



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

**Annotatie bij Rechtbank Den Haag, 29-09-2021,
ECLI:NL:RBDHA:2021:10376**

Koster, H.

Citation

Koster, H. (2022). Annotatie bij Rechtbank Den Haag, 29-09-2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10376. *Jurisprudentie Onderneming & Recht*, 2022(12), 3610-3618. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513208>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513208>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

kunnen zien – de 403-maatschappij – met een aanvullende vordering op een andere crediteur van wie ze de jaarrekening wel kunnen inzien – de moedermaatschappij. Een aspect van deze compensatie is dat als de 403-maatschappij niet meer gebruikmaakt van de jaarrekeningvrijstelling, nieuwe crediteuren niet gecompenseerd hoeven te worden – de moedermaatschappij kan de 403-verklaring intrekken – en dat de moedermaatschappij niet langer aansprakelijk hoeft te zijn jegens bestaande crediteuren als hun positie door de beëindiging van deze aansprakelijkheid niet verzwakt – de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.

9. Oplettendheid is dus vereist voor de crediteur die zijn verhaalsrecht jegens de moedermaatschappij niet wil verliezen. De moedermaatschappij kan namelijk eenzijdig de 403-verklaring intrekken en – nog belangrijker – de procedure beginnen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Dat een crediteur niet dagelijks alle landelijk verspreide dagbladen bijhoudt en het handelsregister voor al zijn debiteuren controleert, acht ik niet ondenkbaar. Het is daarom aan te raden voor een crediteur om te proberen contractueel vast te leggen dat hij individueel moet worden ingelicht als de moedermaatschappij de overblijvende aansprakelijkheid wil beëindigen. De crediteur kan daarvoor het beste een overeenkomst aangaan met de moedermaatschappij in plaats van met de 403-maatschappij. De eventuele schade die de crediteur lijdt als hij niet vooraf wordt ingelicht over de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, is het gedeelte van de vordering op de 403-maatschappij dat niet verhaalbaar is. De 403-maatschappij zal niet in staat zijn deze schade te vergoeden.

10. De crediteur kan met de moedermaatschappij overeenkomen dat hij individueel moet worden ingelicht als de moedermaatschappij een aankondiging plaatst in een landelijk verspreid dagblad dat zij een mededeling heeft gedeponneerd van het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. De dag na de publicatie van deze aankondiging begint namelijk de termijn van twee maanden te lopen waarin de crediteur verzet kan instellen. Indien de moedermaatschappij heeft nagelaten de crediteur in te lichten, pleegt zij wanprestatie. De crediteur kan dan een vordering tot schadevergoeding instellen tegen de moedermaatschappij. Daarnaast is verdedigbaar dat in een dergelijk geval het be-

roep van de moedermaatschappij op de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid jegens de crediteur onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De crediteur kan de moedermaatschappij dan nog steeds aansprakelijk stellen op grond van de ingetrokken 403-verklaring.

mr. E.A. van Dooren
advocaat DVDW en fellow Molengraaff Instituut
(Universiteit Utrecht)

281

Vernietiging van juridische fusie door rechter

Rechtbank Den Haag
29 september 2021, nr. HA ZA 19-1055,
ECLI:NL:RBDHA:2021:10376
(mr. Harmsen, mr. Smeets, mr. Kruidenier)
Noot prof. mr. H. Koster

Vordering van pensioengerechtigde tot vernietiging van juridische fusie tussen Optas Pensioenen NV en Aegon Levensverzekering NV. Geen grond aanwezig voor nietigheid of vernietigbaarheid van fusiebesluit. Voor eigen rekening van eiser komt dat hij geen gebruik heeft gemaakt van mogelijkheid van verzet tegen voorstel tot fusie zoals geregeld in art. 2:316 BW.

[BW art. 2:316, 2:323 lid 1 sub c; 3:40; Wft art. 1:23, 3:119 lid 4]

Feitelijk komt het betoog van [eiser] steeds neer op de stelling dat bij de fusie geen rekening is gehouden met de door hem gestelde – en door Aegon betwiste – aanspraken op een onvoorwaardelijke indexering van de pensioenen. De beoordeling van de vraag of en in hoeverre [eiser] een dergelijke aanspraak heeft, is op grond van art. 216 Pw echter voorbehouden aan de kantonrechter en ligt in de onderhavige procedure daarom niet voor. Bovendien is Aegon als gevolg van de juridische fusie volledig in de rechten én verplichtingen van Optas Pensioenen NV richting [eiser] getreden. De verplichtingen van Optas Pensioenen NV jegens [eiser] zijn onder algemene titel overgegaan op Aegon. Aegon is daarom

gehouden om deze verplichtingen na te komen, met inbegrip van eventuele indexeringsverplichtingen.

Art. 2:316 BW biedt schuldeisers zoals [eiser] de specifieke mogelijkheid van verzet tegen het voorstel tot fusie indien zij van mening zijn dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon (in dit geval Aegon) na de fusie minder waarborg zal bieden dat hun vorderingen zullen worden voldaan, en dat van de rechtspersoon niet voldoende waarborgen zijn verkregen. Dat [eiser] van de mogelijkheid van verzet geen gebruik heeft gemaakt, komt voor zijn rekening.

Nu Aegon als gevolg van de juridische fusie volledig in de rechten én verplichtingen van Optas Pensioenen NV richting [eiser] is getreden, is er evenmin grond voor het oordeel dat het fusiebesluit nietig is wegens strijd met de goede zeden of openbare orde omdat de fusie zou strekken tot benadeling van de Optas-verzekerden.

