

University of Groningen

**Wenk bij: ECLI:NL:GHAMS:2020:2522**

Veenstra, Frank

*Published in:*  
Rechtspraak Ondernemingsrecht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
Veenstra, F. (2021). Wenk bij: ECLI:NL:GHAMS:2020:2522. RO 2021/20. Case note on: Hof Amsterdam (ondernemingskamer), 25/09/2020, 200.280.503/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2020:2522 *Rechtspraak Ondernemingsrecht*, 2021(3), 245-246.

#### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

operationele adviesdiensten, voor zover deze besluiten niet nietig zijn;

bepaalt voorts nog voor de duur van twee jaar dat in afwijking van artikel 22 lid 1 van de statuten van Monitor Management B.V. algemene vergaderingen kunnen plaatsvinden via een audiovisuele verbinding;

verklaart deze beschikking in zoverre uitvoerbaar bij voorraad;

stelt partijen in de gelegenheid om zich uiterlijk op 23 december 2020 te 14:00 uur schriftelijk uit te laten over de in r.o. 3.22 genoemde mogelijkheid van een voorziening bestaande uit de ontbinding van Monitor Management en stelt partijen in de gelegenheid om uiterlijk op 13 januari 2021 te 14:00 uur schriftelijk te reageren op de uitlatingen van de overige partijen;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze beschikking is gegeven door mr. G.C. Makkink, voorzitter, mr. C.C. Meijer en mr. H.J. Vetter, raadsheren, en prof. dr. M.N. Hoogendoorn RA en drs. G. van Vollenhoven-Eikelenboom AG, raden, in tegenwoordigheid van mr. F.L.A. Straathof, griffier, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 2 december 2020.

## RO 2021/20

### HOF AMSTERDAM

25 september 2020, nr. 200.280.503/01 OK  
(Mrs. A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, H.J. Vetter)

Art. 2:346 BW; art. 27 Fw

ECLI:NL:GHAMS:2020:2522

#### Enquêterecht.

**Kunnen verweersters ten aanzien van de gefailleerde verzoeker van de instantie worden ontslagen? Zijn de andere verzoekers aan te merken als aandeelhouder respectievelijk certificaathouder in de zin van art. 2:346 lid 1, onder b BW?**

*Aandeelhouders van Exodus zijn Unius Holding BV (hierna: Unius) (82,4%), Koffeman (10%), Kapitein (3,3%), Hilgenga (1%) en Kleefman (3,3%). Hilgenga is (indirect) enig bestuurder van Exodus. Exodus is 100%-aandeelhouder en enig bestuurder van SeaVsat. Stak is 100%-aandeelhouder en enig bestuurder van Unius. De Boer houdt de door Stak uitgegeven certificaten van aandelen in Unius en is enig bestuurder van Stak. Unius, De Boer en Stak hebben de OK op 9 juli 2020 verzocht een onderzoek te gelasten en onmiddellijke voorzieningen te treffen bij Exodus en SeaVsat. Bij vonnis van de Rb. Overijssel van 15 juli 2020 is Unius in staat van faillissement verklaard. Op 12 augustus 2020 hebben Exodus en*

*SeaVsat verzocht het geding op de voet van art. 27 Fw te schorsen om hen de gelegenheid te geven de curator tot overneming van het geding op te roepen. Exodus en SeaVsat hebben de OK in hun verweerschrift van 13 augustus 2020 verzocht Unius c.s. niet ontvankelijk te verklaren dan wel het verzoek af te wijzen. Op 20 augustus 2020 heeft de curator meegedeeld het geding niet te zullen overnemen. Op 21 augustus 2020 hebben Exodus en SeaVsat de OK op de voet van artikel 27 lid 2 Fw verzocht hen ter zake van het verzoek van Unius ontslag van de instantie te verlenen. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft bij arrest van 3 september 2020 het vonnis van de Rb. Overijssel van 15 juli 2020 bekrachtigd.*

*OK: Als uitgangspunt voor de beoordeling heeft te gelden dat Unius in staat van faillissement is verklaard. De curator heeft meegedeeld het geding niet over te zullen nemen. Op grond van artikel 27 lid 2 Fw hebben Exodus en SeaVsat dan het recht ontslag van de instantie te vragen. Dit verzoek wordt ingewilligd, nu voortzetting van de enquêteprocedure, ook buiten bezwaar van de boedel, voor Exodus en SeaVsat onnodig belastend zal zijn en niet is gebleken dat Unius in staat zal zijn aan een eventuele proceskostenveroordeling jegens Exodus en SeaVsat te voldoen.*

