

Deze toevoeging komt niet voor in het arrest *Van der Werff q.q./BLG* (HR 8 juni 2007, NJ 2007/419 (*Van der Werff q.q./BLG*)). De Hoge Raad herhaalt daarin de maatstaf uit *Ontvanger/Hamm q.q.*, en geeft aan dat de vergissing niet steeds aanstonds en op het eerste gezicht aan de curator duidelijk moet zijn. Zij moet echter als zodanig wel door de curator – handelend zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht en behoorlijk is geïnformeerd – zonder enige twijfel op grond van door de betalende partij verstrekte gegevens dan wel, als daartoe (nog) aanleiding bestaat, na eigen onderzoeken zijn te herkennen, ook al zal met een en ander enige tijd gemoeid kunnen zijn.

In dit arrest komt het voornoemde aan de orde. Een korte samenvatting van de feiten. CZ Zorgkantoor betaalde de door haar toegekende persoonsgebonden budgetten (PGB's) aan PGB-houders met wie zij een PGB-overeenkomst was aangegaan. Raad & Daad exploiteerde een instelling voor thuisbegeleiding. Een aantal bij CZ Zorgkantoor verzekerde PGB-houders maakte gebruik van de diensten van Raad & Daad. Raad & Daad sloot daartoe zorgovereenkomsten met PGB-houders. In deze overeenkomsten werd Raad & Daad aangewezen als gemachtigde voor de rekeningen waarop de voorschotten door CZ Zorgkantoor werden betaald. Raad & Daad heeft ten behoeve van de betaling van de PGB-gelden bankrekeningen geopend op naam van "Raad en Daad inzake [naam PGB-houder]". De PGB-gelden werden door CZ Zorgkantoor op de desbetreffende bankrekening betaald. Deze handelwijze was fraudegevoelig, vandaar dat in 2009 wettelijk verplicht werd dat een zorgkantoor voorschotten uitsluitend op een bankrekening van de PGB-houder of diens wettelijk vertegenwoordiger mocht overmaken. CZ Zorgkantoor heeft haar betalingsbeleid aangepast, zij het dat voor de aan haar bekende budgethouders, waaronder Raad & Daad, de werkwijze in 2009 nog werd voortgezet. Raad & Daad ging 30 december 2009 failliet. Binnen twee weken na de faillietverklaring betaalt CZ Zorgkantoor drie keer in totaal bijna € 173.500,= op de inzake-rekeningen van Raad & Daad. CZ Zorgkantoor vindt deze drie betalingen onmiskenbare vergissingen. Zij vordert het geld terug, omdat sprake zou zijn van een superpreferente boedelvordering. De curator weigert dit en zowel de rechtbank, het hof, als de Hoge Raad steunen de curator.

In cassatie probeert CZ Zorgkantoor een beroep te doen op zowel de onmiskenbare vergissing als op een voor de toepassing van de Faillissementswet met een onmiskenbare vergissing op één lijn te stellen oorzaak van de onverschuldigde betaling. Dit slaagt niet, omdat CZ Zorgkantoor tegen een uitleg van een grief in cassatie geen klacht heeft gericht. Volgens A-G Rank-Berenschot zou er overigens ook geen sprake zijn van een met een onmiskenbare vergissing op één lijn te stellen oorzaak van de onverschuldigde betaling.

In dit arrest bevestigt de Hoge Raad de leer omtrent de onmiskenbare vergissing. De vraag blijft echter wat nu de rechtvaardiging is voor deze uitzondering. Als er één dag voor faillissement onverschuldigd wordt betaald, dan is er sprake van een concurrente vordering. Als een curator betaling vordert van een derde en deze derde betaalt op grond van een vonnis (al dan niet onder dreiging door de curator met executiemaatregelen) en dit vonnis wordt nadien vernietigd, dan is sprake van een concurrente boedelvordering. Waarom dan dit onderscheid met een onmiskenbare vergissing? De uitkomst is in de andere genoemde situaties soms toch ook niet billijken. Moet maatschappelijke betamelijkheid nu leidend zijn? Echter, dat is een open norm die steeds anders zal worden ingekleurd. Waarom wordt er niet voor één lijn gekozen, te weten dat men bij een onverschuldigde betaling gedurende een faillissement altijd een

concurrente boedelvordering hebt? Het gemaakte onderscheid is nauwelijks te rechtvaardigen. Dat geldt nog eens temeer omdat de scheidslijn tussen een normale vergissing en een onmiskenbare vergissing dun is. Ook na lezing van dit arrest was een andere uitkomst denkbaar. Het gaat hier immers wel om kort na de faillietverklaring gedane betalingen. Deze betalingen zijn gedaan enkele dagen nadat het gewijzigde betalingsbeleid bij CZ Zorgkantoor geëffectueerd had moeten zijn. Per ongeluk is dat niet gebeurd en wordt er op de in het systeem genoteerde bankrekening betaald, zoals al vele malen eerder is gebeurd. Er zijn curatoren die in deze situatie niet de strijd aangaan, maar gewoon het betaalde terugstorten. Het lot van de derde kan dus ook nog eens afhangen van de bereidwilligheid van de curator. Kortom, het lijkt ons in navolging van onder meer Kortmann en Verstijlen aan te raden dat de leer van de onmiskenbare vergissing nog eens wordt heroverwogen.

Het arrest van het hof wordt echter wel vernietigd. Het hof oordeelde ten aanzien van de subsidiaire vordering van CZ Zorgkantoor, te weten dat sprake is van een normale boedelvordering, dat CZ Zorgkantoor geen belang had, nu de toestand van de boedel zodanig was dat uit het beschikbare actief niet de algemene faillissementskosten en de preferente boedelvorderingen kunnen worden voldaan zodat betaling van de boedelvordering niet mogelijk was. De Hoge Raad vindt dat het hof hierbij ten onrechte niet haar oordeel heeft beperkt tot de toestand van de boedel op het tijdstip van het wijzen van zijn arrest. Beslissend is de toestand van de boedel op het tijdstip dat de slotuitdeling plaatsvindt. Maar hoe moet dit nu praktisch? Moet de uitdelingslijst dan al zijn goedgekeurd door de rechter-commissaris (art. 183 Fw) of moet de uitspraak plaatsvinden in een eerder stadium? Zo ja, hoe is dan zeker hoe de slotuitdeling zal zijn? Dit is op grond van dit arrest niet helder. Wel duidelijk is dat de Hoge Raad deze route voor ogen heeft, dit overigens wel in afwijking van de A-G.

Kortom, in dit arrest lezen we een bevestiging van een al langer geldende leer, maar vraagtekens bij deze leer blijven, ook na lezing van dit arrest, bestaan.

E.A. van de Kuilen  
N.R.M. Huijben

AKD advocaten en notarissen

1162

216

Gerechtshof Amsterdam  
21 januari 2014, nr. 200.126.599-01  
ECLI:NL:GHAMS:2014:91  
(mr. Hoekzema, mr. Tromp, mr. Hofmeijer-Rutten)  
Noot R.A. Wolf onder «JIN» 2014/217

**Besluitvorming. Vernietiging van besluit van BV. Betrokkene ex art. 2:8 BW.**

**De houder van een winstcertificaat moet worden beschouwd als betrokkene bij de BV in de zin van art. 2:8 BW.**

[BW art. 2:8, 2:15]

*Het gaat hier om vernietiging van een besluit van de AvA als orgaan van de BV als bedoeld in art. 2:15 lid 1 aanhef en onder b BW. Vereist is dus dat [appellant] aangemerkt kan worden als een betrokkene bij de organisatie van de BV als bedoeld in art. 2:8 lid 1*

BW. RBOC bestrijdt dat aan die eis is voldaan, doch tevergeefs, gelet op het volgende.

Tussen partijen staat vast dat tussen de Stichting en de BV sprake was van een vergaande mate van verwevenheid. De Stichting hield tot voor kort honderd procent van de aandelen in de BV. Het Reglement voorzag, voor de nu nog relevante lening 2, in een lening aan de Stichting, waarvan de omvang afhing van het arbeidsverleden van de participanten. Iedere participant verkreeg een certificaat, dat recht gaf op betaling van een deel van de winst van de BV. Die winst werd uitgekeerd aan de Stichting als enige aandeelhouder van de BV. De statuten van de Stichting voorzagen in een (ten minste) driekoppig bestuur, waarvan bestuurder A werd benoemd door de vergadering van houders van Winstcertificaten, bestuurder B door de directie van de BV, en bestuurder C door de andere bestuurders tezamen.

Dat [appellant] (financieel) belang heeft bij vernietiging van dit besluit vloeit rechtstreeks voort uit de regeling aangaande de uitkering. Het Reglement bepaalt immers in art. 5 onder 5 dat de participanten gerechtigd zijn tot het gedeelte van de winst van de BV dat voor verdeling over de participanten in aanmerking komt. De AvA heeft de jaarrekening vastgesteld en daaruit volgt hoe groot de winst is. Als – naar [appellant] stelt – ten onrechte ten laste van de winst een voorziening is getroffen voor dubieuze debiteuren, dan raakt dat direct het financiële belang van [appellant]. In die omstandigheden moet [appellant] als houder van een winstcertificaat naar het oordeel van het hof worden beschouwd als betrokkene bij de BV in de zin van art. 2:8 BW.

[Appellant], wonend te [woonplaats],  
appellant,  
advocaat: mr. F.P. Klaver te Alkmaar,  
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid RBOC “Fort Markenbinnen” BV, gevestigd te Markenbinnen, gemeente Graft-De Rijp,

2. de stichting Stichting RBOC “Fort Markenbinnen”, gevestigd te Markenbinnen, gemeente Graft-De Rijp, geïntimeerden,  
advocaat: mr. R.F. Goemans te Amsterdam.

