

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 08, 2012

Nummer 8, 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:GHLEE:2012:BX0342](#) 03-07-2012

A/Astrum

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0422](#) 03-07-2012

Koks/De Koning q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX0462](#) 03-07-2012

X/Animo

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0317](#) 28-06-2012

OR/Politieregio Twente

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARN:2012:BW9723](#) 26-06-2012

Afwikkeling familiemaatschap

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0445](#) 26-06-2012

A van Armin/Luchtman q.q.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0326](#) 20-06-2012

Adriaens/Adriaens

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0368](#) 05-06-2012

FIM Flexibel/Tobis B.V. en Fin(d)it

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0362](#) 31-05-2012

Bacanova/Interactive Partners c.s

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW9465](#) 27-03-2012

TRE II

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9477](#) 27-06-2012

Vereniging Martijn

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW9883](#) 27-06-2012

Rabobank/TwentyNine BV

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW9953](#) 20-06-2012

Wolder Beheer/voormalig bestuurder

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BX0147](#) 20-06-2012

Bestuurder Lija Chartering & Trading/Curator

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BX0588](#) 13-06-2012

X/Groko

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX0507](#) 13-06-2012

Kasberg Beheer B.V. / Curatoren Van Hoogvest Groep

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX0578](#) 06-06-2012

X/Sectie A. Vereniging D.G. Noord-Oost

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX0653](#) 25-04-2012

Curator/Leeftrends Beheer

Antillen

[Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, ECLI:NL:OGHACMB:2012:BX0420](#) 29-06-2012

ImageSat

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

Ecofinance Nederland/ING België

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

- onbekend -

OR/GDF SUEZ

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

- onbekend -

Nieuwekerk Install q.q./Innovent

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Koks/De Koning q.q.

Bestuurdersaansprakelijkheid; schenden publicatieplicht; bestuur geslaagd in weerleggen wettelijk vermoeden; Het verwijt van de curator dat andere oorzaken - die tot de normale risico's van de bedrijfsvoering behoren - zijn te wijten aan onbehoorlijk bestuur onvoldoende onderbouwd

In 2008 is Aannemersbedrijf J.F. Koks B.V. (hierna: het Aannemersbedrijf) in staat van faillissement verklaard onder benoeming van de curator in zijn hoedanigheid. Enig aandeelhouder en bestuurder van het Aannemersbedrijf is J.F. Koks Holding BV. Enig aandeelhouder en bestuurder van de Holding is J.F. Koks. De curator heeft geconstateerd dat de jaarrekening 2006 van het Aannemersbedrijf niet (tijdig) is gedeponneerd en heeft J.F. Koks Holding BV en J.F. Koks (hierna: de appellanten) op grond van het bepaalde in art. 2:248 lid 2 BW persoonlijk aansprakelijk gesteld voor het gehele faillissementstekort.

Bij het bestreden vonnis van Rechtbank Breda van 4 augustus 2010 zijn appellanten hoofdelijk veroordeeld tot betaling van het tekort in het faillissement op grond van het oordeel dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur en dat appellanten het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, niet hebben weerlegd. Daarbij heeft de rechtbank overwogen dat de door appellanten aangevoerde van buiten komende oorzaken van het faillissement door hen onvoldoende feitelijk zijn onderbouwd. Verder heeft de rechtbank geoordeeld dat wanbetalers en wanpresterende onderaannemers in beginsel voor het bestuur geen van buitenkomende oorzaken van het faillissement opleveren, omdat het bestuur daartegen rechtsmaatregelen kan treffen en dat appellanten daarnaast ook geen verklaring hebben gegeven voor het overige boedeltekort. Met de grieven in principaal appel bestrijden appellanten de juistheid van dit oordeel. De curator bepleit in incidenteel appel bekrachtiging van het vonnis onder verbetering van gronden.

Het Hof overweegt dat appellanten zich beperken in de grieven tot de bestrijding van het oordeel van de rechtbank dat de niet tijdige openbaarmaking tot gevolg heeft dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In dit hoger

beroep gaat het om de vraag of appellanten erin zijn geslaagd het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement te weerleggen. Volgens vaste jurisprudentie dient de aangesproken bestuurder voor het ontzenuwen van dit weerlegbaar vermoeden aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Blijkt van andere oorzaken, die op zichzelf het faillissement tot gevolg zouden hebben gehad, dan zal het kennelijk onbehoorlijk bestuur niet gelden als een belangrijke oorzaak van het faillissement.