*Niet in geschil is dat aan De Boer en Stak als certificaathouder respectievelijk aandeelhouder van Unius op grond van het bepaalde in artikel 2:346 BW niet de bevoegdheid toekomt een verzoek in te dienen tot het instellen van een onderzoek bij Exodus en/of SeaVsat. De vraag is dan ook of De Boer en Stak als verschaffer van risicodragend kapitaal een eigen economisch belang hebben in Exodus en/of SeaVsat dat in zoverre op een lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder als bedoeld in artikel 2:346 lid 1 aanhef en onder b BW. De OK beantwoordt die vraag ontkennend. Daarbij is met name van belang dat Unius niet uitsluitend ten behoeve van De Boer en Stak de aandelen in Exodus beheert, maar dat zij daarnaast ook zelf nog (ondernemings)activiteiten verricht. De OK ontslaat Exodus en SeaVsat ter zake van het verzoek van Unius van de instantie en verklaart De Boer en Stak niet ontvankelijk in hun verzoek.*

#### Zie ook:

- HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1527;
- HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833, RO 2013/37 (Chinese Workers);
- HR 7 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5197;
- Hof Amsterdam (OK) 25 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2522, JOR 2021/36, m.nt. Ph.W. Schreurs;
- Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1327, JOR 2016/192, m.nt. A.C.A.D. Bakker (Flextra Facilitair BV c.s.);

- Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3275, ARO 2013/165 (*Global Green BV*);
- Hof Amsterdam (OK) 22 december 2011, 200.074.833 OK, ARO 2012/11 (*P. Theunissen Holding BV*);
- Hof Amsterdam (OK) 29 september 2011, 200.086.183 OK (*Bouwwak Nederland BV c.s.*);
- Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4821, ARO 2011/99 (*Bouwwak Nederland BV c.s.*);
- *SDU Commentaar Insolventierecht*, art. 27 Fw;
- *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, art. 27 Fw.

#### Wenk:

De onderhavige procedure is de derde enquêteprocedure waarin (een van de) verzoeker(s) hangende de procedure failliet is verklaard en de curator in het faillissement van verzoeker op de voet van art. 2:27 Fw tot overneming van de procedure is opgeroepen. Zie voor eerdere procedures: OK 21 juni 2011 (*Bouwwak Nederland BV c.s.*) en OK 30 maart 2016 (*Flextra Facilitair BV c.s.*). In de procedure inzake *Bouwwak Nederland BV c.s.* hebben verzoekers, nadat de curator in het faillissement van een van de verzoekers te kennen heeft gegeven het geding niet over te nemen, hun enquêteverzoek ingetrokken; OK 29 september 2011 (*Bouwwak Nederland BV c.s.*).

De OK heeft in de beschikking inzake *Bouwwak Nederland BV c.s.* geoordeeld dat art. 27 Fw van overeenkomstige toepassing is in de enquêteprocedure; zie OK 21 juni 2011, r.o. 2.2. De redenering van de OK houdt in (i) dat de vennootschap(pen) waarop het enquêteverzoek betrekking heeft er met het oog op de mogelijkheden van verhaal in geval van een proceskostenveroordeling belang bij hebben te weten of de enquêteprocedure al dan niet wordt voortgezet ten laste van de boedel van de verzoeker die hangende de procedure failliet is verklaard en (ii) dat de bevoegdheid om een onderzoek te verzoeken moet worden aangemerkt als een daad van beheer ten aanzien waarvan de curator in het faillissement van de verzoeker die failliet is verklaard, exclusief bevoegd is. Vermeldenswaard is voorts dat hoewel in art. 27 lid 1 Fw met zoveel woorden is bepaald dat verweerder – in de enquêteprocedure: de vennootschap(pen) bij wie om een onderzoek is gevraagd en/of andere belanghebbenden – de curator tot overneming van het geding dient op te roepen, de OK in de procedure inzake *Flextra Facilitair BV c.s.* zelf (ambtshalve) de curator tot overneming van de procedure heeft opgeroepen. Dit initiatief

van de OK verwondert niet. Uit de jurisprudentie blijkt dat zij ook in ander opzicht met enige regelmaat de regie van partijen overneemt. Illustratief zijn de procedures waarin zij zelf (ambtshalve) de vraag aan partijen voorlegt of zij kunnen instemmen met de beëindiging van de enquêteprocedure – bijvoorbeeld wegens het uitblijven van (voldoende) zekerstelling voor de kosten van het onderzoek – en, nadat zij niets van partijen heeft vernomen, de procedure daadwerkelijk beëindigt; zie onder meer OK 22 december 2011 (*P. Theunissen Holding BV*) en OK 10 oktober 2013 (*Global Green BV*).

