

# ECLI:NL:GHAMS:2023:983

|                      |                                                                                                       |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Gerechtshof Amsterdam                                                                                 |
| Datum uitspraak      | 18-04-2023                                                                                            |
| Datum publicatie     | 26-04-2023                                                                                            |
| Zaaknummer           | 200.309.649/01 OK                                                                                     |
| Rechtsgebieden       | Ondernemingsrecht                                                                                     |
| Bijzondere kenmerken | Eerste aanleg - meervoudig                                                                            |
| Inhoudsindicatie     | OK; uitkoop; vordering toegewezen; beroep op afwijzingsgronden uit artikel 2:201a lid 4 BW afgewezen. |
| Wetsverwijzingen     | Burgerlijk Wetboek Boek 2 201a<br>Burgerlijk Wetboek Boek 2 201a                                      |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl                                                                                        |

## Uitspraak

arrest

---

### GERECHTSHOF AMSTERDAM ONDERNEMINGSKAMER

zaaknummer : 200.309.649/01 OK

arrest van de Ondernemingskamer van 18 april 2023

inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**[eiseres] B.V.,**

gevestigd te Almere,

**EISERES,**

advocaten: **mr. A.W. van der Kroef** en **mr. M.M. Hazewinkel**, kantoorhoudende te Amsterdam,

t e g e n

**[gedaagde]** ,

wonende te [...] ,

advocaten: **mr. L.Z. Bosman** en **mr. J Bouman**, kantoorhoudende te Amsterdam,

**GEDAAGDE.**

Partijen worden hierna [eiseres] en [gedaagde] genoemd.

### **1. De zaak in het kort**

Deze zaak betreft een uitkoopvordering op grond van artikel 2:201a BW. [eiseres] houdt ruim 95% van de aandelen in het kapitaal van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Fuikebrug B.V. (hierna: Fuikebrug). [gedaagde] houdt de overige aandelen in het kapitaal van Fuikebrug. [eiseres] vordert in deze procedure op grond van de genoemde bepaling dat [gedaagde] zijn aandelen aan haar overdraagt tegen een door de Ondernemingskamer vast te stellen prijs. [gedaagde] meent dat de vordering moet worden afgewezen en stelt daartoe onder meer dat [eiseres] bij overeenkomst afstand heeft gedaan van haar recht tot uitkoop.

### **2 Het verdere verloop van het geding**

2.1 Voor het eerdere verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer naar het tussenarrest in deze zaak van 1 november 2022, waarin de incidentele vordering van [gedaagde] tot afgifte van, althans inzage in, een aantal stukken is afgewezen.

2.2 Daarna heeft op 9 februari 2023 een mondelinge behandeling in de hoofdzaak plaatsgevonden. De advocaten van partijen hebben toen de standpunten van partijen toegelicht aan de hand van overgelegde aantekeningen. [gedaagde] heeft nog een akte overlegging producties in het geding gebracht. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

2.3 Ten slotte is arrest gevraagd.

### **3 De feiten**

3.1 Fuikebrug is onderdeel van een familieconcern dat twee 'poten' kent: een vastgoedpoot, waarvan Fuikebrug de leidende vennootschap is en een handels- en productiepoot, waarvan [naam] Holding de leidende vennootschap is. Aan het hoofd van het [naam]-concern staat [eiseres], dat 95,02% van de aandelen in het kapitaal van Fuikebrug houdt en alle aandelen in het kapitaal van [naam] Holding. [eiseres] is ook enig bestuurder van Fuikebrug. De aandelen in het kapitaal van [eiseres] zijn gecertificeerd en worden gehouden door een stichting (hierna: de STAK). De certificaten van de aandelen worden gehouden door leden van de familie [naam]. Het [naam]-concern is met name actief in de diervoeder- en kunstmestindustrie.

3.2 [gedaagde] is geregistreerd accountant en belastingadviseur. Hij is op 1 oktober 1993 als

financieel directeur in dienst getreden bij [eiseres] en heeft vanaf toen tot medio 2019 onafgebroken werkzaamheden voor [eiseres] verricht, met dien verstande dat hij dat van 1 januari 2000 tot 1 januari 2005 niet in dienstverband maar op grond van een overeenkomst van opdracht deed. Op 1 januari 2005 is hij opnieuw als financieel directeur van [eiseres] in dienst getreden.

