

inspanningsplicht op de rechter rust om omgang mogelijk te maken of tot stand te brengen. In dat kader is er een bijzonder curator aangesteld die verslag heeft uitgebracht over de vader en de kinderen. Ook zijn de kinderen gehoord door het hof. Hoewel dit vanwege het feit dat de kinderen zélf om een omgangsregeling verzoeken enigszins ongewoon overkomt, toetst het hof – uiteraard – aan de ontzeggingsgronden van art. 1:377a lid 3 BW. Daarbij concludeert het hof – terecht – dat ontzeggingsgronden sub a, c en d niet van toepassing zijn. Als laatste grond staat ter beoordeling van het hof of de vader kennelijk ongeschikt of kennelijk niet in staat moet worden geacht tot omgang. In het belang van de kinderen en conform de door het EHRM gehanteerde uitgangspunten stelt het hof dat “daarbij alle mogelijke wegen moeten worden bewandeld om wel tot contact te komen” (r.o. 2.7). In dat kader dient een raadsonderzoek te worden gestart om te onderzoeken of vader ongeschikt of onmachtig is om contact met de kinderen te hebben en welke factoren maken dat hij volhardt in zijn weigerachtige houding. Terecht vind ik dat daarbij het hof opmerkt dat op vader een zware verplichting rust om zijn beide dochters een voor hen begrijpelijk inzicht te geven in zijn motieven voor zijn weigering. Alhoewel ik daarbij vrees dat welk antwoord vader ook geeft, dit een enorme impact zal hebben op de kinderen.

Tevens stelt het hof dat dient te worden onderzocht of er nog enige vorm van contact tussen de vader en de kinderen mogelijk is. Aangezien een dergelijk onderzoek enige tijd in beslag zal nemen en het EHRM voorschrijft dat snelheid is geboden omdat tijdsverloop in de regel leidt tot onherstelbare gevolgen in een verbroken ouder-kindrelatie, heeft het hof daarover overwogen dat een verlenging van de procedure niet opweegt tegen de wens van de kinderen om contact te hebben met hun vader en de procedure derhalve goed dient te worden afgerond. Afgaande op de houding van de vader laat de uitkomst van het onderzoek zich echter wel raden. Stel dat er dan toch wordt geconcludeerd dat er nog contact mogelijk is, zal dat dan een positieve ervaring worden voor de dochters? Ik vraag mij af of dat überhaupt nog wel mogelijk is met deze voorgeschiedenis.

Wat opvalt, is dat de wetgeving meer ingericht is op verstoorde verhoudingen tussen de ouders of een ouder en degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, dan op kinderen die ‘gewoon’ contact met hun ouder willen. Nu lijkt het mij om voor de hand liggende redenen ook niet verstandig om aan vader een dwangsom op te leggen of hem te veroordelen tot lijfswang om daarmee omgang te bewerkstelligen maar wrang is het wel te moeten constateren dat, ondanks het verankeren van het recht en de plicht tot omgang tussen ouder en kind, het kind hiertoe eigenlijk nauwelijks bruikbare wettelijke handvatten heeft. De uitvoering van de omgangsregeling blijft in eerste instantie een inspanningsverplichting.

E.A. Slappendel

Slappendel Familierecht Advocatuur & Mediation

## Ondernemingsrecht

126

Hoge Raad  
3 juni 2016, nr. 15/02092  
ECLI:NL:HR:2016:1061  
ECLI:NL:PHR:2016:78  
(mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. De Groot)  
(concl. A-G mr. Spier)  
Noot E. Baghery

**Rechtspersonenrecht. Onrechtmatige daad. Opzegging lidmaatschap in strijd met art. 2:8 BW tevens onrechtmatig? Invloed achterwege laten van vernietiging (art. 2:15 BW). Verrassingsbeslissing. Termijn van opzegging.**

**Handelen van IMG in strijd met art. 2:8 lid 1 BW brengt niet zonder meer mee dat IMG jegens [verweerster] onrechtmatig heeft gehandeld. Beide normen hebben een open karakter en dienen te worden ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Nu het hof heeft geoordeeld en vervolgens voor recht heeft verklaard dat IMG jegens verweerster onrechtmatig heeft gehandeld, gaat het erom of de omstandigheden die het hof in aanmerking heeft genomen dat oordeel kunnen dragen.**

[BW art. 2:8 lid 2, 2:15 lid 1 aanhef en onder b]

*Verweerster kan met een beroep op art. 2:8 lid 2 BW niet bewerkstelligen dat zij ondanks het niet vernietigd zijn van het besluit, vergoeding van schade kan vorderen als ware sprake van een (ver)nietig(d)e opzegging. Met een beroep op art. 2:8 lid 2 BW kan een bij de rechtspersoon betrokkene slechts bewerkstelligen dat een krachtens het besluit geldende regel ondanks de rechtskracht van het besluit jegens hem buiten toepassing wordt gelaten (r.o. 3.4.3). Het voorgaande laat onverlet dat een opzegging, ondanks de rechtsgeldigheid van het besluit daartoe, in strijd met het bepaalde in art. 2:8 lid 1 BW dan wel onrechtmatig kan zijn. Nu [verweerster] een verklaring voor recht vordert van de onrechtmatigheid van de opzegging met onmiddellijke ingang en vergoeding van de dien-tengevolge geleden schade, zijn de door [verweerster] in de toelichting op grief III opgesomde feiten en omstandigheden wel relevant voor die vordering (r.o. 3.4.4)*

*[verweerster] heeft voldoende feiten en omstandigheden aangevoerd voor haar stelling dat IMG met de abrupte beëindiging van het lidmaatschap van [verweerster] in strijd met het bepaalde in art. 2:8 lid 1 BW en daarmee onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Voor zover het onderdeel een beroep doet op de omstandigheid dat [verweerster] niet op de voet van art. 2:15 lid 1 aanhef en onder b BW vernietiging van het besluit tot opzegging heeft gevorderd, is van belang dat de op art. 2:15 BW gebaseerde vordering tot vernietiging van een besluit van een rechtspersoon is gericht op andere rechtsgevolgen dan de onderhavige vordering, die is gebaseerd op onrechtmatige opzegging. De eerstgenoemde vordering is gericht op aantasting van het besluit. De laatstgenoemde vordering neemt de*

rechtsgeldigheid van het besluit tot uitgangspunt, en is gericht op vergoeding van schade die de eiser lijdt door de handeling waartoe is besloten. Art. 2:15 BW sluit een zodanige, op onrechtmatige daad gebaseerde, vordering niet uit, ook niet in een geval waarin een lid van de rechtspersoon daarmee wil opkomen tegen de opzegging van zijn lidmaatschap van die rechtspersoon.

Onderdeel 2 klaagt onder meer dat het hof de in de opzeggingsbrief genoemde gronden voor opzegging onvoldoende in zijn oordeel heeft betrokken. Het onderdeel noemt in het bijzonder de opzeggingsgronden 1 en 4 (vermeld hiervoor in 3.1 onder (vi)) en wijst op datgene wat IMG voor de rechtbank ter onderbouwing van die gronden heeft gesteld. Het onderdeel voert aan dat r.o. 3.4.5 van het hof niet verklaart waarom deze opzeggingsgronden ongelooftwaardig of onvoldoende gemotiveerd zouden zijn.

Deze klacht is gegrond. Het hof heeft in r.o. 3.4.5 overwogen met [verweerster] van mening te zijn “dat voor IMG bij de opzegging van het lidmaatschap (mede) andere motieven hebben voorgezeten dan de in het besluit tot opzegging aangegeven gronden”, en heeft geoordeeld dat IMG haar betwisting van die andere motieven onvoldoende heeft gemotiveerd. Deze overweging maakt niet duidelijk waarom het hof geen aandacht heeft besteed aan de motieven die wél tot uiting komen in de in het besluit vermelde opzeggingsgronden, waarvan het hof de invloed door gebruikmaking van het woord “(mede)” niet heeft uitgesloten. Daarbij verdient opmerking dat partijen voor de rechtbank over de opzeggingsgronden uitvoerig hebben gedebatteerd, en dat dit debat in verband met de devolutive werking ook deel uitmaakte van de procedure in hoger beroep. Het hof heeft dus ten onrechte nagelaten om (het debat over) de in de opzeggingsbrief vermelde gronden (kenbaar) in zijn oordeel te betrekken.

*Internationale Meubel Groep Holding B.V.*,<sup>1</sup>

gevestigd te Etten-Leur,

eiseres tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep,

advocaten: mr. A. Knigge en mr. P.A. Fruytier, tegen

[verweerster],

gevestigd te [vestigingsplaats],

verweerster in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. M.W. Scheltema.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als IMG en [verweerster].

## Conclusie van de Advocaat-Generaal:

### 1 Feiten

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de navolgende feiten.<sup>2</sup>

1.2 [verweerster] voert een onderneming waarin de detailhandel in meubelen wordt uitgeoefend. De aandelen van [verweerster] worden gehouden door [A] B.V. (verder: [A]). [betrokkene 1] (verder: [betrokkene 1]) is enig aandeelhouder van [A].

1.3 IMG is bij notariële akte opgericht als vereniging. Leden van de vereniging zijn, kort samengevat, (eigenaren van) detailhandelszaken in meubelen, woningtextiel en aanverwante zaken die een lidmaatschapsovereenkomst zijn aangegaan met Euretco N.V., dan wel een met Euretco N.V. verbonden onderne-

ming.<sup>3</sup> Doel van de vereniging is onder meer het behartigen van de belangen van de aangesloten leden. Ten behoeve van dat doel hield IMG zich onder meer bezig met “het gezamenlijk ten behoeve van en voor rekening van de individuele leden afzonderlijk plaatsen van orders, het doen produceren van meubelen en woningtextielzaken (...)” [verweerster] was lid van IMG.

1.4 [A] had aanvankelijk 60% van de aandelen in Mondial Keukens Benelux B.V. (hierna: MKB BV) en Euretco Wonen B.V.<sup>4</sup> (hierna: Euretco) en IMG beide afzonderlijk 20%. Bij koopovereenkomst van 13 oktober 2004 heeft [A] “voornoemde aandelen” aan Euretco verkocht voor een koopsom van € 2.700.000,-. De aandelen zijn op 12 november 2004 aan Euretco geleverd.

