als een soort marktmeester op. Ging hij in zijn enthousiasme te ver?

2. Castanje Vermogensbeheer BV had drie aandeelhouders: Turdus BV (41%), VinHof BV (32%) en Kifkurn BV (27%). Zij vormden samen het bestuur en de achterliggende natuurlijke personen waren binnen de onderneming werkzaam als relatie- en vermogensbeheerder. Vanaf 2017 ontstond er onenigheid over de verdere groei van Castanje. Turdus stond daarin tegenover VinHof en Kifkurn. De verdeeldheid nam gaandeweg steeds verder toe, wat zich onder meer uitte in twisten over het beleggingsbeleid en de begroting van de onderneming. De zaak escaleerde toen Turdus zich op het standpunt ging stellen dat VinHof (althans de achterliggende natuurlijke persoon) niet aan de wettelijke vakbekwaamheidseisen voldeed omdat hij voor een bepaald examen was gezakt. Een ingeschakeld adviesbureau was het niet met Turdus eens. Maar dat weerhield Turdus er niet van om het als een incident bij de AFM te melden, zij het dat die daar geen opvolging aan gaf. Turdus formuleerde vervolgens zelf een voorstel voor haar uittreden maar de aandeelhouders kwamen er niet uit. Vermoedelijk in een poging om zaken in zijn voordeel los te wrikken, begon Turdus in de loop van 2018 een enquêteprocedure maar de OK wees dat verzoek af (OK 16 oktober 2018, **«JOR» 2019/37**, m.nt. Sinninghe Damsté). De OK zag weliswaar in dat de samenwerking door de onenigheid werd bemoeilijkt, maar er was geen sprake van een impasse binnen het bestuur noch binnen de ava. Ook de beweerde ongeschiktheid van VinHof kon geen grond voor toewijzing zijn. Na deze afwijzing ontstond een pittige discussie over de kosten van het verweer bij de OK. Deze liep zó hoog op dat Turdus tegen haar medeaandeelhouders aangifte deed bij de politie van valsheid in geschrifte, oplichting en verduistering. Toen het OM daarin niet mee wilde gaan, pakte Turdus door met een art. 12 Sv-procedure, maar ook dit tevergeefs. Vanwege dezelfde discussie over de kosten van het verweer weigerde Turdus intussen om mee te werken aan de vaststelling van de jaarrekening over 2018. Aan het einde van 2019 heeft Turdus zelf haar managementovereenkomst met Castanje beëindigd en sinds januari 2020 is ze via een nieuwe onderneming actief als vermogensbeheerder in dezelfde markt. In reactie daarop hebben de twee andere aandeelhouders de relaties (klanten) die Turdus vanuit Castanje bediende, opgezegd. Turdus en haar klanten waren nadien dus geen onderdeel meer van Castanje, maar ze was er nog wel aandeelhouder en bestuurder.

3. Normaal gesproken moet dit soort gevallen voorkomen of opgelost worden door strakke afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst. Als die ontbreken, zal het geschil veelal beslecht moeten worden door het doorlopen van de wettelijke geschillenregeling, in dit geval de uitstotingsvariant van **art. 2:336 BW** e.v. Maar het bekende bezwaar is dat die procedure veel te lang duurt. Zij biedt daardoor in urgente situaties geen of onvoldoende soelaas. Daarom is onder de moedige leiding van de voorzieningenrechter in Breda al lang geleden de lijn ingezet om de uitstoting ook in kort geding te faciliteren (Vznr. Rb. Breda 13 maart 1998, **«JOR» 1998/61**, m.nt. Groffen (*De Jong/Wichers*)). Hoewel er ook kritiek is gelet op de ingrijpende gevolgen van een gedwongen overdracht (inbreuk op het eigendomsrecht), is een dergelijk bevel naar de opvatting van een ruime meerderheid in de literatuur legitiem. Daaronder bevindt zich opinieleider Bulten, recent nog in *Ondernemingsrecht in de Lage Landen*, IVOR nr. 117, 2020/5.5.2. Zij concludeert in die bijdrage zelfs, weliswaar voorzichtig maar op goed te volgen gronden, dat de OK in de enquêteprocedure hetzelfde zou moeten kunnen doen.

