

## Zorgplicht meerderheidsaandeelhouder tevens bestuurder jegens de minderheidsaandeelhouder.

Hof Amsterdam 16-12-2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3622

**Instantie**

Hof Amsterdam

**Datum**

16 december 2020

**Magistraten**

Mrs. C.C. Meijer, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs

**Zaaknummer**

200.276.105/01 OK

**JCDI**

JCDI:ADS261811:1

**Vakgebied(en)**

Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

**Brondocumenten**

ECLI:NL:GHAMS:2020:3622, Uitspraak, Hof Amsterdam, 16-12-2020

ECLI:NL:GHAMS:2020:3621, Uitspraak, Hof Amsterdam, 15-12-2020

**Wetgeving**

Art. 2:345 BW

### Essentie

**Enquêterecht.**

**Zorgplicht meerderheidsaandeelhouder tevens bestuurder jegens de minderheidsaandeelhouder.**

### Samenvatting

*Verzoekster (Oogcontact) is minderheidsaandeelhouder (25%) in Thuiszorg Multihulp BV (Multihulp), een multiculturele zorgonderneming die thuiszorg aanbiedt met aandacht voor de culturele achtergrond van de zorgbehoevende. Medeaandeelhouders zijn oprichter A (A voor 25%) en Beter Thuis Wonen Holding B.V. (BTWH voor 25%). Sinds het aftreden van A als bestuurder van Multihulp is BTWH enig bestuurder van Multihulp. Tussen Multihulp en BTWH is een managementovereenkomst gesloten op grond waarvan BTWH een management fee ontvangt; een schriftelijke overeenkomst lijkt te ontbreken.*

*BTWH is ook bestuurder en aandeelhouder van zes andere zorgondernemingen die thuiszorgdiensten aanbieden in het Noorden en Oosten van Nederland. Zo is BTWH enig aandeelhouder en bestuurder van Beter Thuis Wonen Thuiszorg (BTWT), een WTZi-instelling. Tussen BTWT (vertegenwoordigd door BTWH) en Multihulp is een dienstverleningsovereenkomst (administratie en inkoop) gesloten waarvoor Multihulp aan BTWT vergoedingen betaalt. Tot slot is tussen BTWT en Multihulp een onderaannemingsovereenkomst waarbij Multihulp zich verplicht de door haar aan zorgbehoevenden te leveren zorg uit te voeren als onderaannemer van BTWT. Multihulp ontvangt daarvoor een vergoeding van BTWT waarbij BTWT 10% als korting mag in houden op die te betalen vergoeding.*

*Oogcontact klaagt sinds augustus 2019 bij BTWH over onder meer het gebrek aan marktconformiteit van de hierboven genoemde doorbelastingen door BTWT aan Multihulp, het ontbreken van een raad van commissarissen en het bestaan van tegenstrijdig belang tussen BTWH en Multihulp. Omdat Oogcontact nul op het rekest krijgt, verzoekt zij de Ondernemingskamer een onderzoek te gelasten en gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen te treffen.*

*OK: De belangen van BTWH en haar dochtervennootschappen (waaronder BTWT) en Multihulp lopen niet parallel. Die belangen moeten zorgvuldig gescheiden worden gehouden, daarover dient jegens (de overige aandeelhouders van) Multihulp een hoge mate van transparantie te worden betracht. Bij transacties tussen BTWH of aan haar verbonden vennootschappen en Multihulp kan reden zijn om onafhankelijke deskundigen te raadplegen ter beoordeling van de vraag of deze transacties at arm's length zijn. Wanneer binnen Multihulp wordt besloten over rechtshandelingen met BTWH dient*

deze daarbij niet betrokken te zijn. Of deze zorgvuldigheidseisen in voldoende mate in acht zijn genomen is onduidelijk gebleven. Voor een deel lijkt aannemelijk dat dit niet het geval is. Ook is bij Multihulp niet de statutair voorgeschreven raad van commissarissen ingesteld waardoor het vereiste onafhankelijke toezicht op haar bestuur ontbreekt. Deze punten en de onduidelijkheid over de hoogte van overhead, doorbelaste kosten en activiteiten die daadwerkelijk worden verricht tegen betaling van de management fee, vormen gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen.