1.5 Euretco heeft de juistheid van de overeengekomen koopprijs voor de 60% aandelen in MKB BV bestreden op de grond dat [betrokkene 1] bonusbetalingen in MKB BV had gelaten die aan leden van IMG hadden moeten worden uitgekeerd en dat diens gevolg sprake was van een te hoog voorgestelde vermogenspositie van MKB BV. Volgens Euretco<sup>5</sup> diende die koopprijs nader op € 500.000,-, te worden bepaald.<sup>6</sup>

1.6 Bij brief van 18 maart 2005 heeft IMG aan [betrokkene 1] meegedeeld dat zij er rekening mee dient te houden “dat het bestuur ertoe neigt om in geval van een juridische procedure over te gaan tot ontzetting uit het lidmaatschap van u en/of [verweerster]”

1.7 Bij brief van 20 juli 2005 heeft IMG het lidmaatschap van [verweerster] met onmiddellijke ingang opgezegd met als reden “(...) dat van ons als vereniging redelijkerwijs niet kan worden gevergd het lidmaatschap langer te laten voortduren (...)” IMG voerde vier gronden aan die volgens haar zowel ieder voor zich als gezamenlijk tot dat standpunt leidden, te weten:

- 3 Zie art. 4 lid 1 van de statuten van IMG. In het onderhavige geval lijkt [verweerster] de lidmaatschapsovereenkomst te zijn aangegaan met Euretco Wonen B.V. en Euretco Finance B.V. Zie in dit verband de als productie 4 bij conclusie van antwoord in eerste aanleg overgelegde aan [verweerster] gerichte opzeggingsbrief van deze beide vennootschappen. In het als productie 2 overgelegde lidmaatschapsdocument wordt gesproken van ‘Inkoopcombinatie “Nederland” B.V. en/of Samen Sterk Retailservices B.V. (hierna al of niet tezamen te noemen Euretco)’.
- 4 Uit het als productie 10 bij de conclusie van antwoord overgelegde due diligence rapport maak ik op dat Euretco Wonen B.V. aandeelhouder in MKB is.
- 5 Uit de als productie 9 bij conclusie na comparitie door [verweerster] overgelegde brief van 18 maart 2005 van IMG aan [betrokkene 1] en hetgeen in de nadere conclusie, tevens houdende wijziging van eis zijdens [verweerster], onder 6 wordt opgemerkt, lijkt te volgen dat het niet Euretco, maar IMG is die wilde dat de koopprijs nader op € 500.000,- werd bepaald. In ieder geval heeft IMG in deze discussie een prominente rol gespeeld. Zie ook de nadere conclusie II van [verweerster] onder 2.1 en 2.2. Uit het als productie 15 bij deze nadere conclusie overgelegde vonnis in arbitrage van 11 februari 2013 volgt dat Euretco de koopprijs wilde laten bepalen op € 110.400,-.
- 6 Anders dan het Hof heb ik geprobeerd de feiten zoveel mogelijk chronologisch weer te geven. Uit de inhoud van de als productie 9 bij conclusie na comparitie door [verweerster] overgelegde brief van 18 maart 2005 van IMG aan [betrokkene 1] maak ik op dat de hier genoemde discussie van vóór die datum dateert. Het Hof maakt in rov. 3.1.1 onder f (en nadien onder h) in verband met deze discussie melding van een arbitrageprocedure tussen Euretco en [A]. Deze arbitrageprocedure is evenwel eerst op 23 november 2010 aangevangen – zie het tussenvonnis in arbitrage d.d. 19 mei 2011 onder ‘de procedure’, overgelegd als productie 12 bij genoemde nadere conclusie – en is hier verderop onder de vaststaande feiten opgenomen.

1 Voorheen vereniging Internationale Meubel Groep; blijkens de partij aanduiding van het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West Brabant van 18 december 2013 is deze vereniging per 10 april 2009 omgezet in de in de hoofdtekst genoemde B.V.

2 Ontleend aan rov. 3.1.1 van het thans bestreden arrest.

(1) dat zij had vernomen dat [verweerster] lid van een andere inkoopgroep zou worden;

(2) dat [betrokkene 1] bonusbetalingen in MKB BV had gelaten die volgens IMG aan leden van IMG hadden moeten worden uitgekeerd;

(3) dat dientengevolge sprake was van een te hoog voorgestelde vermogenspositie van MKB BV;

(4) dat [betrokkene 1] zich ten koste van andere IMG leden had verrijkt met betalingen die in verband met de toewijzing van meubelverkooppunten aan IMG-leden waren bedongen.

1.8 [verweerster] heeft tegen de onder 1.7 genoemde opzegging bezwaar gemaakt en daartegen op de in de statuten voorgeschreven wijze beroep aangetekend. Dit beroep is door de ledenvergadering verworpen, naar [verweerster] bij brief van 17 oktober 2005 door IMG is meegedeeld.

1.9 [verweerster] heeft zich niet in rechte op vernietigbaarheid van het besluit tot opzegging als voorzien in art. 2:15 BW beroepen.

1.10 Tussen Euretco en [A] is een arbitrageprocedure gevoerd over de vraag of ten onrechte bonusbetalingen binnen MKB BV zijn gehouden die tot een groter eigen vermogen van MKB BV in de jaarrekening over 2003 heeft geleid en daarmee tot een (onterechte en te corrigeren) hogere waardering van de door [A] aan Euretco verkochte aandelen.

1.11 Bij eindvonnis van 11 februari 2013 hebben de arbiters het verzoek van Euretco om aanpassing van de koopsom voor de aandelen afgewezen.

1.12 De discussie tussen Euretco en [A] over het al dan niet juist zijn van de koopprijs voor de aandelen is eveneens onderwerp van discussie geweest in een procedure tussen hen waarin Euretco zich met een beroep op de volgens haar te corrigeren waarde van de aandelen op opschorting van haar betalingsverplichtingen (aflossingen op een door [A] aan Euretco verstrekte lening ter hoogte van de koopprijs) heeft beroepen. In zijn arrest van 5 november 2013 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden, gezien de uitspraak in de arbitrageprocedure, het zojuist genoemde beroep van Euretco verworpen en de in die procedure door [A] gevorderde verklaring voor recht toegewezen.

## 2 Procesverloop

2.1 Na wijziging van eis in eerste aanleg heeft [verweerster]<sup>7</sup> een verklaring voor recht gevorderd houdende dat de opzegging van het lidmaatschap d.d. 20 juli 2005 door IMG ongeldig en onrechtmatig is jegens [verweerster] en dat IMG aansprakelijk is voor alle schade, nader is op te maken bij staat, die [verweerster] dientengevolge heeft geleden, zulks met nevenvorderingen.<sup>8</sup>

2.2.1 In 's Hofs weergave heeft de Rechtbank Breda de gevorderde verklaring voor recht in haar tussenvonnis van 29 juli 2009 "als tweeledig beschouwd" in die zin dat (i) een verklaring voor recht wordt gevorderd dat de opzegging van het lidmaatschap ongeldig was en (ii) een verklaring voor recht wordt gevorderd dat de opzegging van 20 juli 2005 jegens [verweerster] onrechtmatig was. Volgens de Rechtbank houdt eerstgenoemde vordering materieel een beroep op de vernietigbaarheid van het besluit als bedoeld in art. 2:15 BW in en moet zij

worden afgewezen omdat [verweerster] niet binnen de vervaltermijn van art. 2:15 lid 5 BW een vordering tot vernietiging van het besluit heeft ingesteld.<sup>9</sup>

2.2.2 De Rechtbank overwoog, in 's Hofs samenvatting, voorts dat zij de tweede vordering aldus begreep dat [verweerster] stelde dat de opzegging onrechtmatig was omdat de gehanteerde opzeggingsgronden onjuist en ongefundeerd waren dan wel de beëindiging van het lidmaatschap redelijkerwijs niet konden dragen. Zij oordeelde dat de opzeggingsgronden 1 en 4 de opzegging inderdaad niet konden dragen. Het oordeel over de opzeggingsgronden 2 en 3 is aangehouden in afwachting van een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch in het op dat moment aanhangige hoger beroep in het geschil tussen [A] en Euretco betreffende de betalingsverplichtingen van Euretco voor de door [A] aan Euretco overgedragen aandelen MKB BV.<sup>10</sup>

2.2.3 In haar eindvonnis van 18 december 2013 overwoog de Rechtbank, nog steeds in 's Hofs samenvatting, dat, nu door [verweerster] niet de nietigheid van het opzeggingsbesluit is ingeroepen, van de rechtmatigheid van dat besluit moet worden uitgegaan en dat voor een toetsing van de rechtmatigheid van dat besluit alsnog op de voet van onrechtmatige daad geen plaats was. Daarom achtte de Rechtbank ook de tweede vordering niet toewijsbaar. Zij overwoog dat [verweerster] zich voor de gestelde onrechtmatigheid van de opzegging alleen had beroepen op het voor het opzeggingsbesluit gehanteerd zijn van onjuiste en ongefundeerde redenen. Uit de wetsgeschiedenis bij art. 2:8 BW blijkt weliswaar dat een beroep op dat artikel ook mogelijk is ten aanzien van besluiten waarvan de vernietiging had kunnen worden gevorderd maar die door het verstrijken van de vervaltermijn onherroepelijk zijn geworden, doch dan moet wel sprake zijn van bijkomende omstandigheden die maken dat toepassing van het voor rechtsgeldig te houden besluit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Volgens de Rechtbank zijn zodanige bijkomende omstandigheden onvoldoende gesteld en is niet gebleken dat IMG, rekening houdend met alle betrokken belangen, in redelijkheid niet tot het opzeggingsbesluit van 20 juli 2005 heeft kunnen komen. De Rechtbank heeft de vorderingen van [verweerster] daarom afgewezen.<sup>11</sup>

2.3 [verweerster] is van het eindvonnis van 18 december 2013 bij het Hof 's-Hertogenbosch in hoger beroep gekomen. Het hoger beroep is slechts gericht tegen de afwijzing van de gevorderde verklaring voor recht dat de opzegging van 20 juli 2005 jegens [verweerster] onrechtmatig was.<sup>12</sup> Na aanvulling van haar in de appeldagvaarding geformuleerde eis heeft [verweerster] gevorderd dat het Hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende:

– voor recht zal verklaren dat IMG zich jegens [verweerster] onrechtmatig, althans onzorgvuldig heeft gedragen, althans niet heeft gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, door haar lidmaatschap van IMG per 20 juli 2005 met onmiddellijke ingang op te zeggen en bij die opzegging te volharden;

– IMG zal veroordelen tot vergoeding van alle schade, nader op te maken bij staat, die [verweerster] dientengevolge heeft geleden;

7 Aanvankelijk traden ook [betrokkene 1] en [A] B.V. als eisers op. Bij nadere conclusie, tevens houdende wijziging van eis hebben deze partijen hun vorderingen ingetrokken omdat zij niet zijn aan te merken als (opgezegd) lid van IMG en dus geen belang bij hun vorderingen hebben; zie rov. 2.3 van het eindvonnis van 18 december 2013.