Partijen worden [appellant] en RBOC (geïntimeerden samen) dan wel de BV en de Stichting genoemd.

## Hof:

### 1 Het geding in hoger beroep

[appellant] is bij dagvaarding van 16 januari 2013 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Alkmaar van 31 oktober 2012, gewezen tussen [appellant] als eiser en RBOC als gedaagden.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, met een productie.

[appellant] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog, uitvoerbaar bij voorraad, de gewijzigde vordering zal toewijzen met beslissing over de proceskosten.

RBOC heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, eventueel met verbetering van gronden, en met veroordeling van [appellant] in de proceskosten in beide instanties met rente, uitvoerbaar bij voorraad.

Beide partijen hebben bewijs van hun stellingen aangeboden. Partijen hebben de zaak ter zitting van 15 november 2013 door hun voornoemde advocaten doen bepleiten, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

## 2 Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.11 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt.

## 3 Beoordeling

3.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

3.1.1 Het voormalig Regionaal Opleidingscentrum Brandweer, waarbij [appellant] destijds werkzaam was, is enige tijd geleden geprivatiseerd; RBOC – zowel de Stichting als de BV – is in dat kader opgericht per 15 november 2002. Op het moment van oprichting is de Stichting enig aandeelhouder van de BV geworden. Bij de oprichting is in de statuten van de Stichting bepaald dat één van de minimaal drie bestuurders van de Stichting wordt benoemd door de directie van de BV. [appellant] heeft bij de Stichting en de BV diverse (bestuurs)taken vervuld.

3.1.2 In het kader van de voortzetting van de activiteiten van het RBOC heeft [appellant] (net als enige andere werknemers van het voormalige Regionaal Opleidingscentrum Brandweer) aan de Stichting twee leningen verstrekt. Lening 1 is inmiddels terugbetaald. De vergoeding voor lening 2 geschiedt, ingevolge het daartoe opgestelde Reglement winstcertificaten RBOC Fort Markenbinnen (hierna het Reglement of het Winstcertificaten-Reglement), door middel van Winstcertificaten, die recht geven op een deel van de te verdelen winst van de BV. Het Winstcertificaten-Reglement gaf [appellant] recht op deze uitkering tot 1 april 2015.

3.1.3 Tussen [appellant] en RBOC zijn diverse conflicten ontstaan, onder meer over de arbeidsovereenkomst van [appellant], de ontvlechting van de Stichting en de BV en wat daarmee samenhangt en de bewoning door [appellant] van een huurwoning op het fort. Bij gelegenheid van een kort gedingzitting op 7 april 2010 is, ter beslechting van (een deel van) die conflicten, tussen (onder meer) de partijen in de onderhavige procedure een vaststellingsovereenkomst gesloten, die voor zover van belang als volgt luidt: “(...) 4. Het bestaande Winstcertificaten-Reglement zal jegens [appellant] als medecertificaathouder door gedaagden (onder meer RBOC, opm. hof) worden gerespecteerd.(...)”

3.1.4 Ter vergadering van de houders van Winstcertificaten d.d. 14 maart 2011, alwaar [appellant] aanwezig was, is het voorgenomen besluit van het bestuur van de Stichting tot opheffing van het Winstcertificaten-Reglement besproken. Bij brief van 11 mei 2011 aan de participanten heeft de Stichting laten weten dat zij heeft besloten lening 2 terug te betalen en daarna het Reglement op te heffen.

3.1.5 Bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) van de BV d.d. 1 november 2010 is de jaarrekening voor 2009 vastgesteld; daarin is een voorziening voor dubieuze debiteuren ad € 42.563,= opgenomen.

3.1.6 Op 4 januari 2011 en 19 mei 2011 zijn de statuten van de Stichting gewijzigd; met de wijziging van de tekst per 4 januari 2011 is het mogelijk gemaakt dat de besluitvorming door het Stichtingsbestuur ook kan plaatsvinden als in het Stichtingsbestuur een vacature bestaat.

3.2 In eerste aanleg vorderde [appellant], kort samengevat, na wijziging van eis en voor zover nu nog van belang, onder i vernietiging van het onder 3.1.5 bedoelde besluit, onder ii nietigverklaring dan wel vernietiging van het onder 3.1.4 bedoelde besluit en onder iii onder meer veroordeling van RBOC tot betaling aan [appellant] van een winstuitkering conform het Reglement over de jaren vanaf 2006 en tot verhoging van de

jaarwinst over 2009 met € 42.563,=, een en ander op straffe van een dwangsom.

De rechtbank heeft alle vorderingen afgewezen. Daartegen komt [appellant] met acht grieven op. Hij stelt dat de rechtbank vrijwel geheel aan de vaststellingsovereenkomst waarvan [appellant] nakoming vraagt voorbij is gegaan (grief I). De grieven II tot en met V zien, daarop voortbouwend, in het bijzonder op het afschaffen van het Reglement, grief VI ziet op de vaststelling van de jaarrekening 2009, grief VII op het besluit tot wijziging van de statuten d.d. 4 januari 2011 en grief VIII op de schade.

Het hof zal grief VI eerst behandelen.

#### *Jaarrekening 2009*

3.3. De rechtbank heeft geoordeeld dat [appellant] het benodigde belang bij zijn vordering op dit punt onvoldoende heeft onderbouwd en daarom dit deel van de vordering afgewezen.

[appellant] stelt dat de jaarrekening een post dubieuze debiteuren bevatte die daarin ten onrechte is opgenomen. Het betreft hier, naar tussen partijen vast staat, een voorziening ter grootte van € 42.563,=. Niet alleen betrof het hier een debiteur – Regio BHV Nederland – met wie RBOC al jaren zaken deed en die haar verplichtingen altijd was nagekomen, maar bovendien waren de nota's tot het genoemd bedrag dat openstond op 31 december 2009, ten tijde van het vaststellen van de jaarrekening al voldaan. Er bestond geen (goede) reden de genoemde voorziening te treffen, aldus [appellant].

Dat alle facturen ten tijde van het opstellen van de jaarrekening waren voldaan, is erkend, maar RBOC, althans de BV, verweert zich met de stelling dat Regio BHV Nederland destijds een feitelijke betalingstermijn van 120 dagen in plaats van de afgesproken 14 dagen hanteerde; de opname van de reservering door het bestuur is tegen die achtergrond gerechtvaardigd, terwijl voorts de AVA de jaarrekening heeft goedgekeurd in overeenstemming met alle wettelijke en statutaire regels.

3.4 Het gaat hier om vernietiging van een besluit van de AVA als orgaan van de BV als bedoeld in art. 2:15 lid 1 aanhef en onder b BW. Vereist is dus, dat [appellant] aangemerkt kan worden als een betrokkene bij de organisatie van de BV als bedoeld in art. 2:8 lid 1 BW. RBOC bestrijdt dat aan die eis is voldaan, doch tevergeefs, gelet op het volgende.

Tussen partijen staat vast dat tussen de Stichting en de BV sprake was van een vergaande mate van verwevenheid. De Stichting hield tot voor kort 100% van de aandelen in de BV. Het Reglement voorzag, voor de nu nog relevante lening 2, in een lening aan de Stichting, waarvan de omvang afhing van het arbeidsverleden van de participanten. Iedere participant verkreeg een certificaat, dat recht gaf op betaling van een deel van de winst van de BV. Die winst werd uitgekeerd aan de Stichting als enige aandeelhouder van de BV. De statuten van de Stichting voorzagen in een (tenminste) driekoppig bestuur, waarvan bestuurder A werd benoemd door de vergadering van houders van Winstcertificaten, bestuurder B door de directie van de BV, en bestuurder C door de andere bestuurders tezamen.

Dat [appellant] (financieel) belang heeft bij vernietiging van dit besluit vloeit rechtstreeks voort uit de regeling aangaande de uitkering. Het Reglement bepaalt immers in art. 5 onder 5 dat de participanten gerechtigd zijn tot het gedeelte van de winst van de BV dat voor verdeling over de participanten in aanmerking komt. De AVA heeft de jaarrekening vastgesteld en daaruit volgt hoe groot de winst is. Als – naar [appellant] stelt – ten onrechte ten laste van de winst een voorziening is getroffen voor dubieuze debiteuren, dan raakt dat direct het financiële belang van [appellant].

In die omstandigheden moet [appellant] als houder van een

winstcertificaat naar het oordeel van het hof worden beschouwd als betrokkene bij de BV in de zin van art. 2:8 BW.

3.5 De betreffende jaarrekening waartegen [appellant] zich keert, is niet volledig in de procedure overgelegd. Het hof begrijpt echter dat ten laste van de winst een voorziening is gevormd van € 42.563,=, in de winst- en verliesrekening. Ter onderbouwing van het vormen van deze voorziening heeft de BV verwezen naar de Richtlijnen voor de jaarverslaglegging, editie 2009. Daaruit volgt volgens de BV dat bij de aanwezigheid van “objectieve aanwijzingen voor bijzondere waardeverminderingen” de omvang van het verlies moet worden bepaald en in de winst- en verliesrekening moet worden verwerkt. Als gevolg van de slechte financiële situatie van Regio BHV Nederland BV en de toegenomen betalingstermijn was sprake van een aanwijzing van waardevermindering die deze voorziening ter grootte van de volledige omvang van de openstaande factuur rechtvaardigde, aldus de BV.

Met het risico van oninbaarheid van vorderingen kan rekening worden gehouden als feiten en omstandigheden dit risico voldoende aannemelijk maken. De rechtspersoon heeft daarbij een zekere beoordelingsvrijheid. Die vrijheid is echter niet onbeperkt.

