

University of Groningen

Wenk bij: ECLI:NL:GHAMS:2020:3273

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:2020:3273. RO 2021/12. Casenote over: Hof Amsterdam (ondernemingskamer), 05/11/2020, 200.284.740/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2020:3273 *Rechtspraak Ondernemingsrecht*, 2021(2), 156-159.

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.

middels is verjaard, zoals [B] heeft aangevoerd. Weliswaar heeft [A] gesteld dat zij namens [C] op enig moment [betrokkene 1] heeft aangevraagd, maar op grond van de uitlatingen van partijen ter zitting gaat de Ondernemingskamer er vooralsnog vanuit dat na 1 oktober 2014 de vordering van [C] op [betrokkene 1] niet is gestuit en dat deze inmiddels is verjaard op grond van artikel art. 3:308 BW. Teneinde daarover duidelijkheid te verkrijgen stelt de Ondernemingskamer partijen in de gelegenheid om zich bij akte uit te laten over de vraag of de verjaring van de vordering is gestuit.

3.10 Tijdens de zitting van 23 juni 2020 is tevens aan de orde gekomen of [C] nog enige aanspraak kan maken op het bedrag van € 38.000 dat bij de levering van de bedrijfsruimte aan de gemeente in depot is gesteld met het oog de saneringskosten. Omdat toen slechts bleek dat [betrokkene 3] daarover telefonisch contact met de gemeente had gehad, waarbij de gemeente zou hebben gezegd dat het gehele depotbedrag aan saneringskosten is besteed, stelt de Ondernemingskamer partijen in de gelegenheid om zich bij akte nader uit te laten over de vraag of [C] nog enige aanspraak kan maken op het depotbedrag.

Slotsum

3.11 De slotsom is dat de Ondernemingskamer in afwachting van bewijslevering door [B] en de uitlating door partijen, iedere verdere beslissing zal aanhouden.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

laat [B] toe tot het bewijs van haar stellingen met betrekking tot de toestandkoming van de overeenkomst tussen [C] en [betrokkene 1] over de gebruiksvergoeding, met het oog op de beantwoording van de vraag of zij in redelijkheid als bestuurder van [C] kon weigeren mee te werken aan het incasseren van de gebruiksvergoeding;

beveelt dat, indien [B] getuigen wil doen horen, een getuigenverhoor zal plaatshebben voor mr. A.W.H. Vink, daartoe tot raadsheer-commissaris aangewezen, in het Paleis van Justitie, IJdok 20 te Amsterdam op een nader te bepalen dag en uur;

bepaalt dat de advocaat van [B] uiterlijk op 22 december 2020 de verhinderdata van partijen, hun advocaten en de door [B] voor te brengen getuigen in de periode van januari 2021 tot en met maart 2021 aan de Ondernemingskamer dient op te geven;

verwijst de zaak naar de rol van 22 december 2020 voor uitlating van partijen als bedoeld in r.o. 3.9 en 3.10;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gegeven door mr. G.C. Makkink, voorzitter, mr. A.W.H. Vink en mr. A.J. Wolfs,

raadsheren, drs. J.S.T. Tiemstra RA en prof. dr. A.J.C.C.M. Loonen, raden, in tegenwoordigheid van mr. S.M. Govers, griffier, en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 10 november 2020.

RO 2021/12

HOF AMSTERDAM

5 november 2020, nr. 200.284.740/01 OK

(Mrs. A.W.H. Vink, C.C. Meijer, M.P. Nieuwe Weme)

Art. 2:346, 2:239a BW

ECLI:NL:GHAMS:2020:3273

Enquêterecht.

Kunnen (uitvoerende) bestuurders die zijn geschorst namens de rechtspersoon een enquêteverzoek indienen? Welke rol heeft de niet-uitvoerende bestuurder binnen de rechtspersoon?

Het aandelenkapitaal van L2Fiber bestaat uit aandelen A en aandelen B. Pendragon houdt de aandelen A (80% van het geplaatste kapitaal uitmakend) en L2Fiber Holding de aandelen B (20% van het geplaatste kapitaal uitmakend). Highland is enig aandeelhouder van Pendragon. Waugh is bestuurder van Pendragon. Laidlaw is ultimate beneficial owner van Highland. Kuiper Holding en Hoven Holding houden tezamen 80% van de aandelen in en vormen het bestuur van L2Fiber Holding.

L2Fiber heeft een monistisch bestuur. Kuiper Holding en Hoven Holding zijn uitvoerende bestuurders en gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd. Kazem, Waugh en Laidlaw zijn vanaf 12 augustus 2020 niet-uitvoerende bestuurders.

Het bestuur van L2Fiber heeft op 31 augustus 2020 in verband met de preciaire financiële positie bij meerderheid besloten het proces van verkoop van de activa van de vennootschap in gang te zetten. Omdat de beide uitvoerende bestuurders stelselmatig hebben geweigerd mee te werken aan het verkoopproces, zijn zij op 16 oktober 2020 door het bestuur geschorst.

L2Fiber (vertegenwoordigd door de uitvoerende bestuurders) heeft op 22 oktober 2020 een verzoek ingediend tot het instellen van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen bij zichzelf. L2Fiber heeft onder meer aangevoerd (i) dat beide uitvoerende bestuurders ten onrechte zijn geschorst (namelijk om te verhinderen dat zij namens L2Fiber een verzoek tot het instellen van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen zouden indienen), (ii) dat de niet-uitvoerende handelen in strijd met het belang van de vennootschap door aan te sturen op de verkoop van alle activa en de liquidatie van L2Fiber en (iii) dat zij handelen in

strijd met de *shareholders agreement* en de statuten door zich actief met het beleid van L2Fiber te bemoeien, L2Fiber onbevoegd te vertegenwoordigen en de uitvoerende bestuurders buiten spel te zetten. L2Fiber c.s. (lees: L2Fiber, Pendragon en de niet-uitvoerende bestuurders) hebben in hun verweerschrift aangevoerd dat het verzoek niet behandeld kan worden omdat dit door L2Fiber op 23 oktober 2020 rechtsgeldig is ingetrokken en dat L2Fiber niet ontvankelijk is in haar verzoek omdat Kuiper Holding en Hoven Holding op het moment van het indienen ervan niet meer bevoegd waren L2Fiber te vertegenwoordigen.

OK: De OK gaat er van uit dat Kuiper Holding en Hoven Holding op 16 oktober 2020 rechtsgeldig zijn geschorst als uitvoerende bestuurders en dat zij sinds die dag niet bevoegd zijn om L2Fiber te vertegenwoordigen. Dit brengt mee dat Kuiper Holding en Hoven Holding op 22 oktober 2020 niet bevoegd zijn om namens L2Fiber het onderhavige enquêteverzoek in te dienen, zodat als uitgangspunt heeft te gelden dat L2Fiber daarin niet ontvankelijk is. Op dit uitgangspunt kan een uitzondering worden aanvaard indien aan de vennootschap in redelijkheid geen beroep toekomt op het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid omdat dit zou leiden tot een onaantvaardbare doorkruising van een juiste werking van het enquêterecht. Hiervan is in casu niet gebleken. De OK volgt Kuiper Holding en Hoven Holding niet in hun stelling dat zij zijn geschorst om te verhinderen dat zij namens L2Fiber een enquêteprocedure zouden entameren. Uit de gang van zaken blijkt dat het besluit tot schorsing van de uitvoerende bestuurders is genomen om te voorkomen dat de voortgang van het verkoopproces verder zou worden geblokkeerd. Hieraan kan worden toegevoegd dat L2Fiber Holding als 20%-aandeelhouder ook enquêtegechtigd is, zodat de schorsing de gang naar de OK ook niet had kunnen voorkomen.

De OK overweegt ten overvloede dat er geen sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken. De OK is van oordeel dat niet kan worden aangenomen dat de niet-uitvoerende bestuurders hebben gehandeld in strijd met het belang van de vennootschap door aan te sturen op de verkoop van alle activa en de liquidatie van L2Fiber. De bestuurders hebben in redelijkheid kunnen besluiten dat het belang van de vennootschap het best wordt gediend met een gecontroleerde verkoop van alle activa tegen een zo hoog mogelijke opbrengst.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de taken van de niet-uitvoerende bestuurders als bedoeld in artikel 2:239a BW meeromvattend zijn dan het houden van toezicht en advisering. De niet-uitvoerende bestuurders dragen bestuursverantwoordelijkheid: zij zijn betrokken bij de besluitvorming van het bestuur over – en zijn

verantwoordelijk voor – de algemene beleidslijnen. Vanuit die taakopvatting is het begrijpelijk dat de niet-uitvoerende bestuurders zich vanaf hun benoeming per 12 augustus 2020 actief hebben beziggehouden met de aanpak van en het zoeken naar een oplossing voor de bij L2Fiber gezeten problemen. De in dat kader te maken fundamentele keuzes omtrent de continuering van de door de vennootschap gedreven onderneming behoren immers bij uitstek tot het algemene beleid van de vennootschap en daarmee tot de verantwoordelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurders.

Zie ook:

- HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2456, ARO 2016/148 (SNS Reaal);
- HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905, ARO 2014/100, r.o. 5.3.2-5.3.3 (Slotervaartziekenhuis);
- Hof Amsterdam (OK) 19 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4531, ARO 2020/28 (Fyber);
- Hof Amsterdam (OK) 4 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1088, ARO 2018/82 (Machinefabriek Heerlen);
- Hof Amsterdam (OK) 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1746, ARO 2018/48 (Bosal Nederland);
- Hof Amsterdam (OK) 14 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5179, ARO 2011/36 (Amtrada);
- Hof Amsterdam (OK) 23 maart 2000, rekestnr. 128/2000 (Leather Design Van der Eerden);
- A.F. Verdam, 'Worstelen met toezicht in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2018/117;
- *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:239a BW (J.B. Huizink);
- *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:346 BW (F. Veenstra);
- *SDU Commentaar Boek 2 BW*, art. 2:239a.