8 Zie 's Hofs weergave van de vordering van [verweerster] in rov. 3.1.2 van het bestreden arrest.

9 Zie 's Hofs weergave van het oordeel van de Rechtbank in rov. 3.1.3 van het bestreden arrest.

10 Het betreft de hiervoor onder 1.12 genoemde procedure, waarin vernietiging en verwijzing door de Hoge Raad door het Hof Arnhem-Leeuwarden arrest is geweest.

11 Zie 's Hofs weergave van het oordeel van de Rechtbank in rov. 3.1.5 van het bestreden arrest.

12 Zie de slotzin van rov. 3.1.3 van het bestreden arrest.

– IMG zal veroordelen tot terugbetaling aan [verweerster] van hetgeen [verweerster] ter uitvoering van dat vonnis aan IMG heeft betaald, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van terugbetaling, een en ander met nevenvorderingen.<sup>13</sup>

2.4 In zijn arrest van 27 januari 2015<sup>14</sup> heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd en opnieuw rechtdoende voor recht verklaard dat IMG door de opzegging op 20 juli 2005 van het lidmaatschap van [verweerster] “met onmiddellijke ingang onrechtmatig jegens [verweerster] heeft gehandeld” en IMG veroordeeld tot vergoeding van de nader bij staat op te maken schade die [verweerster] dientengevolge heeft geleden. Daarnaast is IMG veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen [verweerster] ingevolge het vernietigde vonnis aan haar heeft betaald, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van die betaling tot de dag van terugbetaling. Het meer of anders door [verweerster] gevorderde is afgewezen. De proceskosten in eerste aanleg en hoger beroep zijn gecompenseerd, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt. Voor zover in cassatie van belang, heeft het Hof als volgt overwogen:

“3.4.1. In grief III bestrijdt [verweerster] zowel het oordeel van de rechtbank dat voor een geslaagd beroep op art. 2:8 lid 2 bijkomende omstandigheden vereist zijn die meebrengen dat toepassing van het besluit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, als het oordeel van de rechtbank dat door [verweerster] onvoldoende rechtens relevante omstandigheden voor de toepasselijkheid van art. 2:8 lid 2 zijn gesteld. [verweerster] heeft de volgens haar relevante omstandigheden herhaald en stelt dat IMG zich jegens haar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet op het opzeggingsbesluit kan (lees:) beroepen omdat: (a) dit besluit is genomen teneinde te bewerkstelligen dat [A] genoegen zou nemen met een koopprijs van € 500.000,= voor de 60% aandelen van [A] in MKB B.V. in plaats van met de overeengekomen € 2.700.000,=, (b) voorzitter [betrokkene 2] van IMG een persoonlijk belang had bij beëindiging van het lidmaatschap van [verweerster], (c) (d) en (e) [verweerster] door de opzegging in ernstige mate werd benadeeld omdat zij in een verregaande afhankelijkheidsverhouding tot IMG was komen te verkeren, haar bedrijfsruimte geheel naar de formule van IMG had ingericht en door de – door IMG direct aan alle leveranciers kenbaar gemaakte opzegging – van de ene dag op van de andere haar voorraden moest afstoten, haar bedrijfsruimtes moest aanpassen en niet meer voor naleveringen kon zorgen, zulks terwijl in Nederland geen vergelijkbare inkooporganisaties bestonden die voor [verweerster] de plaats van IMG konden innemen.

3.4.2. Deze grief slaagt in zoverre dat bij de behandeling in de Tweede Kamer van het voorstel tot invoering van de vervaltermijn van art. 2:15 lid 5 BW en de daarmee samenhangende invoering van art. 2:8 lid 2 BW op de vraag, of voor toepassing van het bepaalde in art. 2:8 lid 2 BW om te bereiken dat een besluit jegens een bij een rechtspersoon betrokkene die niet tijdig een initiatief tot vernietiging heeft genomen buiten beschouwing wordt gelaten, sprake zou moeten zijn van bijzondere omstandigheden, is geantwoord dat art. 2:8 lid 2 BW zelf al vereist stelt die een lichtvaardig beroep op die bepaling uitsluiten.

3.4.3. De vraag of [verweerster] al dan niet voldoende omstandigheden heeft gesteld voor een terecht beroep op art. 2:8 lid 2 BW is echter in zoverre niet relevant dat [verweerster] naar het oordeel van het hof met een beroep op het bepaalde in art. 2:8 lid 2 BW niet kan bewerkstelligen dat zij ondanks het niet vernietigd zijn van het besluit vergoeding van schade kan vorderen

als ware sprake van een (ver)nietig(d)e opzegging. Met een beroep op art. 2:8 lid 2 BW kan een bij de rechtspersoon betrokkene slechts bewerkstelligen dat een krachtens het besluit geldende regel ondanks de rechtskracht van het besluit jegens hem buiten toepassing wordt gelaten. Het hof verwijst naar de memorie van toelichting bij het betreffende wetsartikel: ‘Art 2:8 lid 2 bevat een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het stemt wat dit betreft overeen met de leden 2 van art. 6:2 en 6:248. Het is vooral van belang omdat art. 2:15, anders dan art. 11 (oud), niet de mogelijkheid kent van een beroep op vernietigbaarheid van een onbillijk werkend besluit bij wijze van verweer (...)’ (MvT, Kamerstukken II 17 725, nr. 1-3, p. 58).

3.4.4. Het voorgaande laat onverlet dat een opzegging ondanks de rechtsgeldigheid van het besluit daartoe in strijd met het bepaalde in art. 2:8 lid 1 BW c.q. onrechtmatig kan zijn. Nu [verweerster] met haar hoger beroep gewijzigde vordering een verklaring voor recht vordert van de onrechtmatigheid van de opzegging met onmiddellijke ingang en vergoeding van de dientengevolge geleden schade, zijn de door [verweerster] in de toelichting op grief III opgesomde feiten en omstandigheden wel relevant voor die vordering.

3.4.5. Naar het oordeel van het hof stelt [verweerster] terecht dat zij voldoende feiten en omstandigheden heeft aangevoerd voor haar stelling dat IMG met de abrupte beëindiging van het lidmaatschap van [verweerster] in strijd met het bepaalde in art. 2:8 lid 1 BW en daarmee onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Zo heeft [verweerster] gesteld dat voor IMG bij de opzegging van het lidmaatschap van [verweerster] (mede) andere motieven hebben voorgezeten dan de in het besluit tot opzegging aangegeven gronden. Het hof is met [verweerster] van mening dat de inhoud van de brief van IMG aan [betrokkene 1] (prod. 9 concl. na comparitie [verweerster]) daarvan blijk geeft. De zinsnede in die brief: ‘Daarnaast dient u er rekening mee te houden, dat het bestuur er toe neigt om in geval van een juridische procedure over te gaan tot ontzetting uit het lidmaatschap van u en/of [verweerster]’ – in welke zinsnede wordt bedoeld op de discussie tussen [A] en Euretco over de koopprijs voor de door [A] overgedragen 60% van de aandelen MKB BV – laat daarover geen twijfel bestaan. In het licht van voormelde productie heeft IMG haar betwisting van die andere motieven onvoldoende gemotiveerd betwist.

3.4.6. [verweerster] heeft eveneens voldoende onderbouwd gesteld dat de opzegging van het lidmaatschap van IMG voor haar aanzienlijke consequenties had, onder meer omdat zij zich jarenlang had toegelegd op de verkoop van via IMG en Euretco ingekochte meubelen van merken die zij alleen als lid van IMG in haar assortiment kon voeren. Het hof acht die stelling door IMG niet (voldoende) gemotiveerd betwist. Voorts acht het hof het aannemelijk dat de beëindiging van het lidmaatschap per direct voor [verweerster] de impact van die consequenties heeft vergroot. Het hof is met [verweerster] van oordeel dat, mede gellet op de lange duur van het lidmaatschap van [verweerster] en de actieve betekenis die [betrokkene 1] binnen IMG heeft gehad, IMG in de abrupte beëindiging van het lidmaatschap van [verweerster] een handelen in strijd met het bepaalde in art. 2:8 lid 1 BW en daarmee onrechtmatig handelen jegens [verweerster] moet worden verweten. Naar het oordeel van het hof had IMG [verweerster] minst genomen een termijn van een halfjaar behoren te gunnen voor de overgang naar een situatie waarin zij haar onderneming niet meer onder het verband van IMG kon voeren. Het hof acht het aannemelijk dat [verweerster] dientengevolge mogelijk schade heeft geleden.

3.4.7. Gezien voorgaande rechtsoverwegingen faalt grief III voor zover deze is gericht tegen de afwijzing door de rechtbank

<sup>13</sup> Zie rov. 3.2 van het bestreden arrest.

<sup>14</sup> ECLI:NL:GHSHE:2015:228, JOR 2015/132, m.nt. C.J. Groffen.



van een beroep van [verweerster] op het bepaalde in art. 2:8 lid 2 BW maar treft deze grief ten aanzien van de nadere vordering van [verweerster] in hoger beroep doel voor zover [verweerster] zich in de toelichting op die grief beroept op feiten en omstandigheden die tot toewijzing van die vordering leiden en voor zover de grief daarmee impliciet gericht is tegen het oordeel van de rechtbank aan het slot van r.o. 2.12, dat [verweerster] 'haar stelling dat IMG in strijd met art. 2:8 BW heeft gehandeld althans onrechtmatig heeft gehandeld, dan ook onvoldoende feitelijk (heeft) onderbouwd'. Het hof zal het vonnis waarvan beroep vernietigen en de in hoger beroep gewijzigde vordering II toewijzen als in het dictum nader aan te geven.

