

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 06, 2012

Nummer 6, 2012

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARN:2012:BW8373](#) 12-06-2012

Stacon

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW7420](#) 30-05-2012

Stichting Het Brabants Orkest

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBDOR:2012:BW8451](#) 13-06-2012

Ammerlaan q.q./All@Work Beheer en Evers

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BW8095](#) 23-05-2012

Weberg Holding / DLA

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2011:BW7964](#) 30-06-2011

TOPPOT/HOAD HOLDING

RECHTSPRAAK

Ammerlaan q.q./All@Work Beheer en Evers

Vordering van curator op voormalige (middellijke) bestuurders nadat vennootschap twee maanden na overname is gefailleerd en de curator geen beschikking heeft gekregen over een deugdelijke administratie. Primaire grondslag is art. 2:248 BW en subsidiair onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke schuldeisers. Vorderingen zijn afgewezen. Onvoldoende onderbouwing dat de administratie ten tijde van de overname niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet. Evenmin voldoende onderbouwing van de stelling dat de koper/opvolgend bestuurder een katvanger is en gedaagden dat wisten of behoorden te weten

All@Work Beheer BV (hierna: Beheer) was tot 12 november 2009 enig aandeelhouder en bestuurder van All@Work B.V. De heer Evers is bestuurder van Beheer en was tot 12 november 2009 middellijk bestuurder van All@Work. Op 12 november 2009 heeft Beheer de aandelen in All@Work verkocht en geleverd aan Stichting Aandelenbeheer Schutter (hierna: S.A.S.). Bestuurder van S.A.S was op dat moment Jonker. Op 3 december 2009 is het faillissement van All@Work aangevraagd. Op 9 december 2009 is Jonker als bestuurder van S.A.S. opgevolgd door de heer Snell, zijnde een persoon zonder vaste woon- of verblijfplaats. Bij vonnis van 5 januari 2010 heeft de rechtbank Dordrecht All@Work in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. Ammerlaan tot curator. De curator stelt het volgende. Aan hem is geen administratie ter hand gesteld. Jonker is een katvanger en door hem in te schakelen wisten Beheer en Evers, althans behoorden zij te weten, dat van enige deugdelijke administratie c.q. het bewaren van de administratie geen sprake meer zou zijn. Aldus hebben Beheer en Evers als (middellijk) bestuurder niet voldaan aan de boekhoudplicht ex art. 2:10 BW en wordt ingevolge art. 2:248 lid 2 BW vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De rechtbank: Als voormalig (middellijk) bestuurder van All@Work zijn Beheer en Evers uit hoofde van art. 2:248 BW aansprakelijk voor het tekort in het faillissement, indien zij hun taak