Het gaat in dit geval om een grote debiteur waarmee de BV een duurverhouding heeft. Uit de door de BV gegeven onderbouwing blijkt naar het oordeel van het hof onvoldoende van objectieve aanwijzingen die de oninbaarheid aannemelijk maken. Het enkel oplopen van de betalingstermijn is daartoe onvoldoende. De gestelde “slechte financiële situatie” van de debiteur is verder niet door de BV toegelicht. Dit brengt mee dat de BV de voorziening ten onrechte heeft getroffen. Het besluit tot goedkeuring van de jaarrekening kan daarmee niet in stand blijven.

3.6 Dit kan weliswaar tot toewijzing van de vordering onder i leiden, maar niet tot toewijzing van de vordering onder iii, omdat weliswaar het besluit in kwestie vernietigd dient te worden, maar daarmee nog niet vast staat dat, zoals [appellant] in het slot van zijn vordering sub iii veronderstelt, de jaarwinst over 2009 met dat bedrag toeneemt. Er zal immers opnieuw een besluit moeten worden genomen tot vaststelling van de jaarrekening over het jaar 2009. Op een alternatieve mogelijkheid (tot schadevergoeding) wordt hierna onder 3.12 teruggekomen.

#### *Bestuur onbevoegd*

3.7 Op 14 maart 2011 en op 11 mei 2011, toen het Reglement werd opgeheven dan wel die opheffing werd bevestigd -of het besluit op 14 maart dan wel 11 mei 2011 of nog een ander moment werd genomen kan, als zonder belang voor de in dit geding te nemen beslissing in het midden blijven- was er een vacature in het bestuur van de Stichting. Met grief VII stelt [appellant] aan de orde dat de oorspronkelijke statuten in de weg stonden aan besluitvorming als er een vacature in het bestuur van de Stichting bestaat. Art. 11 lid 1 van de oorspronkelijke tekst luidde “Het bestuur is bevoegd deze statuten te wijzigen. Een dergelijk besluit moet genomen worden met algemene stemmen in een vergadering, waarin alle bestuursleden aanwezig of vertegenwoordigd zijn, zonder dat in het bestuur enige vacature bestaat.” Art. 9 lid 3 van de statuten van de Stichting gaf het bestuur de bevoegdheid om het Reglement op te heffen; artikel 11 lid 1 was op een dergelijk besluit van toepassing.

Op 4 januari 2011 is artikel 11 van de statuten van de Stichting gewijzigd, zodat ook tot wijziging van de statuten en het Reglement kan worden besloten als er een vacature in het bestuur bestaat. Partijen twisten over de vraag of [appellant] nog kan opkomen tegen deze wijziging.

De rechtbank heeft voor zover van belang en kort samengevat

beslist, dat uit de omstandigheid dat de statutenwijziging per 11 januari 2011 kenbaar was uit het Handelsregister voortvloeit, dat de termijn voor vernietiging ex art. 2:15 lid 5 BW eindigde in januari 2012. Nu [appellant] pas op 11 april 2012 vernietiging van het besluit van 4 januari 2011 heeft gevorderd was dat na het einde van de vervaltermijn en dus te laat.

3.8 Het hof is van oordeel dat deze beslissing van de rechtbank juist is. De betreffende vervaltermijn is kort omdat de rechtszekerheid eronder zou lijden als de status van besluiten gedurende lange tijd ongewis zou zijn.

De omstandigheid dat [appellant] op de vergadering van 11 mei 2011 op dit punt een vraag heeft gesteld -kan een besluit tot opheffing van het Reglement genomen worden als er een vacature in het bestuur bestaat?- en de omstandigheid dat het bestuur heeft medegedeeld te menen van wel, maar ook heeft toegezegd daarop nog terug te komen, maken niet dat een beroep op de openbaarmaking van de wijziging die dit mogelijk maakte door vermelding in het Handelsregister naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Niet alleen is bekendmaking op die wijze in het algemeen genoegzaam, maar deze was dat ook in dit geval. Aan [appellant], die immers zelf bestuursposities had bekleed, was bekend of had bekend moeten zijn dat het Handelsregister gegevens op dit punt bevatte. Er is dan ook geen reden om de Stichting haar beroep op het verstreken zijn van de vervaltermijn te ontzeggen.

Met dit oordeel is de aan strijd met de statuten ontleende grief van [appellant] tegen de (op formele gronden) gebrekkige totstandkoming van het besluit van 14 maart 2011/ 11 mei 2011 verworpen. Dit betekent dat ook de stelling van [appellant] dat "het besluit tot opheffing van de winstcertificatenregeling alsnog niet ex artikel 2:14 BW wegens strijd met de statuten", niet opgaat. Het hof gaat hierna in op de materiële bezwaren tegen dat besluit.

#### *De vaststellingsovereenkomst en het Winstcertificaten-Reglement*

3.9 De tussen alle partijen in dit geding gesloten vaststellingsovereenkomst houdt in, dat het bestaande Reglement jegens [appellant] zal worden gerespecteerd. RBOC meent, dat met die zinsnede niet meer of anders is bedoeld dan dat [appellant] geen afstand deed van zijn rechten en dat [appellant] niet anders behandeld zou worden dan de andere certificaathouders. Deze uitleg verwerpt het hof.

De overeenkomst is gesloten in het kader van een geschil tussen partijen. De overeenkomst is duidelijk bedoeld als een compromis, waarbij de belangen van [appellant] -het blijven wonen in de huurwoning, het blijven genieten van de uitkeringen uit het Reglement- en de belangen van de BV en de Stichting - het met onmiddellijke ingang definitief beëindigen van het dienstverband met en het commissariaat van [appellant] en aanverwante kwesties - zoveel mogelijk gediend zijn. Andere certificaathouders waren bij het met deze vaststellingsovereenkomst geregelde geschil niet betrokken, zodat gelijke behandeling tussen de certificaathouders in die context niet aan de orde was. Dat [appellant] geen afstand deed van zijn Winstcertificaten was duidelijk, maar de betreffende bepaling is geformuleerd als een verplichting van RBOC. Daarmee moet dus meer bedoeld zijn dat het niet doen van afstand door [appellant].

Het hof is van oordeel dat die bepaling zo moet worden uitgelegd dat de status quo op het moment van het sluiten van die overeenkomst wat betreft het Reglement gehandhaafd blijft; dat betekent dus dat het Reglement blijft bestaan en [appellant] zijn rechten daaronder op dezelfde wijze als tot dat moment zou kunnen uitoefenen. Deze uitleg mocht [appellant] verwacht

ten toen deze overeenkomst werd getekend en dat moeten de Stichting en de BV in redelijkheid ook hebben begrepen.

Dat RBOC pas na het sluiten van de overeenkomst kennis heeft kunnen nemen van de gevolgen van het Reglement, zoals RBOC stelt, is onbegrijpelijk. Het Reglement bestond al geruime tijd en werd ook nageleefd. Alle partijen wisten hoe hun situatie ten opzichte van elkaar was; zij waren alle, de Stichting en de BV deugdelijk vertegenwoordigd, aanwezig bij het sluiten van die overeenkomst en hebben zich daaraan onvoorwaardelijk gecommitteerd. Zij zijn dan ook jegens elkaar aan deze overeenkomst gebonden. Voor zover RBOC bedoelt dat zij de gevolgen daarvan toen onvoldoende heeft overzien komt dat voor haar rekening.

3.10 Dat betekent, dat partijen die overeenkomst dienden na te komen. Daarmee verdroeg zich in beginsel niet dat het Reglement werd opgeheven. Bijzondere bijkomende omstandigheden die dit anders zouden kunnen maken, zijn niet gesteld of gebleken. Dat betekent, dat de vaststellingsovereenkomst van doorslaggevend belang diende te zijn in de afweging, waarbij ook hier (op mutatis mutandis dezelfde gronden als hiervoor) geldt, dat [appellant] betrokkene was in de zin van art. 2:8 lid 1 BW. Dat bij de gemaakte afweging het bestaan van de vaststellingsovereenkomst is betrokken, blijkt echter nergens uit.

RBOC stelt, dat het besluit tot opheffing is genomen in het kader van de ontvlechting van de Stichting en de BV, met name omdat deelname aan het reglement niet of nauwelijks openstond voor nieuwe participanten, het Reglement niet paste in een modern arbeidsvoorwaardenpakket, de toepassing van het Reglement erg ondoorzichtig en ingewikkeld was, de uitkering met name aan [appellant] ten goede kwam (omdat hij de meeste Winstcertificaten had) en voorts vanaf 2006 niet of nauwelijks uitkering was gedaan, lening I al was afgelost, de leningen en certificaten niet opeisbaar respectievelijk overdraagbaar waren en RBOC (mede) als gevolg van de uitkeringen de doelstellingen van de Stichting en de BV niet kon nastreven.

Wat er van deze redenen zij, zij waren alle reeds bekend ten tijde van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst. Mede in aanmerking nemend dat [appellant] in 2010 met pensioen zou gaan en zijn rechten uit het reglement slechts tot 5 jaar daarna, april 2015, geldend zou kunnen maken, kunnen deze argumenten niet worden aangemerkt als voldoende zwaarwegend. De Stichting (en de BV) had(den) zich als rechtspers(o)n(en) te houden aan haar (hun) verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst; daaruit vloeit voort, dat het haar (hen) niet vrij stond om besluiten te nemen die strijdig waren met het nakomen van die verplichtingen.

In die situatie was het besluit tot opheffing van het Reglement in strijd met de jegens [appellant] in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. De vordering tot vernietiging van dit besluit op grond van art. 15 lid 1, aanhef en sub b BW is dan ook toewijsbaar.

Dat betekent, dat de grieven I tot en met V slagen.

3.11 De vordering sub iii tot winstuitkering conform het Reglement is daarmee echter nog niet toewijsbaar. Er zullen immers, uitgaande van het in stand blijven van het Reglement, nieuwe besluiten genomen kunnen/moeten worden, volgens de geldende regels en met inachtneming van de vereiste belangenafweging.