## Verwant oordeel

### Zie ook:

- HR 1 maart 2002, NJ 2002/296 (*Zwagerman Beheer*);
- Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2020, ARO 2020/114 (*Wagenborg Bulk Terminal*);
- Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2020, ARO 2020/45 (*RSW Property*);
- Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, RO 2019/44 (*L'Étoile*);
- Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, RO 2018/48 en JOR 2018/211 (*De Seizoenen*);
- Hof Amsterdam (OK) 24 april 2017, RO 2017/61 (*Fortuna*);
- Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, JOR 2009/129, RO 2009/38 (*Bûtot*);
- Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, NJ 1984/481 (*Linders/Hofstee*);
- J.M. de Jongh, 'Tegenstrijdig belang en transacties met verbonden partijen', *Ondernemingsrecht* 2019/160;
- S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn/M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, § 3.6.2;
- M.L. Lennarts in: *T&C Ondernemingsrecht*, commentaar op art. 2:239 BW aant. 8.

## Wenk

Op grond van art. 2:8 en art. 2:9 BW dienen de vennootschap en degenen die bij haar organisatie zijn betrokken zich redelijk en billijk jegens elkaar te gedragen. Dat brengt onder meer mee dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten ten aanzien van de belangen van al haar aandeelhouders. De uitwerking van deze zorgplicht van de vennootschap is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Relevante omstandigheden kunnen zijn dat sprake is van familieverhoudingen maar ook dat het gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders (zie de *Zwagerman*-beschikking). Is een meerderheidsaandeelhouder ook nog eens enig bestuurder van de vennootschap, dan wordt de zorgplicht nog aangescherpt. In die omstandigheden kan er eerder dan in andere gevallen sprake zijn van de mogelijkheid van vermenging van de belangen van de vennootschap enerzijds en van (enkele van) deze aandeelhouder(s) anderzijds. Dat is reden om daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat een ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat.

De voorliggende uitspraak is in lijn met de drie in de *Linders-Hofstee*-beschikking (die later is uitgewerkt in de *Bûtot*-beschikking) genoemde regels. De 'besmette' bestuurder tevens meerderheidsaandeelhouder moet in een zo vroeg mogelijk stadium openheid van zaken geven. Verder kan het onder omstandigheden gewenst zijn om deskundige derden in te schakelen om te waarborgen dat de transactie onder marktconforme voorwaarden wordt aangegaan. Als de transactie moet worden goedgekeurd door de AV, gelden er bijzondere eisen aan de verstrekking van informatie: aandeelhouders moeten tijdig en mogelijk schriftelijk worden geïnformeerd. Deze *Linders/Hofstee*-regels dienen in elk geval te worden toegepast bij een tegenstrijdig belang als bedoeld in de wet (art. 2:239 lid 6 BW). *Linders/Hofstee* heeft evenwel een breder bereik dan de wet. Naar De Jongh (in het bovengenoemde artikel) meent, gelden deze bijzondere zorgvuldigheidseisen ook wanneer er geen formele besluitvorming plaatsvindt.

Het *Bruil*-arrest (HR 29 juni 2007, RO 2007/67) is nog altijd maatgevend voor het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:239 lid 6 BW. Getoetst moet worden of de bestuurder 'te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.' Daarbij dienen alle relevante omstandigheden van het concrete geval in acht te worden genomen, zoals bijvoorbeeld de situatie dat een natuurlijk persoon meerdere hoedanigheden heeft bij meerdere vennootschappen. Zo overweegt de Hoge Raad dat als de hoedanigheden van bestuurder en aandeelhouder van de beide vennootschappen in één persoon zijn verenigd, de belangen van deze vennootschappen niet noodzakelijkerwijs altijd parallel lopen. Of er dan een tegenstrijdig belang is, hangt af van de omstandigheden van het concrete geval. In de voorliggende zaak oordeelt de OK dat de belangen van de aandeelhouders van BWTH en haar 100% dochtervennootschap BTWT niet parallel lopen met de belangen van Multihulp. Hoewel volgens de wetgever een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van art. 2:239 lid 6 BW zou vallen, brengt art. 2:8 BW volgens de OK met zich mee dat een commissaris of bestuurder met een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang zich dient te onthouden van deelname aan de besluitvorming. De OK hanteert met regelmaat een breder begrip 'belangenverstrengeling' (zie recentelijk de *Etoile*- en *De Seizoenen*-beschikkingen van de OK). Terzijde: dat geldt overigens ook voor de verzwaarde zorgvuldigheidsnorm die de OK toepast, daar waar de 'gewone' rechter een

terughoudender toets inneemt (zie ook OK 22 juli 2014, *RO 2014/70 (Xeikon)* tegenover HR 12 juli 2013, *NJ 2013/461 (VEB/KLM)*)