als bestuurder onbehoorlijk hebben vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Indien Beheer en Evers niet voldaan hebben aan hun verplichtingen uit art. 2:10 BW wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Art. 2:10 lid 1 BW verplicht het bestuur op zodanige wijze administratie te voeren en te bewaren dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Aan die eisen is voldaan indien de administratie zodanig is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. De stelplicht en bewijslast van de schending van de verplichtingen uit art. 2:10 BW rust overeenkomstig de hoofdregel van art. 150 Rv. bij de curator. Niet ter discussie staat dat aan de curator geen administratie ter hand is gesteld en dat het deel van de administratie dat door de curator is geconfisqueerd niet aan de voormelde eisen voldoet. Daaruit volgt niet zonder meer dat het feit dat de curator niet de beschikking heeft gekregen over een deugdelijke administratie aan Beheer en Evers kan worden toegerekend. In beginsel zijn ex-bestuurders immers niet aansprakelijk voor de wijze waarop de opvolgend bestuurder de boekhoudplicht is nagekomen. Beheer en Evers hebben, onder overlegging van een brief van Administratiekantoor Van der Bijl van 27 januari 2012, voldoende gemotiveerd bestreden dat ten tijde van de aandelenoverdracht de administratie van All@Work niet aan de eisen voldeed. De curator kan niet volstaan met zijn betwisting daarvan en dient concrete feiten en/of omstandigheden te stellen waaruit, eventueel in combinatie met het vorenstaande, kan volgen dat die administratie toen niet aan die eisen voldeed. Nu de curator dat heeft nagelaten, is geen plaats voor bewijslevering ter zake en komt niet vast te staan dat de administratie van All@Work ten tijde van de aandelenoverdracht niet aan de daaraan te stellen eisen voldeed. Dit laat onverlet dat ondeugdelijkheid van de administratie ten tijde van het faillissement aan Beheer en Evers kan worden toegerekend, indien zij ten tijde van de aandelenoverdracht wisten of behoorden te weten dat van een deugdelijke administratie en/of het bewaren van de administratie geen sprake meer zou zijn. Partijen verschillen van mening over de vraag of Jonker als een katvanger kan worden aangemerkt. Daartoe heeft de curator gesteld dat Jonker adverteert als 'oplosser van financiële problemen', dat er door de FIOD een onderzoek naar het handelen van Jonker is ingesteld en dat uit een overgelegd overzicht van de bedrijven waarbij Jonker betrokken is of is geweest, blijkt dat Jonker op 'professionele basis' bedrijven naar het graf droeg. Wat daaruit ook kan worden opgemaakt, het kan de curator eerst baten indien tegenover de gemotiveerde betwisting van Beheer en Evers komt vast te staan dat zij dat ten tijde van de aandelenoverdracht wisten of behoorden te weten, althans wisten of behoorden te weten dat Jonker een zwerver als bestuurder zou aanstellen. Dat volgt niet uit de door de curator ter staving van zijn voormelde stellingen overgelegde producties. De advertentie van Jonker die

door de curator is overgelegd, is blijkens zijn inhoud eerst op 11 januari 2010 (dus na de aandelenoverdracht) geplaatst en de overige informatie waarop de curator zich beroept is niet openbaar. De curator heeft ook niet concreet gemaakt hoe Beheer en Evers een en ander hadden kunnen weten. Evenmin heeft de curator voldoende concrete feiten of omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat Beheer en Evers er belang bij zouden kunnen hebben om zich van de administratie te ontdoen. Uit het vorenstaande volgt dat de stelling van de curator dat Beheer en Evers wisten of behoorden te weten dat door Jonker in te schakelen er van een deugdelijke administratie en/of het bewaren van administratie geen sprake meer zou zijn, onvoldoende is onderbouwd. Hetzelfde geldt voor de stelling van de curator dat Beheer en Evers door een katvanger aan te stellen bewust alle gevolgen die dat heeft en die zich ook hebben verwezenlijkt over de vennootschap en haar crediteuren hebben afgeroepen. Derhalve is er geen plaats voor het door de curator aangeboden bewijs van die stellingen. Dit betekent dat niet komt vast te staan dat de ondeugdelijkheid van de administratie ten tijde van het faillissement van All@Work aan Beheer en Evers kan worden toegerekend en dat evenmin komt vast te staan dat zij onrechtmatig hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers. Op grond van het vorenstaande dienen de vorderingen van de curator als ongegrond te worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBDOR:2012:BW8451

Zaaknummer: 92159 / HA ZA 11-2200

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:11 BW, 2:248 BW, 6:162 BW en 150 Rv

RECHTSPRAAK

Stacon

Vraag of X (d.g.a.) voor zichzelf of voor zijn vennootschap heeft gehandeld? Na bewijslevering oordeelt het hof dat geïntimeerde voor (een van zijn) vennootschap(pen) heeft gehandeld en dus niet persoonlijk gebonden is