#### *De vordering van [appellant] tot betaling*

3.12 In de samenvatting van de gewijzigde vordering in 3.1 van het bestreden vonnis komt enige vordering tot schadevergoeding in eigenlijke zin niet voor. Tegen dat deel van het vonnis is geen grief gericht en [appellant] heeft in hoger beroep zijn eis ook niet gewijzigd, zodat het hof ervan moet uitgaan dat de

vordering aldus juist is weergegeven. De schade waarvan in het partijdebat sprake is ziet echter kennelijk, blijkens grief VIII, op de winst die aan [appellant], in zijn visie ten onrechte, niet is uitgekeerd ten gevolge van de aangevochten besluiten; die winst vordert [appellant] onder iii, waar hij meer in het bijzonder vordert om RBOC te veroordelen tot betaling van een winstuitkering conform het Reglement op basis van de resultaten vanaf 2006.

Zoals reeds ter zitting aan de orde kwam, kan de verdere afwikkeling van het geschil tussen partijen op verschillende manieren verlopen. De gekozen processuele weg (tot bewandeling waarvan [appellant] meent gehouden te zijn) is deze, dat de besluiten nu worden vernietigd, dat nieuwe besluiten worden genomen en dat [appellant] te zijner tijd, als die nieuwe besluiten zijn genomen, zo nodig een nieuwe procedure aanhangig maakt waarin hij de schade becijfert en onderbouwt op basis van de situatie zoals die dan blijkt te zijn.

Een alternatief zou echter kunnen zijn dat reeds thans, in deze procedure, een vergelijking wordt gemaakt tussen de situatie die zou hebben bestaan als de besluiten niet waren genomen en de rechten van [appellant] onder het WinstcertificatenReglement waren gerespecteerd tot het einde van die regeling enerzijds en de (huidige) situatie, waarin het WinstcertificatenReglement tot een voortijdig einde is gekomen anderzijds. Dat zou het nemen van nieuwe besluiten en het entameren van een nieuwe procedure in dit opzicht, naar het zich laat aanzien, overbodig maken. Weliswaar zou dan uitgegaan moeten worden van een inschatting van de besluiten die gelet op voormelde oordelen genomen moeten worden (dan wel zouden zijn genomen als het voorgaande destijds bekend was geweest), maar omdat alle (cijfermatige) gegevens kennelijk bekend zijn lijkt een verantwoorde berekening het hof op het eerste gezicht mogelijk.

Nu daarover ter zitting weliswaar is gesproken, maar partijen zich daarop toen niet hadden geprepareerd en daarom ook geen weloverwogen standpunt in konden nemen ziet het hof aanleiding hen in de gelegenheid te stellen zich daaromtrent, bij akte, alsnog uit te laten.

3.13 Het hof verwijst de zaak naar de rol voor uitlating als bedoeld in 3.6 en 3.12. Wel zal, bij wijze van deelbeslissing, reeds thans de vernietiging van het onder 3.6 bedoelde besluit van de AVA van de BV tot vaststelling van de jaarrekening en van het bestuur van de Stichting tot opheffing van het Reglement worden uitgesproken.

3.14 Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

#### 4 Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en opnieuw rechtdoende: vernietigt het besluit van de AVA van de BV tot vaststelling van de jaarrekening over het jaar 2009 d.d. 1 november 2010; vernietigt het besluit van het bestuur van de Stichting tot opheffing van het WinstcertificatenReglement, blijkende uit de brief van 11 mei 2011;

en

alvorens verder te beslissen:

verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 25 februari 2014 voor akte aan de zijde van RBOC tot het hiervoor onder 3.12 omschreven doel, waarna [appellant] mag reageren; houdt iedere verdere beslissing aan.

217

Rechtbank Alkmaar

31 oktober 2014, nr. 132847 / HA ZA 11-627

ECLI:NL:RBALK:2012:4511

(mr. Allegro)

Noot R.A. Wolf, tevens behorend bij «JIN»  
2014/216

**Besluitvorming. Vernietiging besluiten. Statutenwijziging. Vaststelling jaarrekening. Winstcertificaten.**

**De rechtbank oordeelt dat de houder van een winstcertificaat bij de vordering tot vernietiging van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening geen redelijk belang heeft in de zin van art. 2:15 lid 3 sub a BW.**

[BW art. 2:8, 2:15 lid 3 sub a]

*Vernietiging van een besluit kan plaatsvinden op een vordering tegen de rechtspersoon van iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting die niet is nagekomen, zoals bedoeld in art. 2:15 lid 3 sub a BW. Ter beantwoording ligt de vraag voor of [Eiser] een dergelijk redelijk belang heeft. Een redelijk belang ontbreekt doorgaans indien de vernietiging niet het door [Eiser] beoogde effect zal sorteren.*

*[Eiser] beoogt met de vernietiging van het besluit dat de voorziening 'dubieuze debiteuren' uit de jaarrekening 2009 wordt gehaald, waardoor de winst van de vennootschap over dat jaar met een bedrag van € 42.453,= wordt verhoogd, hetgeen volgens [Eiser] ertoe leidt dat (een gedeelte van) die winst via de stichting alsnog aan de winstcertificaathouders wordt uitgekeerd. Vernietiging van het besluit zal echter niet automatisch leiden tot winstuitkering aan de winstcertificaathouders, maar brengt met zich dat de AvA opnieuw over de goedkeuring en vaststelling van de jaarrekening 2009 zal moeten beslissen. Niet staat vast dat, als een nieuw besluit over de jaarrekening van 2009 zou leiden tot verhoging van de winst, die winst aan de stichting ter beschikking wordt gesteld ter uitkering aan de winstcertificaathouders. Immers is het aan de AvA om vervolgens te besluiten over de bestemming van die winst. De vennootschap betoogt dat de AvA niet zal besluiten tot uitkering van de winst aan de stichting, maar tot toevoeging aan de reserves. Dit heeft [Eiser] onvoldoende gemotiveerd weersproken. Daarmee staat vast dat verhoging van de winst niet zal leiden tot uitkering aan de winstcertificaathouders, zodat met vernietiging van het besluit niet het door [Eiser] beoogde effect wordt bereikt. [Eiser] heeft daarom geen redelijk belang bij zijn vordering tot vernietiging van het besluit van 1 november 2010, nog daargelaten de vraag of hij behoort tot de kring van personen die in dit verband door art. 2:8 BW wordt geadresseerd. Immers is [Eiser] houder van door de stichting uitgegeven winstcertificaten, terwijl hij vernietiging van een besluit van de AvA van de vennootschap vordert.*

[Eiser 1], wonende te Markenbinnen, gemeente Graft-De Rijk, eiser,

advocaat mr. F.P. Klaver te Alkmaar,

tegen

- de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid RBOC "Fort Markenbinnen BV", statutair gevestigd en kantoor houdende te Markenbinnen, gemeente Graft-De Rijk,
- de stichting

*Stichting RBOC "Fort Markenbinnen"*, statutair gevestigd en kantoor houdende te Markenbinnen, gemeente Graft-De Rijp, gedaagden,  
advocaat mr. R.F. Goemans te Amsterdam.

Partijen zullen hierna ieder afzonderlijk ook [EISER], de vennootschap respectievelijk de stichting genoemd worden.

## Rechtbank:

### 1 De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
  - de dagvaarding
  - de conclusie van antwoord
  - het tussenvonnis van 25 januari 2012
  - het proces-verbaal van de comparitie na antwoord, met de daarin genoemde stukken
  - de akte naar aanleiding van vermeerdering van eis ex artikel 130 Rv van gedaagden
  - de antwoordakte uitlating wijziging van eis.
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

### 2 De feiten

- 2.1. De vennootschap is een geprivatiseerde voortzetting van het voormalig Regionaal Opleidingscentrum Brandweer. De vennootschap houdt zich onder meer bezig met het geven van cursussen en opleidingen op het gebied van bedrijfshulpverlening.
- 2.2. De vennootschap en de stichting zijn opgericht op 15 november 2002. De stichting houdt alle aandelen in de vennootschap. In de statuten van de stichting is bepaald dat het bestuur minimaal uit drie leden bestaat, bestuurder A, bestuurder B en bestuurder C. Bestuurder A wordt benoemd door de vergadering van houders van winstcertificaten, bestuurder B door de directie van de vennootschap en bestuurder C door de overige bestuurders gezamenlijk. De functie van bestuurder C wordt al geruime tijd niet vervuld.
- 2.3. Sinds de oprichting van gedaagden is [EISER] in verschillende hoedanigheden betrokken geweest bij zowel de vennootschap als de stichting. Zo is hij algemeen directeur en commissaris van de vennootschap geweest en bestuurder B van de stichting.
- 2.4. De akte van oprichting van de stichting luidt – voor zover thans van belang – als volgt:  
"Artikel 6  
(...)  
3. Bestuursbesluiten strekkende tot bepaling van de wijze waarop in de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap wordt gestemd met betrekking tot voorstellen aangaande:  
(...)  
f. wijziging van de statuten van de vennootschap;  
(...)  
moeten worden genomen met algemene stemmen in een vergadering, waarin alle bestuursleden aanwezig of vertegenwoordigd zijn, – zonder dat in het bestuur enige vacature bestaat.  
Artikel 9  
1. Het bestuur stelt een reglement op, waarin de rechten en verplichtingen van de stichting en de houders van winstcertificaten worden vastgelegd.  
2. Het reglement mag niet met de wet of de statuten in strijd zijn.  
3. Het bestuur is bevoegd het reglement te wijzigen of op te heffen. Op een dergelijk besluit is het bepaalde in artikel 11 lid 1 van toepassing.  
Artikel 11

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

2.5. Op 4 maart 2003 heeft de stichting een 'Reglement winstcertificaten RBOC Fort Markenbinnen' (hierna: reglement) opgesteld. Dit reglement biedt deelnemers de mogelijkheid om aan de stichting leningen te verstrekken, aangeduid als lening 1 en lening 2. Het reglement voorziet onder meer in een vergoeding in de vorm van winstcertificaten voor het ter beschikking stellen van lening 2. Deze certificaten geven recht op een gedeelte van de winst van de vennootschap dat voor verdeling tussen de participanten in aanmerking komt. De vaststelling van dat gedeelte is geheel ter beoordeling van het bestuur.