4. Er is sinds die eerste moedige stap in Breda toch best wat jurisprudentie over uitstoting in kort geding gemaakt. In de meeste gevallen werd de vordering evenwel afgewezen, zie bijvoorbeeld Vznr. Rb. Gelderland 31 augustus 2017, **«JOR» 2018/34**, m.nt. Holtzer. Maar in een enkel geval wordt een dergelijke vordering ook toegewezen, bijvoorbeeld Vznr. Rb. Breda 12 augustus 2009, **«JOR» 2009/281**, m.nt. Bulten (*Freber Beheer/Brandustry Holding*). Uit deze jurisprudentie komt een tamelijk consistent beoordelingskader naar voren, waarin twee elementen de boventoon voeren. Ten eerste moet sprake zijn van verwijtbaar handelen als aandeelhouder en dus niet als bijvoorbeeld bestuurder. Hierop strandde een groot deel van de gevallen uit de bedoelde jurisprudentie. In het voorontwerp voor de aanpassing van de geschillenregeling wordt voorgesteld om de zinsnede “*al dan niet in de hoedanigheid van aandeelhouder*” toe te voegen, waardoor ook misdragingen van een aandeelhouder in zijn hoedanigheid van bestuurder of concurrent aanleiding mogen zijn voor een uitstoting. Wellicht zal dit in de toekomst dus niet zo gauw meer een struikelblok zijn. Het tweede element is dat sprake moet zijn van “*uitzonderlijke omstandigheden*” wat er in feite op neerkomt dat door het handelen of nalaten van de betrokken aandeelhouder het voortbestaan van de

onderneming op het spel staat. In deze zware eis, die voor de “gewone” uitstoting niet geldt, manifesteert zich ook het spoedeisend belang van **art. 254 Rv**. Een voorbeeld is de hiervoor vermelde zaak *Freber Beheer/Brandustry Holding*, waarin een aandeelhouder weigerde om zijn aandelen over te dragen, wat echter wel een dwingende voorwaarde was voor de investering door een externe financier ter afwending van dreigende insolventie.

5. In de onderhavige uitspraak valt mij op dat weliswaar wordt overwogen dat sprake is van “uitzonderlijke omstandigheden” maar als we concreet kijken wat die omstandigheden zijn, het met de dreiging die daarvan uitgaat wel mee lijkt te vallen. In r.o. 4.6 wordt gewezen op de vastgelopen besluitvorming in de ava. Het gaat dan kennelijk concreet over de besluitvorming over de jaarrekening 2018. De voorzieningenrechter overweegt: “Dit *kan* een reële en acute bedreiging vormen voor het voortbestaan van de onderneming” (curs. SvT). Zeker is dat dus niet, er is slechts een kans op een bedreigende situatie. Daarin onderscheidt deze uitspraak zich in mijn ogen van de eerdere toewijzende jurisprudentie, waarin het voortbestaan van de onderneming daadwerkelijk, of in elk geval een stuk concreter in het geding was. Voor (enkel) een vastgelopen besluitvorming die schade toebrengt, kan men natuurlijk ook bij de OK terecht. Verder wijst de voorzieningenrechter in r.o. 4.8 op de situatie dat Turdus intussen concurrent was geworden. Dat “maakt een snelle en definitieve scheiding van partijen uitermate urgent”. Ook hierin herken ik niet onmiddellijk een bedreiging van het voortbestaan van de onderneming (vgl. Rb. Gelderland 31 augustus 2017, «JOR» 2018/34, m.nt. Holtzer). Een wenselijke situatie is het uiteraard niet, maar de concurrentie is kennelijk niet onrechtmatig (zie r.o. 4.16) en als er al dreiging uitgaat van Turdus’ betrokkenheid bij Castanje, zal dat zijn in haar rol als *bestuurder* en die zorg wordt geadresseerd door haar als bestuurder te schorsen (zie hierna).