Het hof heeft in een tussenarrest (d.d. 4 oktober 2011) overwogen dat niet ter discussie staat dat het antwoord op de vraag of X in persoon of namens Zinkunie heeft gehandeld afhankelijk is van wat de betrokkenen jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen hebben mogen afleiden en dat daarbij betekenis toekomt aan de aard van de desbetreffende overeenkomst en aan wat dienaangaande in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is. Bij de uitleg van wat partijen over en weer hebben verklaard, heeft als uitgangspunt te gelden dat een ieder geacht wordt voor zichzelf te handelen, tenzij degene die handelt kenbaar maakt dat hij niet voor zichzelf maar voor een ander handelt. Het hof heeft vervolgens op basis van een aantal door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden overwogen dat nog niet kan worden aangenomen dat X, in afwijking van het uitgangspunt dat hij voor zichzelf heeft gehandeld, niet voor zichzelf maar voor Zinkunie of een van zijn andere vennootschappen heeft gehandeld. Het hof heeft X daarop opgedragen bewijs te leveren van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat hij bij de onderhandelingen met Stacon niet voor zichzelf maar voor een van zijn vennootschappen heeft gehandeld. Ter uitvoering van de bewijsopdracht in genoemd tussenarrest zijn getuigenverhoren gehouden. Bij het antwoord op de vraag of X het door hem te leveren bewijs heeft geleverd, zal het hof niet alleen rekening houden met de door de getuigen afgelegde verklaringen, maar ook met de in het tussenarrest besproken feiten en omstandigheden.

Het hof acht bewezen dat op grond van de feiten en omstandigheden na de getuigenverhoren in combinatie met de door het hof in het tussenarrest reeds als vaststaand aangenomen omstandigheden - te weten dat Zinkunie Stacon gedurende de onderhandelingen een geldlening heeft verstrekt, dat de adviseurs van Stacon er gedurende de onderhandelingen vanuit zijn gegaan dat Zinkunie de overnemende partij zou zijn, dat Stacon er in haar schadeberekening van uitgaat dat de verkopers van Zinkunie werkzaamheden voor haar

zouden gaan verrichten en dat het niet voor de hand ligt dat bij transacties van deze omvang de bestuurder van meerdere vennootschappen in privé als koper optreedt - dat X bij de onderhandelingen met Stacon niet voor zichzelf maar voor één van zijn vennootschappen heeft gehandeld. In dit verband acht het hof van belang dat uit de verklaringen van getuige 6 en X volgt dat zij een langdurig onderhandelingsproces hebben doorlopen dat een betrekkelijk informeel karakter had en dat beiden bekend zijn met een situatie waarin de dga van een vennootschap wordt geïdentificeerd met die vennootschap. Onder deze omstandigheden diende getuige 6 er rekening mee te houden dat X, die voor hem de personificatie van Zinkunie was, niet voor zichzelf maar voor Zinkunie handelde en dat wanneer de onderhandelingen zouden worden geformaliseerd niet X in privé maar Zinkunie zijn contractspartner was.

De slotsom is dat indien Stacon een vordering heeft op grond van deze onderhandelingen zij deze vorderingen niet op X in privé heeft, maar op Zinkunie, nu X bij de onderhandelingen namens Zinkunie is opgetreden. Het hof wijst er in dit verband op dat Stacon haar vordering op X niet ook heeft gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid van X. Om die reden kan in het midden blijven of X een (voor persoonlijke aansprakelijkheid noodzakelijk) “voldoende ernstig verwijt” kan worden gemaakt voor zijn optreden in het onderhandelingsproces. Nu Stacon, wat er verder ook zij van haar stellingen over de onderhandelingen, geen vordering op X heeft, falen haar grieven in het principaal appel.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHARN:2012:BW8373

Zaaknummer: 200.067.408/01

RECHTSPRAAK

Stichting Het Brabants Orkest

Uitspraak Ondernemingskamer d.d. 30 mei 2012 Ondernemingsraad van de Stichting Het Brabants Orkest. Ten onrechte geen advies van de OR gevraagd voor het aanvragen van subsidie (geen beleidsvoornemen, maar sprake van een (voorgenomen) besluit)

Het Brabants Orkest (hierna: HBO) heeft op 16 augustus 2011 een werkgroep ingesteld welke tot opdracht had het bedenken, analyseren en waar mogelijk uitwerken van alle opties die kunnen leiden tot een toekomstbestendig Symfonieorkest voor Noord-Brabant en/of regio Zuid, dat kan treden in de voetsporen van HBO en kan rekenen op goedkeuring volgens de subsidieregeling van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. In de werkgroep was de Ondernemingsraad (hierna: OR) niet vertegenwoordigd. De werkgroep heeft geen advies uitgebracht