- 3.3 De banden tussen [gedaagde] en het familiebedrijf waren zeer nauw door de langdurige en intensieve samenwerking. Bij zijn aantreden als financieel directeur, in 1993, stonden de werkmaatschappijen er niet goed voor. Er werden zware verliezen geleden. Onder leiding van [gedaagde] werd het concern na 1993 financieel gezonder, onder meer omdat ondernemingen en onroerende goederen werden verkocht en met de opbrengst daarvan leningen werden afgelost. In 2009 heeft [eiseres] aan [gedaagde] het voorstel gedaan dat [gedaagde] in Fuikebrug zou gaan participeren. In de notulen van de algemene vergadering van [eiseres] van 17 september 2009 is hierover opgenomen:

*"Belangrijk is het om te melden dat [gedaagde] als waardering naar het verleden mag participeren in [Fuikebrug]. Er is inmiddels overeenstemming over 10% van de aandelen tegen de intrinsieke waarde. [gedaagde] is belangrijk voor de fiscaliteit en voor de ontwikkeling van [Fuikebrug] en daar heeft hij nu zelf heel nadrukkelijk ook een belang bij. Dit kan voor de toekomst veel potentie opleveren."*

- 3.4 In de notulen van een vergadering van de STAK (die de aandelen in [eiseres] houdt) en het bestuur van [eiseres] van dezelfde datum is hierover opgenomen:

*"[gedaagde] krijgt een 10% belang in [Fuikebrug] als waardering voor de prestaties in het verleden. Ook is hij zeer belangrijk in het ontwikkelen van de fiscale structuur van deze activiteit en het toekomstige bedrijfsontwikkeling. De transactie zal uit fiscaal oogpunt in twee stappen plaatsvinden."*

Met dit 'fiscaal oogpunt' werd bedoeld dat een belang voor [gedaagde] van meer dan 5% in Fuikebrug ertoe zou leiden dat de fiscale eenheid tussen [eiseres], Fuikebrug en [naam] Holding werd verbroken.

- 3.5 Op 28 december 2009 hebben [eiseres] en [gedaagde] een koopovereenkomst betreffende aandelen in Fuikebrug gesloten, die luidt, voor zover van belang:

**" Overwegende:**

(...)

*\* In het kader van herstructurering worden alle onroerende goederen van [[eiseres]] en de exploitatie daarvan verzameld onder [Fuikebrug];*

*\* Als waardering naar het verleden en binding naar de toekomst wordt een belang genomen van 10% in [Fuikebrug]*

(...)

**Komen overeen als volgt:**

**1. Koop van de aandelen**

a. [gedaagde] koopt van [[eiseres]] 10% aandelen belang in [Fuikebrug] voor de intrinsieke waarde per 1 januari 2009 (hierna te noemen "de aandelen").

b. (...)

c. De prijs is vastgesteld op € 46.933 (...)

d. (...)

e. Om fiscale redenen zal eerst 4,98% worden geleverd en na verloop van de fiscale termijnen noodzakelijk op grond van de herstructurering het restant.

**2. Balansgarantie**

a. (...)

b. (...)

c. *[[eiseres]] garandeert aan [gedaagde] dat er geen winst- en kapitaalverwatering plaatsvindt in [Fuikebrug].*

d. *De aandelen zullen overdraagbaar zijn aan de erfgenamen van [gedaagde] zonder dat gebruik wordt gemaakt van de statutaire regeling."*

- 3.6 Bij notariële akte van 28 december 2009 heeft [eiseres] 4,98% van de aandelen in het kapitaal van Fuikebrug geleverd aan [gedaagde] tegen betaling van € 23.382. In de notariële akte staat vermeld, voor zover van belang:

*"De verkoper garandeert de koper:*

*(...)*

*g. dat er géén kapitaal- of winstverwatering op zal treden;*

*h. dat in het geval van overlijden van de koper, de door hem gehouden aandelen (in afwijking van hetgeen in de statuten der vennootschap staat vermeld) vrijelijk over mogen gaan op zijn erfgenamen."*

- 3.7 De statutaire regeling waarnaar de koopovereenkomst en de leveringsakte verwijzen is een plicht tot aanbidding van de aandelen in Fuikebrug aan de medeaandeelhouders voor de erfgenamen van een overleden aandeelhouder.

- 3.8 Tussen 2009 en 2011 is het [naam]-concern geherstructureerd. Daarbij zijn de onroerende goederen ondergebracht in de vastgoedpoot van het concern en de operationele activiteiten in de handels- en productiepoot. Vanaf 2011 werden onroerende goederen vanuit de vastgoedpoot verhuurd aan werkmaatschappijen in de andere poot.