3.5.1. Uit het gedeeltelijk slagen van grief III vloeit voort dat ook grief IV, die is gericht tegen de veroordeling van [verweerster] in de proceskosten van de eerste aanleg, doel treft. Nu beide partijen op enig onderdeel in het ongelijk zijn gesteld (tegen de afwijzing van vordering I is geen grief gericht en vordering II wordt alsnog toegewezen ten behoeve van slechts een deel van de door [verweerster] gevorderde schade), zullen de proceskosten van het geding in eerste aanleg tussen partijen in die zin worden gecompenseerd dat iedere partij de eigen kosten draagt.

3.5.2. Gezien de in hoger beroep andersluidende beslissing ten aanzien van de proceskosten van de eerste aanleg, is de vordering van [verweerster] tot terugbetaling van hetgeen zij ingevolge het vonnis in eerste aanleg aan IMG heeft voldaan toewijsbaar.

3.5.3. Ook in hoger beroep zijn partijen over en weer op enig punt in het ongelijk gesteld, zodat de proceskosten van het hoger beroep eveneens tussen partijen zullen worden gecompenseerd."

2.5 IMG heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. [verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep en op haar beurt deels voorwaardelijk, deels onvoorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. IMG heeft geconcludeerd tot verwerping van het incidenteel cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten. Vervolgens is nog gere- en gedupliceerd.

### 3 Inleiding

3.1 Deze procedure roept talloze vragen op. In cassatie komen de meeste niet aan de orde. Om de zaak niet onnodig te compliceren, ga ik daarop niet in. Maar het leek me wel noodzakelijk om erop te wijzen omdat mogelijk ook argeloze lezers van deze conclusie zich de vraag zullen stellen – kort gezegd – hoe het zo gekomen is.

3.2 Ook los van niet aan de orde gestelde kwesties roept 's Hofs arrest vragen op. Ten dele worden deze door de klachten aangevoerd.

### 4 Bespreking van de principale klachten

4.1 *Onderdeel 1.1* klaagt dat het Hof heeft miskend dat het enkele feit dat een (opzeggings)besluit jegens een lid van een vereniging in strijd is met art. 2:8 lid 1 BW nog niet zonder meer meebrengt dat die vereniging ook onrechtmatig jegens dat lid heeft gehandeld. Dat het besluit in strijd is met art. 2:8 lid 1 BW vormt ten hoogste een omstandigheid die bij de beoordeling van de onrechtmatigheid relevant is.

4.2.1 Anders dan IMG meent, heeft het Hof m.i. geen oordeel als vermeld onder 4.1 geveld. Dat blijkt voldoende duidelijk uit rov. 3.4.4. Of een op onrechtmatige daad gestelde vordering in een geval als het onderhavige met vrucht kan worden ingesteld, hangt in 's Hofs visie kennelijk af van de omstandigheden van het geval; dit wordt met name uitgewerkt in rov. 3.4.5 en vooral<sup>15</sup> rov. 3.4.6.<sup>16</sup> De inleiding op het onderdeel (1.0) wijst trouwens

zelf op een reeks door het Hof verdisconteerde omstandigheden.

4.2.2 IMG kan intussen worden toegegeven dat rov. 3.4.5 eerste volzin anders doet vermoeden.

4.3 *Onderdeel 1.2* verwijt het Hof in ieder geval te hebben miskend dat een door een vereniging jegens een lid genomen (opzeggings)besluit dat – naar Rechtbank en Hof in casu hebben vastgesteld en in cassatie dus tot uitgangspunt dient – niet binnen de vervaltermijn van art. 2:15 lid 5 BW door dat lid krachtens een vordering tot vernietiging (wegens strijd met art. 2:8 lid 1 BW) is bestreden jegens haar voor geldig moet worden gehouden en daarom niet – althans niet enkel – wegens strijd met art. 2:8 lid 1 BW voor een onrechtmatig daad jegens dat lid kan worden gehouden.

4.4 Deze klacht strandt op dezelfde klip als onderdeel 1.1. Zoals onder 4.2.1 reeds vermeld, is 's Hofs oordeel, n'en déplaie de ongelukkige formulering van rov. 3.4.5, niet gegrond op de "enkele omstandigheid" dat sprake is van een met art. 2:8 BW strijdig besluit.

4.5 Ten overvloede: uit het arrest *Tuin Holding/X*<sup>17</sup> volgt dat de norm van art. 2:8 BW betrokken dient te worden bij de beoordeling of van een onrechtmatige daad sprake is.<sup>18</sup> De vraag of de enkele schending van art. 2:8 BW voldoende is, ook wanneer tegen het desbetreffende besluit niet tijdig is opgekomen, kan blijven rusten omdat het Hof zijn oordeel niet op die enkele schending baseert.

4.6 (Ook) de *onderdelen 1.3, 1.4 en 1.7* kanten zich tegen rov. 3.4.4-3.4.6; voor *onderdeel 1.7* is niet helemaal duidelijk tegen welke rechtsoverweging(en) het is gericht. Ze berusten op de onjuiste veronderstelling dat 's Hofs oordeel aldus moet worden begrepen dat de *uitvoering* van het opzeggingsbesluit in strijd was met art. 2:8 lid 1 BW en daarmee onrechtmatig is. 's Hofs oordeel ziet niet op de uitvoering van het opzeggingsbesluit, maar op het opzeggingsbesluit zelf.<sup>19</sup> Deze klachten ontberen dus feitelijke grondslag.

4.7 De *onderdelen 1.5 en 1.6* voeren aan – kort gezegd – dat het Hof door zijn oordeel te baseren op art. 2:8 lid 1 BW<sup>20</sup> buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden of een onbegrijpelijke uitleg aan de gedingstukken heeft gegeven. [verweerster] heeft zich volgens IMG in hoger beroep enkel op het standpunt

15 Zie het dictum van 's Hofs arrest.

16 In die zin ook de s.t. van mr. Scheltema onder 4.1.3.

17 HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256 J.M.M. Maeijer; OR 2007/68, m.nt. M.J. Kroeze rov. 3.6; uit het tussen haakjes geplaatste woordje "terecht" blijkt dat in deze rechtsoverweging ook een eigen oordeel van Uw Raad wordt gegeven.

18 Zie ook de conclusie van mijn ambtgenoot Timmerman voor het in noot 16 genoemde arrest onder 4.13 waar met instemming Van Schilgaarde wordt geciteerd en de annotatie van Maeijer. A-G Timmerman meent – een oordeel waarbij ik graag aansluit – dat "art. 2:8 BW (...) geen zelfstandige grondslag biedt voor een wettelijke schadevergoedingsverplichting". In de literatuur wordt verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of schending van de norm van art. 2:8 lid 1 BW moet worden aangemerkt als wanprestatie dan wel als een onrechtmatige daad. Zie Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, 2013, p. 198; J.B. Huizink, in *GS Rechtspersonen*, art. 2:8 BW, aant. 8. Zie voor de opvatting dat voor een vordering uit onrechtmatige daad als regel geen ruimte meer zal zijn Raaijmakers onder HR 17 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo242, AA-40 (1991), II, 1013 onder 5; m.i. kan uit dat laatste arrest die conclusie evenwel niet worden getrokken; zie met name de vierde alinea van rov. 3.2.

19 Wederom: eender de s.t. van mr. Scheltema onder 4.1.6 en 4.1.11.

20 Ter zijde, in haar nota van dupliek onder 1 tot en met 5 lijkt [verweerster] te veronderstellen dat het Hof zijn oordeel heeft gebaseerd op art. 2:8 lid 2 BW. Dat is niet juist.

gesteld dat het opzeggingsbesluit onrechtmatig is, omdat gehoudenheid daaraan op grond van art. 2:8 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. 4.8 Volgens het Hof ligt met de in hoger beroep gewijzigde vordering de vraag voor of de opzegging, ondanks de rechtsgeldigheid van het besluit, in strijd met het bepaalde van art. 2:8 lid 1 BW c.q. onrechtmatig kan zijn (rov. 3.4.4). Het Hof neemt verder aan dat grief III impliciet ook is gericht tegen het ruim geformuleerde oordeel van de Rechtbank aan het slot van rov. 2.12 dat [verweerster] “haar stelling dat IMG in strijd met art. 2:8 BW heeft gehandeld althans onrechtmatig heeft gehandeld, dan ook onvoldoende feitelijk (heeft) onderbouwd” (rov. 3.4.7).

4.9 Deze klachten zijn geen beter lot beschoren dan de eerdere behandelde omdat ze opnieuw zijn gebaseerd op de, zoals hiervoor uiteengezet, onjuiste gedachte dat 's Hofs oordeel over de onrechtmatigheid alleen is gebaseerd op (strijd met) art. 2:8 BW.

4.10.1 Ten overvloede: in de memorie van grieven memoreert (o.m.) [verweerster] dat in prima een procesafspraak is gemaakt dat de opzegging onrechtmatig was en dat daartoe de aan de opzegging ten grondslag gelegde gronden moeten worden beoordeeld (onder 1.5 en 1.6). Uit hetgeen daarop volgt blijkt duidelijk dat (o.m.) [verweerster] wenst dat de onrechtmatigheid van de opzegging wordt beoordeeld. Dat blijkt ook uit grief I.

4.10.2 De bijkomende omstandigheden waarop 's Hofs oordeel is gebaseerd worden in de toelichting op grief III ten tonele gevoerd, met name onder a, b, c, d en e zomede p. 12 laatste alinea. 4.11 IMG kan worden toegegeven dat grief III (vooral) is gesteld in de sleutel van art. 2:8 lid 2 BW, welke bepaling een en andermaal wordt genoemd. Het is inderdaad aan twijfel onderhevig of alleen uit (de toelichting op) grief III de conclusie kan worden getrokken die het Hof in zijn bestreden oordeel heeft getrokken.

4.12 M.i. is niet onverdedigbaar dat het Hof uit de enigszins warrige toelichting op grief III en de daarin voorkomende krachttermen heeft kunnen afleiden dat [verweerster] mede het oog had op de grondslag onrechtmatige daad. Het is m.i. lood om oud ijzer om drie zelfstandige redenen:

a) in het licht van de memorie in zijn geheel, met name ook hetgeen hiervoor onder 4.10 werd vermeld, heeft het Hof die conclusie m.i. kunnen trekken;

b) ware dat al anders, dan kan de verwijzingsrechter tot dezelfde slotsom komen op basis van de onder a bedoelde uiteenzettingen;

c) het Hof had de vrijheid (zoal niet de plicht) om de rechtsgronden aan te vullen. Er is geen reden aan te nemen dat [verweerster] haar vordering alleen beoordeeld wilde zien op de voet van art. 2:8 lid 2 BW, wat andermaal blijkt uit het hierboven onder 4.10 weergegevene.