[Eiser] heeft verder nog aangevoerd dat het fusiebesluit van de algemene vergadering van Aegon nietig of (naar de rechtbank begrijpt:) niet van kracht is, omdat de Wft bepaalt dat een fusie de instemming van DNB behoeft en, om meerdere redenen, een rechtsgeldig instemmingsbesluit van DNB vooralsnog ontbreekt.

Vooropgesteld wordt dat het niet aan de rechtbank is om in deze civielrechtelijke procedure te beoordelen of DNB haar instemming had moeten onthouden. Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat, ook wanneer het instemmingsbesluit van DNB zou worden vernietigd, dit de rechtsgeldigheid van de fusie niet aantast. In art. 1:23 Wft is namelijk bepaald dat privaatrechtelijke rechtshandelingen die zijn verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels slechts nietig of vernietigbaar zijn uit hoofde van art. 3:40 lid 2 BW indien de Wft dit bepaalt. Art. 3:119 lid 4 Wft bepaalt dit niet, zodat de fusie niet op die grond (ver)nietig(baar) kan zijn.

Verder heeft [eiser] geen concrete feiten en omstandigheden aangedragen die nopen tot het oordeel dat sprake is van vernietigbaarheid wegens strijd met de wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van het fusiebesluit regelen (art. 2:15 lid 1 sub a BW).

Strijd met redelijkheid en billijkheid jegens personen die buiten de kring van art. 2:8 BW vallen, kan niet leiden tot vernietigbaarheid van een besluit van de rechtspersoon. Aangezien [eiser] als pensioengerechtigde moet worden aangemerkt als

“gewone schuldeiser” en om die reden niet behoort tot de kring van betrokkenen in de zin van art. 2:8 BW, gaat een beroep op art. 2:15 lid 1 sub b BW reeds daarom niet op.

Tot slot is vernietigbaarheid wegens strijd met een reglement (art. 2:15 lid 1 sub c BW) evenmin aan de orde. De uitkomst is dat geen van de limitatieve gronden van art. 2:323 lid 1 BW zich voordoet.

[Eiser],

advocaat: mr. F.C.M. Schoonderwoerd,
tegen

Aegon Levensverzekering NV te Den Haag,
gedaagde,

advocaten: mr. C.M. Verhage en mr. C.C. Janssen.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. [eiser] heeft pensioenrechten opgebouwd bij Optas Pensioenen N.V.

Historie Optas Pensioenen N.V.

2.2. Optas Pensioenen N.V. is voortgekomen uit de Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (hierna: Stichting PVH).

2.3. Stichting PVH kende een verplichte deelname voor de operationele havenarbeiders, terwijl het kantoorpersoneel op vrijwillige basis werd meeverzekerd.

2.4. In de jaren '90 heeft Stichting PVH Optas Pensioenen N.V. opgericht. Alle pensioenverplichtingen voor het kantoorpersoneel dat niet onder de verplichtstelling viel zijn door PVH overgedragen aan Optas Pensioenen N.V.

2.5. In 1997 is Stichting PVH omgezet in een naamloze vennootschap, Optas Pensioenen II N.V., waarbij alle aandelen werden gehouden door Optas N.V. In verband met de omzetting is een beklemd vermogen in de zin van artikel 2:18 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) gevormd.

2.6. In 1998 is Optas Pensioenen II N.V. gefuseerd met Optas Pensioenen N.V. als verkrijgende vennootschap. Optas Pensioenen II N.V. is opgehouden te bestaan. Stichting Optas was enig aandeelhouder van Optas Pensioenen N.V.

2.7. De aandelen in Optas N.V. zijn in 2007 door Stichting Optas verkocht aan Aegon Nederland N.V. De aandelen zijn op 28 juni 2007 geleverd. Op enig later moment zijn de aandelen van Optas

Pensioenen N.V. door Optas N.V. overgedragen aan Aegon Nederland N.V.

2.8. Na de verkoop van Optas N.V. is de enige activiteit van Stichting Optas het beheer van de ontvangen koopsom ter hoogte van € 1,5 miljard. Het bestuur van Stichting Optas is niet onderworpen aan enig toezicht.

2.9. Na de verkoop van Optas N.V. is een geschil ontstaan tussen (het bestuur van) Stichting Optas enerzijds en de sociale partners, de havenwerkgevers en havenwerknemers, verenigd in Stichting Belangenbehartiging Pensioengerechtigden Vervoer en Havenbedrijven (hierna: Stichting BPVH) anderzijds, omtrent de besteding van de van Aegon Nederland N.V. ontvangen koopsom. Stichting BPVH stelde zich op het standpunt dat Stichting Optas de koopsom zou moeten aanwenden om de pensioenaanspraken van de havenwerknemers te optimaliseren. Het bestuur van Stichting Optas stelde zich op het standpunt dat Stichting Optas zelfstandig en naar eigen goeddunken over de koopsom mocht beschikken. De stichtingen zijn tot een vergelijk gekomen. Op gezamenlijk verzoek van Stichting BPHV en Aegon Nederland N.V. heeft de rechtbank in 2015 het beklemd vermogen (zie 2.5) ontklemd.