- 3.9 In 2011 heeft [eiseres] aan vier zogenoemde *key managers*, onder wie [gedaagde] , aandelen in [naam] Holding verkocht en geleverd. [gedaagde] heeft aldus op 9 mei 2011 4% van de aandelen in het kapitaal van [naam] Holding verkregen voor een prijs van € 420.000. Op dezelfde datum hebben [eiseres], de *key managers* (onder wie [gedaagde] ) en [naam] Holding een aandeelhoudersovereenkomst gesloten waarin onder meer een verplichting voor iedere *key manager* is opgenomen om zijn aandelen aan [eiseres] te koop aan te bieden in een aantal situaties, zoals beëindiging van de arbeidsovereenkomst, overlijden en arbeidsongeschiktheid gedurende meer dan een jaar. De aandeelhoudersovereenkomst bepaalt ook hoe de koopprijs alsdan zal worden bepaald, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen een "Good Leaver" en een "Bad Leaver". De aanbiddingsplicht is versterkt met een boetebeding.

- 3.10 Eveneens op 9 mei 2011 hebben [eiseres] en [gedaagde] een vaststellingsovereenkomst gesloten, die luidt, voor zover van belang:

**" Overwegende :**

*(...)*

*Als waardering naar het verleden en binding naar de toekomst wordt een belang genomen in [Fuikebrug];*

*Omdat er ook wordt geparticipeerd in [naam] Holding wordt de participatie in [Fuikebrug] aangepast naar 4,99%.*

**Komen overeen als volgt :**

#### **1. Koop van aandelen**

a. *In verband met het 4% belang wat wordt genomen in [naam] Holding BV zal het belang wat [gedaagde] heeft in [Fuikebrug] beperkt blijven tot 4,99%.*

#### **2. Aanvullende voorwaarden en condities**

a. *Alle andere voorwaarden en condities blijven ongewijzigd.*

(...)”

3.11 In 2018 zijn de statuten van Fuikebrug gewijzigd. Sindsdien bevatten de statuten geen aanbiedingsplicht bij overlijden van een aandeelhouder meer.

3.12 Medio 2019 is een geschil tussen partijen ontstaan waarin [eiseres] aan [gedaagde] verweet dat hij zichzelf als financieel directeur onrechtmatig ten koste van het [naam]-concern had verrijkt, niet transparant had gehandeld en zich schuldig had gemaakt aan belangenverstrengeling. [eiseres] is een gerechtelijke procedure tegen [gedaagde] begonnen, waarin zij onder meer ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht op grond van artikel 7:669 lid 2 sub e BW vanwege ernstig verwijtbaar handelen van [gedaagde]. Bij – onherroepelijk geworden – arrest van 8 oktober 2020 heeft het hof Arnhem-Leeuwarden deze vordering toegewezen, de arbeidsovereenkomst tussen partijen met onmiddellijke ingang ontbonden en voor recht verklaard dat [gedaagde] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld jegens [eiseres] en dat [eiseres] geen transitievergoeding en/of contractuele vergoeding aan [gedaagde] verschuldigd is. Het hof achtte de volgende handelingen van [gedaagde] ieder voor zich zodanig verwijtbaar, gelet op de positie van [gedaagde] en het met zijn handelwijze nagestreefde eigenbelang, dat de arbeidsovereenkomst ontbonden kon worden op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW, omdat in redelijkheid van [eiseres] niet kon worden gevergd de overeenkomst voort te zetten:

- het bruto, zonder inhouding van loonheffing, uitbetalen van de vergoeding voor de 13e maand van hemzelf aan zijn pensioenvereniging;
- het zonder (bewijs van) toestemming van zijn medebestuurder uitbetalen aan zichzelf van € 85.192 bruto voor vakantiedagen en van € 22.762 bruto voor met terugwerkende kracht geïndexeerd loon;
- het doen opnemen van een voorziening van ruim € 4,7 miljoen in het concept van de fiscale jaarrekening voor een door zijn medebestuurder betwiste tantièmeclaim van hemzelf over de jaren 2010 tot en met 2018.

3.13 [eiseres] heeft [gedaagde] eind 2020 gesommeerd om zijn aandelen in [naam] Holding te koop aan te bieden op straffe van verbeurte van boetes. Bij notariële akte van 23 februari 2021 heeft [gedaagde] zijn aandelen in [naam] Holding aan [eiseres] overgedragen tegen een koopprijs van ruim € 2 miljoen. Hij heeft dat gedaan onder betwisting van zijn gehoudenheid daartoe en onder voorbehoud van het recht om de koopprijs in rechte op een ander bedrag te laten vaststellen.

3.14 Medio 2021 heeft [gedaagde] een verzoekschrift bij de Ondernemingskamer ingediend, houdende een verzoek om het vaststellingsbesluit van de jaarrekening 2020 van Fuikebrug te vernietigen met het bevel aan Fuikebrug tot herinrichting althans wijziging van de jaarrekening op negentien onderdelen. De Ondernemingskamer heeft het verzoek van [gedaagde] afgewezen bij beschikking van 10 maart 2022 (ECLI:NL:GHAMS:2022:980). Die beschikking is inmiddels onherroepelijk.