4.13 Voor zover de hier besproken klachten zo moeten worden begrepen dat zij het Hof niet verwijten de vordering op de grondslag van onrechtmatige daad te hebben beoordeeld, maar slechts dat het deze vordering op meer dan alleen de opzeggingsgronden heeft beoordeeld, falen ze eveneens omdat het Hof de onder 4.10.2 vermelde omstandigheden kennelijk en niet onbegrijpelijk mede heeft beschouwd als stellingen die in de ogen van [verweerster] de pretense onrechtmatigheid schraagden,

4.14 Voor zover *onderdeel 1.6* tot uitdrukking wil brengen dat het Hof in de stellingen van [verweerster] geen koppeling met art. 2:8 lid 1 BW heeft kunnen lezen, wordt eraan voorbijgezien dat uit de mva onder 32 valt op te maken dat IMG (voldoende) duidelijk was dat die koppeling wél werd gelegd.

4.15 *Onderdeel 2.0* behelst een inleiding die annonceert dat de vervolglklachten opkomen tegen rov. 3.4.5.

4.16 Volgens *onderdeel 2.1* zou het Hof stelplicht en bewijslast hebben miskend. Het onderdeel geeft niet aan waar het Hof dat zou hebben gedaan en het is ook niet in te zien.<sup>21</sup> Voor zover deze klacht al voldoet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. mist zij feitelijke grondslag.

4.17 De *onderdelen 2.2 – 2.4* komen er naar de kennelijke strekking – kort samengevat – op neer dat het Hof onvoldoende aandacht heeft gehad voor de verschillende opzeggingsgronden.

4.18 De Rechtbank heeft in haar tussenvonnis van 29 juli 2009 overwogen dat de hiervoor onder 1.7 weergegeven, door IMG gehanteerde opzeggingsgronden (1) en (4) de opzegging niet kunnen dragen (rov. 3.11 en 3.12). Een oordeel over de beide andere opzeggingsgronden heeft de Rechtbank niet gegeven. In haar eindvonnis van 18 december 2013 is de Rechtbank tot het oordeel gekomen dat de vorderingen van [verweerster] moeten worden afgewezen. Begrijpelijkerwijs is alleen [verweerster] van dat oordeel in hoger beroep gekomen. De devolutieve werking bracht evenwel mee dat de vraag of de door IMG aangevoerde opzeggingsgronden de opzegging konden dragen in volle omvang voorlag. Uit vaste jurisprudentie volgt dat de geïntimeerde die in het dictum van het vonnis van de eerste rechter in het gelijk is gesteld, de stellingen die hij in dit verband in eerste instantie had verdedigd, maar die door de eerste rechter buiten behandeling zijn gelaten of verworpen, niet opnieuw door een incidenteel appel aan het oordeel van de appelrechter behoeft te onderwerpen. Zodra één of meer grieven doel treffen en op zichzelf tot vernietiging van het bestreden vonnis moeten leiden, moeten de niet prijsgegeven stellingen die geïntimeerde in dit verband in eerste instantie heeft verdedigd alsnog, dan wel wederom worden beoordeeld.<sup>22</sup>

4.19 Het Hof had de aangevoerde opzeggingsgronden dus uitdrukkelijk in zijn beoordeling moeten betrekken. Uit het bestreden arrest blijkt niet dat het Hof dit heeft gedaan.<sup>23</sup> Als de opzegging gedragen kan worden door één of meer van deze opzeggingsgronden, kan de omstandigheid dat zij abrupt was en dat andere motieven daarbij ook een rol hebben gespeeld niet, of in elk geval niet zonder meer, de door het Hof getrokken slotsom rechtvaardigen dat de abrupte beëindiging van het lidmaatschap van [verweerster] in strijd met het bepaalde in art. 2:8 lid 1 BW en daarmee onrechtmatig was. Dat brengt mee dat de *onderdelen 2.2, 2.3 en 2.4* slagen.

4.20 Anders dan *onderdeel 2.5* meent, heeft het Hof in rov. 3.1.1 onder c niet geoordeeld dat [verweerster] volgens opzeggingsgrond (1) nog geen lid was van Masterclass. Evenmin heeft het Hof geoordeeld dat de aangedragen opzeggingsgronden in het licht van de 18 maart-brief ongeloofwaardig waren (*onderdeel 2.6*).

4.21 Met het gedeeltelijk slagen van het tweede onderdeel draagt ook *onderdeel 3* vrucht.

4.22 Voor zover de s.t. van IMG nog één of meer andere klachten postuleert, blijven deze onbesproken omdat het onderdeel daarop niet inhaakt.<sup>24</sup>

## 5 Behandeling van de incidentele klachten

5.1 Het incidenteel cassatieberoep is opgebouwd uit drie onder-

21 Met de s.t. van IMG acht ik de onder 4.2.2 vermelde lezing van 's Hofs arrest te artificieel.

22 Onder veel meer HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514, NJ 2012/583, m.nt. H.B. Krans; JIN 2012/102, m.nt. M.A.J.G. Janssen rov. 3.3.2.

23 Hetgeen de s.t. van [verweerster] hiertegen onder 4.2.5 en 4.2.8 inbrengt, is m.i. teveel gebaseerd op wishful thinking. hoe creatief het betoog ook is.

24 Dat geldt met name voor de s.t. onder 4.3.1 met verdere uitwerking in hetgeen daarop volgt.

delen. Het *eerste onderdeel* (genummerd 2.1 – 3) is gericht tegen rov. 3.4.3; het wordt ingesteld onder de voorwaarde dat het principale cassatieberoep op één of meer onderdelen slaagt. Aan die voorwaarde is m.i. voldaan.

5.2 *Onder 2.1* klaagt [verweerster] – kort gezegd – dat het Hof heeft miskend dat indien het opzeggingsbesluit in verband met het bepaalde in art. 2:8 lid 2 BW buiten toepassing wordt gelaten IMG haar verplichtingen jegens [verweerster] had dienen na te komen zo lang geen (rechtsgeldige) opzegging had plaatsgevonden en dat IMG derhalve gehouden is de door [verweerster] geleden schade te vergoeden wegens het toerekenbaar niet nakomen van die verplichtingen.

5.3 Als ik het goed begrijp dan strekt de klacht, mede in het licht van de s.t. onder 5.1.1, ten betoge dat IMG geen toepassing mag geven aan de opzegging zo lang niet rechtsgeldig is opgezegd. Of, anders gezegd, dat [verweerster] tot dat tijdstip moet worden behandeld als ware zij nog lid.

5.4. Wat er zij van rov. 3.4.3, de klacht is tot mislukken gedoemd omdat na een eventuele verwijzing geen oordeel als door het onderdeel gepropageerd zou mogen worden geveld. Immers gaat hetgeen het Hof in de visie van [verweerster] had moeten oordelen buiten de vordering in appel, zoals in cassatie niet bestreden door het Hof in rov. 3.2 samengevat, om. Die vordering scharniert geheel en uitsluitend om beweerdelijk onrechtmatig handelen en de dientengevolge geleden schade.<sup>25</sup>

5.5 De klacht *onder 2.2* mist zelfstandige betekenis en moet het lot van haar voorganger delen.

5.6 De *klacht onder 3.1* (hetgeen daaraan voorafgaat behelst een inleiding) is gekant tegen rov. 3.4.5; zij wordt onvoorwaardelijk voorgesteld. [verweerster] voert aan dat in rov. 3.4.5 besloten ligt dat IMG misbruik heeft gemaakt van haar opzeggingsbevoegdheid, omdat zij deze bevoegdheid heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven. In het licht daarvan zou onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt onbegrijpelijk zijn dat het Hof in rov. 3.4.6 vervolgens heeft beslist dat de opzegging van het lidmaatschap klaarblijkelijk wel toelaatbaar is met inachtneming van een termijn van tenminste een half jaar voor de overgang naar een situatie waarin [verweerster] haar onderneming niet meer onder het verband van IMG kan voeren. De klacht waaiert uit in een aantal subklachten die m.i. niet veel toevoegen.

5.7 Ik kan in rov. 3.4.5 niet lezen dat het Hof zou hebben geoordeeld dat sprake zou zijn van “misbruik van bevoegdheid”, daargelaten of het uitgaande van hetgeen het onderdeel aanvoert niet veeleer zou gaan om détournement de pouvoir (aanwending van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven) en of dat laatste er rechtens toe zou doen. Het Hof heeft niet meer of anders geoordeeld dan dat bij de opzegging van het lidmaatschap “(mede) andere motieven hebben voorgezeten”. Uit het arrest valt zeker niet af te leiden dat het Hof hierin alleen voldoende grond heeft gezien voor zijn onrechtmatigheidsoordeel. Integendeel: de meest voor de hand liggende lezing van het arrest is dat het Hof de onrechtmatigheid zoekt in een combinatie van de in rov. 3.4.5 en 3.4.6 genoemde factoren; blijkens het dictum ligt het zwaartepunt kennelijk bij rov. 3.4.6. Hierin vindt het onderdeel zijn Waterloo.

5.8 Er is nog een tweede en zelfstandige grond waarom de klacht mislukt. Het Hof spreekt van een termijn van “minstgenomen (...) een half jaar”. Het endosseert daarmee aan de rech-

ter in de schadestaatprocedure om de precieze lengte te bepalen.

5.9 *Onder 3.2* wordt 's Hof's oordeel aan de kaak gesteld omdat het Hof zou hebben miskend dat de genoemde termijn van een half jaar in het licht van een aantal door [verweerster] opgesomde omstandigheden niet zonder meer toereikend is en het zeer wel denkbaar is dat de opzegtermijn aanzienlijk langer moet zijn.

5.10 Deze klacht voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen omdat zij ontoelaatbaar vaag is (zij blijft steken in de opmerking dat de termijn *niet zonder meer toereikend is* en dat het *zeer wel denkbaar is* dat de termijn langer moet zijn); zij doet geen beroep op nuttige stellingen die het Hof enig aanknopingspunt boden voor een ander oordeel. Een partij die zelf geen enkel concreet inzicht biedt in de beweerde schade en die zelfs geen bewijsaanbod doet (in elk geval wordt daarop geen beroep gedaan) kan zich er moeilijk over beklagen dat de rechter met zijn handen in het haar zit. Een rechter moet dan een knoop doorhakken.<sup>26</sup> Bovendien miskent het onderdeel andermaal hetgeen onder 5.8 werd opgemerkt.