2.6. [EISER] heeft aan de stichting ten titel van lening 1 een bedrag van € 5387,- verstrekt en ten titel van lening 2 een bedrag van € 15.050,-. Daarmee is hij houder van winstcertificaten zoals beschreven in het reglement. Ter compensatie voor het verstrekken van lening 2 heeft hij een bedrag van € 143.376,79 aan winstuitkeringen ontvangen. Beide leningen zijn inmiddels door de stichting aan hem terugbetaald.

2.7. Op 2 november 2007 zijn de statuten van de stichting gewijzigd.

2.8. Op 7 april 2010 is tussen partijen een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen, waarbij [EISER] zijn ontslag als bestuurder B in de stichting en als commissaris van de vennootschap heeft aangeboden per 26 januari 2010 respectievelijk 24 februari 2010. Dit ontslag is door gedaagden aanvaard. Voorts werd overeengekomen dat het reglement door de vennootschap en de stichting jegens [EISER] als medecertificaathouder zal worden gerespecteerd.

2.9. Bij besluit van algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: *ava*) van de vennootschap van 1 november 2010 is de jaarrekening 2009 vastgesteld. Hierin is voor een bedrag van € 42.563,- een voorziening voor dubieuze debiteuren opgenomen.

2.10. Zowel op 4 januari 2011 als op 19 mei 2011 zijn er voor de stichting nieuwe statuten opgesteld. Kern van de tekst van de statuten van 4 januari 2011 is dat tot wijziging van de statuten en het reglement kan worden besloten, ook indien op dat moment in het bestuur van de stichting een vacature bestaat.

2.11. Ter vergadering van winstcertificaathouders van 14 maart 2011 heeft de stichting aangekondigd voornemens te zijn om tot opheffing van het reglement over te gaan. Bij brief van 11 mei 2011 heeft de stichting aan de deelnemers de besluitvormingsprocedure en de voortgang toegelicht. Hierbij heeft de stichting te kennen gegeven dat zij lening 2 aan de participanten wenst terug te betalen en dat daarvoor wijziging van het reglement noodzakelijk is. Verder schrijft zij dat het bestuur zal besluiten tot opheffing van het reglement zodra lening 2 is terugbetaald.

### 3 Het geschil

3.1. [EISER] vordert – kort gezegd en na wijziging van eis van 11 april 2012 –:

I vernietiging van het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap van 1 november 2010,

II te verklaren voor recht dat het besluit van het bestuur van de stichting van 14 maart 2011 en vastgelegd in haar besluit van 11 mei 2011 nietig is wegens strijd met de statuten, althans dat besluit te vernietigen, alsmede het/de besluit(en) van de stichting met betrekking tot wijziging van de besluitvorming als vervat in de (gestelde) statutenwijziging van 4 januari 2011 en 19 mei 2011 te vernietigen,

III gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot nakoming van het reglement, meer in het bijzonder om gedaagden te veroordelen tot betaling van een winstuitkering conform die regeling op basis van de resultaten over de boekjaren 2006 t/m 2010 en de daarop volgende jaren, alsmede om bij de vaststelling van de jaarrekening over 2009 de opgenomen voorziening voor dubieuze debiteuren inzake Regio BHV Nederland niet op te nemen en om de jaarwinst over dat jaar te verhogen met een bedrag van € 42.563,= als basis voor de gevorderde winstuitkering over dat jaar,

IV te bepalen dat gedaagden een dwangsom verbeuren van € 25.000,= per overtreding en € 5000,= voor iedere dag dat die overtreding voortduurt, indien zij niet binnen vier weken na betekening van dit vonnis aan de vordering sub III hebben voldaan ten aanzien van de boekjaren 2006 t/m 2010 en voor de daaropvolgende boekjaren: binnen vier weken na vaststelling van de daarop betrekking hebbende jaarrekening,

V veroordeling van gedaagden in de kosten van het geding.

3.2. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover voor de beslissing van belang, ingegaan.

#### 4 De beoordeling

##### *Het besluit van 1 november 2010*

4.1. [EISER] stelt zich op het standpunt dat het besluit van 1 november 2010 van de ava van de vennootschap tot goedkeuring/vaststelling van de jaarrekening over 2009 vernietigbaar is. In de jaarrekening is ten onrechte een voorziening dubieuze debiteur ad € 42.453,=, waardoor het besluit om de jaarrekening goed te keuren, genomen is in strijd met de redelijkheid en billijkheid zoals bedoeld in artikel 2:8 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in samenhang met het bepaalde in artikel 2:15 lid 1 sub b BW. Gelet op het belang van de winstcertificaathouders bij een zo hoog mogelijke winst heeft [EISER] bij de vernietiging recht en belang in de zin van artikel 2:15 lid 3 sub a BW, aldus [EISER].

4.2. Gedaagden betwisten onder meer dat [EISER] bij zijn vordering een redelijk belang heeft. Vernietiging van het besluit leidt niet tot aanpassing of hernieuwde vaststelling van de jaarrekening maar betekent enkel dat de ava opnieuw kan besluiten hoe zij wenst te beschikken over de winst over het boekjaar 2009. Het besluit tot winstbestemming is een afzonderlijk besluit en staat ter discretie van de ava van de vennootschap. De ava zal niet besluiten tot uitkering van de winst maar tot toevoeging aan de reserves, aldus gedaagden.

4.3. Vernietiging van een besluit kan plaatsvinden op een vordering tegen de rechtspersoon van iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting die niet is nagekomen, zoals bedoeld in artikel 2:15 lid 3 sub a BW. Ter beantwoording ligt de vraag voor of [EISER] een dergelijk redelijk belang heeft. Een redelijk belang ontbreekt doorgaans indien de vernietiging niet het door [EISER] beoogde effect zal sorteren.

[EISER] beoogt met de vernietiging van het besluit dat de voorziening dubieuze debiteuren uit de jaarrekening 2009 wordt gehaald, waardoor de winst van de vennootschap over dat jaar met een bedrag van € 42.453,= wordt verhoogd, hetgeen volgens [EISER] ertoe leidt dat (een gedeelte van) die winst via de stichting alsnog aan de winstcertificaathouders wordt uitgekeerd. Vernietiging van het besluit zal echter niet automatisch leiden tot winstuitkering aan de winstcertificaathouders, maar brengt met zich dat de ava opnieuw over de goedkeuring en vaststelling van de jaarrekening 2009 zal moeten beslissen. Niet staat vast dat, als een nieuw besluit over de jaarrekening van 2009 zou leiden tot verhoging van de winst, die winst aan de stichting ter beschikking wordt gesteld ter uitkering aan de winstcertificaathouders. Immers is het aan de ava om vervol-

gens te besluiten over de bestemming van die winst. De vennootschap beoogt dat de ava niet zal besluiten tot uitkering van de winst aan de stichting, maar tot toevoeging aan de reserves. Dit heeft [EISER] onvoldoende gemotiveerd weersproken. Daarmee staat vast dat verhoging van de winst niet zal leiden tot uitkering aan de winstcertificaathouders, zodat met vernietiging van het besluit niet het door [EISER] beoogde effect wordt bereikt. [EISER] heeft daarom geen redelijk belang bij zijn vordering tot vernietiging van het besluit van 1 november 2010, nog daargelaten de vraag of hij behoort tot de kring van personen die in dit verband door artikel 2:8 BW wordt geadresseerd. Immers is [EISER] houder van door de stichting uitgegeven winstcertificaten terwijl hij vernietiging van een besluit van de ava van de vennootschap vordert.

Het voorgaande leidt ertoe dat deze vordering van [EISER] moet worden afgewezen.

##### *Het besluit van 4 januari 2011*

4.4. Bij besluit van 14 maart 2011 en zoals neergelegd bij brief van 11 mei 2011 is de stichting overgegaan tot opheffing van het reglement. [EISER] stelt zich op het standpunt dat dit besluit niet rechtsgeldig is genomen, omdat ten tijde van die besluitvorming in het bestuur van de stichting een vacature bestond. Op basis van het reglement in samenhang met de statuten uit 2007 kon onder die omstandigheden niet rechtsgeldig worden besloten tot opheffing of wijziging van het reglement. De stichting beoogt dat de statuten waarnaar [EISER] verwijst niet langer van kracht waren omdat zij bij besluit van 4 januari 2011 haar statuten heeft gewijzigd. Met deze statutenwijziging heeft de stichting haar besluitvormingsproces gewijzigd, in die zin dat vanaf die datum ook besloten kan worden tot opheffing of wijziging van het reglement als er binnen haar bestuur een vacature bestond, aldus de stichting. Ter ombouw van haar beoogd dat de statuten zijn gewijzigd, verwijst de stichting naar de door haar als productie 1 overgelegde statuten.

[EISER] betwist dat die productie daadwerkelijk de inhoud van de statuten van de stichting per 4 januari 2011 weergeeft, omdat het hier niet om een notariële akte gaat. Dit betoog kan [EISER] niet baten. De statuten worden voorafgegaan door een verklaring van [Notaris] waarin hij verklaart dat hij er zich naar beste kunnen van heeft overtuigd dat de statuten van de stichting, na wijziging bij akte op 4 januari 2011, luiden overeenkomstig de aan zijn verklaring gehechte tekst. Gelet op de inhoud van deze verklaring is voldoende komen vast te staan dat de statuten van de stichting per 4 januari 2011 luiden zoals blijkt uit productie 1 bij de conclusie van antwoord.