Op 13 oktober 2011 heeft de OR een notitie uitgebracht met als titel: "Visie op de toekomst van het Brabants Orkest". In deze notitie staat dat door de gewijzigde subsidieverhoudingen een ingrijpend veranderingsproces doorlopen moet worden en dat de OR nu eerst kiest voor een "strategische alliantie" met het Limburgs Symfonie Orkest (hierna: LSO). De notitie is op 14 oktober 2011 door de voorzitter van de OR, M. Boonstra aangeboden aan het bestuur. Daarbij is opgemerkt dat de OR problemen ziet bij een te snelle overgang, dat moet worden begonnen met een strategische alliantie met LSO en gekeken moet worden naar de sterke en zwakke punten van beide organisaties.

Het bestuur van HBO heeft een opdracht aan een extern bureau verstrekt om te komen tot een businessplan.

Op 6 december 2011 is door het bestuur naar voren gebracht dat het bestuur heeft gekozen voor een fusie tussen het HBO en LSO en het Zuid Nederlands Orkest (hierna: ZNO) wil oprichten.

De OR en HBO hebben veelvuldig contact over de e-mail en de OR benadrukt daarbij dat het nemen van een advies door de OR noodzakelijk is.

Op 30 januari 2012 is Stichting Zuid-Nederlands Orkest (hierna: Stichting ZNO) opgericht. Voorzitter van het bestuur is Sistermans. De overige twee bestuurders zijn tevens bestuurders van HBO.

Op 1 februari 2012 heeft HBO bij het Ministerie van OCW een subsidieaanvraag ingediend. Gelijktijdig heeft ZNO een (identieke) subsidieaanvraag ingediend. Onderdeel van beide aanvragen is een Businessplan 2013-2016 getiteld "Het Orkest voor Zuid-Nederland". Het Businessplan is niet ter advisering aan de OR voorgelegd.

De OR verzoekt de OK te bepalen dat HBO bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het Businessplan "Het Orkest voor Zuid-Nederland, Business Plan 2013-2016" van 1 februari 2012 heeft kunnen komen en bij wijze van voorziening aan HBO de verplichting op te leggen gedeelten van het Businessplan in te trekken en HBO te verbieden handelingen te verrichten of te doen verrichten ter uitvoering van deze gedeelten. Hij heeft daartoe aangevoerd dat dit plan een adviesplichtig besluit betreft. HBO voert verweer en stelt zich op het standpunt dat het Businessplan een beleidsvoornemen betreft waarop het adviesrecht van de OR niet van toepassing is.

De OK kan HBO niet volgen in haar standpunt dat het Businessplan en de daarin verwoorde uitgangspunten slechts als beleidsvoornemen(s) moeten worden gekwalificeerd en dat er nog geen sprake is van een (voorgenomen) besluit. Naar het oordeel van de OK moet er immers van worden uitgegaan dat met de in het Businessplan gemaakte keuzes een fundament is gelegd voor de toekomst van HBO. Weliswaar is de realisatie van hetgeen in het Businessplan staat afhankelijk van de vraag of het verzoek om subsidie zal worden toegewezen, maar dat brengt op zichzelf niet mee dat het Businessplan slechts het karakter draagt van een beleidsvoornemen. Integendeel, in het niet ondenkbare geval dat die subsidie wordt toegekend - hetgeen met de aanvraag en het daaraan ten grondslag liggende Businessplan wordt beoogd -, staat de koers van de organisatie grotendeels vast nu daarmee tevens de in het Businessplan opgenomen kostenstructuur en begroting, alsmede de daarbij behorende (financiële) uitgangspunten zullen komen vast te liggen. Daarmee werpt het Businessplan zijn schaduw zodanig vooruit dat het station van een beleidsvoornemen is gepasseerd en dat gesproken moet worden van een besluit. Dat het Businessplan nog nadere uitwerking zal behoeven en een bepaalde mate van onduidelijkheid in zich draagt, maakt dit niet anders. Het Businessplan is in de gemaakte keuzes en de daaraan verbonden gevolgen voldoende concreet. Het standpunt van HBO dat zelfs na toekenning van de subsidie alle mogelijke beleidsopties open blijven en dat ook dan nog niet vast staat dat het Businessplan zal worden gevolgd, acht de Ondernemingskamer hypothetisch en niet aannemelijk gezien het verband dat moet worden aangenomen tussen de eventuele toekenning van de subsidie en het Businessplan, dat aan de aanvraag van die subsidie ten grondslag is gelegd.