Wenk:

De beide uitvoerende bestuurders hebben namens L2Fiber een enquêteverzoek ingediend nádat zij als bestuurder zijn geschorst. De OK overweegt dat dit niet zonder meer tot het oordeel leidt dat L2Fiber niet ontvankelijk is in haar verzoek. Uit de beschikking kan worden afgeleid dat de OK van oordeel is dat zij het enquêteverzoek in behandeling kan nemen indien (i) de geschorste bestuurders voorafgaand aan de schorsing vertegenwoordigingsbevoegd zijn, (ii) de schorsing tot doel heeft het indienen van het enquêteverzoek te frustreren en (iii) de bezwaren in het verzoekschrift mede zijn gericht tegen het besluit tot schorsing. De OK heeft geoordeeld dat aan de voor-

waarde onder (ii) niet is voldaan. Een bijkomende vraag is of de omstandigheid dat de niet-uitvoerende bestuurders het enquêteverzoek hebben ingetrokken, van invloed is op de ontvankelijkheid. Ik kom hier in het onderstaande op terug. In de onderhavige procedure hoeft de OK deze vraag niet te beantwoorden, omdat zij oordeelt dat L2Fiber niet ontvankelijk is in haar verzoek. Opmerking verdient voorts dat het vaste jurisprudentie is dat aan het enquêteverzoek geen besluit van het bestuur ten grondslag hoeft te liggen. Dit is met name begrijpelijk als het verzoek berust op de stelling dat het bestuur als collegiaal orgaan niet functioneert. Zie voor voorbeelden *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:346 BW, aant. 5.2.

De benaderingswijze van de OK in de onderhavige beschikking is in lijn met eerdere beschikkingen waarin de vraag aan de orde is gesteld of degenen die het enquêteverzoek indienen, daartoe bevoegd zijn. Illustratief zijn enkele uitspraken waarin de OK aandeelhouders ontvankelijk heeft verklaard in hun enquêteverzoek, hoewel hun belang in de vennootschap als gevolg van een aandelenmissie zodanig is verwaterd dat zij niet meer voldoen aan de in art. 2:346 BW vervatte kapitaalisen. Zie bijvoorbeeld OK Leather Design Van der Eerden, OK Amtrada (r.o. 3.10) en OK Fyber (r.o. 3.4). *Het uitgangspunt in deze beschikkingen is dat de aandeelhouder niettemin ontvankelijk wordt verklaard in zijn enquêteverzoek als zijn bezwaren zich (mede) richten tegen het emissiebesluit en deze bezwaren de OK niet ongegrond voorkomen.* De HR heeft in 2014 in de beschikking inzake Slotervaartziekenhuis geoordeeld dat dit uitgangspunt juist is, nu het enquêterecht mede strekt ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid; HR Slotervaartziekenhuis, r.o. 5.3.2. Aandacht verdient voorts de beschikking van de HR inzake SNS Reaal. De HR heeft met zoveel woorden geoordeeld, onder verwijzing naar HR Slotervaartziekenhuis, dat de omstandigheid dat de aandeelhouders voorafgaand aan het indienen van het enquêteverzoek op grond van de Interventiewet zijn onteigend door de Staat, niet in de weg staat aan ontvankelijkheid in dat verzoek omdat de aandeelhouders in hun verzoekschrift hebben gesteld dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken met betrekking tot de aan de onteigening en om een onderzoek hebben gevraagd “juist naar het beleid en de gang van zaken die ertoe hebben geleid dat niet meer aan de kapitaalisen wordt voldaan.”; HR SNS Reaal, r.o. 3.5.4-3.5.5.

Bij mijn weten hebben zich geen eerdere gevallen voorgedaan waarin namens de vennootschap enquêteverzoeken zijn ingediend door (uitvoerende) bestuurders die reeds zijn geschorst. Wel zijn enkele beschikkingen gepubliceerd waaruit blijkt dat de bestuurders op de dag dat of daags nádat zij namens de vennootschap een enquêteverzoek hebben ingediend, zijn geschorst of ontslagen; zie OK Bosal Nederland en OK Machinefabriek Heerlen. Vermeldenswaard is bovendien dat ook in deze zaken – net als in L2Fiber – de enquêteverzoeken namens de vennootschap zijn ingetrokken door de andere bestuurder respectievelijk de nieuwe bestuurders. De OK heeft de niet-ontvankelijkheidsverweren in beide procedures op soortgelijke wijze beoordeeld als in procedure inzake L2Fiber. Zij heeft deze verweren verworpen omdat (i) de betrokken bestuurders ten tijde van het indienen van het enquêteverzoek vertegenwoordigingsbevoegd zijn, (ii) de enquêteverzoeken mede zijn gericht tegen de (onderwerpen die verband houden met) de besluiten tot schorsing of ontslag van de bestuurder en (iii) de strekking van het enquêterecht onder deze omstandigheden meebrengt dat de intrekking van het enquêteverzoek geen effect sorteert; OK Bosal Nederland, r.o. 3.7 en OK Machinefabriek Heerlen, r.o. 3.3.

De OK gaat ten overvloede in op de vraag of het enquêteverzoek voor toewijzing in aanmerking komt. Aangenomen kan worden dat de OK dit heeft gedaan uit proceseconomische overwegingen, voor het geval Kuiper Holding en Hoven Holding voornemens zouden zijn op de voet van art. 2:346 lid 1, onder b BW namens L2Fiber Holding te verzoeken om het instellen van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen bij L2Fiber.

L2Fiber (lees: de uitvoerende bestuurders) heeft in haar verzoekschrift gesteld dat de niet-uitvoerende bestuurders in strijd met de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst (gesloten door Pendragon, L2Fiber Holding en L2Fiber) hebben gehandeld door zich actief met het beleid van L2Fiber te bemoeien en L2Fiber te vertegenwoordigen en dat dit gegronde redenen oplevert om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken (r.o. 3.1). Zij hebben er in dit verband op gewezen dat in de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst is bepaald dat de uitvoerende bestuurders de dagelijkse leiding hebben en dat de niet-uitvoerende bestuurders toezicht houden op de uitvoerende bestuurders. De OK volgt L2Fiber niet in dit betoog. De OK overweegt, zich daarbij baserend op de wetsgeschiedenis, dat de taken van de

niet-uitvoerende bestuurders meermomvattend zijn dat het houden van toezicht: zij dragen bestuursverantwoordelijkheid en zijn betrokken bij de besluitvorming van het bestuur over – en zijn verantwoordelijk voor – de algemene beleidslijnen (r.o. 3.20). De OK oordeelt dat het vanuit die taakopvatting begrijpelijk is dat de niet-uitvoerende bestuurders zich hebben beziggehouden met de aanpak van en het zoeken naar een oplossing voor de bij L2Fiber gerezen problemen en dat de in dat kader te maken fundamentele keuzes omtrent de continuering van de door L2Fiber gedreven onderneming bij uitstek behoren tot het algemene beleid (r.o. 3.20).

L2Fiber heeft een interessante kwestie aangevoerd: welke rollen hebben de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders in het ene tier bestuursmodel? Algemeen wordt aangenomen dat de uitvoerende bestuurders de dagelijkse leiding van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming uitoefenen. In de woorden van Huizink: “Men zou kunnen zeggen dat de uitvoerend bestuurders zich in de regel met de operationele gang van zaken bezig houden.”; *GS Rechtspersonen*, art. 2:239a BW, aant. 4.1. Zie meer specifiek de minister in de Nota n.a.v. het verslag: “Aan de uitvoerende bestuurders worden specifieke uitvoerende taken van het bestuur opgedragen. Dat kan bijvoorbeeld het financiële beheer, de inkoop, verkoop, het aansturen van een bepaald bedrijfs onderdeel of het personeelsbeleid betreffen. In het spraakgebruik wordt vaak aangegeven dat de uitvoerende bestuurder de dagelijkse gang van zaken op zich neemt. Dat is echter geen wettelijke omschrijving. Wat de dagelijkse gang van zaken is, verschilt per vennootschap. In de regel zal worden bedoeld dat de desbetreffende uitvoerende bestuurder de onderneming feitelijk en dagelijks aanstuurt.”; *Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6*, p. 15. In de literatuur bestaat echter verdeeldheid over de rol van de niet-uitvoerende bestuurders: zijn zij te beschouwen als quasi-commissarissen die in het bijzonder tot taak hebben toezicht te houden op de uitvoerende bestuurders? Zie voor een uitgebreide en kritische beschouwing over deze zienswijze, met verwijzing naar andere literatuur: Verdarm (2018). Een mogelijke reden voor de verdeeldheid over de rol van de niet-uitvoerende bestuurders is op de eerste plaats de ambivalente formulering in art. 2:129a/239a lid 1 BW: de bestuurstaak kan bij de statuten worden verdeeld over de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, maar de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders niet

kan worden ontnomen aan de niet-uitvoerende bestuurders. Een mogelijke reden is voorts dat de rol van de niet-uitvoerende bestuurders in de wetsgeschiedenis telkens wordt vergeleken met die van de commissarissen in het duale model en dat verschillende keren is benadrukt dat de toezichthoudende taak van de niet-uitvoerende bestuurders niet verschilt van die van de commissarissen. Zo schrijft de minister in de MvT wat betreft de toezichthoudende taak van de niet-uitvoerende bestuurders dat het gaat “om werkzaamheden die in een duaal systeem typisch zijn neergelegd bij de commissarissen en nauw aansluiten bij toezicht en advies.”; *Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3*, p. 15. Illustratief is eveneens de volgende opmerking van de minister in de Nota n.a.v. het verslag: “Zowel de niet-uitvoerende bestuurders als de leden van de raad van commissarissen hebben een toezichthoudende taak (artikel 2:129a/239a lid 1 en 140/250 lid 2 BW). Met het wetsvoorstel wordt niet beoogd een onderscheid te maken tussen het toezicht door niet-uitvoerende bestuurders en leden van de raad van commissarissen. Aan de niet-uitvoerende bestuurders wordt niet een andere opdracht gegeven. Het toezicht door de een is niet beter dan dat door de ander.”; *Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6*, p. 15.

Naar mijn mening is het in r.o. 3.20 vervatte oordeel van de OK juist. Niettegenstaande het voorgaande, blijkt uit de wetsgeschiedenis eveneens dat de rol van de niet-uitvoerende bestuurders meermomvattend is. Tekenend wat dit betreft is onder meer de passage in de MvT dat “niet [is] gekozen voor de aanduiding «toezichthoudend bestuurder» omdat de taken van de niet-uitvoerende bestuurders meer omvatten dan advisering en toezicht houden in de bij ons tot op heden bekende zin. De bestuursleden die belast zijn met algemene bestuurstaken zullen meer dan de commissarissen actief betrokken zijn bij het algemene beleid van de vennootschap. Zij nemen immers deel aan en zijn direct verantwoordelijk voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen.”; *Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3*, p. 15. Zie over de vraag wat onder ‘algemene beleidslijnen’ dient te worden verstaan: Verdarm 2018, par. 3. Volgens Verdarm valt te denken aan “het algemeen beleid, het algemeen financiële beleid, de strategie, alsook transacties van relatief grote waarde. De wetgever hanteert voor deze groep van besluiten wel de term ‘algemene gang van zaken’.” Zie bijvoorbeeld het bepaalde in art. 2:9 lid 2 BW dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken.