4.5. [EISER] stelt zich verder op het standpunt dat het besluit tot wijziging van de statuten vernietigbaar is, omdat niet voldaan is aan de eisen voor de totstandkoming van dat besluit, zoals neergelegd in artikel 2:15 lid 1 sub a BW. Immers op basis van de tot die datum geldende statuten was wijziging daarvan alleen mogelijk via een bij algemene stemmen genomen bestuursbesluit 'zonder dat in het bestuur enige vacature bestaat'. Vast staat dat die vacature wel bestond, waardoor het toenmalige bestuur niet tot het besluit tot wijziging van de statuten kon komen, aldus [EISER].

De stichting beoogt dat [EISER] geen vordering meer tot vernietiging van het besluit van 4 januari 2011 kan instellen. De statutenwijziging is op 7 januari 2011 gepubliceerd in het handelsregister en op dat moment is aan het besluit tot statutenwijziging voldoende kenbaarheid gegeven. Als gevolg daarvan is op 7 januari 2011 de termijn van 12 maanden waarbinnen vernietiging van het besluit kan worden ingeroepen, gaan lopen. Inmiddels is er meer dan een jaar verstreken na de bekendmaking van deze wijziging, waardoor nu geen vordering meer tot

vernietiging van het besluit worden ingesteld, aldus de stichting.

4.6. De rechtbank overweegt het volgende. Artikel 2:15 lid 5 BW bepaalt dat de bevoegdheid om vernietiging van het besluit te vorderen, vervalt een jaar na het einde van de dag, waarop hetzij aan het besluit voldoende bekendheid is gegeven, hetzij de belanghebbende van het besluit kennis heeft genomen of daarvan is verwittigd. Ter onderbouwing van haar standpunt dat zij in januari 2011 voldoende bekendheid heeft gegeven aan de statutenwijziging van 4 januari 2011, heeft de stichting een uittreksel uit het handelsregister van 11 januari 2011 overgelegd. Op dit uittreksel staat vermeld dat de akte van de laatste statutenwijziging dateert van 4 januari 2011. Gesteld noch gebleken is dat de wijze waarop de stichting die wijziging openbaar heeft gemaakt, niet in overeenstemming met de wettelijk voorgeschreven wijze is geschied. Omdat het handelsregister een openbaar register is en aldus door een ieder is te raadplegen, heeft de stichting in januari 2011 inderdaad voldoende bekendheid gegeven aan de wijziging van haar statuten, zoals bedoeld in artikel 2:15 lid 5 BW. Dit betekent dat de termijn waarbinnen een beroep op vernietiging van het besluit van 4 januari 2011 kan worden gedaan, eindigde in januari 2012. Dat [EISER] feitelijk eerst bij brief van 11 mei 2011 kennis heeft genomen van de omstandigheid dat de statuten zouden zijn gewijzigd, kan de stichting niet worden tegengeworpen. Verder valt niet in te zien waarom het beroep van de stichting op de inschrijving van de statutenwijziging in het handelsregister in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn, zoals [EISER] stelt. Vast staat dat [EISER] eerst bij wijziging van eis van 11 april 2012 – en daarmee na het einde van de vervaltermijn – vernietiging van het besluit van 4 januari 2011 heeft gevorderd. Dit brengt met zich dat de vordering tot vernietiging van dat besluit niet toewijsbaar is.

*Het besluit van 14 maart 2011, vastgelegd op 11 mei 2011*

4.7. Aan de gevorderde verklaring voor recht dat dit besluit tot opheffing van het reglement nietig is op basis van het bepaalde in artikel 2:14 BW, legt [EISER] ten grondslag dat het besluit is genomen in strijd met de in de statuten gestelde eisen. Immers is het besluit genomen door twee bestuursleden, terwijl de statuten voorschrijven dat er ten minste drie bestuursleden moeten zijn zonder dat in het bestuur een vacature bestaat. Hierdoor was het niet mogelijk om met algemene stemmen tot opheffing van het reglement te besluiten, aldus [EISER].

[EISER] heeft deze vordering gebaseerd op de statuten van de stichting uit 2007. Uit hetgeen hiervoor werd overwogen, blijkt dat de stichting haar statuten op 4 januari 2011 heeft gewijzigd en dat het voorschrift dat er ten tijde van de besluitvorming geen vacature in het bestuur mocht bestaan, is geschrapt. Daarmee is de primaire grondslag aan deze vordering van [EISER] ontvallen.

4.8. [EISER] stelt zich daarnaast op het standpunt dat het besluit genomen is in strijd met de redelijkheid en billijkheid die artikel 2:15 lid 1 BW en artikel 2:8 BW meebrengen. Met het besluit wordt het recht op een winstuitkering opgeheven terwijl daarvoor geen enkele materiële grondslag bestond, aldus [EISER].

Gedaagden betwisten dat het besluit vernietigbaar is. Op basis van de toenmalige statuten was het bestuur zelfstandig gerechtigd om tot opheffing van het reglement te besluiten. Bij het uitoefenen van die bevoegdheid heeft het bestuur zeer zorgvuldig gehandeld, door alle voorschriften in acht te nemen en alle belangen – waaronder de belangen van de participanten bij eventuele handhaving van het reglement – in haar besluitvorming te betrekken. Het bestuur had meerdere steekhoudende argu-

menten om tot afschaffing van het reglement over te gaan waardoor van strijd met de redelijkheid en billijkheid geen sprake is, aldus gedaagden.

4.9. Vooropgesteld wordt dat [EISER] destijds houder was van door de stichting uitgegeven winstcertificaten. Hiermee behoort [EISER] tot de kring van personen waarop artikel 2:8 BW betrekking heeft. De vraag die voorligt is of de stichting bij afweging van alle bij het besluit tot opheffing van het reglement betrokken belangen van de in artikel 2:8 bedoelde kring van personen in redelijkheid en naar billijkheid tot haar besluit heeft kunnen komen. De rechtbank overweegt in dit kader dat de stichting niet onmiddellijk tot opheffing van het reglement is overgaan, maar dat zij eerst op een bijeenkomst met alle deelnemers een voornemen tot opheffing van het reglement heeft aangekondigd. Uit de notulen van de desbetreffende vergadering van winstcertificaathouders blijkt dat [EISER] bij die vergadering aanwezig was, dat het onderwerp van die vergadering het bespreken van de beëindiging van het reglement was en dat gedurende die vergadering vragen zijn gesteld en beantwoord over het voornemen tot opheffing van het reglement. Niet gebleken is dat er concrete bezwaren zijn geuit tegen het voornemen. Vervolgens heeft het bestuur de participanten in mei 2011 op de hoogte gebracht van de voortgang ter zake. Aan [EISER] moet worden toegegeven dat het besluit tot opheffing van het reglement voor hem als certificaathouder onvoordelig is, maar uit de hiervoor geschetste gang van zaken blijkt niet dat het bestuur haar bevoegdheid lichtvaardig en niet met de juiste zorgvuldigheid zou hebben uitgeoefend. Dat er sprake is van strijd met redelijkheid en billijkheid is niet gebleken.

4.10. [EISER] baseert dit gedeelte van de vordering ook op de stelling dat gedaagden jegens hem zijn gehouden tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst van 7 april 2010. [EISER] stelt dat het gedaagden gelet op die overeenkomst in 2011 naar redelijkheid en billijkheid niet vrij heeft gestaan om tot opheffing van het reglement over te gaan. Deze stellingen van [EISER] zien wederom op artikel 2:8 en 2:15 BW, die de interne rechtsverhoudingen binnen de organisatie op het oog hebben. Zoals gezegd behoort hij als winstcertificaathouder weliswaar tot de door deze artikelen geadresseerde kring van personen, maar in dit kader beroept hij zich op nakoming van de vaststellingsovereenkomst, zijnde een externe rechtsverhouding van de rechtspersonen, waarbij hij partij is. Hierop zien de artikelen 2:8 en 2:15 niet. Voor zover moet worden gezegd dat de rechtspersonen een (klein) jaar na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst rekening hadden moeten houden met zijn gerechtvaardigde belangen als partij bij de overeenkomst, kan dit niet leiden tot het door [EISER] beoogde gevolg van vernietiging van het opheffingsbesluit. Hoogstens kan dit besluit leiden tot schadelijkheid jegens hem, doch daaromtrent is niets gesteld of gebleken.

4.11. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat ook dit deel van de vordering moet worden afgewezen.

*Het besluit van 19 mei 2011*

4.12. Bij besluit van 19 mei 2011 zijn de statuten van de stichting nogmaals gewijzigd. [EISER] vordert vernietiging van dit besluit, voor zover de wijziging van de statuten betrekking heeft op de wijziging in het besluitvormingsproces. De stichting heeft onweersproken gesteld dat deze statutenwijziging uitsluitend zag op het uit de haar statuten verwijderen van verwijzingen naar het reglement. Gelet hierop en omdat de andere bestreden besluiten niet nietig of vernietigbaar zijn gebleken, heeft [EISER] geen belang bij dit onderdeel van de vordering. Daarom dient ook dit onderdeel van zijn vordering te worden afgewezen.



*Nakoming van het reglement*

4.13. [EISER] vordert verder hoofdelijke veroordeling van gedaagden tot nakoming van het reglement en tot het uitkeren van winst over de jaren 2006 tot en met 2010 en verder. Uit al hetgeen hiervoor werd overwogen blijkt dat begin 2011 rechts-geldig is besloten tot opheffing van het reglement. Van nakoming van dat reglement vanaf 2011 kan daarom geen sprake zijn.