#### **4 De gronden van de beslissing**

4.1 De vordering van [eiseres] tot overdracht van de aandelen die [gedaagde] houdt in het geplaatste kapitaal van Fuikebrug is gebaseerd op artikel 2:201a BW. Tussen partijen is niet in geschil dat [eiseres] voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van Fuikebrug verschaft en ten minste 95% van de stemrechten in de algemene vergadering kan uitoefenen. Evenmin is in geschil dat [gedaagde] de enige andere aandeelhouder in Fuikebrug is. [eiseres] voldoet daarmee aan de vereisten van lid 1 van genoemd artikel. In zoverre is haar

vordering tot overdracht toewijsbaar.

4.2 [gedaagde] heeft zich beroepen op twee van de drie in artikel 2:201a lid 4 BW genoemde afwijzingsgronden. Hij meent (1) dat hij ondanks de vergoeding ernstige stoffelijke schade zou lijden door de overdracht en (2) dat [eiseres] jegens hem afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid tot het instellen van de vordering tot overdracht als bedoeld in artikel 2:201a BW. Daarnaast stelt hij dat [eiseres] met het uitoefenen van haar recht tot uitkoop in de gegeven omstandigheden misbruik van recht maakt, althans dat die uitoefening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Ondernemingskamer stelt bij de beoordeling van deze verweren voorop dat de in artikel 2:201a lid 4 BW genoemde afwijzingsgronden beperkt worden uitgelegd (vgl. HR 16 januari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO1777) en dat het aan [gedaagde] is om voldoende gemotiveerd te stellen dat zich een dergelijke afwijzingsgrond voordoet dan wel dat sprake is van misbruik van recht of onaanvaardbaarheid van de uitoefening van het uitkooprecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. [gedaagde] heeft dat niet voldoende gemotiveerd gesteld. Dat zal hierna worden toegelicht per verweer.

#### Geen ernstige stoffelijke schade

4.3 Volgens [gedaagde] lijdt hij ondanks de hem toekomende vergoeding ernstige stoffelijke schade indien hij wordt uitgekocht. Hij stelt daartoe dat hij na de noodzakelijke afbouw van de onroerendgoedportefeuille vanaf 1993, vanaf 1997 weer een onroerendgoedportefeuille voor het [naam]-concern heeft opgebouwd. Hij heeft daarvoor hard gewerkt en zijn eigen netwerk actief ingezet. [gedaagde] kreeg in 2009 met zijn aandelenbelang in Fuikebrug een persoonlijk belang bij het uitbouwen van de onroerendgoedportefeuille. Dat was precies de bedoeling van partijen. Met die bedoeling in het achterhoofd heeft [gedaagde] *leads* die hij in privé kreeg aangeboden meer dan eens ingebracht in Fuikebrug. In de toekomst zal een aantal percelen geschikt kunnen worden gemaakt voor woningbouw of utiliteitsbouw. De waarde van die percelen zal op dat moment aanzienlijk vermeerderen. Om [gedaagde] van die ontwikkeling te laten profiteren werd afgesproken dat de aandelen aan [gedaagde] voor het leven én voor daarna werden overgedragen. Het belang kon niet verwateren en in geval van overlijden van [gedaagde] zou voor zijn erfgenamen geen aanbiedingsplicht gelden. [gedaagde] meent dat een deskundige niet in staat zal zijn de waardestijging van de onroerende zaken die zijn aangekocht vanwege hun mogelijke toekomstige ontwikkelingspotentieel, maar die nog ontwikkeld moeten worden, in de prijs van de aandelen te verdisconteren omdat de vraag of en zo ja wanneer ontwikkeling mogelijk is (en welke ontwikkeling dat dan zal zijn) nog met tal van onzekerheden is omgeven. Bovendien verliest [gedaagde] , als hij wordt uitgekocht, een in het verleden liggende kans om de onroerende goederen in privé aan te kopen. Die schade kan alleen worden voorkomen door [gedaagde] de beschikking te laten houden over zijn aandelen.

4.4 De Ondernemingskamer kan [gedaagde] niet volgen in zijn gedachtegang dat hij door de uitkoop een in het verleden liggende kans om de onroerende goederen zelf aan te kopen verliest. Gesteld al dat ooit sprake was van een dergelijke kans én dat het hem in zijn rechtsverhouding tot [eiseres] vrijstond die kans in privé te benutten – welke omstandigheden [eiseres] heeft betwist – is die kans verloren gegaan doordat [gedaagde] daarvan geen gebruik heeft gemaakt, niet door de uitkoop.