2.10. In de statuten van Optas Pensioenen N.V. van 21 april 2015 is – kort samengevat – onder meer opgenomen dat haar doelstelling bestaat uit het treffen van pensioenvoorzieningen door middel van pensioenregelingen (artikel 3), dat de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst (artikel 23.1) en dat de winst en de reserves van Optas Pensioenen N.V. moeten worden aangewend in overeenstemming met het statutaire doel, behoudens een dividenduitkering van ten hoogste 5% van het geplaatste kapitaal (artikel 23.2). Verder is onder het kopje “Ontbinding en vereffening” opgenomen dat hetgeen na voldoening van de schuldeisers van de ontbonden vennootschap, de uitkering aan aandeelhouders van de dividendreserve en de terugbetaling aan aandeelhouders van het nominale op de aandelen gestorte bedrag is overgebleven, wordt aangewend in overeenstemming met het doel van de vennootschap.

Fusie Optas Pensioenen N.V. en Aegon Levensverzekering N.V.

2.11. Op 3 november 2018 is door Optas Pensioenen N.V. en Aegon Levensverzekering N.V. (hierna: Aegon) in het NRC Handelsblad een adver-

tentie geplaatst waarin het voornemen tot een fusie tussen Optas Pensioenen N.V. en Aegon is aangekondigd.

2.12. Op 13 november 2018 hebben Optas Pensioenen N.V. en Aegon het voorstel tot fusie neergelegd bij het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. In het voorstel tot fusie is Optas Pensioenen N.V. gedefinieerd als “de Verdwijnende Vennootschap” en Aegon als de “Verkrijgende Vennootschap”. In het voorstel tot fusie staat onder meer het volgende:

“1 Hoofdpunten van de voorgestelde fusie

1.1. Voorgesteld wordt om tussen de Fuserende Vennootschappen een juridische fusie in de zin van artikel 2:309 BW tot stand te brengen (de Fusie) als gevolg waarvan:

a. De Verdwijnende Vennootschap ophoudt te bestaan; en
b. Het vermogen van de Verdwijnende Vennootschap onder algemene titel wordt verkregen door de Verkrijgende Vennootschap.

1.2. De Verkrijgende Vennootschap is de enig aandeelhouder van de Verdwijnende Vennootschap. Op de Fusie is artikel 2:333 lid 1 BW van toepassing.

1.3. De Fusie zal plaatsvinden zonder toekenning van nieuwe aandelen in het kapitaal van de Verkrijgende Vennootschap.

2 Verdere informatie over de gevolgen van de Fusie (...)

2.2. *Statuten Verkrijgende Vennootschap* De statuten van de Verkrijgende Vennootschap zullen ter gelegenheid van de Fusie worden gewijzigd. (...)

2.9. *Invloed van de Fusie op de grootte van de goodwill en de uitkeerbare reserves van de Verkrijgende Vennootschap (...)* De waarde van het vermogen van de Verdwijnende Vennootschap zal worden verwerkt in de vrij uitkeerbare reserves van de Verkrijgende Vennootschap (behalve dat eventuele wettelijke reserves van de Verdwijnende Vennootschap zo nodig door de Verkrijgende Vennootschap zullen worden overgenomen).

(...)

(...)

(...)”

In het fusievoorstel staat verder dat de raden van commissarissen van zowel de Verdwijnende Vennootschap als de Verkrijgende Vennootschap goedkeuring hebben verleend aan het voorstel tot fusie en dat deze goedkeuring blijkt uit de mede-ondertekening van het voorstel tot fusie door de leden van de genoemde raden van commissaris-

sen. Verder staat in het fusievoorstel dat de fusie de instemming van De Nederlandse Bank (hierna: DNB) behoeft. Als bijlagen bij het fusievoorstel zijn onder meer een Statement of Consent van Aegon Nederland N.V. (als de enig aandeelhouder van Aegon) en Aegon (als enig aandeelhouder van Optas Pensioenen N.V.) gevoegd. Ook zijn een tweetal verklaringen als bedoeld in artikel 2:316 lid 4 BW van de Rechtbank Den Haag bij het fusievoorstel gevoegd.

2.13. [eiser] heeft tegen het gedeponeerde fusievoorstel geen verzet ingesteld als bedoeld in artikel 2:316 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW).

2.14. Bij besluit van 26 februari 2019 heeft DNB toestemming verleend voor de fusie en de overdracht van de rechten en verplichtingen van Optas Pensioenen N.V. aan Aegon. [eiser] heeft op 29 maart 2019 (bestuursrechtelijk) bezwaar gemaakt tegen het besluit van DNB.

2.15. Op 31 maart 2019 hebben Optas Pensioenen N.V. en Aegon het besluit tot fusie genomen en is de akte van fusie verleden bij de notaris.

2.16. De fusie is op 2 april 2019 ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. Diezelfde dag is in de Staatscourant gepubliceerd dat de rechten en verplichtingen uit alle overeenkomsten van levensverzekering van Optas Pensioenen N.V. met ingang van 1 april 2019 zijn overgegaan op Aegon.

2.17. Uit de op 15 mei 2019 gedeponeerde jaarrekening van Optas Pensioenen N.V. over het jaar 2018 volgt dat het eigen vermogen van Optas Pensioenen N.V. op 31 december 2018 € 2.454.590 bedroeg. Het eigen vermogen van Optas Pensioenen N.V. is na de fusie door Aegon als vrij uitkeerbare reserve aangemerkt.