HBO had de OR dus om advies moeten vragen bij de totstandkoming van het Businessplan. De stelling van HBO dat er talloze informele contacten met de OR zijn geweest, wordt door de OK gepasseerd: dergelijke contacten kunnen niet afdoen aan het recht van de OR om zijn advies uit te brengen en om, zo dit niet (geheel) wordt gevolgd, van de redenen daarvoor op de hoogte te worden gesteld. Nu dit niet is gebeurd, is de OR niet in de gelegenheid gesteld een wezenlijke invloed op (de inhoud van) het Businessplan uit te oefenen.

HBO heeft nadrukkelijk betoogd dat er slechts één haalbare optie bestaat voor de toekomst van HBO, namelijk de optie die in het Businessplan is neergelegd.

De OK verstaat dit standpunt aldus dat volgens HBO het inwinnen van advies van de OR zinloos zou zijn geweest omdat op voorhand duidelijk was dat de OR een andere visie had, die HBO niet zou delen omdat deze niet haalbaar zou zijn. Ook dit standpunt miskent dat het adviesrecht van de OR dient te worden gerespecteerd en dat in een definitief te nemen besluit - hoe dit ook moge luiden - het advies van de OR dient te worden meegewogen. De OR heeft in dit verband met juistheid gesteld dat, als een formeel correct adviestraject zou zijn gevolgd, de mogelijkheid zou zijn geboden om in een open discussie alternatieven te onderzoeken en 'door te rekenen', waarna HBO weloverwogen - met weging van het advies van de OR - en beargumenteerd - ook jegens de OR - haar keuze had kunnen maken.

De slotsom is dat HBO ten onrechte geen advies heeft gevraagd aan de OR bij de totstandkoming van het Businessplan. Dat leidt tot de conclusie dat HBO bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot (vaststelling van) het Businessplan heeft kunnen komen.

De OR heeft verzocht het Businessplan op bepaalde onderdelen te vernietigen. Tegen dit verzoek als zodanig is geen verweer gevoerd, zodat het zal worden toegewezen

De OK bepaalt dat HBO bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit van 1 februari 2012, inhoudende (vaststelling van) het Businessplan 2013-2016 "Het Orkest voor Zuid-Nederland" en legt aan HBO de verplichting op het evenvermelde Businessplan in te trekken voor zover dat ziet op

- de keuze voor één organisatie, inclusief LSO, met twee vestigingen;
- het governance model en het verval van de functie artistiek manager/programmeur; en
- de wijziging van de organisatie van de arbeid; en verbiedt HBO uitvoering te geven aan voornoemde onderdelen van het Businessplan.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BW7420

Zaaknummer: 200.102.831

RECHTSPRAAK

Weberg Holding / DLA

Vraag of eerder gemaakte afspraak over certificering van aandelen geldt ten opzichte van nieuwe aandeelhouder

Weberg Holding BV houdt 31,625% van het geplaatste aandelenkapitaal van Three Ships Enterprises BV (hierna: de vennootschap). DLA ICT Groep BV (hierna: DLA) houdt per datum pleitzitting 30,4% van de aandelen. DLA heeft haar aandelen in de Vennootschap in april 2010 verkregen van een andere aandeelhouder (SGB). Dit is geschied met instemming van alle overige aandeelhouders die daartoe afstand hebben gedaan van hun voorkeursrechten uit een statutaire blokkeringsregeling (artikel 10).