5.11 In het kielzog van het voorafgaande mislukt de klacht dat het Hof een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven door, zonder dat partijen zich daarover hebben kunnen uitlaten, uit te gaan van een opzegtermijn van (minimaal) een half jaar.

5.12 *Onder 3.3* komt [verweerster] ten slotte op tegen rov. 3.4.6 voor zover zij inhoudt dat alleen de schade voor vergoeding in aanmerking komt die [verweerster] heeft geleden doordat niet tenminste een termijn van een half jaar in acht is genomen.

5.13 Deze klacht komt op tegen een niet gegeven oordeel. Een beperking als daarin verwoord is in het dictum niet te lezen.

5.14 Ten overvloede: met IMG<sup>27</sup> komt het mij voor dat wanneer er van zou moeten worden uitgegaan dat de opzegtermijn zes maanden (of een andere periode) had moeten bedragen de rechtens relevante schade (in beginsel) niet groter kan zijn dan hetgeen [verweerster] als gevolg van de onrechtmatige opzegging in die periode aan winst heeft gederfd of aan extra kosten heeft gemaakt.<sup>28</sup> Als ik goed zie dan beaamt mr. Scheltema dat in zijn “nota van dupliek” onder 12.

5.15 De *bezemklacht onder 4* ontbeert zelfstandige betekenis en wordt meegezogen in de val van haar voorgangers.

#### Conclusie

Deze conclusie strekt:

- \* in het principale beroep tot vernietiging en verwijzing;
- \* in het incidentele beroep tot verwerping.

#### Hoge Raad:

##### 1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 194104/HA ZA 08-1543 van de rechtbank Breda van 12 november 2008 en 29 juli 2009;
- b. het vonnis in de zaak C/02/261815/HA ZA 13-215 van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 18 december 2013;
- c. het arrest in de zaak HD 200.149.084/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 27 januari 2015.

25 IMG heeft de vordering ook in die zin verstaan, getuige hetgeen is opgemerkt in de pleitnota ten behoeve van het op 6 januari 2015 gehouden pleidooi onder 19 in fine. In vergelijkbare zin de s.t. van mrs. Fruytier en Knigge onder 5.1.2.

26 Zie HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai rov. 3.6.2.

27 S.t. onder 5.4.3.

28 Over de lengte van die termijn onthoud ik me van een eigen oordeel; het vellen daarvan ligt, ingeval van vernietiging, op de weg van de feitenrechter als hij aan deze vraag toekomt.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

## 2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft IMG beroep in cassatie ingesteld. [verweerster] heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep, en IMG vordert wettelijke rente over de toe te wijzen proceskosten.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt:

– in het principale beroep tot vernietiging en verwijzing;

– in het incidentele beroep tot verwerping.

De advocaten van partijen hebben ieder bij brief van 11 maart 2016 op die conclusie gereageerd.

## 3 *Uitgangspunten in cassatie*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerster] voert een onderneming waarin de detailhandel in meubelen wordt uitgeoefend. De aandelen in [verweerster] worden gehouden door [A] B.V. (verder: [A]). [betrokkene 1] (verder: [betrokkene 1]) is enig aandeelhouder van [A].

(ii) IMG is bij notariële akte opgericht als vereniging. Leden van de vereniging zijn, kort samengevat, (eigenaren van) detailhandelzaken in meubelen, woningtextiel en aanverwante zaken die een lidmaatschapsovereenkomst zijn aangegaan met Euretco N.V., dan wel een met Euretco N.V. verbonden onderneming. Doel van de vereniging is onder meer het behartigen van de belangen van de aangesloten leden.

Daartoe hield IMG zich onder meer bezig met ‘het gezamenlijk ten behoeve van en voor rekening van de individuele leden afzonderlijk plaatsen van orders, het doen produceren van meubelen en woningtextielzaken’.

[verweerster] was lid van IMG.

(iii) [A] had aanvankelijk 60% van de aandelen in Mondial Keukens Benelux B.V. (hierna: MKB BV) en Euretco Wonen B.V. (hierna: Euretco) en IMG beide afzonderlijk 20%. [A] heeft deze aandelen in 2004 verkocht en geleverd aan Euretco voor een koopsom van € 2.700.000,=.

(iv) Euretco heeft de juistheid van de overeengekomen koopprijs voor de 60% aandelen in MKB BV bestreden op de grond dat [betrokkene 1] bedragen voor bonusbetalingen in MKB BV had gelaten die aan leden van IMG hadden moeten worden uitgekeerd en dat dientengevolge sprake was van een te hoog voorgestelde vermogenspositie van MKB BV. Volgens Euretco diende die koopprijs nader op € 500.000,= te worden bepaald.

(v) Bij brief van 18 maart 2005 heeft IMG aan [betrokkene 1] meegedeeld dat hij er rekening mee dient te houden “dat het bestuur ertoe neigt om in geval van een juridische procedure over te gaan tot ontzetting uit het lidmaatschap van u en/of [verweerster]”

(vi) Bij brief van 20 juli 2005 heeft IMG aan [verweerster] het lidmaatschap van laatstgenoemde met onmiddellijke ingang opgezegd met als reden “(...) dat van ons als vereniging redelijkerwijs niet kan worden gevergd het lidmaatschap langer te laten voortduren (...)” IMG voerde vier gronden aan die volgens haar zowel ieder voor zich als gezamenlijk tot dat standpunt leidden, te weten:

(1) dat zij had vernomen dat [verweerster] lid van een andere inkoopgroep zou worden;

(2) dat [betrokkene 1] bonusbetalingen in MKB BV had gelaten die volgens IMG aan leden van IMG hadden moeten worden uitgekeerd;

(3) dat dientengevolge sprake was van een te hoog voorgestelde vermogenspositie van MKB BV;

(4) dat [betrokkene 1] zich ten koste van andere IMG-leden had verrijkt met betalingen die in verband met de toewijzing van meubelverkooppunten aan IMG-leden waren bedongen.

(vii) [verweerster] heeft tegen de opzegging bezwaar gemaakt en, na afwijzing daarvan, daartegen op de in de statuten voorgeschreven wijze beroep aangetekend. Dit beroep is door de ledenvergadering verworpen, naar [verweerster] bij brief van 17 oktober 2005 door IMG is meegedeeld.

(viii) [verweerster] heeft zich niet op de voet van art. 2:15 BW in rechte beroepen op vernietigbaarheid van het besluit tot opzegging.

(ix) Tussen Euretco en [A] is een arbitrageprocedure gevoerd over de vraag of ten onrechte bonusbetalingen in MKB BV zijn gelaten die tot een groter eigen vermogen van MKB BV in de jaarrekening over 2003 hebben geleid en daarmee tot een (onterechte en te corrigeren) hogere waardering van de door [A] aan Euretco verkochte aandelen.

(x) Bij eindvonnis van 11 februari 2013 hebben de arbiters het verzoek van Euretco om aanpassing van de koopsom voor de aandelen afgewezen.

(xi) De discussie tussen Euretco en [A] over het al dan niet juist zijn van de koopprijs voor de aandelen is eveneens aan de orde geweest in een procedure tussen hen waarin Euretco zich met een beroep op de volgens haar te corrigeren waarde van de aandelen op opschorting van haar betalingsverplichtingen (aflossingen op een door [A] aan Euretco verstrekte lening ter hoogte van de koopprijs) heeft beroepen. Bij arrest van 5 november 2013 heeft het hof Arnhem-Leeuwarden, gezien de uitspraak in de arbitrageprocedure, het zojuist genoemde beroep van Euretco verworpen en de in die procedure door [A] gevorderde verklaring voor recht uitgesproken.

3.2 Voor zover in cassatie van belang is inzet van deze procedure de vraag of de hiervoor in 3.1 onder (vi) bedoelde opzegging jegens [verweerster] onrechtmatig was.

Kort weergegeven was de rechtbank van oordeel dat moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het opzeggingsbesluit omdat [verweerster] niet binnen de vervaltermijn van art. 2:15 lid 5 BW daarvan de nietigheid heeft ingeroepen, en dat [verweerster] onvoldoende bijkomende omstandigheden heeft gesteld die meebrengen dat toepassing van het voor rechtsgeldig te houden besluit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en – voor zover in cassatie van belang – voor recht verklaard dat IMG onrechtmatig jegens [verweerster] heeft gehandeld door de opzegging met onmiddellijke ingang. Het heeft IMG veroordeeld tot vergoeding van de schade die [verweerster] daardoor heeft geleden, op te maken bij staat. Het hof heeft daartoe onder meer het volgende overwogen.

[verweerster] kan met een beroep op art. 2:8 lid 2 BW niet bewerkstelligen dat zij ondanks het niet vernietigd zijn van het besluit, vergoeding van schade kan vorderen als ware sprake van een (ver)nietig(d)e opzegging. Met een beroep op art. 2:8 lid 2 BW kan een bij de rechtspersoon betrokkene slechts bewerkstelligen dat een krachtens het besluit geldende regel ondanks de rechtskracht van het besluit jegens hem buiten toepassing wordt gelaten. (rov. 3.4.3).