2.18. Op 17 januari 2020 heeft DNB het bezwaar tegen het instemmingsbesluit van onder andere [eiser] ongegrond verklaard. Volgens DNB kon [eiser] niet worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Algemene wet bestuursrecht. [eiser] is vervolgens van deze beslissing op bezwaar in beroep gegaan. De rechtbank Rotterdam heeft het beroep van [eiser] op 26 februari 2021 gegrond verklaard en DNB opgedragen een nieuwe beslissing op het bezwaar te nemen.

3. Het geschil

3.1. [eiser] vordert bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. te verklaren voor recht dat de volgende besluiten nietig zijn:

- het besluit van Optas tot het doen van het voorstel tot fusie met Aegon,
 - het besluit van Aegon tot het doen van het fusievoorstel met Optas,
 - de besluiten van de raad van commissarissen van Optas respectievelijk Aegon waarbij zij de fusievoorstellen hebben goedgekeurd,
 - het fusiebesluit van Optas, en
 - het fusiebesluit van Aegon
- althans deze besluiten te vernietigen;

II. te verklaren voor recht dat de fusie tussen Optas Pensioenen N.V. en Aegon niet rechtsgeldig is, althans nietig, althans deze fusie te vernietigen;

subsidiair: Aegon te veroordelen tot vergoeding van de schade die [eiser] lijdt door de fusie, althans door de nietigheid, althans vernietigbaarheid van de fusiebesluiten van Optas Pensioenen N.V. en Aegon, de besluiten van Optas Pensioenen N.V. en Aegon tot het doen van het fusievoorstel, de goedkeuringsbesluiten daarvan van de raad van commissarissen van Optas Pensioenen N.V. en Aegon, het ontbreken van instemming van DNB met de fusie en de overige verzuimen die nietigverklaring, althans vernietiging van de fusie mogelijk maken. De schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

III. veroordeling van Optas Pensioenen N.V. in de kosten van de procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente en nakosten.

3.2. [eiser] legt aan zijn vorderingen – naar de rechtbank begrijpt en kort samengevat – ten grondslag dat de fusie tussen Optas Pensioenen N.V. en Aegon nietig is op grond van de artikelen 3:119 Wet financieel toezicht (hierna: Wft) en/of artikel 3:40 lid 1 BW, dan wel vernietigbaar op grond van de artikelen 3:40 lid 2 BW en/of 2:323 lid 1 sub c BW, omdat:

- i) een rechtsgeldig instemmingsbesluit van DNB ontbreekt;
- ii) sprake is van strijd van het instemmingsbesluit van DNB en het fusiebesluit met de eigendomsrechten van de Optas-verzekerden;
- iii) de fusie in strijd is met wettelijke bepalingen;
- iv) de genomen besluiten in strijd zijn met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), artikel 17 EU Handvest en wettelijke bepalingen;
- v) de vereiste statutaire goedkeuring van de Algemene Vergaderingen van Optas Pensioenen N.V. en Aegon ontbreekt;

vi) de genomen besluiten in strijd zijn met de statuten van Optas Pensioenen N.V., de indexeringsafspraken, de zorgplicht van Optas Pensioenen N.V., de redelijkheid en billijkheid en reglementen;

vii) een advies van de Ondernemingsraad van Aegon ontbreekt.

[eiser] betoogt in dat verband, kort samengevat, dat Optas-verzekerden aanspraak hebben op onvoorwaardelijke indexering op grond van door Optas Pensioenen N.V. gedane toezeggingen dan wel door haar gewekte verwachtingen. Het is altijd de doelstelling van Optas Pensioenen N.V. geweest dat haar winst geheel ten goede komt aan de Optas-verzekerden. Zo heeft Optas Pensioenen N.V. volgens [eiser] toegezegd dat het beklemd vermogen na ontkenning (zie 2.9) wordt besteed in overeenstemming met die doelstelling. Volgens [eiser] dient het vermogen van Optas Pensioenen N.V. ter hoogte van ongeveer € 2,5 miljard daarom ten goede te komen aan de Optas-verzekerden en te worden gebruikt voor het indexeren van de pensioenen, dan wel het waardevast houden ervan, en is aldus sprake van een materiële beklemming van voornoemd bedrag van € 2,5 miljard. In plaats daarvan is dit bedrag na de fusie door Aegon aangemerkt als vrije reserve. Aegon eigent zich door de fusie dus onrechtmatig € 2,5 miljard toe. Ook als sprake zou zijn van een voorwaardelijke indexering van de pensioenen, kan dit bedrag niet worden aangemerkt als vrije reserve, maar dient Aegon consistent te financieren en voldoende financiële middelen te reserveren om haar verplichtingen na te komen. Volgens [eiser] is de fusie daarom in strijd met het recht en niet rechtsgeldig, waardoor zij recht en belang heeft bij nietigverklaring dan wel vernietiging van de fusie en herstel van de oude situatie.

3.3. Aegon heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van [eiser] dan wel tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van [eiser] in de kosten van de procedure te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. [eiser] beoogt met zijn vorderingen onder I en II (primair) in de kern de fusie tussen Optas Pensioenen N.V. en Aegon ongedaan te maken. Dat kan alleen met een vernietiging van het besluit tot fusie op de limitatieve gronden van arti-

kel 2:323 lid 1 BW. Enige andere grond of gronden kunnen niet tot toewijzing van die vorderingen leiden en blijven in het navolgende daarom onbesproken.