De curator in het faillissement van verzoeker behoeft de machtiging van de rechter-commissaris om de enquêteprocedure te kunnen overnemen (art. 68 Fw). Neemt de curator de procedure over, dan wordt de gefailleerde verzoeker van rechtswege buiten het geding gesteld: de gefailleerde verzoeker is derhalve geen partij meer in de procedure. De curator wordt partij in de procedure en de procedure wordt voortgezet voor rekening van de boedel. Wordt de curator door de OK in de proceskosten veroordeeld, dan vormen deze een (concurrerende) boedelschuld; *T&C Insolventierecht*, art. 27 Fw, aant. 2, onder d. Neemt curator de procedure niet over, dan blijft de gefailleerde verzoeker partij in de procedure. Omdat een eventuele veroordeling van de gefailleerde verzoeker in de proceskosten niet voor rekening van de boedel komt – de procedure wordt “buiten bezwaar van de boedel” voortgezet –, kan verweerder de OK verzoeken hem (verweerder) ten aanzien van de gefailleerde verzoeker ontslag van de instantie te verlenen. Uit constante jurisprudentie van de HR volgt dat art. 27 lid 2 Fw niet dwingt tot toewijzing van het verzoek tot verlening van ontslag van de instantie. De rechter mag dit verzoek derhalve afwijzen. De rechter dient bij de beoordeling van dit verzoek het belang van verweerder die vreest dat bij voortzetting van de procedure een eventuele proceskostenveroordeling niet op de verzoeker kan worden verhaald, af te wegen tegen het belang van de gefailleerde verzoeker bij het verkrijgen van een beslissing in het materiële geschil; HR 7 september 2007, r.o. 3.2; HR 4 oktober 2019, r.o. 3.2.1–3.2.2. Uit het laatste arrest blijkt voorts dat indien door de gefailleerde verzoeker of een ander zekerheid is gesteld voor de proceskosten, in beginsel geen plaats is voor ontslag van instantie; HR 4 oktober 2019, r.o. 3.4.1.

De OK heeft Exodus en SeaVsat ten aanzien van Unius ontslag van de instantie verleend. De OK heeft in dit verband overwogen dat niet is gebleken dat Unius in staat zal zijn

aan een eventuele proceskostenveroordeling jegens Exodus en SeaVsat te voldoen. Onduidelijk is wat in dit verband de betekenis is van de overweging dat “voortzetting van de enquêteprocedure, ook buiten bezwaar van de boedel, voor Exodus en SeaVsat onnodig belastend zal zijn”, nu dit een zelfstandig argument lijkt te vormen voor de toewijzing van het verzoek tot ontslag van de instantie (rechtsoverweging 3.5). Zie hierover ook Schreurs (*JOR* 2021/36, onder 5). Ter vergelijking: ook in de beschikking inzake *Flextra Facilitair BV c.s.* is verweersters ontslag van instantie verleend ten aanzien van de gefailleerde verzoeker. De OK heeft overwogen dat de gefailleerde verzoeker geen (toereikende) zekerheid heeft aangeboden voor de voldoening van de proceskosten en dat het door verzoeker gestelde belang bij voortzetting van de procedure niet opweegt tegen het belang van verweersters bij het vermijden van onverhaalbare kosten; OK 30 maart 2016, r.o. 2.4 (*Flextra Facilitair BV c.s.*). De beide beschikkingen doen de vraag rijzen of in de enquêteprocedure een andere uitkomst van de belangenafweging door de OK denkbaar is. Aanleiding voor deze vraag vormt mede de volgende overweging van de OK: “Gelet op het bepaalde in artikel 27 lid 2 Faillissementswet en in aanmerking genomen dat voor het overige geen feiten en/of omstandigheden zijn gesteld of gebleken op grond waarvan geoordeeld zou moeten worden dat het gevraagde ontslag van instantie dient te worden geweigerd (mijn cursivering, FV), zullen verweersters 1 tot en met 9 ontslagen worden van deze instantie.”; OK 30 maart 2016, r.o. 2.5 (*Flextra Facilitair BV c.s.*). Hoe bijvoorbeeld te denken over het geval dat de enig bestuurder, tevens meerderheidsaandeelhouder, door het verrichten van tegenstrijdig belangtransacties de vennootschap ernstige schade heeft berokkend, dat de minderheidsaandeelhouder, die heeft verzocht om een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen, hangende de procedure failliet wordt verklaard en dat de curator niet bereid is de procedure over te nemen? Bedacht dient te worden dat in de enquêteprocedure het belang van de vennootschap waarbij een onderzoek is gelast, voorop staat. Ik acht het om deze reden denkbaar dat de OK het verzoek van de vennootschap (in deze vertegenwoordigd door de enig bestuurder) tot ontslag van de instantie ten aanzien van de gefailleerde verzoeker afwijst en bepaalt dat deze verzoeker de procedure, buiten bezwaar van de boedel, kan voortzetten, overwegende dat het belang van de vennootschap (en de met haar verbonden onderneming) bij haar eigen gezonde voortbestaan dient te prevaleren boven haar belang bij het vermijden van onverhaalbare kosten. Zie in soortgelijke

zin, maar dan over een *deadlock*-situatie: Bakker in zijn noot in *JOR* 2016/192, onder 14.

De OK heeft Stak en De Boer niet ontvankelijk verklaard in hun verzoek tot het instellen van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen bij Exodus en SeaVsat omdat zij geen eigen economisch belang hebben in Exodus en/of SeaVsat dat in zoverre op een lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder als bedoeld in artikel 2:346 lid 1 aanhef en onder b BW. De OK heeft met name van belang geacht dat Unius niet uitsluitend ten behoeve van Stak en De Boer de aandelen in Exodus beheert, maar dat zij daarnaast ook zelf nog (ondernemings)activiteiten verricht (rechtsoverweging 3.8). Dit oordeel is in overeenstemming met de beschikking van de HR inzake *Chinese Workers*; HR 29 maart 2013, r.o. 3.3.-3.6 (*Chinese Workers*). Zie over deze beslissing uitgebreider de noot van Schreurs in *JOR* 2021/36 (onder 6). Zie over HR *Chinese Workers* uitgebreider de wenk in *RO* 2013/37.

F. Veenstra

#### Beschikking inzake

1. Unius Holding B.V., te Kampen,
2. Stichting Administratiekantoor Unius Holsing, te Urk,
3. [A],  
verzoekers, advocaat: mr. A.R. de Vlieger, te Hilversum,  
tegen
1. Exodus Holding B.V.,  
2. SeaVsat B.V., te Urk,  
verweersters, advocaat: mr. A. Arslan, te Zwolle,  
en tegen
1. [B],  
2. [C],  
3. [D],  
4. [E],  
belanghebbenden, niet bij advocaat verschenen.

#### Ondernemingskamer:

##### 1 Het verloop van het geding

1.1 In het vervolg zullen verzoekers afzonderlijk worden aangeduid met Unius, Stak en [A] en gezamenlijk met Unius c.s. Verweersters zullen worden aangeduid met Exodus en SeaVsat. Belanghebbenden zullen ieder afzonderlijk worden aangeduid met [B], [C], [D] en [E].

1.2 Unius c.s. hebben bij op 9 juli 2020 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van

Exodus en SeaVsat over de periode vanaf 4 december 2018. Daarbij hebben zij tevens verzocht - zakelijk weergegeven - bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding een derde persoon te benoemen tot bestuurder van Exodus en SeaVsat met doorlaggevende stem, het stemrecht op de aandelen in Exodus te schorsen, dan wel een andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer noodzakelijk acht, alsmede om SeaVsat te veroordelen in de kosten van het geding.

1.3 Bij vonnis van de rechtbank Overijssel van 15 juli 2020 is Unius in staat van faillissement verklaard met aanstelling van mr. C.W. Timmer als curator (hierna: de curator).

1.4 Bij e-mail van 12 augustus 2020 hebben Exodus en SeaVsat verzocht het geding op de voet van artikel 27 Fw te schorsen om hen de gelegenheid te geven de curator tot overneming van het geding op te roepen.