Voor de uitkering over de periode 2006 tot en met 2010 geldt het volgende. Artikel 5 van het reglement bepaalt dat het bestuur gedurende een termijn van vier jaar volgend op het boekjaar waarop de uitkering betrekking had, kan besluiten om alsnog tot (aanvullende) uitkering over te gaan, zonder dat het bestuur daartoe verplicht is. Het bestuur is derhalve niet verplicht om tot uitkering over te gaan, maar de beslissing om alsnog uit te keren is een discretionaire bevoegdheid van het bestuur. Wegens het ontbreken van een verplichting van het bestuur van de stichting om tot uitkering te beslissen, leent ook dit onderdeel van de vordering zich niet voor toewijzing.

Bovendien heeft [EISER] – wat daarvan verder ook zij – geen belang bij zijn vordering tot verhoging van de jaarwinst over 2009 met de verlangde € 42.563,=. De tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst van 7 april 2010 kan aan het voorgaande niet afdoen. De overeenkomst brengt voor gedaagden weliswaar de verplichting met zich om het reglement jegens [EISER] te respecteren, maar zoals hiervoor al werd overwogen, brengt het reglement geen dwingende verplichting tot het doen van winstuitkeringen met zich.

*Proceskosten*

4.14. [EISER] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van gedaagden worden begroot op:

– griffierecht € 560,=

– salaris advocaat € 1130,= (2,5 punten × tarief € 452,=)

Totaal € 1690,=

4.15. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen als na te melden.

*Ten slotte*

4.16. Wegens organisatorische redenen is dit vonnis gewezen door een andere rechter dan de rechter ten overstaan van wie de comparitie na antwoord heeft plaatsgevonden.

*5 De beslissing*

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [EISER] in de proceskosten, aan de zijde van gedaagden tot op heden begroot op € 1690,=,

5.3. veroordeelt [EISER] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,= aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [EISER] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,= aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

**NOOT***Inleiding*

1. Dit arrest gaat over een houder van een 'winstcertificaat', die besluiten van organen van een stichting en een BV ex art. 2:15 lid 3 onder a BW wenst te vernietigen wegens schending van de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. In deze noot bespreek ik slechts een aspect uit dit arrest, namelijk de vraag of de houder van een winstcertificaat tot de kring van betrokkenen van art. 2:8 BW behoort.

*Feiten*

2. De feiten zijn als volgt. Een Regionaal Opleidingscentrum Brandweer (RBOC) is geprivatiseerd en civielrechtelijk gestructureerd door middel van een BV en een Stichting (geïntimeerden). In de BV worden de activiteiten – het geven van cursussen en opleiding op het gebied van bedrijfshulpverlening – verricht. De Stichting is enig aandeelhouder van de BV. De statuten van de Stichting bepalen dat een van de minimaal drie bestuursleden van de Stichting wordt benoemd door het bestuur van de BV. Appellant, De Wildt, had bij de Stichting en de BV diverse hoedanigheden, waaronder directeur en commissaris van de BV en bestuurder van de Stichting.

3. In maart 2003 heeft de Stichting een Reglement winstcertificaten opgesteld. Dit reglement biedt deelnemers de mogelijkheid om aan de Stichting leningen (lening 1 en lening 2) te verstrekken. De vergoeding voor het ter beschikking stellen van lening 2 vindt plaats in de vorm van winstcertificaten. Deze certificaten geven recht op een gedeelte van de winst van de BV dat voor verdeling tussen de houders van deze certificaten in aanmerking komt. De vaststelling van dat gedeelte geschiedt door het bestuur van de Stichting. De Wildt heeft aan de Stichting een lening 1 van € 5387,= en een lening 2 van € 15.050,= verstrekt. Ook enige andere werknemers hebben leningen verstrekt. De Wildt is houder van winstcertificaten. Ter compensatie voor het verstrekken van lening 2 heeft hij € 143.376,79 aan winstuitkeringen ontvangen. Beide leningen zijn door de Stichting aan hem terugbetaald.

4. In april 2010 is tussen partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarbij De Wildt zijn ontslag als bestuurder in de Stichting en als commissaris van de BV heeft aangeboden per 26 januari 2010 respectievelijk 24 februari 2010. Dit ontslag heeft de Stichting respectievelijk de BV aanvaard. Daarnaast is overeengekomen dat het Reglement winstcertificaten door de Stichting en de BV jegens De Wildt als (mede)certificaathouder zal worden gerespecteerd.

5. Bij besluit van algemene vergadering van de BV van 1 november 2010 is de jaarrekening 2009 vastgesteld. In deze jaarrekening is een voorziening voor dubieuze debiteuren van € 42.563,= opgenomen (hierna: 'het besluit tot vaststelling van de jaarrekening').

6. Ter vergadering van winstcertificaathouders van maart 2011, waar De Wildt aanwezig was, heeft de Stichting medegedeeld voornemens te zijn het Reglement winstcertificaten op te heffen. Bij brief van 11 mei 2011 heeft de Stichting aan houders van de winstcertificaten medegedeeld lening 2 terug te betalen en daarna het Reglement winstcertificaten op te heffen (hierna: 'het besluit tot terugbetaling en opheffing').

7. In eerste aanleg heeft De Wildt onder meer vernietiging van (i) het besluit tot vaststelling van de jaarrekening en (ii) het besluit tot terugbetaling en opheffing gevorderd. De Rechtbank Alkmaar (ECLI:NL:RBALK:2012:4511) heeft deze vorderingen afgewezen. Het hof wijst de vorderingen alsnog toe.

*Oordeel rechtbank («JIN» 2014/217)*

8. De rechtbank heeft ten aanzien van de vordering tot vernietiging van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening onder meer overwogen (r.o. 4.3) dat De Wildt geen redelijk belang in de zin van art. 2:15 lid 3 sub a BW heeft. De vernietiging van dit besluit zal niet het door De Wildt beoogde effect sorteren, namelijk verhoging van de winst (gelijk aan het bedrag van de dubieuze debiteuren) en daarmee uitkering aan de winstcertificaathouders. De vernietiging brengt mee dat de algemene vergadering opnieuw over de vaststelling van de jaarrekening zal moeten beslissen. Niet staat vast dat, als een nieuw besluit over de jaarrekening zou leiden tot verhoging van de winst, die winst aan de stichting ter beschikking wordt gesteld ter uitkering aan de winstcertificaathouders. Immers, het is aan de algemene vergadering om vervolgens te besluiten over de bestemming van die winst, aldus de rechtbank. De BV heeft in dit kader onweersproken gesteld dat de algemene vergadering niet zal besluiten tot uitkering van de winst aan de stichting, maar tot toevoeging daarvan aan de reserves.

9. De rechtbank heeft het antwoord op de vraag of De Wildt ten aanzien van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening tot de kring van personen in de zin van art. 2:8 BW behoort in het midden gelaten. Niettemin meen ik te kunnen afleiden dat de rechtbank deze vraag ontkennend beantwoordt, daar waar zij overweegt dat De Wildt houder van door de Stichting uitgegeven winstcertificaten is, terwijl hij vernietiging van een besluit van de algemene vergadering van de BV vordert (r.o. 4.3, fine).

10. De rechtbank heeft ten aanzien van de vordering tot vernietiging van het besluit tot terugbetaling en opheffing onder meer overwogen (r.o. 4.9) dat De Wildt als houder van winstcertificaten tot de kring van betrokkenen behoort. Weliswaar is dit besluit voor De Wildt onvoordelig, maar uit de gang van zaken blijkt niet dat het bestuur van de Stichting haar bevoegdheid lichtvaardig en niet met de juiste zorgvuldigheid zou hebben uitgeoefend. Er is dan ook geen strijd met de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid, aldus de rechtbank. In r.o. 4.10 voegt de rechtbank daaraan toe dat De Wildt zich beroept op nakoming van de vaststellingsovereenkomst. Dit is een externe rechtsverhouding van de rechtspersonen, waarbij hij partij is. Op deze rechtsverhouding zien art. 2:8 en 2:15 BW niet. Hooguit kan het opheffingsbesluit leiden tot schadeplichtigheid jegens De Wildt. Daarvan is niets gesteld of gebleken, aldus de rechtbank.

*Oordeel hof («JIN» 2014/216)*

11. Ten aanzien van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening overweegt het hof (r.o. 3.4), anders dan de rechtbank, dat De Wildt tot de kring van betrokkenen in de zin van art. 2:8 BW behoort. Het hof is van mening dat sprake is van grote verwevenheid tussen de Stichting en de BV. De Stichting hield alle aandelen in het kapitaal van de BV. De hoogte van de leningen die de werknemers aan de Stichting verstrekten, hing volgens het Reglement winstcertificaten van het arbeidsverleden af. Als tegenprestatie werden winstcertificaten verkregen, die recht gaven op betaling van een deel van de winst van de BV. Die winst werd uitgekeerd aan de Stichting als enig aandeelhouder van de BV. De statuten van de Stichting voorzagen in een (ten minste) driekoppig bestuur, waarvan bestuurder A werd benoemd door de vergadering van houders van winstcertificaten, bestuurder B door het bestuur van de BV, en bestuurder C door de andere bestuurders tezamen, aldus het hof. Voorts overweegt het hof dat De Wildt (financieel) belang heeft bij vernietiging van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening, omdat uit art. 5 onder 5 van het Reglement winstcertificaten volgt dat de houders van de winstcertificaten gerechtigd zijn tot het gedeelte van de

winst van de BV dat voor verdeling over de certificaathouders in aanmerking komt. De algemene vergadering heeft de jaarrekening vastgesteld en daaruit volgt hoe groot de winst is. Een ten onrechte ten laste van de winst getroffen voorziening kan het financieel belang van De Wildt raken, aldus het hof.