VM&CI NV houdt 18,4% van de aandelen in de vennootschap. Weberg Holding en VM&CI hebben besloten hun aandelenpakket in de vennootschap samen te voegen in een Stichting Administratiekantoor (certificering van aandelen). De vraag die voorligt is of DLA in haar hoedanigheid van aandeelhoudster in de vennootschap, althans voordien SGB, afstand heeft gedaan van haar rechten uit de statuten, meer in het bijzonder het recht zelf te reflecteren op de door Weberg Holding en VM&CI aan een Stichting Administratiekantoor over te dragen aandelen en deze (zo mogelijk) te verwerven.

Weberg Holding stelt dat DLA afstand van deze rechten heeft gedaan omdat zij, door de aandelen in de vennootschap van SGB te kopen, is toegetreden tot de aandeelhoudersovereenkomst tussen de toenmalige aandeelhouders van de vennootschap en de afspraken die na de ondertekening van die overeenkomst zijn gemaakt. Bovendien zou uit de gedragingen van DLA voor en na de koop van de aandelen blijken dat zij wel degelijk op de hoogte was van de certificeringsafspraken. DLA betwist dat zij afstand heeft gedaan van haar rechten uit artikel 10 van de statuten. Zij heeft te kennen gegeven deze rechten niet prijs te geven.

De rechtbank overweegt het volgende. Om te kunnen oordelen dat DLA afstand heeft gedaan van haar rechten uit artikel 10 van de statuten moet in elk geval komen vast te staan dat zij, althans voordien SGB, hierover met Weberg Holding en VM&CI (en de overige aandeelhouders) overeenstemming heeft bereikt. Deze overeenstemming kan zowel

uitdrukkelijk als stilzwijgend tot stand zijn gekomen. De rechtbank dient in deze procedure te onderzoeken of in elk geval tussen Weberg Holding en DLA, althans voordien SGB, een dergelijke overeenstemming tot stand is gekomen.

Bij gelegenheid van het pleidooi is vast komen te staan dat kort voordat de aandelen in de vennootschap aan DLA werden geleverd, de heer C (indirecte bestuurder van DLA) met de heer en mevrouw X en Y (namens de vennootschap en namens Weberg Holding) heeft gedineerd. Uit hetgeen door C en de heer en mevrouw X en Y tijdens het pleidooi naar voren is gebracht, maakt de rechtbank op dat toen niet is gesproken over certificering van de aandelen van Weberg Holding en VM&CI in de vennootschap. Vastgesteld is voorts dat hierover voorafgaande aan de aandelenoverdracht, behoudens de hieronder te bespreken e-mailwisseling, verder niet is gecommuniceerd tussen DLA enerzijds en Weberg Holding of de vennootschap anderzijds. Weberg Holding wijst erop dat uit e-mailwisseling met de notaris blijkt dat DLA wel degelijk op de hoogte was van de certificeringsafspraken. Verder voert zij aan dat de notaris de schoonzoon is van de heer C. De rechtbank is echter van oordeel dat, zelfs indien zou kunnen worden aangenomen dat langs deze (om)weg DLA hierover is geïnformeerd, dit nog niet betekent dat DLA met de certificeringsafspraken heeft ingestemd. Voor afstand van recht is immers noodzakelijk dat er handelingen, daaronder begrepen eventueel nalaten, van DLA zijn aan te wijzen waaruit dat kan worden afgeleid. De desbetreffende opmerking in de mail aan de notaris, ingeschakeld ten behoeve van de levering van de aandelen door SGB aan DLA, betrof een specifieke bepaling in de concept-akte. DLA behoefde, zeker gezien de eerdere contacten met Weberg Holding en de vennootschap, waarin met geen woord was gerept van de certificeringsafspraken, er geen rekening mee te houden dat als zij niet zou reageren op deze, in kopie aan haar, in een ander verband gezonden mail, zij met een dergelijke vergaande afstand van recht akkoord zou gaan. Van belang in dit verband is dat DLA betwist dat tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders d.d. 18 mei 2010 is gesproken over de certificering. Weberg Holding heeft de notulen van deze vergadering niet in het geding gebracht. De rechtbank dient er, bij gebreke van inhoudelijke stellingen op dit punt, dus vanuit te gaan dat bij gelegenheid van de algemene vergadering van aandeelhouders over de certificeringsafspraken niet is gesproken, laat staan dat DLA toen akkoord is gegaan met het doen van afstand van haar rechten ingevolge artikel 10 van de statuten. Uit de loop der gebeurtenissen vanaf kort voor de aandelenoverdracht door SGB aan DLA kan dus niet worden afgeleid dat DLA op enig moment zich uitdrukkelijk of stilzwijgend akkoord heeft verklaard met het prijsgeven van haar rechten op grond van artikel 10 van de statuten. Van belang is verder dat artikel 2:195 BW enige statutaire blokkeringsregeling dwingendrechtelijk voorschrijft. De overeenkomst behelst overeenstemming van alle aandeelhouders waarin zij jegens elkaar nog eens beloven bij overdracht en levering van hun aandelen de blokkeringsregeling na te komen. De overeenkomst en daarbij behorende