4.5 Verder acht de Ondernemingskamer een deskundige op het gebied van het waarderen van zakelijk vastgoed vanuit zijn expertise in staat om een inschatting te maken van de te verwachten waardeontwikkeling (rekening houdend met de al dan niet in de toekomst geboden mogelijkheden tot ontwikkeling) van de onroerende goederen die (in economische zin) aan Fuikebrug of haar deelnemingen toebehoren en de gevolgen daarvan voor de waarde van de aandelen in Fuikebrug.

4.6 [gedaagde] heeft derhalve geen feiten en omstandigheden gesteld die, indien bewezen, tot honorering van zijn verweer kunnen leiden.

## Geen afstand van recht

- 4.7 [gedaagde] licht zijn verweer dat [eiseres] jegens hem afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid tot het instellen van een uitkoopvordering als volgt toe. Toen [gedaagde] het aandelenbelang in Fuikebrug verwierf, is een aantal bijzondere afspraken gemaakt. [gedaagde] verwijst naar de bepalingen uit de koopovereenkomst en de akte van levering die hiervoor, in 3.5 en 3.6 zijn geciteerd. Bij het ondertekenen van de vaststellingsovereenkomst in 2011 hebben partijen nogmaals de eerder gemaakte afspraken bevestigd. Ook het verwijderen van de aanbiedingsplicht bij overlijden van een aandeelhouder uit de statuten in 2018, is wederom een schriftelijke bevestiging en notariële bekrachtiging van de afspraken tussen partijen. Het was de bedoeling van partijen dat [gedaagde] levenslang zou kunnen profiteren van de ontwikkeling van de op zijn voorspraak aangekochte onroerende zaken. Aan [gedaagde] is destijds uitgelegd dat zijn aandelenbelang losstond van zijn dienstverband en dat hij daarmee werd behandeld als lid van de familie [naam]. Leden van de familie [naam] kregen de aandelen voor het leven en deze gingen na overlijden over op hun kinderen. Dat zou ook voor [gedaagde] gelden, aldus [medebestuurder gedaagde], de medebestuurder van [gedaagde] bij [eiseres] destijds. [gedaagde] verwijst verder naar de hiervoor, in 3.3 geciteerde passage uit de notulen van de aandeelhoudersvergadering van [eiseres]. Uit de verklaringen tijdens deze aandeelhoudersvergadering en uit gedragingen van [eiseres] daarna heeft [gedaagde] mogen afleiden dat hij het belang zou behouden voor het leven en dat het vervolgens op zijn erfgenamen zou overgaan, aldus [gedaagde].
- 4.8 [eiseres] betwist dat zij afstand van haar wettelijk uitkooprecht heeft gedaan. Zij stelt dat de afspraken dat geen verwatering van het belang van [gedaagde] zou plaatsvinden en dat bij overlijden van [gedaagde] zijn erfgenamen de aandelen – in afwijking van de destijds geldende statuten van Fuikebrug – niet behoefden aan te bieden, nog geen afstand van dat recht meebrengen. De aandelen in Fuikebrug zijn ook niet ‘voor het leven’ aan [gedaagde] overgedragen, aldus [eiseres].
- 4.9 De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Het uitkooprecht van artikel 2:201a BW is een wezenlijk, in de wet verankerd, recht van een aandeelhouder die voor eigen rekening ten minste 95% van het kapitaal verschaft en ten minste 95% van de stemrechten in de algemene vergadering kan uitoefenen. Het uitkooprecht is ingevolge artikel 2:25 BW dwingendrechtelijk van aard, wat meebrengt dat het niet bij statuten terzijde kan worden gesteld. Wel kan van de bevoegdheid tot uitoefening van het uitkooprecht bij overeenkomst worden afgezien, zo volgt uit artikel 2:201a lid 4 BW.
- 4.10 Of dat het geval is, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst in kwestie, waarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. Het komt daarbij niet alleen aan op de taalkundige uitleg van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard, maar ook op hetgeen zij over en weer redelijkerwijs uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden en op hetgeen zij in dit opzicht redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Een afstand van de bevoegdheid tot uitoefening van het uitkooprecht kan derhalve in beginsel zowel expliciet als impliciet worden overeengekomen. Dat partijen hebben beoogd het wettelijke uitkooprecht in hun onderlinge verhouding geheel terzijde te stellen zal echter niet lichtvaardig mogen worden aangenomen, gelet op de aard en de strekking van de uitkoopregeling en de daarin besloten liggende waarborgen dat voor de over te dragen aandelen een reële en redelijke prijs wordt betaald.
- 4.11 [gedaagde] heeft gesteld dat het de bedoeling van partijen was dat hij voor het leven aandeelhouder van Fuikebrug zou zijn. Hij baseert die bedoeling met name op de hiervoor in 3.3, 3.5, 3.6 en 3.10 geciteerde verklaringen van [eiseres]. Daarin staat evenwel niet met zoveel woorden dat [eiseres] afstand doet van haar uitkooprecht of dat [gedaagde] aandeelhouder voor het leven zal zijn. [gedaagde] mocht dat redelijkerwijs ook niet uit deze verklaringen afleiden en [eiseres] behoefde redelijkerwijs ook niet te verwachten dat [gedaagde] dit uit haar verklaringen