12. In r.o. 3.5 overweegt het hof vervolgens dat de BV inderdaad ten onrechte de voorziening voor dubieuze debiteuren heeft getroffen, omdat (i) sprake is van een grote debiteur waarmee de BV een duurverhouding heeft, (ii) onvoldoende blijkt van objectieve aanwijzingen die de oninbaarheid van de vordering aannemelijk maken, (iii) het enkel oplopen van de betalingstermijn voor de oninbaarheid onvoldoende is, en (iv) de gestelde, slechte financiële situatie van de debiteur niet door de BV toegelicht is.

13. Het hof stelt ten aanzien van de vordering tot vernietiging van het besluit tot opheffing van het Reglement winstcertificaten voorop (r.o. 3.10) dat de tussen De Wildt enerzijds en de Stichting en de BV anderzijds gesloten vaststellingsovereenkomst moet worden nagekomen. De overweging van het hof komt erop neer dat, mede na uitleg van de vaststellingsovereenkomst, zich daarmee niet verdroeg dat het Reglement winstcertificaten werd opgeheven, bijzondere omstandigheden (waarvan niet is gebleken) daargelaten. Bij het besluit tot opheffing van het Reglement winstcertificaten geldt De Wildt als een betrokkene in de zin van art. 2:8 BW en moeten de belangen De Wildt bij de besluitvorming worden betrokken. Gelet op de verplichting tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst was het besluit tot opheffing van het Reglement winstcertificaten in strijd met de jegens De Wildt in acht te nemen vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid. Daarom vernietigt het hof dit besluit.

*Kapitaalparticipatie zonder stemrecht en kring van betrokkenen*

14. In deze kwestie is sprake van 'winstcertificaten'; een – wat mij betreft – onduidelijke, althans verwarrende, term. Deze term neigt naar een vergelijking met certificering van aandelen, maar dat is het niet. Er was in deze casus immers geen sprake van uitgifte van certificaten op onderliggende aandelen. Feitelijk is in dit geval sprake van participatiebewijzen, waarbij op grond van een contractuele verhouding tussen de houder van een participatiebewijs en de vennootschap tegen inbreng een recht op winst in de vennootschap wordt verkregen. In de literatuur is de heersende opvatting dat de houder van een participatiebewijs tot de kring van betrokkenen als bedoeld in art. 2:8 BW behoort (zie R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht), Serie VHI deel 116, Deventer: Kluwer 2013, p. 325). Ook andere kapitaalverschaffers zonder stemrecht behoren tot deze kring. Daaronder moeten in ieder geval worden gerekend de houder van een stemrechtloos aandeel en de houder van een certificaat met vergaderrecht. Onder het oude recht bestond discussie of de niet-bewilligde certificaathouder ook tot deze kring behoorde. Sinds het vanaf 1 oktober 2012 geldende recht behoort die discussie – wat mij betreft – tot het verleden: de houder van een certificaat zonder vergaderrecht behoort niet tot de kring van betrokkenen (zie hierover R.A. Wolf, 'De certificaathouder zonder vergaderrecht, de kring van betrokkenen en vernietiging van besluiten', *Ondernemingsrecht* 2014/1, p. 3-10).

15. In deze casus was het bijzondere dat sprake was van een tussengeschoven stichting, waardoor de rechtbank en het hof van mening verschilden over de vraag of De Wildt behoorde tot de kring van betrokkenen in het kader van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening van de BV. De benadering van de rechtbank is naar mijn mening onjuist. Op de – terecht – omstandigheid van verwevenheid oordeelde het hof dat De Wildt tot de kring van betrokkenen behoort. Een bijzondere omstandigheid is naar mijn mening verder dat bij de vaststellingsovereenkomst van april

2010 zowel de Stichting als de BV partij waren, zo leid ik uit het vonnis af (r.o. 2.8). In deze vaststellingsovereenkomst is afgesproken dat zij het Reglement winstcertificaten respecteren. Deze omstandigheid betreft het hof niet bij de overwegingen over de vernietiging van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening (van november 2010), maar wel bij de overwegingen over de vernietiging van het besluit tot opheffing van het reglement. Het gevolg van dit 'respecteren' door de BV is dat het daardoor naar mijn mening niet meer uitmaakt of sprake is van een tussengeschoven Stichting. De Wildt komt door deze afspraak, lijkt mij, in een rechtstreekse, contractuele verhouding (waarvan bij een participatiebewijs sprake is) tot de BV te staan, te vergelijken met de situatie waarin aan certificaten bij de statuten vergaderrecht is toegekend. De wil en de verklaring van de vennootschap is kennelijk op die betrokkenheid gericht of is daarvan het gevolg (vgl. Rb. Amsterdam 25 augustus 2010, «JOR» 2010/301, m.nt. Nowak (CFS)). Daarbij sluit ik niet uit dat destijds, ten tijde van de privatisering van het RBOC, louter om fiscale of corporate governance motieven gekozen is voor het tussenschuiven van de Stichting.

16. De benadering van de rechtbank dat De Wildt geen redelijk belang heeft, omdat hij toch niet het door hem beoogde effect van een winstuitkering kan bereiken, is naar mijn mening eveneens onjuist. In de eerste plaats gaat het er namelijk om of de besluiten zijn genomen in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Art. 2:15 lid 3 onder a BW vermeldt geen norm waartegen de vernietiging moet worden beoordeeld. Dat doet art. 2:15 lid 1 BW wel. De Wildt heeft de gedragsnorm van art. 2:8 BW aan zijn stellingen ten grondslag gelegd. Indien de lijn van de rechtbank gevolgd zou worden, dan had het oordeel moeten zijn dat De Wildt ten aanzien van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening niet tot de kring van betrokkenen behoort en dat hem daarom niet de vordering van art. 2:15 lid 3 onder a jo. lid 1 onder b BW toekomt. Dat lijkt mij zuiverder. Ik ben dan ook geen voorstander van de redelijk belang benadering (zie Wolf 2014, a.w., p. 8) die de rechtbank kennelijk volgt.

17. Het hof kiest terecht voor een andere lijn. Het oordeelt dat De Wildt ten aanzien van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening tot de kring van betrokkenen behoort. Nadat de besluiten zijn vernietigd, zal immers met inachtneming van de redenen die tot vernietiging van de bestreden besluiten hebben geleid opnieuw besluitvorming moeten plaatsvinden (r.o. 3.11 van het arrest). Of dat nieuwe besluit vervolgens een besluit is dat de kapitaalverschaffer zonder stemrecht welgevallig is, zal moeten blijken. Daarop moet echter niet, zoals de rechtbank ten onrechte heeft gedaan (r.o. 4.3), worden vooruitgelopen. Overigens zal bij dat nieuwe besluit ook de uitkeringstest van 2:216 lid 2 BW in acht genomen moeten worden (zie Wolf 2013, a.w., p. 347-349). Nog geen gelopen race dus.

18. Ten aanzien van het besluit tot opheffing van het Reglement winstcertificaten zijn rechtbank (r.o. 4.9) en hof (r.o. 3.10) van mening dat De Wildt tot de kring van betrokkenen behoort, zij het dat zij tot een ander oordeel komen. Overigens lijkt de rechtbank daarbij wat terughoudender dan het hof te toetsen conform het VEB/KLM-arrest (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461, m.nt. Van Schilfgaarde; «JOR» 2013/301, m.nt. Vroom en Ondernemingsrecht 2013/123, m.nt. Bier (VEB/KLM)).

#### Slotopmerkingen

19. Bij dit alles blijft in ieder geval een punt onduidelijk. De hoogte van de door De Wildt verstrekte lening 2 was € 15.050,=. Ter compensatie voor het verstrekken van lening 2 heeft hij in de periode 2002-2009 € 143.376,79 aan winstuitkeringen ontvangen. Dat is een zeer aanzienlijk rendement en lijkt onzakelijk te zijn. Ik

neem aan dat het RBOC daarom pogingen deed de winstcertificaten te ontmantelen. Wellicht moeten de winstcertificaten echter deels ook worden gezien als emolumenten in het kader van de arbeidsverhouding.

20. Hoe dit geschil verder afloopt, zal blijken. Het hof is in ieder geval, blijkens r.o. 3.12, welwillend richting de wat onhandig procederende De Wildt.

R.A. Wolf

Steins Bisschop & Schepel Advocaten  
Universiteit Leiden en Universiteit Maastricht (ICGI)

218

Gerechtshof 's-Hertogenbosch  
21 oktober 2014, nr. HD 200.136.206\_01  
ECLI:NL:GHSHE:2014:4351  
(mr. Vermeulen, mr. Delfos-Roy, mr. Giesen)  
Noot E. Baghery

**Bestuurdersaansprakelijkheid. Norm  
Spaanse villa-arrest.**

**Hof oordeelt dat de norm van het Spaanse villa-arrest in casu niet van toepassing is. Derhalve gaat het hof er vooralsnog van uit dat in het onderhavige geval niet de gewone regels van onrechtmatige daad gelden, maar dat een hogere drempel voor de persoonlijke aansprakelijkheid van [geïntimeerden] geldt, zodat in dit geval moet worden beoordeeld of [geïntimeerden] jegens [appellant] persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken.**

[BW art. 6:162]

*In een arrest 5 september 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2628) – dus gewezen na de memorie van grieven van [appellant] en na het in deze zaak gehouden pleidooi – heeft de Hoge Raad verduidelijkt in welke gevallen de norm uit het Spaanse villa-arrest geldt en in welke gevallen niet. De desbetreffende overwegingen van de Hoge Raad luiden als volgt:*

*“3.5.1. Voor zover het onderdeel (...) betoogt dat (verweerder) ook in zijn hoedanigheid van bestuurder heeft te gelden als primair/rechtstreeks dader, met als gevolg dat voor het aannemen van zijn aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 lid 1 BW geen verhoogde eisen gelden, wordt het volgende voorop gesteld.*

*3.5.2. Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hogere drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten*