

commentaar op	Rechtbank Amsterdam 10-06-2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6430, (BV X / BV Y)
datum	07-03-2014
auteur	R.P.J. Ter Haseborg

## Rechtbank Amsterdam 10-06-2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6430, (BV X / BV Y)

### Besluitvorming inzake ontslag en opzeggen managementovereenkomst statutair directeur.

1. Deze zaak gaat over een executive search-bureau. Het kantoor was vormgegeven in een maatschap, bestaande uit de praktijkvennootschappen van vijf personen. Deze maatschap is later ingebracht in een BV waarvan uiteindelijk vier praktijkvennootschap voor een gelijk deel aandeelhouder waren en iedere praktijkvennootschap ook statutair directeur was. Op een zeker moment besluiten de drie voormalige 'maten' de vierde voormalige 'maat' te ontslaan als statutair directeur van de BV en zijn managementovereenkomst op te zeggen.

### Vorderingen ontslagen directeur

2. De ontslagen directeur vordert onder andere primair dat: (i) het eerste ontslagbesluit en de opzegging van zijn managementovereenkomst wordt vernietigd; (ii) te verklaren voor recht dat het tweede besluit ter bekrachtiging van het eerste besluit nietig is, dan wel – voor zover een nieuw besluit stand zou houden – het tweede besluit te vernietigen; en subsidiair (iii) schadevergoeding.

### Uitgangspunt rechtbank

3. De rechtbank stelt voorop dat het in wezen gaat om een samenwerkingsverband tussen natuurlijke personen met het karakter van een maatschap. De samenwerkingsvorm is omgezet in een vennootschapsrechtelijke structuur vanwege zakelijke redenen. De rechtbank geeft aan dat bij de beoordeling van de vorderingen rekening moet worden gehouden met enerzijds de persoonlijke aard van de samenwerking en anderzijds met de vraag of de aan de gekozen vorm van dat samenwerkingsverband verbonden formaliteiten in acht zijn genomen. Dit lijkt me de juiste, genuanceerde maatstaf, maar wordt deze ook op de juiste wijze toegepast?

### Besluitvorming 2 mei 2012 (bestuursbesluit (1) om de ava (1) bijeen te roepen)

4. De directeur vorderde de vernietiging van het eerste besluit tot ontslag en opzegging van de managementovereenkomst omdat de bijeenroeping van de ava niet had plaatsgevonden na overleg met het bestuur. Daarnaast was in de oproeping tot de ava niet duidelijk het voorgenomen ontslag en de redenen daartoe opgenomen. Het besluit was derhalve vernietigbaar ex artikel 2:8 juncto 2:15 lid 1 sub b BW.

5. Volgens de rechtbank was de directeur wel op de hoogte van het bestuursvoornemen om een ava bijeen te roepen teneinde de samenwerking met hem te beëindigen. Dit omdat hem dit op de dag dat dit besluit zou worden genomen mondeling was meegedeeld. Volgens de rechtbank was het feit dat met de directeur niet inhoudelijk was overlegd over het bijeenroepen van de ava niet in strijd met artikel 2:8 BW omdat overleg hierover zinloos was geweest vanwege de tegengestelde opvattingen hierover tussen enerzijds de (ontslagen) directeur en anderzijds de drie andere bestuursleden.

6. Dit oordeel van de rechtbank is begrijpelijk in het licht van haar overweging dat het een BV betreft met trekken van een maatschap. De formaliteiten in het kader van het vennootschapsrecht dienen echter in acht te worden genomen.

7. De Hoge Raad heeft in het Wijsmuller-arrest (HR 15 juli 1968, NJ 51999) bepaald dat een aandeelhouder er belang bij heeft dat statutaire voorschriften worden nageleefd. Verder bepaalde de Hoge Raad dat het bijeenroepen van een vergadering van prioriteitsaandeelhouders krachtens een bestuursbesluit inhoudt dat een dergelijke besluit 'tot stand komt als een vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen'. Ervan uitgaande dat alleen het bestuur bevoegd was om de ava bijeen te roepen, staat de gang van zaken in de onderhavige uitspraak op gespannen voet met de strekking van dit arrest. De directeur is nooit in de gelegenheid gesteld om te overleggen met de andere leden van het bestuur waar hij deel van uitmaakte over het bijeenroepen van de ava. Het besluit van het bestuur om de ava bijeen te roepen is mijns inziens derhalve in strijd met artikel 2:8 BW. Of zou de rechtbank van mening zijn geweest dat de directeur niet bij deze besluitvorming diende te worden betrokken ex artikel 2:239 lid 6 BW, vanwege het direct tegenstrijdig belang van de directeur van de vennootschap bij het opzeggen van zijn managementovereenkomst? Dit zou echter alleen gelden voor het opzeggen van zijn managementovereenkomst en niet voor zijn benoeming/ontslag als statutair directeur (dat een aandeelhoudersbesluit betreft ten aanzien van een vennootschapsrechtelijke positie).

### Besluitvorming 18 mei 2012 (bestuursbesluit (2) om ava (2) bij een te roepen en besluit ava (1))

8. Om de (eventuele) gebreken in de oproeping te herstellen, heeft het bestuur op 18 mei 2012, in aanwezigheid van de directeur, een (nieuwe) ava uitgeschreven tegen 4 juni 2012 met op de agenda (opnieuw) het ontslag van de directeur en het beëindigen van de managementovereenkomst. Hierop is de directeur vertrokken, hij was immers van mening dat de ava niet op een rechtsgeldige wijze was bijeengeroepen. De geplande ava vond daarop alsnog plaats. Uit het vonnis blijkt niet of de directeur ervan op de hoogte was dat deze ava nog zou doorgaan terwijl kort daarvoor een

nieuwe ava was uitgeschreven over hetzelfde onderwerp.

9. De ava (de overige drie aandeelhouders) heeft vervolgens, in afwezigheid van de directeur, besloten hem te ontslaan als statutair directeur en zijn managementovereenkomst op te zeggen met inachtneming van de daarvoor geldende opzegtermijn.

#### **Besluitvorming 4 juni 2012 (herstelbesluitvorming tijdens ava (2))**

10. Op 4 juni 2012 vond de tweede ava plaats. Hierbij was de directeur wel aanwezig (als directeur en aandeelhouder) en zijn de besluiten van de ava van 18 mei 2012 opnieuw genomen dan wel bekrachtigd. De rechtbank komt niet tot de toetsing van dit tweede ontslagbesluit omdat zij het eerste ontslagbesluit geldig acht. Zoals hiervoor gesteld, valt daar het nodige tegenin te brengen. Stel dat het eerste ontslagbesluit vernietigd was, zou het tweede ontslagbesluit dan een inhoudelijke toetsing hebben doorstaan? Dat is maar de vraag.

11. Uit het vonnis valt niet op te maken dat de directeur tijdens de ava (2) in de gelegenheid is gesteld om zijn raadgevende stem uit te brengen. Mocht dat niet zo zijn, dan hebben de aandeelhouders in strijd gehandeld met artikel 2:227 lid 7 BW: iedere bestuurder heeft een raadgevende stem tijdens de ava. Dit geldt ook voor het voorgenomen ontslag van de bestuurder zelf (zie HR 10 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1657 (Janssen Pers)). De ratio van de raadgevende stem is erin gelegen dat dit in het belang van de vennootschap is. Mijs inziens is er dan ook sprake van vernietigbaarheid op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW. Dat de bestuurder niet is gehoord als bestuurder, onderwerp van het ontslagbesluit, levert volgens staande rechtspraak strijd op met het beginsel van wederhoor en is eveneens in strijd met artikel 2:8 BW.

12. Zelfs indien met de directeur tijdens de ava (2) was overlegd en hij zijn raadgevende stem had kunnen geven, is het de vraag of dit tot bekrachtiging van het eerste besluit had kunnen leiden. In het arrest Cruijff/Ajax (Hof Amsterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV3011, m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee (OR Updates 13-08-2012)) overwoog het hof dat een tweede (herstel)besluit van de RvC, nadat uitvoering was gegeven aan een eerder vernietigbaar besluit van de RvC, ook vernietigbaar was. Omdat de uitvoering van het vernietigbare besluit al in gang was gezet, kon in redelijkheid niet worden verwacht dat hier nog op zou worden teruggekomen. Zinvol overleg was derhalve niet meer mogelijk, waardoor het gebrek in de besluitvorming niet meer kon worden hersteld. Een dergelijke redenering is ook op deze casus van toepassing. Omdat het bestuur en de ava uit dezelfde personen bestaan en er reeds twee (vernietigbare) besluiten waren genomen, is het niet redelijk om te veronderstellen dat er nog een zinvol overleg tijdens de ava (2) had kunnen plaatsvinden.

#### **Rechten en plichten tot overleg in het besluitvormingsproces**

13. De rechtbank gaat in haar oordeel voorbij aan diverse formaliteiten ten aanzien van de besluitvorming binnen het bestuur en de ava op basis van de wet of (bovengenoemde) jurisprudentie. Zoals de rechtbank had overwogen, diende zij rekening te houden met de formaliteiten die horen bij de gekozen rechtsvorm, alsook met de wens van drie van de vier samenwerkende personen om de samenwerking met een van hen te beëindigen. In algemene zin is er tussen de samenwerkende personen op de momenten waarop de formele besluitvorming plaatsvond, zowel op bestuurs- als aandeelhoudersniveau, onvoldoende met elkaar gecommuniceerd. Dat wil zeggen dat er tijdens deze bijeenkomsten geen inhoudelijk overleg heeft plaatsgevonden en, als aspect daarvan, dat de directeur niet is gehoord of om advies is gevraagd. Dat zelfs deze minimale overlegformaliteiten niet in acht zijn genomen, die marginaal en niet inhoudelijk worden getoetst, is in strijd met artikel 2:8 BW.

14. De uitspraak van de rechtbank is te begrijpen vanuit het perspectief van een kleinschalig samenwerkingsverband waarbij drie personen de samenwerking willen verbreken met de vierde persoon. Wat heeft overleg voor zin als drie van de vier bestuurders/aandeelhouders geen behoefte hebben aan overleg en de uitkomst van de stemming op voorhand vaststaat? Hoewel begrijpelijk: het niet- nakomen van de hiervoor besproken wettelijke en statutaire voorschriften ten aanzien van de besluitvorming zou moeten leiden tot een succesvol beroep op de vernietigbaarheid van de besluiten.

15. De rechtbank is wel met de ontslagen directeur van mening dat de vennootschap schadeplichtig is door het, in strijd met de redelijkheid en billijkheid die contractspartners jegens elkaar in acht moeten nemen, opzeggen van de managementovereenkomst. De mededirecteuren/-aandeelhouders hebben de directeur zonder enig overleg zijn ontslag aangezegd. Volgens de rechtbank hadden zij eerst op serieuze en open wijze moeten overleggen over de ernst van de situatie, de directeur moeten waarschuwen en hem gedurende enige tijd de kans moeten geven om naar aanleiding hiervan oplossingen aan te dragen. Het gebrek aan onderling overleg was voor de rechtbank geen aanleiding om de besluitvorming aan te tasten, maar kennelijk wel een reden om schadevergoeding toe te kennen. Volgens mij had het gebrek aan overleg moeten leiden tot zowel aantasting van de besluitvorming als tot schadevergoeding. Of was er misschien geen of minder schadevergoeding toegekend als er tussen partijen wel overleg was gevoerd in het besluitvormingsproces?