4.2. [eiser] meent dat de fusie moet worden vernietigd op grond van artikel 2:323 lid 1 sub c BW. [eiser] beroept zich op de nietigheid of een grond tot vernietiging van het voor de fusie vereiste besluit van de algemene vergadering van Aegon.

Nietigheid van het fusiebesluit?

4.3. Ter onderbouwing van de door hem gestelde nietigheid van het fusiebesluit heeft [eiser] uitvoerig betoogd dat Aegon zich door de fusie onrechtmatig € 2,5 miljard toe-eigent die op grond van de bedoeling van Optas Pensioenen N.V., de wettelijke bepalingen met betrekking tot de fusie, haar statuten, de gemaakte indexeringsafspraken en gegeven garanties, de wettelijke affinancieringsverplichtingen, eigendomsrechtelijk en fiscaal moet worden aangewend voor de onvoorwaardelijke indexering van de pensioenen van alle Optas-verzekerden. Dit betoog van [eiser] komt, in al zijn onderdelen, feitelijk steeds neer op de stelling dat bij de fusie geen rekening is gehouden met de door hem gestelde – en door Aegon betwiste – aanspraken op een onvoorwaardelijke indexering van de pensioenen. De beoordeling van de vraag of en in hoeverre [eiser] een dergelijke aanspraak heeft, is op grond van artikel 216 Pensioenwet echter voorbehouden aan de kantonrechter en ligt in de onderhavige procedure daarom niet voor. Bovendien is Aegon als gevolg van de juridische fusie volledig in de rechten én verplichtingen van Optas Pensioenen N.V. richting [eiser] getreden. De verplichtingen van Optas Pensioenen N.V. jegens [eiser] zijn onder algemene titel overgegaan op Aegon. Aegon is daarom gehouden om deze verplichtingen na te komen, met inbegrip van eventuele indexeringsverplichtingen. Mocht [eiser] aanspraak kunnen maken op een onvoorwaardelijke indexering van de pensioenen, dan moet hij zich daarvoor met een daartoe strekkende vordering dus tot Aegon wenden en, zo nodig, tot de kantonrechter. Een grond voor vernietiging van de fusie levert dat niet op.

4.4. Voor zover [eiser] heeft aangevoerd dat Aegon het van Optas Pensioenen N.V. afkomstige bedrag van € 2,5 miljard ten onrechte als vrije reserve heeft aangemerkt, begrijpt de rechtbank dit betoog zo, dat Aegon minder waarborg zou bieden dan Optas Pensioenen N.V. om aan de

pensioenverplichtingen te voldoen en dat de verhaalsmogelijkheid van [eiser] als gevolg van het fusiebesluit wordt beperkt. Dit, terwijl Aegon op grond van de Pensioenwet verplicht is voor een consistente financiering zorg te dragen, aldus [eiser]. De rechtbank passeert dit betoog. Artikel 2:316 BW biedt schuldeisers zoals [eiser] de specifieke mogelijkheid van verzet tegen het voorstel tot fusie indien zij van mening zijn dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon (in dit geval Aegon) na de fusie minder waarborg zal bieden dat hun vorderingen zullen worden voldaan, en dat van de rechtspersoon niet voldoende waarborgen zijn verkregen. Binnen het wettelijk systeem van de tweede afdeling van Titel 7 Boek 2 BW hoort het betoog van [eiser] daarom in een verzetprocedure thuis en niet in de onderhavige vernietigingsprocedure. Dat [eiser] van de mogelijkheid van verzet geen gebruik heeft gemaakt, komt voor zijn rekening.

4.5. Nu Aegon als gevolg van de juridische fusie volledig in de rechten én verplichtingen van Optas Pensioenen N.V. richting [eiser] is getreden, is er evenmin grond voor het oordeel dat het fusiebesluit nietig is wegens strijd met de goede zeden of openbare orde omdat de fusie zou strekken tot benadeling van de Optas-verzekerden. [eiser] heeft in dit verband ook geen feiten of omstandigheden gesteld of onderbouwd die deze conclusie rechtvaardigen. Verder is niet gesteld of gebleken dat het fusiebesluit strijdig is met fundamentele totstandkomingsvoorschriften, zoals bijvoorbeeld een quorumeis.

4.6. [eiser] heeft verder nog aangevoerd dat het fusiebesluit van de algemene vergadering van Aegon nietig of (naar de rechtbank begrijpt:) niet van kracht is, omdat de Wft bepaalt dat een fusie de instemming van DNB behoeft en, om meerdere redenen, een rechtsgeldig instemmingsbesluit van DNB vooralsnog ontbreekt. Omdat het bestuursrechtelijk beroep van [eiser] tegen de beslissing op bezwaar van DNB gegrond is verklaard en DNB is opgedragen een nieuwe beslissing op het daartegen gerichte bezwaar te nemen, staat het instemmingsbesluit van DNB op dit moment nog niet in rechte vast, aldus [eiser].

4.7. De rechtbank stelt hier voorop dat het niet aan haar is om in deze civielrechtelijke procedure te beoordelen of DNB haar instemming had moeten onthouden. Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat, ook wanneer het instemmingsbesluit van DNB zou worden vernietigd, dit de rechtsgel-

digheid van de fusie niet aantast. In artikel 1:23 Wft is namelijk bepaald dat privaatrechtelijke rechtshandelingen die zijn verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels slechts nietig of vernietigbaar zijn uit hoofde van art. 3:40 lid 2 BW indien de Wft dit bepaalt. Anders dan [eiser] kennelijk veronderstelt, bepaalt artikel 3:119 lid 4 Wft dit niet, zodat de fusie niet op die grond (vernietigbaar) kan zijn. Ook niet indien in de toekomst in de bestuursrechtelijke procedure komt vast te staan dat een rechtsgeldig instemmingsbesluit van DNB ontbreekt.