zou afleiden. De garanties die [eiseres] in de koopovereenkomst uit 2009 en de notariële akte van levering uit 2009 aan [gedaagde] heeft gegeven, houden in dat geen kapitaal- of winstverwatering zou optreden en dat – zo leest de Ondernemingskamer de bepalingen in kwestie – de statutaire aanbiedingsplicht voor de erfgenamen na het overlijden van de aandeelhouder niet zou gelden voor de erfgenamen van [gedaagde] . Een redelijke uitleg van deze garanties brengt nog niet mee dat [eiseres] in algemene zin afstand heeft gedaan van haar uitkooprecht. Gesteld noch gebleken is dat het wettelijk uitkooprecht van artikel 2:201a BW bij het opstellen van de afspraken op enig moment ter sprake is gekomen of onder ogen is gezien. Evenmin is gesteld of gebleken dat partijen de situatie onder ogen hebben gezien dat [gedaagde] vroegtijdig zou vertrekken bij het [naam]-concern of dat [gedaagde] en [eiseres] gebrouilleerd zouden raken, laat staan de situatie die zich uiteindelijk in 2019 heeft voorgedaan, te weten dat [gedaagde] zich jegens [eiseres] als financieel directeur aan verschillende handelingen schuldig maakt die – naar het hof Arnhem-Leeuwarden met gezag van gewijsde tussen partijen heeft vastgesteld – ieder voor zich zodanig verwijtbaar zijn dat in redelijkheid niet van [eiseres] kan worden gevergd dat zij de arbeidsovereenkomst met [gedaagde] voortzet. Een afstand van het uitkooprecht zou betekenen dat [eiseres] ook in dergelijke situaties niet kan terugvallen op haar wettelijk uitkooprecht. Niet valt in te zien dat [gedaagde] redelijkerwijs mocht aannemen dat [eiseres] dit heeft beoogd toen partijen in 2009 afspraken maakten over het aandelenbelang van [gedaagde] . Dit wordt niet anders door de uitlatingen die [medebestuurder gedaagde] volgens [gedaagde] destijds heeft gedaan. Diens (gestelde) uitlating dat het aandelenbelang van [gedaagde] losstond van zijn dienstverband is daartoe onvoldoende specifiek. Daarbij kan gedacht zijn aan pensionering van [gedaagde] of uitoefening van zijn werkzaamheden anders dan in dienstverband, zoals tussen 2000 en 2005 ook heeft plaatsgevonden. De (gestelde) uitlating van [medebestuurder gedaagde] over de gelijkstelling van [gedaagde] met leden van de familie [naam] laat zich goed verklaren door de terzijdestelling van de statutaire aanbiedingsplicht bij overlijden van [gedaagde] . Maar een afstand van het wettelijk uitkooprecht volgt daaruit nog niet. De leden van de familie [naam] waren bovendien geen aandeelhouder, zodat het wettelijk uitkooprecht ten opzichte van leden van de familie [naam] hoe dan ook niet aan de orde was. Aan de (gestelde) uitlatingen van [medebestuurder gedaagde] kan derhalve ook niet de conclusie worden verbonden, ook niet in samenhang met de overige omstandigheden van het geval, dat [gedaagde] zijn aandelen voor het leven heeft verkregen in die zin dat [eiseres] afstand van haar wettelijk uitkooprecht heeft gedaan.

4.12 De uitleg van de koopovereenkomst en de akte van levering uit 2009 die de Ondernemingskamer volgt, leidt ook niet tot ongerijmde resultaten. In de uitkoopregeling is, zoals reeds overwogen, gewaarborgd dat voor de over te dragen aandelen een reële en redelijke prijs wordt betaald. Verder zal een vordering tot uitkoop onder omstandigheden, die hier niet aan de orde zijn (zie hierna, in 4.14 ev.), kunnen afstuiten op misbruik van recht. Het is bijvoorbeeld aannemelijk, mede gelet op de tussen partijen gemaakte afspraken, dat een vordering tot uitkoop die [eiseres] zou hebben ingesteld kort na de verkrijging van het aandelenbelang door [gedaagde] zonder dat sprake was van gewijzigde omstandigheden ten opzichte van het moment van de verkrijging, zou zijn afgestuit op misbruik van recht.