1.5 Exodus en SeaVsat hebben bij op 13 augustus 2020 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht Unius c.s. niet-ontvankelijk te verklaren dan wel het verzoek af te wijzen en Unius c.s. te veroordelen in de kosten van het geding, uitvoerbaar bij voorraad.

1.6 Bij e-mail van 20 augustus 2020 hebben Unius c.s. op het verzoek tot niet-ontvankelijkverklaring gereageerd.

1.7 Eveneens op 20 augustus 2020 heeft de curator meegedeeld het geding niet te zullen overnemen.

1.8 Bij e-mail van 21 augustus 2020 hebben Exodus en SeaVsat op de voet van artikel 27 lid 2 Fw verzocht ter zake van het verzoek van Unius ontslag van de instantie te verlenen.

1.9 Bij e-mail van 24 augustus 2020 hebben Unius c.s. op het verzoek ontslag van de instantie te verlenen gereageerd.

1.10 Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 27 augustus 2020. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van - aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde - aantekeningen en onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartij gezonden nadere productie(s). Partijen en hun advocaten, alsmede de curator, bijgestaan door mr. A.J. Tekstra, advocaat te Amsterdam, hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

1.11 Bij e-mail van 7 september 2020 heeft mr. De Vlieger aan de Ondernemingskamer een afschrift gestuurd van het arrest van het gerechtshof Arnhem Leeuwarden van 3 september 2020 waarbij het door Unius ingestelde hoger beroep tegen haar faillietverklaring is af-

gewezen en het vonnis van de rechtbank Overijssel van 15 juli 2020 is bekrachtigd.

## 2 De feiten

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Exodus is op 26 februari 2019 opgericht. De aandelen in het geplaatste kapitaal van Exodus worden gehouden door Unius (82,4%), [B] (10%) [C] (3,3%) [D] (1%) en [E] (3,3%). [D] is (indirect) enig bestuurder van Exodus. Exodus houdt alle aandelen in SeaVsat en is haar enig bestuurder.

2.2 Stak houdt alle aandelen in Unius en is haar enig bestuurder. [A] houdt de door Stak uitgegeven certificaten van aandelen in Unius en is enig bestuurder van Stak.

2.3 SeaVsat drijft een onderneming die zich bezig houdt met het leveren van (apparatuur voor) *airtime* en telefonie op maritiem gebied.

## 3 De gronden van de beslissing

3.1 Unius c.s. hebben aan het verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Exodus en SeaVsat en dat gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen.

3.2 Exodus en SeaVsat en hebben daartegenover als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat (i) Unius in staat van faillissement is verklaard en de curator het geding niet wenst over te nemen, zodat ter zake van het door Unius gedane verzoek ontslag van instantie moet worden verleend en dat (ii) [A] en Stak in hun verzoek niet-ontvankelijk zijn omdat zij als certificaathouder respectievelijk aandeelhouder van Unius niet bevoegd zijn een enquête bij Exodus of SeaVsat te verzoeken, aangezien zij niet voldoen aan de in artikel 2:346 BW gestelde eisen en hun economisch belang bij die vennootschappen daarmee ook niet gelijk gesteld kan worden.

3.3 Unius c.s. hebben daarop aangevoerd dat het faillissement van Unius nog niet definitief is en dat de enquêteprocedure buiten bezwaar van de boedel kan worden voortgezet. Ten aanzien van de verzoeken van [A] en Stak betogen zij dat hun eigen economische belangen in Exodus en SeaVsat meebrengen dat zij voor de toepassing van artikel 2:346 lid 1, aanhef en onder b BW gelijkgesteld dienen te worden met aandeelhouders of certificaathouders.

3.4 De Ondernemingskamer ziet aanleiding deze verweren eerst te bespreken.

### Ontslag van instantie

3.5 Unius is op 15 juli 2020 door de rechtbank in staat van faillissement verklaard. Bij arrest van 3 september 2020 heeft het gerechtshof die beslissing bekrachtigd. Bij deze

stand van zaken geldt als uitgangspunt voor de beoordeling dat Unius in staat van faillissement is verklaard. De curator heeft meegeëdeeld het geding niet over te zullen nemen. Op grond van artikel 27 lid 2 Fw hebben Exodus en SeaVsat dan het recht ontslag van de instantie te vragen. De Ondernemingskamer zal dat verzoek inwilligen, nu voortzetting van de enquêteprocedure, ook buiten bezwaar van de boedel, voor Exodus en SeaVsat onnodig belastend zal zijn en niet is gebleken dat Unius in staat zal zijn aan een eventuele proceskostenveroordeling jegens Exodus en SeaVsat te voldoen.

#### Ontvankelijkheid

3.6 In zijn arrest van 29 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY7833) (Chinese Workers) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend en dat de daartoe strekkende opsomming in art. 2:346 BW limitatief is. Volgens vaste rechtspraak brengt de strekking van het enquêterecht echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346, lid 1, aanhef en onder b BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders.

3.7 Niet in geschil is dat aan [A] en Stak als certificaathouder respectievelijk aandeelhouder van Unius op grond van het bepaalde in artikel 2:346 BW niet de bevoegdheid toekomt een verzoek in te dienen tot het instellen van een enquête bij Exodus en/of SeaVsat. De vraag is dan ook of [A] en Stak, als verschaffer van risicodragend kapitaal een eigen economisch belang hebben in Exodus en/of SeaVsat dat in zoverre op een lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder als bedoeld in artikel 2:346 lid 1, aanhef en onder b BW.

3.8 De Ondernemingskamer beantwoordt die vraag ontkennend. Daarbij is met name van belang dat Unius niet uitsluitend ten behoeve van Stak en [A] de aandelen in Exodus beheert, maar dat zij daarnaast ook zelf nog (ondernemings-)activiteiten verricht. Zo is Unius tevens economisch eigenaar van het (voormalig) kantoorpand van SeaVsat en de woning van [A], heeft zij uit dien hoofde nog een aanzienlijke hypothecair gedekte schuld aan Rabobank en bestaat tussen SeaVsat en Unius een rekening-courant verhouding op grond waarvan Unius blijkens het arrest van 3 september 2020 tenminste nog € 400.000 aan SeaVsat verschuldigd is. Unius heeft daarmee een eigen

economisch belang bij haar aandeelhouderchap; dit geldt temeer nu zij in staat van faillissement is verklaard en de curator de failliete boedel dient te beheren en te vereffenen. Onder die omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat het economisch belang van [A] en Stak als verschaffers van risicodragend kapitaal, in dit geval op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder in Exodus (en SeaVsat).

3.9 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat [A] en Stak voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b BW niet gelijkgesteld kunnen worden met aandeelhouders of certificaathouders van Exodus en SeaVsat, zodat aan hen geen bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête bij die vennootschappen toekomt.

#### Conclusie

3.10 De Ondernemingskamer komt bij deze stand van zaken niet aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek toe. Zij zal gelet op hetgeen hiervoor is overwogen Exodus en SeaVsat ter zake van het verzoek van Unius ontslaan van de instantie. De Ondernemingskamer ziet aanleiding de kosten van het geding in zoverre te compenseren zoals hierna te vermelden. De Ondernemingskamer zal [A] en Stak in hun verzoeken niet-ontvankelijk verklaren en [A] en Stak als de in het ongelijk gestelde partijen veroordelen in de kosten van het geding, met nakosten en rente.

#### 4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

ontslaat Exodus Holding B.V. en SeaVsat B.V. ter zake van het verzoek van Unius Holding B.V. van de instantie;

verklaart [A] en Stichting Administratiekantoor Unius Holding niet-ontvankelijk in hun verzoek;

compenseert de kosten van het geding tussen Exodus Holding B.V. en SeaVsat B.V. enerzijds en Unius Holding B.V. anderzijds aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

veroordeelt [A] en Stichting Administratiekantoor Unius Holding in de kosten van het geding, aan de zijde van Exodus Holding B.V. en SeaVsat B.V. begroot op € 760 aan verschotten en € 3.222 voor salaris en op € 157 voor nasalaris, te vermeerderen met € 82 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot in geval betekening van deze beschikking plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na deze beschikking dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. A.J. Wolfs en mr. H.J. Vetter, raadsheren, en mr. drs. G. Boon RA en drs. V.G. Moolenaar, raden, in tegenwoordigheid van mr. S.M. Govers, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 25 september 2020.

## RO 2021/21

### HOF AMSTERDAM

15 september 2020, nr. 200.247.724/01

(Mrs. A.L.M. Keirse, J.M. de Jongh, M. Kremer)

Art. 1:88 BW

ECLI:NL:GHAMS:2020:2609

#### Toestemming echtgenoot.

#### Is de geldleningovereenkomst, waarbij in aanvulling op het reguliere bankkrediet additioneel krediet werd verleend, aangegaan in de normale uitoefening van het bedrijf?