4.8. Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat geen sprake is van nietigheid of het niet van kracht zijn van het bestreden fusiebesluit van de algemene vergadering van Aegon.

Vernietigbaarheid van het fusiebesluit?

4.9. [eiser] meent voorts dat er een grond tot vernietiging van het fusiebesluit van de algemene vergadering van Aegon is, zoals bedoeld in artikel 2:323 lid 1 sub c BW in samenhang met artikel 2:15 lid 1 BW. Daarvoor is vereist dat sprake is van (a) strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, (b) strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW worden geëist of (c) strijd met een reglement.

4.10. [eiser] heeft tegenover de uitvoerige en gedocumenteerde toelichting door Aegon geen concrete feiten en omstandigheden aangedragen die nopen tot het oordeel dat sprake is van vernietigbaarheid wegens strijd met de wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van het fusiebesluit regelen (artikel 2:15 lid 1 sub a BW). Uit de overgelegde stukken, waaronder de voetverklaring van de notaris in de fusieakte als bedoeld in artikel 2:318 lid 2 BW, volgt dat aan de vereisten van artikel 2:317 lid 1 BW is voldaan; het fusiebesluit is, met inachtneming van de wettelijke wachttermijn en de statutaire besluitvormingsvereisten, genomen door Aegon als de (enig) aandeelhouder van Optas Pensioenen N.V. en door Aegon Nederland N.V. als (enig) aandeel van Aegon, welk besluit niet afwijkt van het daaraan voorafgaande voorstel tot fusie. Verder is uit de stukken gebleken dat de wettelijke bepalingen die de besluitvorming ter zake het voorstel tot fusie regelen in acht zijn genomen (artikel 2:312 BW). Het voorstel tot fusie is opgesteld door de besturen van Optas Pensioenen N.V. en Aegon en goedgekeurd door beide raden van commissaris-

sen. Anders dan door [eiser] is aangevoerd, behoeft het voorstel tot fusie geen toestemming van de algemene vergadering(en).

4.11. [eiser] heeft voorts bepleit dat sprake is van vernietigbaarheid van het fusiebesluit wegens het niet in acht nemen van de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW worden geëist (artikel 2:15 lid 1 sub b BW). In de visie van [eiser] had het bedrag van € 2,5 miljard dat aan de Optas-verzekerden ten goede had moeten komen door Aegon nooit mogen worden aangemerkt als vrije reserve, waardoor de zekerheid van de Optas-verzekerden is weggenomen of beperkt.

4.12. Ook dit betoog faalt. Artikel 2:8 BW ziet immers alleen op de redelijkheid en billijkheid in de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon. Het artikel richt zich tot de rechtspersoon en zijn institutioneel betrokkenen. Strijd met redelijkheid en billijkheid jegens personen die buiten de kring van 2:8 BW vallen, kan niet leiden tot vernietigbaarheid van een besluit van de rechtspersoon. Aangezien [eiser] als pensioengerechtigde moet worden aangemerkt als “gewone schuldeiser” en om die reden niet behoort tot de hiervoor bedoelde kring van personen, gaat een beroep op artikel 2:15 lid 1 sub b BW reeds daarom niet op.

4.13. Tot slot is vernietigbaarheid wegens strijd met een reglement (artikel 2:15 lid 1 sub c BW) evenmin aan de orde. Volgens [eiser] zijn de indexeringsregelingen voor hem ongewijzigd gebleven en kan hij aanspraak maken op onvoorwaardelijke indexering. Zelfs als de Pensioenreglementen A, B, C en D voor hem zijn gaan gelden, dan verplichten (ook) deze reglementen de feitelijke winst aan te wenden voor indexering, aldus [eiser]. [eiser] lijkt hiermee wederom te betogen dat met de fusie geen rekening is gehouden met zijn aanspraak op onvoorwaardelijke indexering. De rechtbank passeert dit betoog en verwijst naar hetgeen zij onder 4.3 heeft overwogen. Voorts geldt dat bij een “reglement” in de zin van artikel 2:15 BW moet worden gedacht aan een samenstel van regels die het (interne) functioneren van de rechtspersoon en zijn organen betreffen, zodat het ook om die reden niet voor de hand ligt dat [eiser] zich als gewone schuldeiser op strijd met een reglement zouden kunnen beroepen.

4.14. Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat geen grond tot vernietiging van het bestreden fusiebesluit van de algemene vergadering van Aegon aanwezig is.

Conclusie

4.15. De uitkomst is dat geen van de limitatieve gronden van artikel 2:323 lid 1 BW zich voordoet. Om die reden zullen de vorderingen onder I en II (primair) van [eiser] worden afgewezen.

4.16. De subsidiaire vordering onder II deelt dit lot. De slotsom dat geen sprake is van verzuimen die tot vernietiging van de fusie kunnen leiden, brengt mee dat Aegon niet schadeplichtig kan zijn op grond van het bepaalde in artikel 2:323 lid 5 BW. Voor zover [eiser] zijn vordering tot schadevergoeding heeft gebaseerd op een andere grondslag, geldt dat iedere juridische en feitelijke toelichting – onder meer ten aanzien van schade en causaal verband – ontbreekt, zodat [eiser] op dit punt niet aan zijn stelplecht heeft voldaan.