correspondentie is niet door alle (toenmalige) aandeelhouders op dat moment geaccordeerd en, zoals DLA terecht aanvoert, de naam van SGB komt in de brief d.d. 9 juli 2008 niet eens voor. Onder deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat SGB als aandeelhouder heeft ingestemd met deze certificeringsafspraken, nog daargelaten de vraag of DLA als opvolgend aandeelhoudster daaraan zou zijn gebonden. Ook deze laatste vraag beantwoordt de rechtbank ontkennend, nu instemming met een overeenkomst tussen derden niet tevens gebondenheid meebrengt aan latere afspraken tussen die derden waarbij men zelf geen partij is en gebondenheid ook niet voortvloeit uit de verwerving van de aandelen. De rechtbank oordeelt dat DLA, althans SGB, geen afstand heeft gedaan van haar rechten op grond van artikel 10 van de statuten.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2012:BW8095

Zaaknummer: 375719 / HA ZA 11-815

Wetsartikelen: 2:195 BW

RECHTSPRAAK

TOPPOT/HOAD HOLDING

Er is ten laste van verweerders executoriaal beslag gelegd op de aandelen die verweerder sub 2 houdt in verweerster sub 1 en de aandelen die verweerster sub 1 houdt in haar dochtervennootschappen. Een derde heeft conservatoir derdenbeslag laten leggen onder verweerders op alle gelden die zij hebben of verschuldigd mochten worden aan verzoekster. Dit beslag strekt tot zekerheid van betaling van een (mogelijke) vordering van de derde op verzoekster. Verweerders menen dat dit derdenbeslag aan executie van de aandelen in de weg staat. De rechtbank oordeelt anders: de gelegde derdenbeslagen brengen niet met zich mee dat verzoekster niet tot executie van de aandelen mag overgaan. De derde heeft immers geen beslag gelegd op de aandelen. Zelfs indien sprake was geweest van cumulatieve beslagen, hadden de derdenbeslagen niet aan executie door verzoekster in de weg gestaan, omdat verzoekster als eerste en (vooralsnog) enige executoriale beslaglegger ook in dat geval bevoegd zou zijn om tot executie over te gaan

Hoad Holding B.V. c.s. (hierna: Holding c.s.), waaronder de bestuurder/aandeelhouder X zijn bij vonnis hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een geldsom aan Toppot B.V. Toppot laat op grond daarvan executoriaal beslag leggen op kort gezegd de aandelen die de bestuurder houdt in Holding en de aandelen die Holding c.s. houdt.

Een derde laat voorts conservatoir derdenbeslag leggen op alle gelden die Holding c.s. onder zich heeft of verschuldigd mocht worden aan Toppot. Diezelfde derde laat op een later moment conservatoir derdenbeslag leggen onder de bestuurder van Holding c.s. op alle gelden die hij onder zich heeft of mocht hebben aan Toppot.