In de onderhavige casus wreekt zich dat onduidelijk was of de belangen afdoende gescheiden waren, een schriftelijke managementovereenkomst ontbrak, niet duidelijk was welke activiteiten nu werden verricht voor de vergoedingen die Multihulp moest betalen en ook de hoogte van de overhead- en doorbelaste kosten kon men niet uitleggen. Ook schoot de bestuurder/meerderheidsaandeelhouder tekort in diens informatieplicht jegens Oogcontact; dat gegeven zien we eveneens meestal terugkomen in kwesties als de onderhavige: het ontbreekt aan openheid van zaken.

Bij de nakoming van deze zorgplicht heeft de RvC een bijzondere verantwoordelijkheid. In de voorliggende zaak wreekt het zich dat die ontbreekt – terwijl die wel volgens de statuten is voorgeschreven. Op grond van de wettelijke regeling van art. 2:239 lid 6 BW wordt een besluit niet genomen door de ‘besmette’ enige bestuurder (met dubbele pet), maar door de RvC. Conclusie: als meerderheidsaandeelhouder/bestuurder dient men tijdig en volledig openheid van zaken te geven aan de andere aandeelhouders, tijdig en volledig de informatie te verstrekken waarop de aandeelhouders recht hebben en zo nodig derden (zoals deskundigen) in te schakelen om vast te (laten) stellen dat er sprake is van rechtshandelingen tegen zakelijke voorwaarden zoals derden met elkaar zouden overeenkomen.

A.J. Beljaars-Vink

## Partij(en)

Beschikking inzake

Oogcontact Almelo B.V., te Hengelo, verzoekster, advocaat: mr. H.P. Plas, te Utrecht,  
tegen

Thuiszorg Multihulp B.V., te Enschede, verweerster, advocaat: mr. E.N. Mulder, te Nijkerk,  
en tegen

1. Beter Thuis Wonen Holding B.V., te Hoogeveen,
2. [A],
3. [B],
4. [C],
5. [D],

belanghebbenden, advocaat: mr. E.N. Mulder, te Nijkerk.

## Uitspraak

### Ondernemerskamer:

#### 1. Het verloop van het geding

##### 1.1

Voor het verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer naar haar beschikking in deze zaak van 15 december 2020.

##### 1.2

Bij die beschikking heeft de Ondernemingskamer – voor zover thans van belang – een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Thuiszorg Multihulp B.V. over de periode vanaf 1 januari 2018, een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon benoemd teneinde het onderzoek te verrichten en de vaststelling van het bedrag dat het onderzoek mag kosten aangehouden. Tevens heeft zij bij die beschikking, bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, een nader door de Ondernemingskamer aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon benoemd tot zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder van Thuiszorg Multihulp B.V., met doorslaggevende stem, zonder wie Thuiszorg Multihulp B.V. niet vertegenwoordigd kan worden.

#### 2. De gronden van de beslissing

De Ondernemingskamer zal thans de hierna te vermelden personen aanwijzen als onderzoeker respectievelijk bestuurder, een en ander zoals bedoeld in de beschikking in deze zaak van 15 december 2020.

#### 3. De beslissing

De Ondernemingskamer:

wijst aan als onderzoeker zoals bedoeld in de beschikking van 15 december 2020 in deze zaak: mr. E.M. Soerjatin te Utrecht;

wijst aan als bestuurder zoals bedoeld in de beschikking van 15 december 2020 in deze zaak: mr. J.T. Stekelenburg te

Zwolle;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door mr. C.C. Meijer, voorzitter, mr. M.M.M. Tillema en mr. A.J. Wolfs, raadsheren, en prof. dr. M.N. Hoogendoorn RA en prof. drs. E. Eeftink RA, raden, in tegenwoordigheid van mr. S.M. Govers, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 16 december 2020.