4.13 De e-mail van [gedaagde] aan [C] van 9 januari 2023 (productie 43 van [gedaagde] ) en de verklaringen die [gedaagde] ter zitting heeft afgelegd, maken het voorgaande niet anders. Aan de genoemde e-mail komt weinig waarde toe omdat [gedaagde] daarin slechts zelf aan het woord is en de e-mail ook niet verduidelijkt waarom [gedaagde] in 2009 erop zou hebben mogen vertrouwen dat hij de aandelen in Fuikebrug voor het leven kreeg, ongeacht de omstandigheden waaronder [gedaagde] bij het [naam]-concern zou vertrekken. [gedaagde] heeft ter zitting verklaard dat hij en [medebestuurder gedaagde] de kans dat zij geen vrienden zouden blijven destijds heel klein achtten en dat het de bedoeling was dat hij aandeelhouder voor het leven zou blijven, gelijk de leden van de familie [naam]. Hij werd gekscherend vaak “[voornaam] [naam]” genoemd. De band tussen hem en de familie was hecht. Het is nooit de intentie geweest om zijn aandeelhouderschap voor het leven eenvoudig te omzeilen met de uitkoopregeling, aldus – steeds – [gedaagde] ter zitting. [gedaagde] heeft ook in deze verklaring onvoldoende toegelicht waaruit

hij redelijkerwijs mocht afleiden dat [eiseres] onder geen enkele omstandigheid gebruik zou maken van haar wettelijk uitkooprecht en dus afstand deed van dat recht. Het beroep op afstand van recht faalt dus.

#### Geen misbruik van omstandigheden of onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

- 4.14 Ter toelichting op zijn beroep op misbruik van recht voert [gedaagde] het volgende aan. Er is sprake van onevenredigheid tussen het belang van [eiseres] bij de uitoefening van haar bevoegdheid tot uitkoop en het belang van [gedaagde] dat daardoor wordt geschaad, omdat (1) de aandelen aan [gedaagde] zijn overgedragen voor het leven en zelfs voor daarna (omdat voor zijn erfgenamen geen aanbiedingsplicht gold), (2) het verlies van toekomstige waardevermeerdering door ontwikkeling van de onroerende zaken niet (volledig) in de prijs van de aandelen kan worden verdisconteerd, (3) [gedaagde] mogelijkheden tot het verwerven van onroerend goed die hem in privé werden geboden ten goede heeft laten komen aan Fuikebrug en (4) [gedaagde] in strijd met de in 2009 gemaakte afspraken niet 10% van de aandelen in Fuikebrug heeft gekregen, maar een aandelenbelang van minder dan 5% in twee vennootschappen, Fuikebrug en [naam] Holding. De mogelijkheid tot uitkoop zou [eiseres] niet hebben gehad indien de oorspronkelijk gemaakte afspraken zouden zijn nagekomen. Dezelfde omstandigheden voert [gedaagde] aan ter toelichting van zijn stelling dat uitoefening van het uitkooprecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In dat verband stelt hij verder dat hij meer dan 25 jaren heel belangrijk is geweest voor het [naam]-concern, zich al die tijd maximaal heeft ingezet, niet of nauwelijks vakantie heeft genoten en zijn privéleven en gezondheid meer dan eens ondergeschikt heeft gemaakt aan het belang van het [naam]-concern. De participatie in Fuikebrug vormde de beloning voor al dit harde werken. Met de gedwongen overdracht daarvan zou ook zijn laatste aanspraak op het succes van Fuikebrug hem worden afgenomen terwijl hij een belangrijke bijdrage aan dat succes heeft geleverd, aldus Bouwer.
- 4.15 [gedaagde] miskent met dit betoog opnieuw dat de te verwachten waardeontwikkeling van de onroerende goederen van Fuikebrug en haar deelnemingen in de prijs van de aandelen in Fuikebrug zullen worden verdisconteerd (zie 4.5, hiervoor) en dat hij niet ervan mocht uitgaan dat hij aandeelhouder voor het leven zou zijn, wat er verder ook zou gebeuren (zie 4.11). Verder heeft [gedaagde] in 2011 ingestemd met wijziging van de oorspronkelijke afspraken. Dat die afspraken op verzoek van [eiseres] zijn gewijzigd en de mogelijkheid tot uitkoop van [gedaagde] uit Fuikebrug dankzij die wijziging voor [eiseres] behouden is gebleven, is onvoldoende voor de conclusie dat [eiseres] in de gegeven omstandigheden haar uitkooprecht misbruikt. [eiseres] heeft door de verstoorde verhoudingen tussen haar en [gedaagde] – die in ieder geval in belangrijke mate aan [gedaagde] zijn te wijten – juist een aanzienlijk rechtens te respecteren belang bij uitoefening van haar wettelijk uitkooprecht. De door [gedaagde] recent ingestelde en verloren jaarrekeningprocedure (zie 3.14) illustreert dit belang. Ook uit in het geding gebrachte notulen van de aandeelhoudersvergaderingen blijkt dat het aandeelhouderschap van [gedaagde] leidt tot veel extra werk voor [eiseres], onder meer vanwege de uitgebreide informatieverzoeken die [gedaagde] in het kader van die vergaderingen doet. Beide partijen hebben verder ter zitting bevestigd dat er over en weer een gebrek aan vertrouwen is. Het beroep op misbruik van recht en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid faalt daarom.
- 4.16 Gelet op het voorgaande kan de vordering van [eiseres] tot overdracht van de aandelen van [gedaagde] worden toegewezen. Wat resteert, is de vaststelling van de door [eiseres] te betalen prijs voor de over te dragen aandelen.