4.17. Bij deze stand van zaken ziet de rechtbank dan ook geen aanleiding om Aegon, zoals door [eiser] ter zitting is verzocht, op grond van artikel 22 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op te dragen nadere stukken in het geding te brengen.

Proceskosten

4.18. [eiser] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure (...; red.).

5. De beslissing

De rechtbank:

- 5.1. wijst de vorderingen van [eiser] af;
- 5.2. veroordeelt [eiser] in de kosten van de (...; red.);
- 5.3. verklaart de in 5.2 gegeven proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Deze zaak betreft een van de juridische procedures die voortvloeien uit de opheffing van het voormalige verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (PVH). De stichting PVH is in 1948 opgericht als bedrijfstakpensioenfonds. Haar doel was het treffen van voorzieningen ter zake van ouderdom, arbeidsongeschiktheid en overlijden van (voormalige) werknemers (en hun nagelaten partners) in de vervoer- en havenbedrijven in Rotterdam, Amsterdam en Zeeland. De stichting PVH kende een verplichte deelname voor de operationele havenarbeiders, terwijl het kantoorpersoneel op

vrijwillige basis werd meeverzekerd. In de jaren negentig van de vorige eeuw heeft de stichting PVH twee vennootschappen opgericht, Optas Pensioenen NV en Optas Schade NV, waarvan de aandelen toekwamen aan de ook door de stichting PVH opgerichte stichting Optas Pensioenen respectievelijk stichting Optas Schade. Deze twee stichtingen zijn later in het kader van een herstructurering gefuseerd tot stichting Optas. De stichting Optas heeft in 1997 Optas NV opgericht en de aandelen in Optas Pensioenen NV en Optas Schade NV aan Optas NV overgedragen. De stichting Optas was enig aandeelhouder van Optas NV. Vervolgens is in 1997 de stichting PVH omgezet in een andere naamloze vennootschap, Optas Pensioenen II NV. Enig aandeelhouder werd Optas NV. In verband met deze omzetting is een beklemd vermogen in de zin van art. 2:18 BW gevormd. In 1998 vond vervolgens een juridische fusie plaats waarbij Optas Pensioenen II NV als verdwijnende vennootschap en Optas Pensioenen NV als verkrijgende vennootschap met elkaar fuseerden. De aandelen in Optas NV zijn in 2007 door stichting Optas verkocht aan Aegon Nederland NV. Na de verkoop van Optas NV is de enige activiteit van de stichting Optas het beheer van de ontvangen koopsom ter hoogte van € 1,5 miljard. In de statuten van Optas Pensioenen NV van 21 april 2015 is onder andere vastgelegd dat haar doelstelling bestaat uit het treffen van pensioenvoorzieningen door middel van pensioenregelingen en dat de winst en de reserves van Optas Pensioenen NV moeten worden aangewend in overeenstemming met het statutaire doel. Hetgeen resteert bij ontbinding moet worden aangewend in overeenstemming met het doel van de vennootschap.

Op 3 november 2018 is door Optas Pensioenen NV en Aegon Levensverzekering NV (hierna: Aegon) het voornemen tot een fusie tussen Optas Pensioenen NV en Aegon aangekondigd waarbij de laatste de verkrijgende vennootschap zal zijn. Op 31 maart 2019 is het fusiebesluit genomen en is vervolgens de akte van fusie verleend. Het eigen vermogen van Optas Pensioenen NV is na de fusie door Aegon als vrij uitkerbare reserve aangemerkt. Eiser heeft pensioenrechten opgebouwd bij Optas Pensioenen NV en vordert onder meer een verklaring voor recht dat i) het besluit van Optas tot het doen van het voorstel tot fusie met Aegon, ii) het besluit van Aegon tot het doen van het fusie-

voorstel met Optas, iii) de besluiten van de raad van commissarissen van Optas respectievelijk Aegon waarbij zij de fusievoorstellen hebben goedgekeurd, iv) het fusiebesluit van Optas, en v) het fusiebesluit van Aegon nietig zijn, althans vordert deze besluiten te vernietigen. Voorts wordt gevorderd te verklaren voor recht dat de fusie tussen Optas Pensioenen NV en Aegon niet rechtsgeldig is, althans nietig, althans deze fusie te vernietigen.

2. Een eerder "Optas"-geschied dat voor de rechter is beland, heeft geleid tot OK 5 augustus 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ4686, «JOR» 2009/255, m.nt. Beckman, over de afwijzing van de vordering van de Stichting Belangenbehartiging Pensioengerechtigden van de Vervoer- en Havenbedrijven om het vermogen van Optas Pensioenen NV geheel als beklemd vermogen ter nakoming van pensioenverplichtingen aan te merken. De Hoge Raad heeft deze uitspraak in cassatie in stand gelaten (HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN8852, «JOR» 2011/75, m.nt. Beckman). Ook noem ik de uitspraak van Rb. Den Haag 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ5841, waarin de vordering van de hiervoor genoemde stichting om bestuurders van stichting Optas te ontslaan werd afgewezen alsmede de uitspraak van Rb. Den Haag 21 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2195, «JOR» 2019/131, m.nt. Koster, waarbij het verzet tegen de voorgenoemde fusie tussen Optas Pensioenen NV en Aegon – omdat Aegon minder verhaal zou bieden – ongegrond is verklaard. Daarnaast wijs ik op de uitspraak van Rb. Rotterdam 26 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1486, waarbij de rechtbank de polishouders van Optas Pensioenen NV aanmerkte als belanghebbenden ten aanzien van het besluit van DNB tot instemming van de overgang van de verzekeringsportefeuille van Optas Pensioenen NV naar Aegon.