Het voorgaande laat onverlet dat een opzegging, ondanks de rechtsgeldigheid van het besluit daartoe, in strijd met het bepaalde in art. 2:8 lid 1 BW dan wel onrechtmatig kan zijn. Nu [verweerster] een verklaring voor recht vordert van de onrechtmatigheid van de opzegging met onmiddellijke ingang en vergoeding van de dientengevolge geleden schade, zijn de door



[verweerster] in de toelichting op grief III opgesomde feiten en omstandigheden wel relevant voor die vordering. (rov. 3.4.4)

[verweerster] heeft voldoende feiten en omstandigheden aangevoerd voor haar stelling dat IMG met de abrupte beëindiging van het lidmaatschap van [verweerster] in strijd met het bepaalde in art. 2:8 lid 1 BW en daarmee onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Zo heeft [verweerster] gesteld dat voor IMG bij de opzegging van het lidmaatschap van [verweerster] (mede) andere motieven hebben voorgezet dan de in het besluit tot opzegging aangegeven gronden. Het hof is met [verweerster] van mening dat de inhoud van de (hiervoor in 3.1 onder (vi) genoemde) brief van IMG aan [betrokkene 1] daarvan blijk geeft. De zinsnede in die brief: “Daarnaast dient u er rekening mee te houden, dat het bestuur er toe neigt om in geval van een juridische procedure over te gaan tot ontzetting uit het lidmaatschap van u en/of [verweerster]” – in welke zinsnede wordt bedoeld op de discussie tussen [A] en Euretco over de koopprijs voor de door [A] overgedragen 60% van de aandelen MKB BV – laat daarover geen twijfel bestaan. In het licht van voormelde productie heeft IMG haar betwisting van die andere motieven onvoldoende gemotiveerd. (rov. 3.4.5)

[verweerster] heeft eveneens voldoende onderbouwd gesteld dat de opzegging van het lidmaatschap van IMG voor haar aanzienlijke consequenties had, onder meer omdat zij zich jarenlang had toegelegd op de verkoop van via IMG en Euretco ingekochte meubelen van merken die zij alleen als lid van IMG in haar assortiment kon voeren. Het hof acht die stelling door IMG niet (voldoende) gemotiveerd betwist. Voorts acht het hof het aannemelijk dat de beëindiging van het lidmaatschap per direct, voor [verweerster] de impact van die consequenties heeft vergroot. Het hof is met [verweerster] van oordeel dat, mede gelet op de lange duur van het lidmaatschap van [verweerster] en de actieve betekenis die [betrokkene 1] binnen IMG heeft gehad, IMG in de abrupte beëindiging van het lidmaatschap van [verweerster] een handelen in strijd met het bepaalde in art. 2:8 lid 1 BW en daarmee onrechtmatig handelen jegens [verweerster] moet worden verweten. Naar het oordeel van het hof had IMG [verweerster] minst genomen een termijn van een half jaar behoren te gunnen voor de overgang naar een situatie waarin zij haar onderneming niet meer onder het verband van IMG kon voeren. Het hof acht het aannemelijk dat [verweerster] diensten-gevolge mogelijk schade heeft geleden. (rov. 3.4.6)

#### 4 Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1.1 Onderdeel 1 van het middel voert aan dat het bestreden arrest niet anders kan worden verstaan dan dat handelen van IMG in strijd met art. 2:8 lid 1 BW zonder meer meebrengt dat IMG jegens [verweerster] onrechtmatig heeft gehandeld. Het klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat sprake is van verschillende normen.

Hoewel het onderdeel terecht signaleert dat het hof van een gelijkstelling van deze twee normen lijkt uit te gaan, leidt dit – indien al als zodanig bedoeld – nog niet tot cassatie. Beide normen hebben immers een open karakter en dienen te worden ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Nu het hof, beslissend op de primaire vordering van [verweerster], heeft geoordeeld en vervolgens voor recht heeft verklaard dat IMG jegens [verweerster] onrechtmatig heeft gehandeld, gaat het erom of de omstandigheden die het hof in aanmerking heeft genomen dat oordeel kunnen dragen.

4.1.2 Voor zover het onderdeel een beroep doet op de omstandigheid dat [verweerster] niet op de voet van art. 2:15 lid 1, aanhef en onder b, BW vernietiging van het besluit tot opzegging heeft gevorderd, is van belang dat de op art. 2:15 BW gebaseerde vordering tot vernietiging van een besluit van een rechtspersoon is

gericht op andere rechtsgevolgen dan de onderhavige vordering, die is gebaseerd op onrechtmatige opzegging. De eerstgenoemde vordering is gericht op aantasting van het besluit. De laatstgenoemde vordering neemt de rechtsgeldigheid van het besluit tot uitgangspunt, en is gericht op vergoeding van schade die de eiser lijdt door de handeling waartoe is besloten. Art. 2:15 BW sluit een zodanige, op onrechtmatige daad gebaseerde, vordering niet uit, ook niet in een geval waarin een lid van de rechtspersoon daarmee wil opkomen tegen de opzegging van zijn lidmaatschap van die rechtspersoon.

4.2.1 Onderdeel 2 klaagt onder meer dat het hof de in de opzeggingsbrief genoemde gronden voor opzegging onvoldoende in zijn oordeel heeft betrokken. Het onderdeel noemt in het bijzonder de opzeggingsgronden 1 en 4 (vermeld hiervoor in 3.1 onder (vi)) en wijst op datgene wat IMG voor de rechtbank ter onderbouwing van die gronden heeft gesteld. Het onderdeel voert aan dat rov. 3.4.5 van het hof niet verklaart waarom deze opzeggingsgronden ongeloofwaardig of onvoldoende gemotiveerd zouden zijn.

4.2.2 Deze klacht is gegrond. Het hof heeft in rov. 3.4.5 overwogen met [verweerster] van mening te zijn “dat voor IMG bij de opzegging van het lidmaatschap (mede) andere motieven hebben voorgezet dan de in het besluit tot opzegging aangegeven gronden”, en heeft geoordeeld dat IMG haar betwisting van die andere motieven onvoldoende heeft gemotiveerd. Deze overweging maakt niet duidelijk waarom het hof geen aandacht heeft besteed aan de motieven die wél tot uiting komen in de in het besluit vermelde opzeggingsgronden, waarvan het hof de invloed door gebruikmaking van het woord ‘(mede)’ niet heeft uitgesloten. Daarbij verdient opmerking dat partijen voor de rechtbank over de opzeggingsgronden uitvoerig hebben gedebatteerd, en dat dit debat in verband met de devolutieve werking ook deel uitmaakte van de procedure in hoger beroep. Het hof heeft dus ten onrechte nagelaten om (het debat over) de in de opzeggingsbrief vermelde gronden (kenbaar) in zijn oordeel te betrekken.

4.3 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling

#### 5 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1 Onderdeel 3 van het middel bevat onder meer de klacht dat het hof in rov. 3.4.6 een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven door uit te gaan van een opzegtermijn van minimaal een half jaar zonder dat partijen zich daarover hebben kunnen uitlaten.

Deze klacht slaagt. Naar de vaststelling van het hof in rov. 3.2 heeft [verweerster], voor zover hier van belang, alleen een verklaring voor recht gevorderd dat de opzegging met onmiddellijke ingang onrechtmatig was, alsmede verwijzing naar de schadestaatprocedure. Door het noemen van een termijn van ten minste een half jaar heeft het hof een oordeel gegeven dat, mede gelet op de verwijzing naar rov. 3.4.6 in het dictum van zijn arrest, kennelijk aldus moet worden opgevat dat IMG niet onrechtmatig zou hebben gehandeld indien het een opzegtermijn van minimaal een half jaar in acht zou hebben genomen. Daarmee heeft het een beslissing gegeven die van invloed is op de schadestaatprocedure zonder dat dit een grondslag had in het partijdebat. Het hof mocht een zodanige beslissing niet geven zonder partijen de gelegenheid te hebben gegeven zich daarover uit te laten.

5.2 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motive-

ring nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

*in het principale en het incidentele beroep:*

vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 27 januari 2015;

verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

*in het principale beroep:*

veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van IMG begroot op € 858, 18 aan verschotten en € 2600,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerster] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

*in het incidentele beroep:*

veroordeelt IMG in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 68, 07 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

#### NOOT

Ik begin deze noot met een disclaimer. Ik was jaren geleden, namens Internationale Meubel Groep Holding B.V. ('IMG'), betrokken bij deze procedure, toen die nog in eerste aanleg diende. Hangende de procedure in de eerste aanleg is aan mijn betrokkenheid een einde gekomen door de overstap naar een ander kantoor.

De feiten zijn als volgt.

IMG is een inkooporganisatie. Haar leden zijn detailhandelzaken in meubelen, woontextiel en aanverwante zaken die een lidmaatschap hebben van Euretco N.V. of een met Euretco N.V. verbonden onderneming. Via IMG krijgen de leden allerlei inkoopvoordelen.

Verweerster in cassatie was (tot aan de opzegging van het lidmaatschap, waarover verderop meer) lid van IMG. A B.V. is enig aandeelhouder van verweerster. Enig aandeelhouder van A B.V., in het arrest als betrokkene aangeduid, noem ik B.

A B.V. houdt zestig procent van de aandelen in Mondial Keukens Benelux B.V. ('Mondial'). IMG en Euretco Wonen B.V. houden ieder twintig procent van de aandelen in Mondial.

In 2004 verkoopt A B.V. haar aandelen in Mondial aan Euretco voor € 2,7 miljoen. Daarop ontstaat er een geschil tussen A B.V. en Euretco. Euretco stelt zich op het standpunt dat de koopprijs te hoog was omdat B bedragen die als bonus aan IMG-leden hadden moeten worden uitgekeerd, niet heeft uitgekeerd, als gevolg waarvan de vermogenspositie van Mondial bij de aandelentransactie rooskleuriger werd voorgesteld dan die was. Volgens Euretco diende de koopprijs bijgesteld te worden naar € 500.000,=.

Bij brief van 18 maart 2005 laat IMG B weten dat het bestuur ertoe neigt om in geval van een juridische procedure over te gaan tot ontzetting uit het lidmaatschap van B en/of verweerster.

Bij brief van 20 juli 2005 zegt IMG het lidmaatschap van verweerster op met als reden dat van haar redelijkerwijs niet kan worden gevergd het lidmaatschap langer te laten voortduren. Er worden vier gronden aangevoerd, te weten:

1. dat zij vernomen heeft dat verweerster lid is of lid zou worden van een andere inkoopgroep;
2. dat B bonusbetalingen in Mondial had gelaten die volgens IMG aan leden van IMG hadden moeten worden uitgekeerd;
3. dat dientengevolge sprake was van een te hoog voorgestelde vermogenspositie van Mondial;

4. dat B zich ten koste van andere IMG-leden had verrijkt met betalingen die in verband met de toewijzing van meubelverkooppunten aan IMG-leden waren bedongen.

Tegen de opzegging is tevergeefs bezwaar en beroep ingesteld. Het besluit is niet op grond van art. 2:15 BW aangetast.

In een arbitrage tussen Euretco en A B.V. over de koopprijs van de aandelen, wordt jaren later de vordering van Euretco tot aanpassing van de koopprijs afgewezen.

In deze procedure stelt verweerster zich op het standpunt dat de opzegging van haar lidmaatschap onrechtmatig was en IMG door die onrechtmatige opzegging schadelijkt is geworden.

De rechtbank wijst de vordering af omdat het besluit niet op grond van art. 2:15 BW is vernietigd en er overigens ook geen feiten en omstandigheden zijn gesteld die meebrengen dat toepassing van dat rechtsgeldige besluit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, aldus de rechtbank. Het hof vernietigt het vonnis. Zie r.o. 3.3. van het arrest. De Hoge Raad casseert.