#### Prijsbepaling

- 4.17 De Ondernemingskamer acht het met partijen aangewezen dat een deskundigenbericht wordt bevolen over de waarde van de over te dragen aandelen.

- 4.18 De Ondernemingskamer volgt de visie van partijen dat in dit geval kan worden volstaan met de benoeming van één deskundige, met dien verstande dat – zoals ter zitting met partijen is besproken – de deskundige zich naar eigen inzicht kan laten bijstaan door andere deskundigen voor bepaalde kwesties.
- 4.19 Overeenkomstig de vaste jurisprudentie van de Ondernemingskamer in gevallen waarin aan de uitkoopprocedure geen openbaar bod is voorafgegaan, geldt als peildatum voor de waardering de datum van het tussenarrest waarin de Ondernemingskamer constateert dat artikel 2:201a lid 1 en 4 BW de toewijzing van de vordering niet beletten en de vordering daarom in beginsel kan worden toegewezen. De te benoemen deskundige dient derhalve de waarde van de over te dragen aandelen per de datum van dit tussenarrest (18 april 2023) of een andere daarbij zo dicht mogelijk gelegen, voor de hand liggende, datum te bepalen met inachtneming van alle daarvoor relevante feiten en omstandigheden.
- 4.20 De Ondernemingskamer zal het bedrag dat het deskundigenonderzoek maximaal mag kosten niet meteen vaststellen. De Ondernemingskamer zal de aan te wijzen deskundige vragen om binnen zes weken een plan van aanpak en een begroting van de kosten van het onderzoek te maken en deze aan de Ondernemingskamer toe te sturen. De Ondernemingskamer zal [eiseres] – als de partij voor wiens rekening de kosten van het deskundigenonderzoek komen – in de gelegenheid stellen zich uit te laten over die begroting en vervolgens het budget voor het deskundigenonderzoek vaststellen.
- 4.21 De Ondernemingskamer zal bepalen dat het voorschot op de kosten van het deskundigenonderzoek ten laste komt van [eiseres].
- 4.22 Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

## **5 De beslissing**

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek door Drs. G. Rooijackers RC RV naar de waarde van de over te dragen aandelen in het geplaatste kapitaal van Fuikebrug B.V., gevestigd te Almere, per de datum van dit arrest, een en ander met inachtneming van hetgeen in dit arrest onder 4.18, 4.19 en 4.20 is overwogen;

bepaalt dat de griffier van de Ondernemingskamer onverwijld een afschrift van dit arrest en van het procesdossier aan de deskundige zal doen toekomen;

houdt in verband met het bepaalde in 4.20 de vaststelling van het budget voor het deskundigenonderzoek aan en verwijst de zaak naar de terechtzitting van de Eerste Enkelvoudige Kamer voor de Behandeling van Burgerlijke Zaken (rol van de Ondernemingskamer) van dinsdag 30 mei 2023 voor indiening van het plan van aanpak en de begroting door de deskundige;

bepaalt dat [eiseres] B.V. voor de betaling van de kosten van het onderzoek ten genoegen van de

deskundige zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van zijn werkzaamheden;

bepaalt dat de deskundige bij zijn onderzoek partijen in de gelegenheid dient te stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen en dat uit het schriftelijk bericht dient te blijken dat aan dit voorschrift is voldaan;

bepaalt dat van de inhoud van de opmerkingen en de verzoeken van partijen in het schriftelijk bericht van de deskundige melding wordt gemaakt en dat, indien een partij schriftelijk opmerkingen aan de deskundige doet toekomen, zij daarvan terstond afschrift aan de wederpartij dient te doen toekomen;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gegeven door mr. A.P. Wessels, voorzitter, mr. W.A.H. Melissen, mr. C.C. Meijer, raadsheren, en drs. M.A. Scheltema en prof. dr. mr. S. ten Have, raden, in tegenwoordigheid van mr. M.F. van Schendel, griffier, en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 18 april 2023.