Tot de algemene zaken behoort mijns inziens zonder meer de eventuele verkoop van alle activa en de liquidatie van L2Fiber. De niet-uitvoerende bestuurders zijn derhalve bevoegd – sterker nog: zij zijn gehouden – deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming over deze verkoop. De niet-uitvoerende bestuurders zijn bovendien bevoegd L2Fiber in deze te vertegenwoordigen op grond van art. 2:240 lid 1 BW (zonder medewerking van de uitvoerende bestuurders, zolang deze zijn geschorst). Uiteraard dienen ook de niet-uitvoerende bestuurders het belang van L2Fiber en de met haar verbonden onderneming te waarborgen (art. 2:239 lid 5 BW), dienen zij verantwoordelijkheid af te leggen voor de wijze waarop zij hun taak hebben vervuld en kunnen zij aansprakelijk worden gesteld op de voet van art. 2:9 lid 1 BW in geval zij L2Fiber schade berokkenen of hebben berokkend. De OK heeft in de onderhavige beschikking echter geoordeeld dat zij tot dan toe aan de in art. 2:239 lid 5 BW vervatte norm hebben voldaan (r.o. 3.19). In de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen 2020, *Stb.* 2020, 507, is een wettelijke basis opgenomen voor een monistisch bestuur bij verenigingen en stichtingen; zie art. 2:44a en art. 2:291a BW. Deze wet zal in werking treden per 1 juli 2021.

F. Veenstra

Beschikking inzake

L2Fiber Rotterdam B.V., te Poortugaal, verzoekster, advocaten: mr. J. Wareman en mr. S.J.A. van Gils, te Utrecht,

tegen
L2Fiber Rotterdam B.V., te Poortugaal, verweerster, advocaat: mr. R.I. Loosen, te Amsterdam,

1. Pendragon Property S. à r. l., te Luxemburg, Luxemburg,
 2. Highland Group Holdings Limited, te Charlestown, St. Kitts and Nevis,
 3. [A],
 4. [B],
 5. [C],
- belanghebbenden, advocaat: mr. R.I. Loosen, te Amsterdam.

Ondernemingskamer:

1 Het verloop van het geding

1.1 In het vervolg zullen partijen, belanghebbenden en andere (rechts)personen (ook) als volgt worden aangeduid:

- verzoekster met L2Fiber,
- verweerster en belanghebbenden gezamenlijk met L2Fiber c.s.,
- Pendragon Property S. à r. l. met Pendragon,

- Highland Group Holdings Limited met Highland,
- [A] met [A],
- [B] met [B],
- [C] met [C],
- [D] met [D],
- [E] met [E],
- [F] met [F],
- [G] met [G],
- Green Giraffe B.V. met Green Giraffe,
- [H] met [H],
- L2Fiber Holding B.V. met L2Fiber Holding.

1.2 L2Fiber heeft bij op 22 oktober 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 L2Fiber over de periode vanaf 1 januari 2020. Daarbij heeft zij tevens verzocht – zake-lijk weergegeven – bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding [A], [B] en [C] te schorsen als niet uitvoerende bestuurders van L2Fiber en een derde persoon te benoemen tot niet uitvoerende bestuurder van L2Fiber, de door Pendragon gehouden aandelen in het kapitaal van L2Fiber over te dragen aan een door de Ondernemingskamer te benoemen beheerder, te bepalen dat geen gevolgen worden verbonden aan het besluit van 16 oktober 2020 tot schorsing van [D], althans [E], en [F], althans [F] Holding, als uitvoerende bestuurders van L2Fiber en de niet uitvoerende bestuurders van L2Fiber op te dragen het besluit van 16 oktober 2020 in te trekken, dan wel een andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer geraden acht.

1.3 Mr. Loosen heeft bij e-mail van 23 oktober 2020, met bijlagen, namens L2Fiber meegedeeld dat – kort gezegd – het verzoek door [E] en [F] namens L2Fiber is ingediend nadat zij bij bestuursbesluit van 16 oktober 2020 zijn geschorst als uitvoerende bestuurders van L2Fiber, zodat zij niet bevoegd waren het verzoek namens L2Fiber te doen en dat het verzoek door L2Fiber wordt ingetrokken.

1.4 Mr. Wareman heeft bij e-mail van 26 oktober 2020, met bijlage, meegedeeld dat – kort gezegd – het schorsingsbesluit van 16 oktober 2020 niet aan de ontvankelijkheid en de behandeling van het verzoek in de weg kan staan en dat aan de intrekking van het verzoek door L2Fiber geen gevolgen verbonden dienen te worden.

1.5 L2Fiber c.s. hebben bij op 2 november 2020 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht het verzoekschrift niet te behandelen, althans het verzoek niet ontvankelijk te verklaren dan wel af te wijzen.

1.6 Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 5 november 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. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

1.7 De Ondernemingskamer heeft vervolgens – na beraad in raadkamer en onder aankondiging dat een schriftelijke uitwerking later zal volgen – onmiddellijk als volgt uitspraak gedaan.

2 De feiten

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1 L2Fiber is op 28 december 2016 opgericht. Het aandelenkapitaal van L2Fiber bestaat uit aandelen A en aandelen B. Pendragon houdt de aandelen A en L2Fiber Holding de aandelen B. Pendragon en L2Fiber Holding houden respectievelijk 80% en 20% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van L2Fiber.

2.2 L2Fiber heeft sinds de wijziging van haar statuten per 16 juli 2018 een monistisch bestuur. [E] en [F] zijn uitvoerende bestuurders van L2Fiber en gezamenlijk bevoegd L2Fiber te vertegenwoordigen. [A], [B] en [C] zijn niet uitvoerende bestuurders van L2Fiber. Het voltallig bestuur is steeds gezamenlijk bevoegd L2Fiber te vertegenwoordigen.

2.3 [E], [F] en Green Giraffe houden respectievelijk 40%, 40% en 20% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van L2Fiber Holding. [E] en [F] zijn bestuurders van L2Fiber Holding en gezamenlijk bevoegd L2Fiber Holding te vertegenwoordigen. [D] is enig bestuurder en enig aandeelhouder van [E]. [F] is enig bestuurder en enig aandeelhouder van [F]. Green Giraffe is een vennootschap van [H].

2.4 Highland is enig aandeelhouder van Pendragon. [B] is bestuurder van Pendragon. [C] is de *ultimate beneficial owner* van Highland.

2.5 L2Fiber drijft een onderneming op het gebied van aanleg, onderhoud en beheer van telecomnetwerken in de omgeving van Rotterdam.

2.6 In 2017 heeft L2Fiber de mogelijkheid gekregen de aanleg van een glasvezelnetwerk in Rotterdam te faciliteren. L2Fiber heeft om investeerders voor dat project aan te trekken door Green Giraffe een *Information Memorandum* laten opstellen waarin uiteengezet wordt dat en hoe L2Fiber voornemens is om in samenwerking met aannemer [I] in Rotterdam de aanleg van een glasvezelnetwerk te realiseren en daarop woningen aan te sluiten.

2.7 Door tussenkomst van Green Giraffe is L2Fiber in contact gekomen met [C]. Op 27 fe-

bruari 2018 is tussen onder anderen L2Fiber en Highland een *convertible bridge loan agreement* gesloten op basis waarvan Highland € 10,3 miljoen aan L2Fiber heeft verstrekt voor de financiering van de eerste zes maanden van het project.

2.8 Highland heeft ten behoeve van haar investering in het project Pendragon opgericht. De *bridge loan* is deels geconverteerd in de door Pendragon gehouden aandelen A in L2Fiber. Op 16 juli 2018 hebben Pendragon en L2Fiber een *loan agreement* gesloten op grond waarvan Pendragon in tranches een lening tot maximaal een bedrag van € 70,3 miljoen aan L2Fiber zou verstrekken. In artikel 2.2 van de *loan agreement* is bepaald dat de lening ter beschikking wordt gesteld in *drawdowns* per deel van het project, waarbij geldt dat om een volgende *drawdown* te kunnen doen minimaal 25% van het aantal aangelegde aansluitingen door betalende klanten moet zijn afgenomen (hierna ook wel: de *take rate*). Op grond van artikel 4 van de *loan agreement* wordt de lening opeisbaar in geval van faillissement of verkoop van de activa van L2Fiber. Pendragon heeft mede ter aflossing van het restant van de *bridge loan* onder de *loan agreement* in totaal € 12.250.000 aan L2Fiber ter beschikking gesteld.

2.9 Eveneens op 16 juli 2018 hebben Pendragon, L2Fiber en L2Fiber Holding een *investment agreement* en een *shareholders agreement* gesloten. In artikel 5.1.1 en 5.1.2 van de *shareholders agreement* is bepaald dat het bestuur van L2Fiber zal bestaan uit maximaal twee uitvoerende en drie niet uitvoerende bestuurders. De uitvoerende bestuurders zijn belast met de dagelijkse leiding van de vennootschap en hebben verder de verplichtingen en verantwoordelijkheden die voortvloeien uit de statuten en de wet. Op 16 juli 2018 zijn ook de statuten van L2Fiber gewijzigd waarbij is bepaald dat het bestuur van L2Fiber bestaat uit uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders (art. 14.1). Niet uitvoerende bestuurders worden benoemd, geschorst en ontslagen door de houders van aandelen A. Uitvoerende bestuurders worden benoemd, geschorst en ontslagen door de algemene vergadering (art. 15.1). Daarnaast kunnen uitvoerende bestuurders te allen tijde worden geschorst door het bestuur (art. 15.2). De dagelijkse bedrijfsvoering is de taak van de uitvoerende bestuurders. De niet uitvoerende bestuurders houden toezicht op zowel het management en de uitvoering van taken als op de dagelijkse bedrijfsvoering van de vennootschap (art. 16.3). Besluiten van het bestuur worden genomen bij volstreekte meerderheid van de geldig uitgebrachte stemmen (art. 16.6). Besluiten tot goedkeuring van de vervreemding van wezenlijk alle activa en ontbinding

van de vennootschap kunnen enkel worden genomen met algemene stemmen uitgebracht door de algemene vergadering (art. 25.6).

2.10 [J] en [K] hebben, hoewel niet formeel benoemd, aanvankelijk de rol van niet uitvoerende bestuurders vervuld.

2.11 Het project kende een moeizame start en is verschillende keren uitgesteld in verband met problemen met aannemer [I]. In 2018 hebben bestuursvergaderingen van L2Fiber plaatsgevonden waarbij [J] en [K] voorstellen voor verbetering hebben gedaan. In april 2019 waren 6.500 aansluitingen gegraven en 312 woningen aangesloten waarvan 40 actief, dat wil zeggen een *take rate* van minder dan 1%.