R.o. 4.1.2. van het arrest trekt mijn aandacht. De Hoge Raad overweegt:

“Voor zover het onderdeel een beroep doet op de omstandigheid dat [verweerster] niet op de voet van art. 2:15 lid 1, aanhef en onder b, BW vernietiging van het besluit tot opzegging heeft gevorderd, is van belang dat de op art. 2:15 BW gebaseerde vordering tot vernietiging van een besluit van een rechtspersoon is gericht op andere rechtsgevolgen dan de onderhavige vordering, die is gebaseerd op onrechtmatige opzegging. De eerstgenoemde vordering is gericht op aantasting van het besluit. De laatstgenoemde vordering neemt de rechtsgeldigheid van het besluit tot uitgangspunt, en is gericht op vergoeding van schade die de eiser lijdt door de handeling waartoe is besloten. Art. 2:15 BW sluit een zodanige, op onrechtmatige daad gebaseerde, vordering niet uit, ook niet in een geval waarin een lid van de rechtspersoon daarmee wil opkomen tegen de opzegging van zijn lidmaatschap van die rechtspersoon.”

Met andere woorden, een rechtsgeldig en onaantastbaar besluit kan evengoed onrechtmatig zijn.

Er is een reeks jurisprudentie waaruit volgt dat uitvoering geven aan een rechtsgeldig tot stand gekomen besluit tegenover derden onrechtmatig kan zijn. Zie HR 8 november 1991, NJ 1992/174 (*Nimox*), HR 6 februari 2004, «JOR» 2004/67 (*Reinders Didam*), HR 22 december 1961, NJ 1962/43 (*Ariëns/van de Loo*), HR 29 november 1996, NJ 1997/345, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Chipshol*).

De Hoge Raad lijkt in lijn met deze jurisprudentie het onderdeel van het cassatiemiddel dat een beroep doet op de onaantastbaarheid van het besluit, te hebben gepasseerd. Ik kan mij daar niet in vinden en wel om de volgende twee redenen.

Ten eerste kan men zich afvragen of het hier gaat om een uitvoeringshandeling die een onrechtmatige daad oplevert. Volgens mij niet. De vraag is of het van IMG, op basis van de opzeggingsgronden die zij in haar opzeggingsbrief had genoemd, niet langer gevegd kon worden het lidmaatschap te laten voortduren (art. 2:35 lid 1b en lid 2 BW). Het gaat dus om een materiële toetsing van het besluit en niet om de toetsing van de toelaatbaarheid van de uitvoeringshandeling.

Ten tweede, de Hoge Raad overweegt dat een vordering tot vernietiging van een besluit op andere rechtsgevolgen is gericht dan de onderhavige vordering. De vordering tot vernietiging strekt tot ongedaanmaking van het aangevallen besluit. De onderhavige vordering gaat uit van de rechtsgeldigheid van het besluit maar neemt tot uitgangspunt dat dat besluit onrechtmatig is en tot schadelijkt leidt, aldus de Hoge Raad.

Dat is op zichzelf juist, maar om te kunnen beoordelen of een rechtsgeldig besluit onrechtmatig is, zal volgens mij (mede)

getoetst moeten worden aan de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 lid 1 BW.

Art. 2:15 BW biedt het instrument om die materiële toetsing te laten plaatsvinden en bij strijd met de redelijkheid en billijkheid het besluit en de gevolgen daarvan ongedaan te (laten) maken. Wordt dat instrument niet tijdig ingezet, dan komt mijns inziens niet alleen vast te staan dat het besluit rechtsgeldig en onaantastbaar is maar ook rechtmatig. Immers, er is dan geen ander instrument beschikbaar dat tot een materiële toetsing van het besluit kan leiden (anders dan art. 2:8 lid 2 BW dat bij wijze van verweer kan worden ingeroepen en niet gericht is op totstandkoming van zelfstandige rechtsgevolgen zoals vernietiging of schadevergoeding). Art. 2:8 lid 1 BW schrijft alleen de toetsingsnorm voor maar biedt niet een toetsingsinstrument. Vergelijk de werking van de formele rechtskracht in het bestuursrecht ten gevolge waarvan het besluit niet alleen onaantastbaar wordt maar ook leidt tot de veronderstelling dat het besluit rechtmatig is.

Stel nu dat een besluit, buiten (succesvolle) toepassing van art. 2:15 BW, via de weg van art. 6:162 BW aan een materiële toetsing wordt onderworpen. Er moet dan worden beoordeeld of het besluit in strijd is met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Ik vind het moeilijk voor te stellen hoe een besluit waarvan vaststaat dat het niet in strijd is met art. 2:8 BW omdat de vernietiging daarvan op die grond niet of niet succesvol is ingeroepen, strijd met de maatschappelijke betamelijkheid kan opleveren.

De normen van art. 2:8 BW en die van art. 6:162 BW zijn weliswaar twee verschillende, maar de feiten en omstandigheden die de norm inkleuren, zijn bij beide normen gelijklopend. En overigens is er ook een grote overlap in het bereik van de normen zelf: maatschappelijke betamelijkheid en de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW liggen dicht bij elkaar.

Vergelijk in dit verband HR 17 mei 1991, NJ 1991/645 (*Tonnema*) waarin werd bepaald dat indien de algemene vergadering met haar besluit jegens een aandeelhouder niet in strijd heeft gehandeld met de in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, zij met dit besluit jegens hem ook niet in strijd met de uit de norm van de onrechtmatige daad voortvloeiende zorgvuldigheidseis heeft gehandeld.

De Hoge Raad casseert mede omdat het hof had aangenomen dat de opzegging door andere motieven was ingegeven dan de opzeggingsgronden, en had geoordeeld dat IMG de betwisting van die andere motieven onvoldoende had gemotiveerd. Volgens de Hoge Raad had het hof aandacht moeten besteden aan de opzeggingsgronden die wel tot uitdrukking waren gekomen in de opzeggingsbrief. Ik begrijp dit zo dat het hof volgens de Hoge Raad had moeten beoordelen of het van IMG, gelet op de opzeggingsgronden, niet langer gevegd kon worden het lidmaatschap te laten voortduren. Die beoordeling moet na verwijzing alsnog plaatsvinden. En dat komt uiteindelijk neer op een vergelijkbare toetsing als die van art. 2:15 BW jo. art. 2:8 BW; als de opzeggingsgronden de opzegging niet kunnen dragen, is het besluit in principe in strijd met art. 2:8 BW.

De rechtsregel dat een onaantastbaar besluit evengoed onrechtmatig kan zijn, leidt tot het gevolg dat de vervalttermijn van art. 2:15 BW die mede is geschreven in het belang van de rechtszekerheid, omzeild kan worden door de vordering in de sleutel van art. 6:162 BW te plaatsen. Dat lijkt mij onwenselijk. Volgens mij moet art. 2:15 BW in dit kader als een *lex specialis* worden aangemerkt ten opzichte van art. 6:162 BW. Is de *lex specialis* niet of niet succesvol toegepast, dan zou de *lex generalis* niet via een achterdeur toepassing moeten kunnen vinden.

En wat betreft de verschillende rechtsgevolgen van art. 2:8 BW en

art. 6:162 BW: art. 2:8 BW kan weliswaar niet dienen als een zelfstandige grondslag voor een schadevordering, maar er is wel een constructie denkbaar waarbij eerst tijdig en succesvol vernietiging op basis van art. 2:15 BW moet zijn gevorderd, om vervolgens schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW te kunnen vorderen. Bij de beoordeling van de schadevordering kan dan worden uitgegaan van de onrechtmatigheid van het besluit omdat die toetsing al in de vernietigingsprocedure heeft plaatsgevonden.

Tot slot nog het volgende.

In HR 29 november 1996, NJ 1997/345, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Chipshol*) oordeelde de Hoge Raad:

“Van een aandeelhouder die zich op grond van onrechtmatige daad tegen een volgens wet en statuten rechtsgeldig tot stand gekomen benoemingsbesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders wil verzetten, mag worden verwacht dat hij zijn bezwaren daartegen en zijn voornemen tot het daarop te gronden verzet onverwijld duidelijk maakt.”

De opzegging door IMG dateert uit 2005. Ik weet niet meer precies wanneer de onderhavige procedure in eerste aanleg begon. Dat zal in ieder geval enkele jaren na de opzegging zijn geweest. Tegen het besluit tot opzegging is destijds wel bezwaar en beroep aangetekend, maar voor zover ik mij nog kan herinneren is er niet onverwijld een voornemen tot het aanhangig maken van deze procedure kenbaar gemaakt. Mogelijk had dat nog een grond kunnen opleveren voor niet-ontvankelijkheid.

E. Baghery

AKD advocaten, notarissen en belastingadviseurs

127

Gerechtshof Amsterdam  
2 februari 2016, nr. 200.172.879/01 OK  
ECLI:NL:GHAMS:2016:382  
(mr. Faber, mr. Wolfs, mr. Ter Huurne, prof.  
dr. Hoogendoorn RA, drs. Boumeester)  
Noot F. Oostlander

#### OK. Enquêterecht.

**De omstandigheden dat een vennootschap gedurende verscheidene jaren verlies lijdt en dat haar eigen vermogen een dalende tendens vertoont, zodanig dat dit jarenlang negatief is, vormen op zichzelf geen grond voor twijfel aan een juist beleid. Ook het verlies van procedures is hiervoor onvoldoende. Ook de kosten, die met de procedures zijn gemoed, kunnen zonder nadere toelichting niet leiden tot het oordeel dat het bestuur van [C] slecht beleid heeft gevoerd.**

[BW art. 2:345]

*De Ondernemingskamer stelt voorop dat de omstandigheden dat een vennootschap gedurende verscheidene jaren verlies lijdt en dat haar eigen vermogen een dalende tendens vertoont, zodanig dat dit jarenlang negatief is, op zichzelf geen grond vormt voor twijfel aan een juist beleid. [A] en [B] hebben evenwel gesteld dat de financiële ontwikkelingen het gevolg zijn van slecht beleid van het bestuur. Zij hebben die stelling echter slechts toegelicht door te wijzen op door [C] geëntameerde “onnodige en onverantwoorde juridische procedures”, waarvan de overbodigheid volgens hen blijkt uit de om-*