Geïntimeerde (X) is (middellijk) enig bestuurder van de vennootschap. De vennootschap beschikt over een regulier krediet bij de Rabobank van € 1,2 miljoen op basis van een kredietovereenkomst die in april 2015 werd gesloten in het kader van de herfinanciering van een bestaand krediet. In mei 2015 wendt X zich namens de vennootschap tot Funding Circle voor een aanvullende financiering. Funding Circle verstrekt door middel van crowdfunding namens diverse investeerders een krediet van € 100.000 tegen een rentepercentage van 7,62% en een provisie van € 4.000. Tot zekerheid van de nakoming van de geldleenovereenkomst door de vennootschap met Funding Circle heeft X zich borg gesteld. De borgtocht is niet door de echtgenote van X meegetekend. In december 2016 wordt de vennootschap failliet verklaard. Funding Circle spreekt X aan op zijn verplichtingen uit hoofde van de borgstelling maar de echtgenote van X stuurt een brief waarin zij de borgstelling vernietigt. Funding Circle stapt naar de rechtbank en vordert dat X wordt veroordeeld om aan haar uit hoofde van de borgstelling een bedrag van ruim € 50.000 te voldoen. De rechtbank wijst de vordering af. Funding Circle gaat in hoger beroep.

Hof: Ingevolge artikel 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW behoefde X de toestemming van zijn echtgenote voor een overeenkomst die ertoe strekt dat hij zich, anders dan in de normale uitoefening van zijn bedrijf, als borg voor de vennootschap sterk maakt. Het toestemmingsvereiste geldt niet indien de rechtshandeling wordt verricht door een bestuurder van een NV of BV die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap, zo be-

paalt artikel 1:88 lid 5 BW. De vraag ligt voor of sprake is geweest van een rechtshandeling in het kader van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap.

Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever het beginsel van de gezinsbescherming in het kader van de in artikel 1:88 BW geregelde materie belangrijk geacht. Artikel 1:88 lid 5 BW behelst weliswaar een uitzondering op de hoofdregel van lid 1, doch met de woorden 'mits zij geschiedt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap' is een wezenlijke beperking van de reikwijdte van lid 5 beoogd. Beslissend is of de rechtshandeling waarvoor de zekerheid wordt verstrekt zelf behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht (recentelijk HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:483).

Uit e-mailcorrespondentie blijkt dat de vennootschap dringend behoefte had aan aanvullende liquiditeiten en dat zij eerder betalingsonmacht bij de Belastingdienst had gemeld. Slechts enkele weken nadat de vennootschap onder acute liquiditeitsproblemen haar krediet bij Rabobank had verhoogd, bleek een nieuw krediet noodzakelijk. Van belang is dat belangrijke kredietvoorwaarden van Funding Circle zoals het rentepercentage en de provisie voor de vennootschap nadeliger waren dan bij Rabobank het geval zou zijn geweest, terwijl ook de vorm van de financiering (crowdfunding) en het feit dat geen diepgaand onderzoek wordt verricht naar de financiële positie van de aanvrager van het krediet als bijzondere kenmerken – in vergelijking met een regulier bankkrediet – als nadeliger zijn aan te merken. Onder deze omstandigheden kan op basis van hetgeen Funding Circle heeft gesteld niet worden geoordeeld dat de geldleenovereenkomst door de vennootschap is aangegaan in de normale uitoefening van haar bedrijf. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vorderingen van Funding Circle af.

#### Zie ook:

- HR 20 maart 2020, RO 2020/32;
- HR 13 juli 2018, JOR 2018/263 m.nt. Bergervoet (Acca Accountants);
- HR 18 december 2015, RO 2016/14 (The Hilt);
- HR 8 juli 2005, NJ 2006/96, JOR 2005/233 m.nt. Verdaas (Rabobank/Van Hees);
- HR 14 april 2000, NJ 2000/689 m.nt. WMK, JOR 2000/113 (Soetelieve/Stienstra);
- H.E. Boschma, 'De bestuurder-aandeelhouder en de (gezins-)beschermende bepalingen van art. 1:88 BW en art. 7:857 BW', in: W. van Veen & A. Verdam (red.), JB: Opstellen aangeboden aan prof. Mr. Jan Bernd Huizink (ZIFO-reeks nr. 29), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 4.5.2.