2.12 Op 18 april 2019 heeft [C] in een gesprek met [F] en [D] meegedeeld niet verder te zullen investeren. Partijen hebben vervolgens afgesproken dat in samenwerking met Green Giraffe zal worden gezocht naar een nieuwe investeerder waarbij Pendragon haar investering van € 12.250.000 zal omzetten in aandelen. In dat kader is in mei 2019 een *framework agreement* opgesteld die uiteindelijk niet is ondertekend.

2.13 [E] en [F] hebben op basis van een door Green Giraffe opgesteld *information memorandum* namens L2Fiber gesprekken gevoerd met Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) en Primevest Capital Partners Nederland B.V. (hierna: Primevest) over een mogelijke investering en/of overname van (een deel van) de aandelen in L2Fiber.

2.14 Op 15 november 2019 heeft L2Fiber de met [I] gesloten aaneemovereenkomst beëindigd. [I] heeft het voltooide deel van het glasvezelnetwerk in niet werkende staat opgeleverd (hierna ook wel: het passieve netwerk). Hierop is een geschil ontstaan waarbij [I] betaling van € 735.000 eiste en in verband daarmee weigerde om de technische gegevens van het passieve netwerk aan L2Fiber ter beschikking te stellen, hetgeen de voortgang van het project ernstig heeft belemmerd.

2.15 Op 16 maart 2020 heeft [C] in een e-mail aan [D] en [F] meegedeeld geen vertrouwen meer te hebben in het bestuur en het succes van de onderneming van L2Fiber. [C] schrijft:

"In April 2019 I (...) stated that I was walking away from the company and would not be providing further funding. (...) Having talked extensively to four potential buyers of the business all have remarked on how little has been accomplished over nearly two years and an expenditure of over € 10 million. As I am sure you don't need to be reminded it is presently a total of 400 homes connected and about 7000 passed. (...) From the cash flow forecast that I have just received, L2FR needs a further € 19 million of investment to end 2021 by which

time the monthly income is just € 28k. That isn't attractive enough for me to fund the company going forward.

As I see it you have only three alternatives for the future:

1. Find a buyer for my shares and convince them to fund future development. Given my and Green Giraffe's unsuccessful efforts to do this, I think that this will be very difficult to achieve before L2FR has to go into liquidation.

2. Let L2FR go into liquidation; I will not save the company.

3. Close the company now, and pay off all staff on redundancy."

2.16 Op 2 april 2020 hebben [E] en [F] aan [C] het volgende voorstel gedaan:

"As mentioned we think L2FR is worth around EUR 3-4M. There are substantial additional investments required first to prove the business case and then to build the business case. We would need external funding for that which we cannot obtain if we cannot offer shares and we cannot offer shares we don't have.

1. L2FH buys your shares and the loan now for EUR 3M and we postpone payment thereof until 31 December 2021. That should give us time to prove the business case and if we can, attract the funding to repay this loan. The loan would be secured against the shares that L2FH holds in L2FR. We would seek a third-party investor to first fund the EUR 3.2M to prove the business case and then any follow up funding at L2FR level. This is our preferred scenario since it will be easier to attract funding for what we still want to build as opposed to asking for funding for what has been done

2. We agree on a price for which we can buy your shares (and the loan) on or before 31 May 2020 and we will find another investor that is willing to pay that plus the required funding to prove the business case (and any follow up)(...)

Worst case we would have to eliminate the company which is not what we want since we still think we can build a viable business case."

2.17 Op 4 april 2020 heeft [C] voorgesteld dat L2Fiber Holding de door Pendragon gehouden aandelen in L2Fiber en de door Pendragon verstrekte lening zou overnemen tegen betaling van € 2 miljoen in cash. [C] heeft daaraan op 8 mei 2020 de voorwaarde verbonden dat betaling uiterlijk op 31 mei 2020 zou moeten plaatsvinden en dat bij gebreke daarvan Pendragon de door L2Fiber Holding gehouden aandelen in L2Fiber voor € 500.000 zou mogen overnemen. L2Fiber Holding heeft daar niet mee ingestemd.

2.18 Op 5 juni 2020 heeft Pendragon [A] verzocht haar bij te staan bij het zoeken van een oplossing voor de problemen bij L2Fiber. In een e-mail aan [D] en [F] van 16 juni 2020 schrijft [C]: “[A] is working for me on attracting investors/buyers for L2FR. He is much more knowledgeable and experienced in the industry than I am, and is being very helpful.” [A] heeft vervolgens namens Pendragon gesprekken gevoerd met mogelijke overnamekandidaten, waaronder Primevest.

2.19 Op 24 juni 2020 heeft [A] aan [E] en [F] een plan gestuurd getiteld *L2FR restructuring plan, a proposed way forward*. Het plan houdt in:

“Bottom Line:

- L2FR network roll-out is far behind schedule
- L2FR will run out of cash in AUG 2020
- Highland has no obligation nor desire to provide additional funding (...)

Two extreme (and ugly) scenario's

1. Sell shares of Highland in L2FR to a new investor (...)
- Very unlikely (if not impossible) to achieve before L2FR runs out of cash (...)
2. (Forced) sale of all assets
- This scenario would mean the end of the L2FR operations (...)
- Would trigger an immediate obligation to repay the shareholder loan with all proceeds of the asset sale going to Highland (...)

A proposed – and much prettier – scenario!

3. (Agreed) sale of the passive network only.
- This scenario would provide business continuity for L2FR (...)
- High interest from Primevest/T-Mobile to buy the passive network assets”

2.20 Op 8 juli 2020 heeft [L] van Primevest aan [A] een ‘non-binding offer passive FttH network infrastructure L2Fiber Rotterdam’ gestuurd. Het non-binding offer houdt in:

“As construction input parameters for our non-binding valuation offer we calculated the following:

- 7453 Homes Passed
- 1375 Homes Connected
- 2 Points of Presence (PoP's)
- 80 active end-customers

Based on our evaluation and current construction pricing level in the market, we assume that a realistic construction value for this ‘as is’ build FttH network will be in between EUR 4.4 – 4.6 million euros. (...)

Concerning the other 2 topics that were addressed in the information memorandum documentation:

1. L2Fiber Rotterdam acquired 48,6 kilometres of empty ducts in the Rotterdam

area. (...) To our conclusion these empty ducts do not have additional value for us.

2. L2Fiber Rotterdam has a stock of Huawei ONT active equipment for a book value of +/- EUR 700k. What we can offer is to evaluate this excessive stock of Huawei ONT active equipment by T-Mobile during the technical due diligence, to which extend it can be used in the further roll-out of active layer of the network by T-Mobile.”

2.21 Op 21 juli 2020 heeft mr. K. de Smet namens L2Fiber aan [A] en Pendragon een brief gestuurd waarin zij schrijft dat L2Fiber ervan op de hoogte is dat [A] op verzoek van [C] spelers in de markt benadert met betrekking tot de verkoop van activa van L2Fiber, dat [C] en [A] niet bevoegd zijn L2Fiber te vertegenwoordigen en waarin zij hen sommeert deze activiteiten te staken.

2.22 Op 24 juli 2020 heeft [A] aan mr. De Smet geschreven:

“1. Contrary to what your letter claims, the market exploratory activities that the letter refers to have not been performed on behalf nor in the name of the Company.

2. Your client did not ‘become aware’ of these activities; Lord [C] has informed your client and made your client fully aware of these activities as well as the identity of the parties approached and their contact information. As a matter of fact, in an email exchange on July the 9th the 2 executive directors of the Company seemed to welcome the progress made.

(...) It is a matter of fact that the Company –L2FR– is in a dire financial situation and cannot continue with its current course for much longer. The L2FR latest financial statements show the company to run out of cash by end of August. A matter of weeks rather than months. Some kind of restructuring is unavoidable. (...)

In the past six weeks or so various scenarios have been reviewed and discussed between the Lender ([C]), the Borrower (L2FR represented by the L2FR executive directors Mr. [D] and Mr. [F]), all L2FR shareholders (being ultimately [C], Mr. [D] and Mr. [F]) and their advisors (myself (...) and Mr. Niels [H] of Green Giraffe (...)).

(...) The last restructuring proposal put forward by [C] to Mr. [D] and Mr. [F] envisions selling off all network assets that can be sold, taking the proceeds thereof towards repayment of the shareholder loan and forgiving what remains thereof. The hope is that the proceeds from the assets sale would allow for a partial loan repayment to an amount of somewhere around € 6M. [C] is prepared to then forgive the remaining debt and sell his 80% shares in L2FR to L2FH for € 1. Thus resulting in a write off of

€ 6.5M of company debt, making the company fully debt free and giving Mr. [D] and Mr. [F] a chance for a fresh start if they so desire. (...) Mr. [D] and Mr. [F] have chosen to reject that proposal. (...) If Mr. [D] and Mr. [F] have an alternative plan that would result in [C] recovering € 6M or more of his investment then they should by all means put that plan forward sooner rather than later."

2.23 Eveneens op 24 juli 2020 heeft [C] aan mr. De Smet, [E] en [F] geschreven:

"I have taken further advice on my position with regard to the future of L2FR. We plan to start the following processes on Monday, July 27th.

- o Appoint as soon as possible three non-executives to represent my interests.
- o Call as soon as possible for a management board meeting, put the proposal forward and formally record that there is a simple majority vote in favor of the proposal to sell the assets of L2FR to the highest bidder. (...)

The objective of this proposal is to move ahead as quickly as possible before the company is bankrupt or trading while insolvent without incurring unnecessary costs. I am trying to do this on an agreed basis with [F] / [D] rather than a contentious one which will only result in a lower valuation for the assets."

2.24 Op 28 juli 2020 heeft Pendragon aangekondigd dat zij voornemens is om [A], [B] en [C] te benoemen tot niet uitvoerende bestuurders van L2Fiber.

2.25 Op 3 augustus 2020 hebben [D] en [F] [H], [C] en [A] laten weten dat van KPN een *non-binding offer* is ontvangen. Op 6 augustus 2020 heeft [A] het *non-binding offer* van Primevest van 8 juli 2020 doorgestuurd aan [E] en [F].

2.26 Op 12 augustus 2020 heeft Pendragon [A], [B] en [C] benoemd tot niet uitvoerende bestuurders van L2Fiber.

2.27 Op 13 augustus 2020 heeft [A] een agenda verstuurd voor een op 21 augustus 2020 te houden bestuursvergadering van L2Fiber. In die agenda is onder meer de bespreking van de van KPN en Primevest ontvangen biedingen opgenomen. De bestuursvergadering is op verzoek van [D] en [F] uitgesteld om de uitvoerende bestuurders in staat te stellen een plan voor een alternatieve strategie nader uit te werken en van een financiële onderbouwing te voorzien.