Tegen het vonnis hebben Holding c.s. hoger beroep ingesteld.

Toppot wil de aandelen verkopen en verzoekt de rechtbank onder meer te bepalen dat en binnen welke termijn tot verkoop en overdracht van de in beslag genomen aandelen zal worden overgegaan. Holding c.s. voeren verweer. Zij stellen dat zij bereid zijn Toppot te betalen, maar daartoe niet bevoegd zijn, omdat op de vorderingen van Toppot beslag is gelegd. Door het derdenbeslag zijn zij gehouden verschuldigde gelden onder zich te houden.

De rechtbank stelt het volgende voorop. Toppot beschikt over een executoriale titel. Uitgangspunt is dat het voor degene die beschikt over een executoriale titel, ook daadwerkelijk mogelijk moet zijn om het vonnis ten uitvoer te leggen. De schuldenaar is met al zijn goederen voor zijn verbintenissen aansprakelijk. Voordat tot uitwinning kan worden overgegaan, moet de schuldeiser een keuze doen uit de goederen van de schuldenaar. Die keuze maakt hij door het leggen van (executoriaal) beslag. Vervolgens wordt door de uitwinning – dat wil zeggen de verkoop en overdracht – van de beslagen goederen met de opbrengst de vordering van de schuldeiser voldaan. De bedoeling van de wetgever is dat de executiekoper de prijs voor de beslagen goederen (de executieopbrengst) voldoet aan de executerende deurwaarder. De artikelen 480 e.v. Rv regelen hoe de deurwaarder de executieopbrengst moet verdelen. In artikel 480 lid 2 Rv is bepaald dat als er meer schuldeisers zijn, de deurwaarder de netto-executieopbrengst stort bij een bewaarder (als bedoeld in artikel 445 Rv). Naast de executerende beslaglegger kunnen ook anderen die tijdig executoir of conservatoir beslag hebben gelegd op het goed (of de opbrengst daarvan) aanspraak maken op de executieopbrengst. In geval van een dergelijk cumulatief beslag geldt dat de oudste executoriale beslaglegger de bevoegdheid heeft om de beslagen goederen te verkopen (artikel 458 Rv). Dit betekent evenwel niet dat de oudste beslaglegger zich ook als eerste (bij voorrang) op de opbrengst van het goed mag verhalen. Hij mag zich de opbrengst niet toe-eigenen. Ieder die beslag heeft gelegd op het goed (of de opbrengst daarvan) moet uit de executie-opbrengst worden voldaan overeenkomstig zijn rang. Dit betekent dat als er sprake is van twee “gewone” (niet-preferente) schuldeisers/beslagleggers, de netto-executieopbrengst onder hen moet worden verdeeld naar evenredigheid van hun vorderingen.

Het verweer dat de gelegde derdenbeslagen met zich brengen dat Toppot niet tot executie van de aandelen mag overgaan, vindt geen steun in het recht. De derde heeft immers geen beslag gelegd op de aandelen. Zelfs indien sprake was geweest van cumulatieve beslagen, zouden de door de derde gelegde beslagen niet aan executie door Toppot in de weg hebben gestaan, omdat Toppot als eerste en (vooralsnog) enige executoriale beslaglegger ook in dat geval bevoegd zou zijn om tot executie over te gaan. Anders dan Holding c.s. hebben betoogd, zijn de belangen van Toppot voorts niet voldoende gewaarborgd door het enkele feit dat het (executoriale) beslag op de aandelen gehandhaafd blijft.

Nog niet aan de orde is geweest op welke wijze en onder welke voorwaarden de verkoop en

overdracht van de aandelen zal dienen te geschieden, zodat de rechtbank in dat kader een nieuwe mondelinge behandeling gelast.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 30-06-2011

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2011:BW7964

Zaaknummer: 465233 / HA RK 10-643

Wetsartikelen: 445 Rv, 458 Rv en 480 e.v. Rv