6. De voorzieningenrechter tilde in dit geval dus kennelijk niet zo zwaar aan de hiervoor bedoelde “zware eis” voor uitstoting in kort geding. De verklaring hiervoor vinden we waarschijnlijk in r.o. 4.8, waaruit blijkt dat de voorzieningenrechter mee liet wegen dat Turdus reeds een uittreedingsprocedure was begonnen met als inzet dat haar medeaandeelhouders haar aandelen zouden overnemen. De voorzieningenrechter moet daarin de concrete aanleiding hebben gezien het conflict tussen partijen te beslechten door deze overdracht met een niet al te strenge beoordeling te versnellen.

7. De voorshandse overnameprijs van € 1 kwam al eerder voor in de uitstotingsjurisprudentie in kort geding, bijvoorbeeld toewijzend Rb. Breda 23 november 2011, «JOR» **2012/37**, m.nt. Bulten en afwijzend Rb. Midden-Nederland 23 juli 2014, **ECLI:NL:RBMNE:2014:4056**. Een voorshandse overnameprijs van € 1 is op zichzelf niet vreemd omdat het meestal gaat over aandelen in een vennootschap wier continuïteit ernstig in gevaar is. Het is een voorshandse prijs omdat een eventuele correctie kan volgen als in een onherroepelijk vonnis een definitieve overnameprijs is vastgesteld (of door partijen is overeengekomen). Mogelijk doelt de voorzieningenrechter in dit geval op de reeds aanhangige uittreedingsprocedure. Die zouden partijen kunnen transformeren in een art. 343c-procedure zodat het enkel nog over de prijs gaat. Ook de bankgarantie als pendant voor de voorshandse overnameprijs van € 1 is al vaker gezien, zie *Freber Beheer/Brandustry Holding*. De voorzieningenrechter neemt bij de bepaling van het bedrag van de bankgarantie terecht een afschot ter grootte van Turdus’ cliëntenportefeuille. Die nam zij immers mee. Voorts krijgt Turdus de dringende suggestie mee om alsnog mee te werken aan de vaststelling van de jaarrekening 2018. Dan heeft Turdus alvast haar dividend, hoeven de twee andere aandeelhouders voor dat deel geen bankgarantie te stellen en is de jaarrekening alsnog vastgesteld. Drie vliegen in één (praktische) klap, moet de voorzieningenrechter hebben gedacht.

8. Na de cesuur op aandeelhoudersniveau pakt de voorzieningenrechter door op het niveau van het bestuur. Ook daar moeten partijen uiteen en daarom gaat hij over tot schorsing van Turdus als bestuurder. De voorzieningenrechter kan bestuurders schorsen bij wijze van ordemaatregel. Hij kan daarbij bogen op het wettelijk kader van **art. 2:8 BW** en meer bijzonder **art. 2:244 lid 1 BW**. De voorzieningenrechter wijst in dit geval opnieuw naar de betrokkenheid van Turdus bij de concurrerende onderneming en laat tegen die achtergrond de belangen van Castanje zwaarder wegen dan die van Turdus om bestuurder te blijven. Een vergelijkbare casus deed zich voor in Vzng. Rb. Rotterdam 16 januari 2013, «JOR» **2013/98**, m.nt. Verburg.

9. Na dit wassen en knippen van Turdus resteerde de vraag of de voorzieningenrechter ook nog de föhn ter hand zou nemen in de vorm van het gevorderde concurrentieverbod. Dat was in zijn optiek echter niet nodig. Turdus was nu gescheiden van Castanje en de twee andere aandeelhouders en vanaf daar gaat ieder zijn eigen weg. Hier laat de voorzieningenrechter zich als ware marktmeester gelden; eerst de juiste omstandigheden scheppen en het dan aan de

markt overlaten. Aldus werd een langslpend conflict in een flits beslecht. Ik begreep dat Turdus in dit vonnis heeft berust.

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