2.28 De uitgestelde bestuursvergadering heeft op 31 augustus 2020 plaatsgevonden. De uitvoerende bestuurders hebben een alternatief business plan gepresenteerd. De notulen van die vergadering houden verder het volgende in:

"Discussion of the present financial position of L2FR and plan of actions to be taken immediately to avoid trading while insolvent. Specifically:

- The Executive Directors ([F] and [D]) are proposing a continuation of L2FR under a "build and sell operating model" without the need for new funding. How would that work?
- Examination/comparison of KPN versus Primevest/T-Mobile offers for network assets. Which to choose.
- Discussion on where we go from here with L2FR

(...)

1. Required measures to avoid L2FR insolvency.

The Board resolves:

- a. [F], [D], [C], [A], [B] agree unanimously on financial crisis and necessity of immediate measures to prevent insolvency.
- b. [C], [B] and [A] vote in favour of selling assets. [D] and [F] note that they cannot vote in favour but would like to come up with alternatives.

c. The Board decides this has to be done swiftly. Timeframe for other solution other than selling assets: October 12th. (...)

2. Exclusivity for Primevest or KPN

a. Primevest wants exclusivity during DD. KPN want exclusivity. till October 12th or till discussions are terminated.

b. The Board decides unanimously to give KPN the opportunity to match terms Primevest (to buy AS IS). (...)

Vote for now: 3 against 2 on the resolution to sell the assets."

2.29 In een e-mail van 9 september 2020 hebben [D] en [F] aan de niet uitvoerende bestuurders geschreven:

"In the management board meeting of August [31, [D]], 2020 the executive directors presented a business case (selling the passive network and using (part) of the proceeds to start building a new passive network in another area, which will be sold when finished; the Build, Sell and Lease back model) that is arguably beneficial to all stakeholders: it would ensure the continuity of the company and it would most likely ensure a substantial pay back on the shareholders loan over the next couple of years. KPN is very much open to this business case and they already send us a Non Binding Indicative Offer outlining this strategy. The executive directors would like to discuss this business case also with Primevest.

We realise that this alternative solution requires the cooperation of the Shareholders. (...) If the activities affiliated with L2Fiber Rotterdam would be terminated, this has very far-reaching consequences, not in the

least for the employees and the minority shareholders. All parties involved should, at this point in time, do everything in their power to prevent such an outcome. (...) If no agreement is reached on a way forward for the company, bankruptcy seems inescapable, since both parties (at shareholder level) require the other parties consent on an option involving a sale of assets. The tone of the agenda, for the board meeting of L2Fiber Rotterdam, we received on Wednesday 9 September 2020 is such that we feel the non-executive board is acting in the interests of the majority Shareholder. (...) The decision to cease all operations (including dismissing all personnel) and sell the material assets is premature, and should only be taken if no other option is available to the enterprise."

2.30 Op 15 september 2020 heeft een bestuursvergadering van L2Fiber plaatsgevonden. De notulen van die vergadering houden het volgende in:

- "Requires Board Resolutions on: (...)
- III. Proceed with either the Primevest or KPN offer by giving one party limited time exclusivity to complete their DD.
- i. To end of October for a new investor, but meanwhile they (KPN and Primevest) need to do due diligence on non-exclusive basis (so they could both proceed).
- ii. As it stands now, a majority of the board prefers the Primevest offer because it also resolves the [I] dispute. If either refuses we need another board meeting to discuss with whom L2FR will continue.
- IV. [F] and [A] to lead the DD and subsequent asset sale process.
- i. Pro: [A] [[A], [D]], [B] [[B], [D]] [C] [[C], [D]]
- ii. Con: [F], [D]. They think there is a conflict of interest.
- iii. So, [A] will be representative for non-execs and either [F] or [D] representing the executive directors."

2.31 Naar aanleiding van de bestuursvergadering hebben [E] en [F] in een e-mail van 15 september 2020 benadrukt dat [A] niet bevoegd is L2Fiber jegens KPN en Primevest te vertegenwoordigen en dat hij zich daarvan dient te onthouden. Bij e-mail van 17 september 2020 heeft mr. Loosen namens de niet uitvoerende bestuurders aan [D] en [F] geschreven dat zij zich dienen te houden aan het bestuursbesluit van 15 september 2020, op grond waarvan [F] samen met [A] het verkoopproces en de *due diligence* zullen leiden. Bij e-mail van diezelfde dag heeft mr. Wareman namens de uitvoerende bestuurders aan mr. Loosen geschreven dat [C] en mogelijk ook [A] een persoonlijk financieel belang hebben bij verkoop van de activa van L2Fiber dat strijdig is

met het belang van L2Fiber en dat [E] en [F] als enigen bevoegd zijn L2Fiber bij de verkoop van activa te vertegenwoordigen, dat zij dat ook zullen doen en dat zij de niet uitvoerende bestuurders op de hoogte zullen houden van het proces.

2.32 Bij e-mail van 18 september 2020 heeft mr. Loosen hierop als volgt gereageerd:

"Within the L2FR management board, the executive directors are currently proposing a sale (...) to KPN and the use of the proceeds of that sale to reinvest in a new business plan for the company. However (...) the Shareholder Loan Agreement specifies under article 4.3 that in case of a disposal of assets, the full loan amount (which is equal to € 12.5M) becomes immediately due and payable. (...) Furthermore, a purchase by KPN would be conditional on the network becoming ready for commercial use which requires more funding than L2FR currently has access to and due to the conflict with [I], the sale of the network to KPN could be blocked or delayed. Finally, this scenario triggers a contractual obligation to repay the shareholder loan and is not supported by a debt restructuring intention of Pendragon, thus inevitably leading to its bankruptcy. (...) The executives refuse to face this reality, despite it repeatedly being pointed out to them by the nonexecutives. The non-executives are proposing a voluntary winding down of activities (...) and selling the network assets to Primevest/T-Mobile. As Primevest is willing to buy the network as it is in its current state and is looking to engage [I] in the further completion of the network construction, this plan would require no further funding and would avoid a costly and lengthy battle with [I]. (...) If all other sellable assets are put up for sale and all proceeds from the sale of all assets are used to repay creditors, including the loan, Pendragon is willing to forgive the remaining amount which could amount to € 7M or more. This would allow L2FR to avoid bankruptcy and leave L2FR with no debts or ongoing costs, offering an opportunity for a fresh start if the executives succeed in developing a viable new plan and finding new investors to fund it. (...)

The mere fact that our client has provided a loan (...) does not in itself create a conflict. In case of a sale of the assets, the proceeds will be applied to all creditors, including our client. As said, our client has declared to be willing to write-off a significant amount of his investment, which sufficiently demonstrates that it primarily has the interest of the company at heart. (...)

The same goes for Mr. [A], whom your clients have been falsely accusing of a con-

flict of interest with regard to Primevest several times, without any facts to demonstrate this. There is no such conflict of interest as repeatedly indicated by Mr. [A].

There is no breach of representation rules. The Board can, of course, appoint proxy holders among its members or mandate them to lead the DD and sales process. The Board members remain authorised to sign documents once the deal is finalised. Primevest has contacted Mr. [A] following a confusing phone call from your clients to Primevest wherein the board decisions of 15 September were misrepresented. (...)

We urge your clients to adhere to the Board resolutions of last Monday, to cooperate fully and serve the interest of the company and all stakeholders by cooperation with the non-executives instead of hindering the needed actions to avoid insolvency. Failing this, our client will have to consider its options."

2.33 Bij e-mail van 21 september 2020 heeft mr. Wareman hierop als volgt gereageerd:

"(...) parties agree that the company is in a precarious financial position. However, there is a difference of opinion as to a possible solution. (...) Pendragon has since long been of the opinion that a sale of assets to Primevest, a partial repayment of the shareholder loan and the waiver of the remainder of that loan is the correct approach. In this scenario the enterprise affiliated with L2Fiber would cease to exist. The executive directors have expressed repeatedly that other options should be explored. Such options can (in time) also result in a partial (and possibly over time higher) repayment of the Pendragon loan, but with the continued existence of the enterprise. (...) L2Fiber feels it is more than reasonable for Pendragon to at least grant L2Fiber the chance to come up with alternatives, and should subsequently grant these alternatives a reasonable and fair consideration. Up to this point, Pendragon has not been willing to do this. (...) Pendragon has appointed the non-executive directors to carry out its desired policy of selling assets to Primevest for the purpose of partial repayment of the loan to Pendragon. (...) The mere fact that the non-executives are appointed with the (sole) goal to execute the policy desired by Pendragon, makes them conflicted with regard to any decision on this policy. (...) Furthermore, and as I have mentioned before, mr. [C] has a personal financial interest in Pendragon, and therefore a personal financial interest in the desired sale to Primevest and subsequent payment of Pendragon. (...) There is a clear and easy way forward, that can relieve all parties as much as possi-

ble of the current discussions (...) and grant L2Fiber the possibility to secure the best possible deal for all its stakeholders. In this way forward the executive directors act on behalf of L2Fiber in all the discussions regarding the possible sale of assets, and the non-executive directors are informed on the discussions every step of the way. The executive directors are in contact with both Primevest and KPN, and have started the DD process. (...) They urge mr. [A] to inform Primevest that the executives are authorised to represent L2Fiber (as they have always been) and that the executives will conduct the DD with the full support of the non-executive directors."

2.34 Bij e-mail van 22 september 2020 heeft mr. Loosen hierop als volgt geantwoord:

"Our client establishes that your clients continue with their non-adherence to the Board resolution of [15, [D]] September. As such, my client will now consider taking any and all necessary further (legal) steps."

2.35 Op 22 september 2020 heeft [A] een agenda voor een op 25 september 2020 te houden bestuursvergadering rondgestuurd waarin onder 3 als agendapunt is opgenomen: *Position of [D] and/or [F] as executive directors of the Company*. Desgevraagd door [F] heeft [A] punt 3 van de agenda bij e-mail van 24 september 2020 als volgt toegelicht:

"during the last board meeting the board passed a resolution regarding the DD process and subsequent asset sale process that you and [D] have chosen to ignore. During and shortly after that meeting the validity of the resolution has been explained and duly substantiated to both you and your legal advisor (...) several times yet you and [D] have still not complied with it. We need to therefore discuss this issue and deliberate your positions as executive directors of L2FR (...)"