3. In de onderhavige kwestie draait het om de vraag of de (besluitvorming over de) juridische fusie tussen Optas Pensioenen NV en Aegon nietig of vernietigbaar is. De grondslag hiervoor zou zijn art. 3:119 Wft en/of art. 3:40 lid 1 en 2 BW en/of art. 2:323 lid 1 sub c BW. In de kern ziet het verwijt van eiser erop dat Aegon zich onrechtmatig € 2,5 miljard heeft toegeëigend. Terecht overweegt de rechtbank naar mijn mening dat het betoog van eiser eigenlijk steeds neerkomt op de stelling dat bij de juridische fusie geen rekening is gehouden met de aanspraken op een onvoorwaardelijke indexering van de pensioenen en dat

deze beoordeling op grond van art. 216 Pw voorbehouden is aan de kantonrechter. In dat kader is bovendien inderdaad van belang dat door de juridische fusie de rechten en verplichtingen van Optas Pensioenen NV onder algemene titel op Aegon zijn overgegaan en Aegon daarom gewoon gehouden is om deze eventuele indexeringsverplichtingen na te komen.

Voorts is aangevoerd dat het fusiebesluit van de algemene vergadering van Aegon nietig of niet van kracht is, omdat de Wft bepaalt dat een fusie de instemming van DNB behoeft en deze instemming nog ontbreekt. Dit betoog is inderdaad eveneens niet succesvol, simpelweg omdat in art. 1:23 Wft is bepaald dat privaatrechtelijke rechtshandelingen die zijn verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels slechts nietig of vernietigbaar zijn uit hoofde van art. 3:40 lid 2 BW indien de Wft dit bepaalt. Nu art. 3:119 lid 4 Wft dit niet bepaalt, kan de juridische fusie niet op deze grond (ver)nietig(baar) zijn.

Ook het argument dat sprake is van vernietigbaarheid van het fusiebesluit door het niet in acht nemen van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 en 2:15 lid 1 sub b BW) omdat het bedrag van € 2,5 miljard door Aegon nooit had mogen worden aangemerkt als vrije reserve, waardoor de zekerheid van de Optas-verzekerden is weggenomen of beperkt, faalt mijns inziens terecht, nu eiser als pensioengerechtigde moet worden aangemerkt als gewone schuldeiser. Eiser is derhalve geen institutioneel betrokkene die hiervoor bescherming kan ontlenen aan art. 2:8 BW.

Ten slotte wijst de rechtbank er terecht op dat voor zover bedoeld is te betogen dat Aegon minder waarborg zou bieden dan Optas Pensioenen NV, dit niet opgaat, omdat daarvoor een beroep gedaan had kunnen worden op art. 2:316 BW. Op grond van deze bepaling had eiser in verzet kunnen komen tegen het voorstel tot fusie indien zij van mening zou zijn dat de vermogens-toestand van Aegon na de fusie minder waarborg zal bieden dat de vorderingen zullen worden voldaan, en dat van Aegon niet voldoende waarborgen zijn verkregen. Verzet was door eiser evenwel niet aangetekend en aldus was eiser nu te laat. Daarmee viel het doek voor eiser in deze procedure.

prof. mr. H. Koster
Universiteit Leiden

282

Uitstoting

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

30 november 2021, zaaknrs. 200.274.959/01 OK en 200.267.151/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2021:3966

(mr. Tillema, mr. Wolfs, mr. Vink, prof. dr. mr. Van der Wel RA, drs. Thomassen RT REP)
Noot prof. mr. C.D.J. Bulten

Geschillenregeling. Toewijzing van vordering tot uitstoting. OK dient keuze te maken in belang van vennootschap indien in beginsel ten aanzien van beide partijen is voldaan aan vereisten voor uitstoting. Benoeming van deskundige voor nader deskundigenrapport over (methode voor) waardering van aandelen. Samenhang met OK 30 april 2019, «JOR» 2019/187, m.nt. Leijten.

[BW art. 2:336]

De vordering van Boudewijn Holding ex art. 2:336 BW is weliswaar toegewezen maar de rechtbank heeft niet kenbaar getoetst aan het criterium van dit artikel. De OK heeft derhalve alsnog te beoordelen of er voldoende gronden zijn te oordelen dat Carl Holding door zijn gedragingen de vennootschap zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.

Voorop staat dat beide aandeelhouders al in eerste aanleg hebben geconstateerd dat de onderlinge verhoudingen zo slecht zijn dat het onbestaanbaar is dat zij beiden aandeelhouder blijven. Zoals de rechtbank heeft overwogen en ook in de enquêteprocedure naar voren is gekomen, was enige vorm van samenwerking tussen de broers en daarmee tussen de aandeelhouders niet meer denkbaar. Besluitvorming in de organen van de vennootschap was verlamd en mede dat heeft aanleiding gegeven tot de toewijzing van het door Boudewijn Holding gedane enquêteverzoek door de OK bij beschikking van 4 april 2014. Het voortdurende conflict was schadelijk voor de vennootschap.