2.36 Op 25 september 2020 heeft een bestuursvergadering van L2Fiber plaatsgevonden. De notulen van die vergadering houden het volgende in:

"[D] informs the meeting that the DD has started. (...) The data room has been filled according to the questions of KPN and Primevest. (...) The login for the data room have been shared with the board members, so that the board members can track the DD process of both parties. (...) [D] states that for KPN the date of 12 October is definite. There is no confirmation yet from Primevest. [D] states that he will ask this to Primevest. (...)"

If October 12th is the date, [C] states that we should be asking both of them a binding offer by October 21st.

- All board members agree. (...)

[C] states that in the last board meeting it was resolved that there would be two people as a committee overseeing the process, one from Pendragon, which is [A], and one from the executive directors, which was [F]. That has not actually happened. (...) [C] proposes that [K] represents the Pendragon non-executives rather than [A]. That might help us smooth going forward. [C] is re-putting this to the meeting, that there will be a committee of two people overseeing DD who will be in touch with Primevest and KPN jointly, that all information should be shared between these two and with all other executive and non-executive directors.

- All board members agree and vote in favour of this resolution. [D] adds that he will act as the representing executive.

[C] brings up the question that the non-executives are asking for the commitment of [F] and [D] to accept board resolutions and that we do not revert back to a situation like last time where a board resolution which was agreed and voted in force, but which [F] and [D] ignored, because they disagreed with it. We have to go ahead on the basis of resolutions that are passed are executed. We need your commitment on these board resolutions as being valid to the company. (...) The non-executives expect that the executives will fully cooperate and that there will be transparency. [F] and [D] are requested to confirm this. [D] confirms that they want to move ahead and that there is no question about this, but that there were some questions in the past."

2.37 Op 9 oktober 2020 heeft een aandeelhoudersvergadering van L2Fiber plaatsgevonden. Op de agenda stond het voorstel om het bestuur van L2Fiber te machtigen "to accept a binding offer from KPN or Primevest under the condition that the binding offer selected is in general in line with the previously received non-binding offer". [D] en [F] hebben namens L2Fiber Holding tegen gestemd waardoor het voorstel niet is aangenomen.

2.38 Op 15 oktober 2020 heeft [A] aan [D] en de overige bestuurders van L2Fiber een e-mail gestuurd met de volgende inhoud:

"I understand from [K] that unfortunately not all network assets have been included in the data room for KPN and Primevest to consider issuing a binding offer for. In particular some of the active equipment components that represent a book value of around € 1 million are missing. I urge you to please do so as soon as possible and in any case by 10:00 AM tomorrow morning (16 October). If not we will have to convene an emergency board meeting for tomorrow afternoon

at 14:00h CET to discuss the situation and consider the needed measures to address."

2.39 Bij e-mail van 16 oktober 2020 heeft [D] als volgt geantwoord:

"We discussed in the board meeting that the passive network and the stock materials are the assets to sell. If we sell all the assets including the equipment which are necessary to service the L2FR customers then L2FR has no future at all. We are cooperating in the due diligence fully and we are transparent in what is placed in the data rooms by giving the board access to the data rooms. So if there is something not clear we have to have the board meeting."

2.40 Op 16 oktober 2020 heeft een bestuursvergadering van L2Fiber plaatsgevonden. De notulen van die vergadering houden het volgende in:

"[C] indicates that this meeting has been convened because it appeared that [D] and [F] did not put all the assets in the data room. [C] recalls that it was resolved that all assets were put up for sale. [D] and [F] state that they thought that only the passive assets and ONT's in stock were put up for sale. (...)

For the avoidance of doubt the board again puts to the board the resolution to sell all assets.

Board Resolution: all assets, ALL ASSETS, absolutely everything worth something, will be sold to either KPN or Primevest or anybody else.

In favour: [A], [B], [C]

Against: [F], [D]. (...)

Resolution is carried with a majority of 3 against 2. The board gives [F] and [D], as executive directors, instructions to ensure that by 9 o'clock Monday morning all the remaining assets are put in the due diligence room for both KPN and Primevest. So, they can see them and value them and add these assets to their offers. [D] indicates that he refuses to do this. [D] refers back to the fact that they believe the NED's have a conflict of interest. [D] threatens with a procedure with the Ondernemingskamer, if they are forced to adhere to the board resolution.

[A] asks if [D] is refusing to carry out the board resolution? [D] says yes (...)

Despite repeated calls to adhere to the board resolution [D] and [F] do not want to adhere to the board resolution at hand, resulting in obstruction of moving forward and therefore they can be suspended. The executive directors are informed that if they keep refusing to carry out the board resolution then the board will have no choice but to immediately suspend them.

[D] and [F] repeat that they will not add the missing assets to the data room, because they feel the board resolution is invalid because they believe the NED's are conflicted and the vote is invalid.

[C] puts forward the resolution to suspend [D] and invites [D] to respond:

- Defence [D]: he says he is not refusing to put up the assets in the due diligence data room but he says that the vote is not valid and needs to be solved first, before vote is valid.

- [A]: this is still a refusal.

[C] is moving forward with vote to suspend [D]

- o In favour: [C], [B], [A]

- o Not in favour: [F]

3 to 1 vote, [D] is suspended immediately.

[C] requests [F] if he is willing to adhere to the board resolution. [F] replies that does not recognize the board resolution either.

[C] puts the resolution to suspend [F] to the vote:

- In favour: [C], [B] and [A]

- Not in favour: none.

[F] and [D] are both suspended.”

2.41 Bij brieven van 19 oktober 2020 heeft het bestuur van L2Fiber gericht aan [D] en [E] respectievelijk [F] en [F] meegedeeld dat zij per 16 oktober 2019 zijn geschorst als uitvoerende bestuurders van L2Fiber.

2.42 Primevest en KPN hebben op 21 oktober 2020 biedingen gedaan op het passieve netwerk en de voorraden van L2Fiber. Primevest heeft een voorwaardelijk bindend bod gedaan, geldig tot 30 oktober 2020, en KPN een niet-bindend bod, geldig tot 31 december 2020. KPN heeft € 3,8 miljoen geboden, Primevest € 4,45 miljoen. Primevest heeft de geldigheid van haar bod desgevraagd verlengd tot 6 november 2020.

3 De gronden van de beslissing

3.1 L2Fiber heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken en dat gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Ter toelichting heeft L2Fiber – kort samengevat – het volgende naar voren gebracht:

- [E] en [F] zijn op 16 oktober 2020 ten onrechte, want in strijd met het belang van de vennootschap en de vereisten van redelijkheid en billijkheid geschorst als uitvoerende bestuurders van L2Fiber;

- De niet uitvoerende bestuurders handelen in strijd met het belang van de vennootschap door aan te sturen op de verkoop van alle activa en de liquidatie van L2Fiber;

- De niet uitvoerende bestuurders handelen in strijd met de *shareholders agreement* en de

statuten door zich actief met het beleid van L2Fiber te bemoeien, L2Fiber onbevoegd te vertegenwoordigen en de uitvoerende bestuurders buiten spel te zetten;

- De niet uitvoerende bestuurders en Pendragon als meerderheidsaandeelhouder misbruiken hun positie om de belangen van Highland en Pendragon te behartigen en zodoende de belangen van L2Fiber te schaden.

3.2 Daar tegenover hebben L2Fiber c.s. aangevoerd dat het verzoek niet behandeld kan worden omdat dit door L2Fiber op 23 oktober 2020 rechtsgeldig is ingetrokken en dat L2Fiber niet ontvankelijk is in haar verzoek omdat het verzoekschrift op 22 oktober 2020 is ingediend door [E] en [F] die op dat moment niet meer bevoegd waren L2Fiber te vertegenwoordigen. Daarnaast hebben L2Fiber c.s. ook inhoudelijk gemotiveerd verweer gevoerd.

3.3 De Ondernemingskamer zal deze verweren voor zover nodig hierna beoordelen.

Ontvankelijkheid

3.4 Het enquêteverzoek is op 22 oktober 2020 door [E] en [F] namens L2Fiber ingediend. Op grond van artikel 2:346 lid 1, aanhef en onder d BW is de vennootschap bevoegd een verzoek in te dienen tot het instellen van een onderzoek naar haar eigen beleid en gang van zaken. Daarbij geldt dat de vennootschap bij het indienen van dat verzoek rechtsgeldig vertegenwoordigd moet worden.

3.5 Uit de notulen van de bestuursvergadering van 16 oktober 2020 blijkt dat [D] en [F] door het bestuur van L2Fiber zijn geschorst als uitvoerende bestuurders van L2Fiber. Anders dan [E] en [F] hebben betoogd kan geen misverstand hebben bestaan dat daarmee beoogd en bedoeld werd [E] en [F] als uitvoerende bestuurders te schorsen. Dit is bij brief van 19 oktober 2020 nog eens formeel bevestigd. Op grond van artikel 15.2 van de statuten komt aan het bestuur van L2Fiber te allen tijde de bevoegdheid toe de uitvoerende bestuurders te schorsen. Bij die stand van zaken gaat de Ondernemingskamer er van uit dat [E] en [F] op 16 oktober 2020 rechtsgeldig zijn geschorst als uitvoerende bestuurders en dat zij op 22 oktober 2020 niet langer bevoegd waren om L2Fiber te vertegenwoordigen. Dit brengt mee dat [E] en [F] op 22 oktober 2020 niet bevoegd waren om namens L2Fiber het onderhavige enquêteverzoek in te dienen, zodat als uitgangspunt heeft te gelden dat L2Fiber daarin niet ontvankelijk is.

3.6 Op dit uitgangspunt kan evenwel een uitzondering worden aanvaard indien in de gegeven omstandigheden aan de vennootschap in redelijkheid geen beroep op het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt omdat dit zou leiden tot een onaanvaardbare

doorkruising van een juiste werking van het enquêterecht.

3.7 [E] en [F] hebben in dat verband aangevoerd dat de reden waarom zij zijn geschorst als uitvoerende bestuurders van L2Fiber een gegronde reden oplevert om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken, omdat door de niet uitvoerende bestuurders met die schorsing met name werd beoogd te verhinderen dat [E] en [F] namens L2Fiber een enquêteverzoek zouden indienen en de Ondernemingskamer zouden verzoeken onmiddellijk ke voorzittingen te treffen.

3.8 De Ondernemingskamer overweegt als volgt. Uit de hiervoor weergegeven feiten blijkt dat het bestuur van L2Fiber op 31 augustus 2020, bij meerderheid heeft besloten om in verband met de precaire financiële positie, het proces van verkoop van de activa van de vennootschap in gang te zetten. In de bestuursvergadering van 15 september 2020 is besloten dat zowel Primevest als KPN de gelegenheid zou worden geboden een bod uit te brengen en dat daartoe een *data room* voor een *due diligence* onderzoek zou worden ingericht. Over de uitvoering van dat besluit is onenigheid ontstaan. In verband daarmee is voor 25 september 2020 een bestuursvergadering aangekondigd, waarbij blijkens de agenda de positie van de uitvoerende bestuurders ter discussie zou worden gesteld. Ter vergadering van 25 september 2020 is een compromis bereikt, hebben alle bestuurders zich geëngelijkt aan het verkoopproces en hebben [E] en [F] op verzoek van de niet uitvoerende bestuurders verklaard dat zij uitvoering zullen geven aan de bestuursbesluiten ter zake van het verkoopproces.

3.9 Voorafgaand aan de vergadering van 16 oktober 2020 heeft [A] de uitvoerende bestuurders laten weten dat opnieuw niet werd meegewerkt aan het verkoopproces, omdat niet de gegevens over alle activa in de *data room* waren geplaatst. Ter vergadering van 16 oktober 2020 is een en ander besproken en heeft het bestuur bij meerderheid besloten dat alle activa onderdeel zijn van het verkoopproces en dat alle daarop betrekking hebbende gegevens in de *data room* geplaatst moeten worden. [E] en [F] hebben laten weten dat zij daar niet aan zouden meewerken. [D] heeft aangekondigd de gang naar de Ondernemingskamer te maken als de uitvoerende bestuurders gedwongen zouden worden het besluit van het bestuur uit te voeren. De niet uitvoerende bestuurders hebben daarop meegedeeld dat de uitvoerende bestuurders bij herhaling weigeren zich te houden aan bestuursbesluiten en daarmee de voortgang van het verkoopproces blokkeren en om die reden kunnen worden geschorst. Desgevraagd hebben de uitvoerende bestuurders opnieuw laten weten dat zij de ge-

gevens met betrekking tot de ontbrekende activa niet aan de *data room* zouden toevoegen. Daarop zijn zij, overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.2 van de statuten, door het bestuur van L2Fiber geschorst.

3.10 De Ondernemingskamer is van oordeel dat uit deze gang van zaken blijkt dat, zoals ook in de notulen is vermeld, het besluit tot schorsing van de uitvoerende bestuurders is genomen om te voorkomen dat de voortgang van het verkoopproces verder zou worden geblokkeerd. Het besluit is in zoverre in lijn met de gebeurtenissen die ten grondslag lagen aan de voor de bestuursvergadering van 25 september 2020 al aangekondigde maatregelen. Daarbij komt dat op 16 oktober 2020 de noodzaak om het verkoopproces niet verder te laten vertragen nog werd versterkt door het feit dat KPN en Primevest uiterlijk op 21 oktober 2020 een definitieve bieding zouden moeten doen. De omstandigheid dat [D] in de vergadering van 16 oktober 2020, voorafgaand aan het besluit tot schorsing had aangekondigd dat zo nodig een procedure bij de Ondernemingskamer zou worden gestart, maakt dat niet anders. Daarbij is van belang dat L2Fiber Holding als 20% aandeelhouder van L2Fiber ook zelf gerechtigd was en is een enquêteverzoek in te dienen, zodat de schorsing van de uitvoerende bestuurders de aangekondigde gang naar de Ondernemingskamer ook niet had kunnen voorkomen.

3.11 Het voorgaande brengt mee dat niet kan worden aangenomen dat de schorsing van [E] en [F] op 16 oktober 2020 bedoeld was om te voorkomen dat zij namens L2Fiber het onderhavige enquêteverzoek zouden doen. Onder deze omstandigheden is niet gebleken dat sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van een juiste werking van het enquêterecht. Dit betekent dat L2Fiber c.s. zich met succes erop kunnen beroepen dat [E] en [F] niet bevoegd waren om namens L2Fiber het onderhavige enquêteverzoek in te dienen, zodat L2Fiber daarin niet ontvankelijk is.

Ten overvloede

3.12 De Ondernemingskamer overweegt ten overvloede het volgende.

3.13 Tussen partijen is niet in geschil dat de financiële toestand van L2Fiber precair is. Begin 2019 was duidelijk dat als gevolg van de problemen met [I] de aanleg van het glasvezelnetwerk ernstig was vertraagd. Het aantal op het netwerk aangesloten woningen bleef ver achter bij de verwachtingen met als gevolg dat de voor verdere *drawdowns* onder de *loan agreement* vereiste *take rate* bij lange na niet gehaald werd. Onder die omstandigheden was Pendragon niet gehouden verdere leningen te verstrekken terwijl L2Fiber nagenoeg geen andere bron van inkomsten had.

3.14 [C] heeft in april 2019 aangekondigd dat Pendragon geen verdere financieringen zou verstrekken. [E] en [F] is de gelegenheid geboden, om in samenwerking met Green Giraffe alternatieve financiering voor L2Fiber te vinden, in de vorm van het aantrekken van een nieuwe investeerder of aandeelhouder. Zij hebben KPN en Primevest benaderd die echter niet geïnteresseerd bleken in een investering in L2Fiber, maar slechts in een overname van de activa van de vennootschap. In maart 2020 werd duidelijk dat een verdere voortzetting van de onderneming van L2Fiber zonder aanvullende financiering niet mogelijk zou zijn. Hierop is tussen L2Fiber Holding en [C] nog gesproken over een mogelijke verkoop van de aandelen aan L2Fiber Holding of een derde, maar ook daarvoor is geen financiering gevonden.

3.15 Pendragon heeft daarop [A] ingeschakeld om te bezien of er mogelijkheden waren de problemen bij L2Fiber het hoofd te bieden. [A] heeft op 24 juni 2020 aan het bestuur een plan voorgelegd met drie mogelijkheden: 1) verkoop van de aandelen, 2) liquidatie van de vennootschap en 3) verkoop van het passieve netwerk, waarbij de derde mogelijkheid de te verkiezen optie zou zijn. In dat kader heeft [A] gesproken met Primevest dat eerder al door Green Giraffe was benaderd. Primevest heeft op 8 juli 2020 aan [A] een *non-binding offer* gestuurd waarin niet alleen het passieve netwerk en de voorraad betrokken zouden worden maar ook de mogelijkheid zou worden onderzocht om het zogenaamde actieve netwerk en de aansluitingen aan T-Mobile over te dragen.

3.16 Op 24 juli 2020 heeft Pendragon aangekondigd gebruik te zullen maken van haar bevoegdheid om drie niet uitvoerende bestuurders van L2Fiber te benoemen. Op 3 augustus 2020 is van KPN een *non-binding offer* voor het passieve netwerk en de voorraad ontvangen. Op 6 augustus 2020 heeft [A] het *non-binding offer* van Primevest van 8 juli 2020 doorgestuurd aan [E] en [F]. Op 12 augustus 2020 heeft Pendragon [A], [B] en [C] benoemd tot niet uitvoerende bestuurders van L2Fiber.

3.17 Op 31 augustus 2020 heeft een bestuursvergadering van L2Fiber plaatsgevonden. De financiële toestand van L2Fiber was op dat moment aldus dat zij nagenoeg geen inkomsten had en geen toegang had tot externe financiering, zodat zij een verdere aanleg van het glasvezelnetwerk en de aansluitingen van de woningen niet zou kunnen betalen en het vooruitzicht bestond dat zij op korte termijn niet meer aan haar lopende verplichtingen zou kunnen voldoen. Bij die stand van zaken resteerde geen andere keuze dan een verkoop van de activa van de vennootschap waarbij, als gevolg van het bepaalde in artikel 4 van de *loan agreement*, de door Pendragon verstrekte le-

ning geheel opeisbaar zou worden. [E] en [F] hebben een alternatief *business plan* gepresenteerd waarbij de opbrengst van de verkoop van het passieve netwerk gebruikt zou worden om de aanleg van een volgend deel van het glasvezelnetwerk te financieren. Pendragon heeft daar niet mee willen instemmen. Alternatieve financiering van het *business plan* was niet beschikbaar. Hierop is besloten het proces van een verkoop van de activa aan KPN of Primevest in gang te zetten en is [E] en [F] de gelegenheid geboden alsnog een mogelijk alternatief uit te werken en daarvoor financiering te vinden. Zij zijn daarin niet geslaagd.

3.18 Op 15 september 2020 heeft het bestuur van L2Fiber besloten dat KPN en Primevest gevraagd zouden worden een definitieve bieding op de activa te doen, waarna op 25 september 2020 unaniem is besloten dat daarvoor een *data room* zou worden ingericht. Nadat bleek dat [E] en [F] niet bereid waren ook de gegevens over het actieve deel van het netwerk aan de *data room* toe te voegen, zijn zij geschorst.

3.19 De Ondernemingskamer is van oordeel dat tegen deze achtergrond niet kan worden aangenomen dat de niet uitvoerende bestuurders hebben gehandeld in strijd met het belang van de vennootschap door aan te sturen op de verkoop van alle activa en de liquidatie van L2Fiber. Gelet op het feit dat L2Fiber nagenoeg geen inkomsten had en geen toegang had tot de voor een verdere aanleg van het glasvezelnetwerk en de aansluitingen van de woning benodigde externe financiering, terwijl het vooruitzicht bestond dat L2Fiber op korte termijn niet meer aan haar lopende verplichtingen zou kunnen voldoen en bij verkoop van het merendeel van de activa van de vennootschap de door Pendragon verstrekte lening geheel opeisbaar zou worden en ook voor het door de uitvoerende bestuurders aangedragen alternatieve *business plan* geen financiering beschikbaar was, bestond eind augustus 2020 geen realistisch vooruitzicht meer op een succesvolle voortzetting van de door L2Fiber gedreven onderneming. Bij die stand van zaken hebben de niet uitvoerende bestuurders in redelijkheid kunnen besluiten dat het belang van de vennootschap het best gediend werd met een gecontroleerde verkoop van alle activa tegen een zo hoog mogelijke opbrengst.

3.20 Evenmin is gebleken dat de niet uitvoerende bestuurders in strijd met de *shareholders agreement* en de statuten hebben gehandeld door zich actief met het beleid van L2Fiber te bemoeien. De *shareholders agreement* en de statuten bepalen dat de uitvoerende bestuurders belast zijn met de dagelijkse leiding van de vennootschap en verder de verplichtingen en verantwoordelijkheden hebben die voortvloeien uit de statuten en de wet. De

niet uitvoerende bestuurders houden volgens de statuten toezicht op zowel het management en de uitvoering van taken als op de dagelijkse bedrijfsvoering van de vennootschap. Uit de wetsgeschiedenis volgt evenwel dat de taken van de niet uitvoerende bestuurder als bedoeld in artikel 2:239a BW meeromvattend zijn dan het houden van toezicht en advisering. De niet uitvoerende bestuurders dragen bestuursverantwoordelijkheid. Zij zijn meer dan commissarissen actief betrokken bij het algemene beleid van de vennootschap; zij zijn betrokken bij de besluitvorming van het bestuur over – en zijn verantwoordelijk voor – de algemene beleidslijnen (Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 763, nr. 6, p. 4). Vanuit die taakopvatting is het begrijpelijk dat de niet uitvoerende bestuurders zich vanaf hun benoeming per 12 augustus 2020 actief hebben bezighouden met de aanpak van en het zoeken naar een oplossing voor de bij L2Fiber gerezen problemen. De in dat kader te maken fundamentele keuzes omtrent de continuering van de door de vennootschap gedreven onderneming behoren immers bij uitstek tot het algemene beleid van de vennootschap en daarmee tot de verantwoordelijkheid van de niet uitvoerende bestuurders.

3.21 Voor zover de bezwaren zien op het handelen van [A] voordat hij tot niet uitvoerende bestuurder van L2Fiber werd benoemd, geldt dat hij in die periode is opgetreden als adviseur van Pendragon – grootaandeelhouder van L2Fiber – dan wel [C] als *ultimate beneficial owner* van Highland. In die hoedanigheid stond het [A] in beginsel vrij om ter behartiging van de belangen van zijn opdrachtgever de mogelijke oplossingen voor de bij L2Fiber gerezen problemen te onderzoeken en in dat kader gesprekken te voeren met eventuele investeerders of geïnteresseerden in een mogelijke verkoop van de activa van L2Fiber. Dat hij daarbij namens L2Fiber toezeggingen zou hebben gedaan of verplichtingen zou zijn aangegaan is niet gebleken. Het bestuur van L2Fiber is door [C] op de hoogte gesteld van de betrokkenheid van [A] en hij heeft zijn bevindingen op 24 juni 2020 in een plan aan het bestuur gepresenteerd. Verder geldt dat [A] het bestuur van L2Fiber tijdig voor zijn benoeming tot niet uitvoerende bestuurder op de hoogte heeft gesteld van het van Primevest op 8 juli 2020 ontvangen *non-binding offer*. Verder is niet gebleken dat [A] of een van de andere niet uitvoerende bestuurders L2Fiber voor of na 12 augustus 2020, met voorbijgaan van de uitvoerende bestuurders hebben vertegenwoordigd. Uit het verzoekschrift blijkt ook niet om welke specifieke vertegenwoordigingshandelingen van de niet uitvoerende bestuurders het zou gaan. De stellingen van L2Fiber zijn in zoverre onvoldoende concreet.

3.22 L2Fiber heeft verder betoogd dat de niet uitvoerende bestuurders en Pendragon als meerderheidsaandeelhouder hun positie misbruiken om de belangen van Highland en Pendragon te behartigen en de belangen van L2Fiber te schaden. Ook dit slaagt niet. Zoals hiervoor is overwogen was in maart 2020 duidelijk dat voortzetting van de onderneming van L2Fiber zonder aanvullende financiering niet mogelijk zou zijn en dat Pendragon die financiering niet zou verstrekken. De uitvoerende bestuurders hebben vervolgens geprobeerd nieuwe investeerders aan te trekken maar zij zijn daar niet in geslaagd. Ook voor het op 31 augustus 2020 gepresenteerde alternatieve *business plan* is geen financiering gevonden. Aldus bestond eind augustus 2020 geen realistisch vooruitzicht meer op een succesvolle voortzetting van de door L2Fiber gedreven onderneming en restte nog slechts de mogelijkheid om in het belang van de vennootschap te besluiten tot een gecontroleerde verkoop van alle activa tegen een zo hoog mogelijke opbrengst, teneinde daarmee een zo groot mogelijk deel van de crediteuren te betalen. In zoverre liepen de belangen van L2Fiber en haar grootste financier Pendragon bij het besluit om het verkoopproces voor de activa in gang te zetten dan ook parallel. Tegen deze achtergrond kan niet worden aangenomen dat, zoals L2Fiber stelt, [C] als *ultimate beneficial owner* van Highland – en daarmee van Pendragon als grootste financier van L2Fiber – en [B] als bestuurder van Pendragon bij de verkoop van de activa een (persoonlijk) belang hadden dat tegenstrijdig was aan het belang van de vennootschap. L2Fiber heeft nog gesuggereerd dat [A] een persoonlijk belang zou hebben bij een verkoop aan Primevest en dat hij om die reden daarop zou hebben aangestuurd. Nadat [A] dit uitdrukkelijk heeft betwist is het echter bij een herhaalde niet onderbouwde suggestie gebleven. Ook in zoverre is dus niet gebleken dat de niet uitvoerende bestuurders een persoonlijk belang hadden de bij de verkoop van de activa dat strijdig was met het belang van de vennootschap.

3.23 Verder geldt dat [C], althans Pendragon, de uitvoerende bestuurders vanaf april 2019 alle tijd en gelegenheid heeft geboden om met een alternatieve oplossing te komen die L2Fiber in staat zou stellen om haar bedrijfsvoering, al dan niet in afgeslankte vorm voort te zetten. Zij zijn er uiteindelijk niet in geslaagd om de daarvoor benodigde financiering aan te trekken. Dat geldt ook voor de wens van de uitvoerende bestuurders om het actieve netwerk voor L2Fiber te behouden. L2Fiber heeft niet betwist dat voor de voldoening van de kosten die gemoeid zijn met de voortzetting van dat onderdeel van de onderneming van L2Fiber geen financiële middelen beschikbaar zijn. Dat

de niet uitvoerende bestuurders misbruik van hun bevoegdheid hebben gemaakt door in strijd met het belang van de vennootschap ten behoeve van Pendragon op zo kort mogelijke termijn een verkoop van de activa te bewerkstelligen is in het licht van het voorgaande eenvoudiger niet gebleken.

3.24 L2Fiber heeft niet verder toegelicht op welke wijze Pendragon haar positie als meerderheidsaandeelhouder zou misbruiken. De Ondernemingskamer merkt daarbij nog op dat L2Fiber Holding in de aandeelhoudersvergadering van 9 oktober 2020 met succes gebruik heeft gemaakt van de haar toekomende blokkerende stem ter zake van de goedkeuring van de voorgenomen verkoop van de activa, zodat ook niet goed valt in te zien welk misbruik L2Fiber bedoelt.

3.25 Ten aanzien van de schorsing van de niet uitvoerende bestuurders overweegt de Ondernemingskamer ten slotte dat in het licht van de daaraan voorafgaande discussie en de inmiddels ontstane situatie op 16 oktober 2020 van de uitvoerende bestuurders mocht worden verwacht dat zij uitvoering zouden geven aan het besluit van het bestuur om het verkoopproces in gang te zetten om alle activa van de vennootschap tegen een zo hoog mogelijke opbrengst te verkopen en om in dat kader ook de gegevens over het actieve netwerk aan de *data room* toe te voegen. Toen de uitvoerende bestuurders vervolgens weigerden om aan dat besluit uitvoering te geven heeft het bestuur van L2Fiber redelijkerwijs kunnen besluiten om [E] en [F] als uitvoerende bestuurders van L2Fiber te schorsen, om een verdere vertraging van het verkoopproces te voorkomen. Ook dat besluit levert derhalve geen gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van L2Fiber.

3.26 Uit het voorgaande volgt dat het verzoek van L2Fiber, ook indien zij daarin wel zou kunnen worden ontvangen, op de daartoe aangedragen gronden niet toewijsbaar is.

Conclusie

3.27 De Ondernemingskamer zal L2Fiber niet ontvankelijk verklaren in haar verzoek. De Ondernemingskamer zal nu geen van partijen daarom heeft verzocht geen proceskostenveroordeling uitspreken.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

verklaart L2Fiber Rotterdam B.V. niet ontvankelijk in haar verzoek.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. C.C. Meijer en mr. M.P. Nieuwe Weme, raadsheren, en drs. J.S.T. Tiemstra RA en prof. dr. A.J.C.C.M. Loonen, in tegenwoordigheid van mr. F.L.A. Straathof en mr. P.H.M. Broere, griffiers, en uitgesproken ter

openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 5 november 2020 en op schrift gesteld op 13 november 2020.

RO 2021/13

HOF DEN HAAG

24 november 2020, nr. 200.252.542/01

(Mrs. J.W. Frieling, B.J. Lenselink, M.M. Kruitthof)

Art. 2:9 BW

RN 2021/14

ECLI:NL:GHDHA:2020:2119

Bestuurdersaansprakelijkheid. Financiële steun. Handelt een bestuurder ernstig verwijtbaar door de vennootschap een banklening van de aandeelhouder te laten aflossen, waarbij de vennootschap een vordering uit rekening courant op de aandeelhouder verkrijgt?

Een overleden bestuurder (de Bestuurder) hield 100% van de aandelen in Bell Marketing Holding B.V. (Holding). Deze vennootschap verwierf in juli 2000 de aandelen in Bell Services Nederland BV (Bell Service) die op haar beurt 100% van de aandelen hield in Bell Marketing B.V. (Bell Marketing). Na 2004 hield Holding de aandelen in Bell Marketing direct. De Bestuurder was – al dan niet tezamen met anderen – in de periode juli 2000 tot 31 juli 2010 indirect bestuurder van Bell Marketing. Na die datum was de vader van de Bestuurder (de Vader) de enig indirect bestuurder van Bell Marketing. In 2000 verwierf Holding een lening van de ABN Amro Bank van (nu) € 2,3 miljoen tot verkrijging van de aandelen in Bell Service. Zowel de Bestuurder als Vader hadden zich persoonlijk borg gesteld tot terugbetaling van de lening. Holding had geen andere activiteiten of inkomsten anders dan, uiteindelijk, het houden van de aandelen in Bell Marketing en was voor afbetaling van haar schuld aan de bank in beginsel afhankelijk van dividenduitkeringen van Bell Marketing. In plaats daarvan betaalde Bell Marketing direct rente en aflossing van de geldlening van Holding, aan de bank. Vader verhuurde een bedrijfspand aan Bell Marketing, waarbij de huurtermijnen door Bell Marketing werden opgeschort. Bell Marketing is op 15 februari 2011 failliet verklaard. In totaal bedroeg de huurschuld aan Holding per datum faillissement ruim € 1,3 miljoen. De curator stelt een vordering in jegens de bank, de Vader en diens vennootschappen en de Bestuurder, waarop een schikking volgt met alle partijen behalve Bestuurder. Onderdeel van de schikking was dat Vader afstand deed van de huurvordering. Het tekort in faillissement bedroeg vervolgens nog € 373.053,23. De curator