Stelt de bestuurder echter feiten of omstandigheden als belangrijke andere oorzaak van het faillissement en verwijt de curator de bestuurder dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder tevens feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk te maken, waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert (HR 30 november 2007, NJ 2008, 91).

Het hof oordeelt als volgt. De stelling van de curator dat ter weerlegging van voornoemd vermoeden uitsluitend zuiver van buitenkomende oorzaken waarop het bestuur geen invloed heeft kunnen hebben, kunnen worden aangevoerd als andere belangrijke oorzaak van het faillissement, is niet juist. Een dergelijke eis volgt noch uit de wet, noch uit de jurisprudentie. Zoals blijkt uit wat het hof hiervoor heeft overwogen, gaat het om andere oorzaken die op zichzelf het faillissement tot gevolg hebben gehad. Door de curator is niet weersproken dat daarvan sprake is geweest en dat blijkt ook uit de in het geding gebrachte faillissementsverslagen. In het licht van het voorgaande is het oordeel in het bestreden vonnis dat de door appellanten aangevoerde van buiten komende oorzaken van het faillissement door hen onvoldoende feitelijk zijn onderbouwd en dat wanbetalers en wanpresterende onderaannemers in beginsel voor het bestuur geen van buitenkomende oorzaken van het faillissement opleveren omdat het bestuur daartegen rechtsmaatregelen kan treffen, niet juist.

Bij de beantwoording van de vraag of de andere belangrijke oorzaken van het faillissement aan kennelijk onbehoorlijk bestuur van appellanten te wijten zijn, stelt het hof het volgende voorop. Voor aan bestuurders persoonlijk te verwijten onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW gaat het om gedragingen die als schuldige verwaarlozing van de bestuurstaak kunnen worden aangemerkt. Niet bedoeld is de bestuurders een verwijt te maken van fouten, misrekeningen of - achteraf beschouwd - onjuiste beoordelingen van feiten en omstandigheden die voor het bepalen van het beleid binnen de onderneming van belang zijn. Voor onbehoorlijke taakvervulling is méér nodig, in het bijzonder dat onverantwoordelijk is gehandeld met de wetenschap - objectief gezien - dat de schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden, dat is gehandeld op een wijze als geen redelijk handelend bestuurder zou hebben gehandeld.

De door appellanten aangevoerde andere oorzaken betreffen aspecten die in beginsel behoren tot de normale risico's van de bedrijfsvoering, zodat appellanten niet nader behoefden te stellen waarom zij die oorzaken niet hadden kunnen voorkomen. Waar de curator die aspecten als belangrijke oorzaken van het faillissement niet heeft betwist lag het wel op zijn weg om nader te stellen en toe te lichten waarom deze aspecten in dit geval zouden zijn toe te schrijven aan onbehoorlijk bestuur van appellanten in bovenbedoelde zin. Naar het oordeel van het hof heeft de curator dat onvoldoende (onderbouwd) gedaan. Wellicht hebben appellanten achteraf gezien niet altijd verstandig beleid gevoerd, maar dat zij zich als bestuurders niet behoorlijk van hun taak hebben gekweten met de wetenschap - objectief gezien - dat de schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden, is niet aannemelijk geworden. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat appellanten het causaliteitsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW hebben weerlegd en dat de curator onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld waarom de door appellanten gestelde oorzaken van het faillissement zouden zijn toe te schrijven aan kennelijk onbehoorlijk bestuur van appellanten. Het gevolg van het voorgaande is dat de grieven in principaal appel slagen en de grieven in incidenteel appel falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. De vorderingen van de curator zullen alsnog worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-07-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BXo422

Zaaknummer: HD 200.077.748

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

X/Animo

Huur bedrijfsruimte. Geen in de plaatsstelling en ook geen contractsovername. Om die reden is Animo B.V. niet aansprakelijk voor de ontstane huurschuld. AGC is wel aansprakelijk o.g.v. de door haar afgegeven verklaring ex. art. 2:403 BW. Geen handelsrente verschuldigd naast de gevorderde boete. Concerngarantie

X is eigenaar van een bedrijfspand in Groningen. X heeft dit bedrijfspand verhuurd aan Glas-Best Glas B.V. (hierna: BGBG) tegen een huurprijs van € 81.000,- per jaar. BGBG was bij het aangaan van de huurovereenkomst een dochtervennootschap van Glaverbel Nederland Holland B.V. (hierna: Glaverbel). Artikel 9.5 van het huurcontract bepaalt dat Glaverbel een concerngarantie en/of aansprakelijkheidsverklaring ex artikel 2:403 BW lid 2 zal afgeven ten behoeve van X betreffende de uit de huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen van BGBG. Op 1 juli 2004 verkoopt BGBG haar vaste activa en voorraden aan de besloten vennootschap in oprichting Animo B.V. In de verkoopovereenkomst is bepaald dat de verkoper de koper in de plaats zal doen stellen van de huurovereenkomsten van de onderneming in Groningen. BGBG stelt de door X aangestelde beherende makelaar in kennis en verzoekt voor het pand te Groningen de huurovereenkomst per 1 juli 2004 om te zetten van BGBG naar Animo BV onder continuatie van de bepalingen van de originele huurovereenkomst. BGBG voegt tevens een garantstelling van Glaverbel toe waarin Glaverbel verwijst naar artikel 9.5 van de originele huurovereenkomst en verklaart garant te staan voor de nakoming van de huurverplichtingen door Animo B.V. voortvloeiende uit de huurovereenkomst voor het pand te Groningen welke per 1 juli 2004 door X is overgezet van BGBG op Animo BV. In een brief van 11 oktober 2004 verzoekt de betreffende bedrijfsmakelaar een aanpassing van de garantstelling. Op 24 november 2009 is BGBG Groningen in staat van faillissement verklaard. X vordert ontbinding van de huurovereenkomst, die volgens haar met Animo BV bestaat, alsmede ontruiming van het gehuurde pand. Daarnaast vordert X betaling van de achterstallige huur van Animo B.V. en AGC, de rechtsopvolger onder algemene titel van Glaverbel.

De rechtbank: wijst de vorderingen van X af. Volgens de kantonrechter is gesteld noch

gebleken dat X (schriftelijk) heeft aangegeven akkoord te gaan met de in de brief van bedijfsmakelaar verzochte indeplaatsstelling. Ook van medewerking door X aan een contractsovername is volgens de kantonrechter niet gebleken. In dat verband heeft de kantonrechter overwogen dat uit de vaststaande feiten niet volgt dat Animo BV daadwerkelijk als huurder is opgetreden en evenmin dat X Animo BV, al dan niet stilzwijgend, als huurder zou hebben aangemerkt. Nu de garantie van AGC slechts betrekking heeft op Animo BV als huurder en niet is komen vast te staan dat Animo BV als huurder is aan te merken, kan X zich jegens AGC niet op de garantie beroepen, aldus de kantonrechter.

Het hof: stelt vast dat voor contractsoverneming op grond van artikel 6:159 lid 1 BW tussen degene die partij is bij het over te dragen contract en degene aan wie het contract wordt overgedragen een opgemaakte akte vereist is en medewerking aan de overdracht door de derde, de andere contractspartij. Aan het vereiste van de akte is voldaan met de schriftelijke koopovereenkomst tussen BGBG en Animo B.V. Om medewerking vast te stellen is volgens het hof een uitdrukkelijke wilsverklaring vereist waarin X (onvoorwaardelijk) aangeeft in te kunnen stemmen met een contractsovername, waarbij Animo BV huurder wordt in plaats van BGBG. Deze uitdrukkelijke wilsverklaring ontbreekt. Er is niet aan de vereisten voor een contractsovername voldaan, zodat Animo BV niet door contractsovername huurder is geworden van X. De grondslag van de vorderingen van X op Animo BV is dan ook ondeugdelijk, zodat de vorderingen niet voor toewijzing gereed liggen.

X legt aan haar vorderingen op AGC primair ten grondslag dat een huurovereenkomst is ontstaan tussen haar en Animo BV en dat AGC gehouden is de nakoming door Animo BV van haar verplichtingen uit die huurovereenkomst te waarborgen. Nu dit niet het geval is treft deze redenatie geen doel.

X heeft haar vorderingen op AGC van een subsidiaire grondslag voorzien. Zij betoogt dat indien geen huurovereenkomst tot stand is gekomen tussen haar en Animo BV, de oude huurovereenkomst met BGBG is blijven voortbestaan. Op deze overeenkomst is volgens X de concerngarantie van toepassing. Bij het antwoord op de vraag of BGBG huurder is gebleven, geldt als uitgangspunt dat de huurovereenkomst is blijven bestaan, tenzij de huurovereenkomst rechtsgeldig is opgezegd door één van beide partijen, dan wel in onderling overleg is beëindigd dan wel sprake is van contractsoverneming. Aan deze uitzonderingen is niet voldaan. De slotsom is dat geen nieuwe huurovereenkomst is ontstaan en dat de huurovereenkomst tussen BGBG en X dan ook niet in onderling overleg is beëindigd vanwege het ontstaan van een nieuwe huurovereenkomst. Dat betekent dat de vorderingen van X op AGC op de subsidiaire grondslag, de concerngarantie, in beginsel toewijsbaar zijn. De vorderingen tegen AGC vallen namelijk niet volledig maar wel grotendeels onder het bereik van de concerngarantie. Het hof veroordeelt AGC om aan X de onder het bereik van de

garantie vallende achterstallige huurtermijnen te betalen en veroordeelt AGC in de proceskosten.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-07-2012

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2012:BXo462

Zaaknummer: 200.087.124/01

Wetsartikelen: 2:403 BW en 6:159 BW

RECHTSPRAAK

A van Armin/Luchtman q.q.

Bestuurdersaansprakelijkheid. Is het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, ontzenuwd? Hof komt tot de slotsom dat het vermoeden niet ontzenuwd is en derhalve de aansprakelijkheid van de bestuurder vaststaat. Ook een beroep op matiging wordt afgewezen.

In 2003 heeft A alle geplaatste aandelen van de vennootschap in eigendom verworven en is hij in de functie getreden van enig bestuurder van de vennootschap. De activiteiten van de vennootschap bestonden uit het uitvoeren van metselwerkzaamheden. De metselwerkzaamheden werden uitgevoerd door eigen personeel, bij derden ingeleend personeel en ingehuurde zzp'ers. Bij vonnis van de rechtbank Breda van 25 oktober 2005 is Armin in staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator als zodanig.

In de onderhavige zaak gaat het primair om de vraag of A als bestuurder van de vennootschap aan de boekhoudverplichting ex art. 2:10 BW heeft voldaan en zo nee, of aannemelijk is dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die die tekortkoming oplevert een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. De rechtbank heeft geoordeeld dat A niet aan de boekhoudverplichting heeft voldaan. Zij heeft voorts geoordeeld dat A onvoldoende onderbouwd heeft gesteld dat andere omstandigheden dan A's kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Om die reden heeft zij A, op de voet van art. 2:248 lid 1 en lid 2 BW, aansprakelijk geacht voor het tekort in de boedel van Armin.

Het Hof overweegt dat de rechtbank het verweer van A dat sprake is van een deugdelijke en inzichtelijke algemene administratie als onvoldoende feitelijk onderbouwd heeft verworpen. Daartegen richten zich grieven van A.

Met de rechtbank is het hof van oordeel dat het gelet op de gemotiveerde onderbouwing van de curator op de weg had gelegen van A om inhoudelijk te reageren op de bevindingen van de curator en zijn verweer nader te onderbouwen. Dat heeft hij, ook in hoger beroep,

onvoldoende gedaan. Als onvoldoende gemotiveerd bestreden is komen vast te staan dat geen sprake was van een deugdelijke en inzichtelijke algemene administratie. Uit het voorgaande volgt dat A niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW. Ingevolge art. 2:248 lid 2 BW wordt dientengevolge (onweerlegbaar) vermoed dat hij zijn bestuurstaak (over de gehele linie) onbehoorlijk heeft vervuld.

Met een grief komt A op tegen de overweging van de rechtbank dat hij het verweer dat het faillissement in belangrijke mate te wijten is aan de omstandigheid dat een aantal debiteuren facturen onbetaald heeft gelaten vanwege de slecht uitgevoerde werkzaamheden door het door Armin ingeleende personeel, onvoldoende heeft onderbouwd. Ingevolge het hiervoor overwogene wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De curator heeft terecht aangevoerd dat het getuigt van onbehoorlijk bestuur om, wetende dat gebruik werd gemaakt van improductieve ingehuurd krachten, geen adequate maatregelen te treffen, en in plaats van het beperken van de verlieslatende activiteiten, grotere projecten aan te nemen (zonder daarbij maatregelen te treffen die die improductiviteit zouden kunnen opheffen). A heeft derhalve onvoldoende feiten en/of omstandigheden aangevoerd om het vermoeden te ontzenuwen dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Het hof gaat nog in op een beroep op matiging van A. A heeft in dit kader aangevoerd dat hij, vanwege een auto-ongeluk in 2004 waardoor hij nekletsel heeft opgelopen en waaraan hij concentratiestoornissen en hoofdpijn heeft overgehouden, medio juni 2004 C als bedrijfsleider heeft aangesteld. Vanaf dat moment was C de feitelijk leidinggevende van Armin. Omdat C weigerde zijn medewerking te verlenen aan het zich laten inschrijven als statutair bestuurder en een andere potentiële bestuurder zich niet aandiende, bleef A tegen zijn wil ingeschreven als bestuurder van Armin. Naar het oordeel van het hof vormen voormelde feiten en omstandigheden geen aanleiding om het bedrag waarvoor A aansprakelijk is, op de voet van art. 2:248 lid 4 BW te matigen. Uit de door A overgelegde gegevens van zijn huisarts blijkt dat hij in 2004 verband met nekpijn en een hoofdwond het Amphia-ziekenhuis heeft bezocht en dat hij daarna nog acht keer over (met name) nekklachten zijn huisarts heeft geconsulteerd. Daaruit blijkt niet dat hij in het geheel niet meer in staat was op verantwoorde wijze leiding te geven aan Armin. Bovendien heeft hij, ter ontlasting van hemzelf, een bedrijfsleider aangesteld. Ook wanneer wordt aangenomen dat C als feitelijk leidinggevende moet worden aangemerkt, ontslaat dat A niet van zijn plicht om zijn bestuurstaak behoorlijk te vervullen. Nog daargelaten dat uit de overige stellingen van A

blijkt dat hij zeer wel op de hoogte was van de gang van zaken binnen de vennootschap, had het op zijn weg gelegen om, indien hij niet langer bestuursverantwoordelijkheid wenste te dragen, als bestuurder af te treden en/of ervoor te zorgen dat de vennootschap de (verliesgevende) activiteiten zou staken. Dat A geen managementfee heeft ontvangen maakt het voorgaande niet anders.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BXo445

Zaaknummer: 200.059.007

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder Lija Chartering & Trading/Curator

Bestuurdersaansprakelijkheid. Na tegenbewijslevering oordeelt de rechtbank dat het vermoeden dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur door gedaagde in conventie een belangrijke oorzaak is van het faillissement van X niet is weerlegd. Daarmee staat de aansprakelijkheid van gedaagde in conventie ex artikel 2:248 BW vast. Verklaring voor recht met die strekking wordt toegewezen. Gedaagde in conventie moet het tekort in de boedel in het faillissement betalen

X is bestuurder van Lija Chartering & Trading B.V. ("Lija"). Lija exploiteerde in de rivier de Waal een zogenoemd bunkerstation, een oude tanker van Shell, waarvan het onderste deel was ingericht als tankgedeelte en magazijn, het middelste deel als winkel en het bovenste deel als woonruimte. Aldus konden schepen langzij komen om olie te kopen en boodschappen te doen. Bij vonnis van de rechtbank Breda van 23 maart 2010 is Lija in staat van faillissement verklaard. Uit de geciteerde getuigenverklaringen en het dossier rijst het volgende beeld op. In het tussenvonnis van 21 september 2011 ("het tussenvonnis") is reeds geoordeeld dat het er voor moet worden gehouden dat X in de periode van 23 maart 2007 tot 23 maart 2010 niet aan de boekhoudplicht heeft voldaan en is vastgesteld dat de jaarrekeningen over 2007 en 2008 niet (tijdig) zijn gepubliceerd. Vervolgens is geoordeeld dat daarmee gegeven is dat X als bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat, behoudens tegenbewijs, wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Lija. De rechtbank heeft X toegelaten tot het aannemelijk maken dat de door hem aangevoerde omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. X heeft door middel van 4 getuigenverklaringen getracht dit te aan te tonen.

De rechtbank oordeelt als volgt. Op enig moment is Lija benaderd om een nieuwe ligplaats te zoeken voor het bunkerstation, in verband met een projectontwikkeling bij de oude ligplaats. X heeft vervolgens samen met Rijkswaterstaat diverse alternatieve ligplaatsen bekeken en zelf gekozen voor de huidige ligplaats. Volgens zijn eigen verklaring wist X toen al dat de ligplaats niet diep genoeg lag en dat hij droog zou komen te liggen. Het water in de buurt van het

bunkerschip is inderdaad onvoldoende diep voor binnenvaartschepen om voor de bevoorrading van dieselolie langs zij van dat schip te kunnen komen en baggerwerk is noodzakelijk om de vereiste diepte tot stand te brengen. X heeft betoogd dat hem toezeggingen zijn gedaan door de betrokken overheden betreffende de nieuwe ligplaats. Dit betoog is niet aannemelijk geworden door de getuigenverklaringen.

X heeft ook aangevoerd dat de problemen met het krijgen van baggervergunningen een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Dat er op enig moment gebaggerd moest gaan worden, staat vast. De curator heeft gesteld dat voor het eerst in 2005 een baggervergunning is aangevraagd en verkregen. X heeft echter verklaard dat hem al in 2004 is toegestaan te baggeren en dat hij vlak na zijn aankomst op de huidige ligplaats de baggervergunning heeft aangevraagd, maar dat hij niet precies weet wanneer. Stukken ter onderbouwing van zijn verklaring ontbreken. Alleen al gelet op deze onduidelijkheden is onvoldoende aannemelijk dat de overheden een verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het laat of niet tijdig verkrijgen van de benodigde vergunning(en).

Ook het verplaatsen van het bunkerschip in juni 2008 naar scheepswerf D kan niet worden aangemerkt als een belangrijke oorzaak van het faillissement. Ook is het niet aannemelijk geworden dat een kwestie rond het verkrijgen van een bouwvergunning enige invloed heeft gehad op de bedrijfsvoering, laat staan dat deze kwestie een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Vast staat dat als gevolg van het droogliggen van het bunkerschip aanzienlijke schade is ontstaan. X heeft betoogd dat het niet kunnen verkrijgen van een financiering voor de benodigde reparaties een belangrijke oorzaak is van het faillissement en dat de financiering is geweigerd door de problemen met de (bouw- en bagger)vergunningen. De financiering was benodigd voor reparatie van de schade als gevolg van het niet (tijdig) baggeren. Dat het niet (tijdig) baggeren een externe oorzaak is, onvoldoende aannemelijk gemaakt. Alle gevolgen daarvan, kunnen derhalve ook niet als externe oorzaken van het faillissement worden aangemerkt.

X is er niet in geslaagd aannemelijk te maken dat de door hem aangevoerde omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Het vermoeden dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur door X een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Ija is dus niet weerlegd. Hiermee staat de aansprakelijkheid van X ex artikel 2:248 BW vast.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 20-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BX0147

Zaaknummer: 202076

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Kasberg Beheer B.V. / Curatoren Van Hoogevest Groep

Curatoren van failliete vennootschappen van de Van Hoogevest Groep hebben mededelingsplicht geschonden bij de verkoop van een onroerende zaak uit de boedel. Aansprakelijkheid in hoedanigheid van curator (q.q. aansprakelijkheid); persoonlijke aansprakelijkheid curatoren (pro se aansprakelijkheid); exonerationbeding.

In de onderhavige procedure vordert Kasberg, koper van een onroerende zaak uit de faillissementen van drie vennootschappen van de Van Hoogevest Groep, van de curatoren vermindering van de koopprijs, omdat gebleken is dat de huurovereenkomsten van twee huurders van het pand (Falkbeer en HDS) eerder eindigden dan de curatoren hadden aangegeven.

De rechtbank acht die vordering toewijsbaar en heeft in dit kader onder meer het volgende overwogen. Indien een curator optreedt als verkoper van een zaak, rusten op hem in beginsel dezelfde mededelingsplichten die zouden rusten op de vennootschap toen zij nog niet in staat van faillissement verkeerde. Wel brengt de bijzondere situatie van een faillissement mee dat een koper niet mag verwachten dat de curator dezelfde kennis over de te verkopen zaak heeft als de vennootschap uit het faillissement waarvan de zaak wordt verkocht. Kasberg mocht er niet op vertrouwen dat de curatoren beschikten over alle informatie met betrekking tot de onroerende zaak, en evenmin dat de curatoren aan haar alle voor de verkoop relevante informatie hadden verstrekt. De curatoren hebben naar het oordeel van de rechtbank echter in strijd met hun mededelingsplicht gehandeld door Kasberg niet mee te delen dat de mogelijkheid van een voortijdig einde van de huurovereenkomst met Falkbeer was gewijzigd in een vrijwel definitieve beëindiging alsmede door Kasberg niet in te lichten over de door HDS gedane opzegging van de huurovereenkomst.

De rechtbank heeft als voorlopig oordeel uitgesproken dat de curatoren niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor de door Kasberg geleden schade. Voor de aanwezigheid van een persoonlijk verwijt aan de zijde van de curator is wetenschap over het bestaan van de opzeggingsbrief van HDS en/of de beëindiging van de huurovereenkomst met Falkbeer

vereist. Alleen in een dergelijk geval kan geoordeeld worden dat de curator het onjuiste van zijn handelen inzag of redelijkerwijze behoorde in te zien. Buiten een dergelijke persoonlijke wetenschap zou alleen een persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt, indien de curator er bewust voor heeft gezorgd dat de betreffende informatie hem niet zou bereiken. Voor een dergelijke conclusie is evenwel onvoldoende aangevoerd.

De exoneration die door de curatoren ten aanzien van de door hen verstrekte informatie is bedongen, is naar het oordeel van de rechtbank onredelijk bezwarend voor zover deze aansprakelijkheid uitsluit voor alle schade die voortvloeit uit het doen van onjuiste of onvolledige mededelingen door de curatoren over feiten die de periode na de faillietverklaring betreffen en die bij de curatoren bekend zijn of bekend moeten worden geacht te zijn omdat deze voortvloeien uit het handelen van de curatoren zelf, of over mededelingen die, anders dan wordt gesuggereerd, niet in overeenstemming zijn met de inhoud van de beschikbare dossiers.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 13-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBUTR:2012:BX0507

Zaaknummer: 301311 / HA ZA 11-263

Wetsartikelen: 6:270 BW en 6:233 BW

RECHTSPRAAK

FIM Flexibel/Tobis B.V. en Fin(d)it

Uitspraak Ondernemingskamer d.d. 5 juni 2012; Fim Flexibel Interim Management B.V. c.s. / Tobis B.V. e.a. Waardering aandelen

In voorgaande kwestie heeft de OK al enkele uitspraken gedaan. Thans is slechts de waardering van de over te dragen aandelen in het geplaatst kapitaal van Fin(d)it BV (hierna: Fin) aan de orde.

De OK: merkt op dat het standpunt van FIM dat de waarde van de aandelen nihil is, miskent dat tot het vermogen van Fin behoort de door de rechtbank toegewezen vordering op FIM tot schadevergoeding.

In het tussenarrest heeft de OK, naar aanleiding van de grieven overwogen dat zij de deskundige zal opdragen de aandelen te waarderen per een zo recent mogelijke datum en dat in verband hiermee, de klacht van FIM dat de rechtbank ten onrechte rekening heeft gehouden met de wettelijke rente over de vordering van Fin op FIM tot schadevergoeding over een langere periode dan verenigbaar is met de door de rechtbank gekozen peildatum, geen bespreking behoeft.

De slotsom is dat de OK de waarde van (alle) aandelen in Fin zal vaststellen per datum van dit arrest en dat de OK daartoe het vonnis van de rechtbank in zoverre zal vernietigen en in zoverre opnieuw recht zal doen, terwijl de overige grieven falen en het vonnis voor het overige zal worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0368

Zaaknummer: 200.003.513/01

Wetsartikelen: art. 196 Rv

RECHTSPRAAK

Curator/Leeftrends Beheer

Daadwerkelijke volstorting van aandelen (artikel 2:191 BW) en derhalve geen aansprakelijkheid van bestuurders ex artikel 2:180 lid 2 BW voor elke tijdens het bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap waarvan de aandelen niet zouden zijn volgestort is verbonden

Leeftrends Utrecht is opgericht op 22 augustus 2008 door Leeftrends Beheer ("Leeftrends"), van welke Wefab Holding B.V. ("Wefab") bestuurder en enig aandeelhouder is. X is enig aandeelhouder en bestuurder van Wefab. Het geplaatste kapitaal ten tijde van de oprichting bedroeg € 50.000,-.

Een van de andere dochtervennootschappen van Leeftrends, Leeftrends Houten B.V., exploiteerde een woonwinkel in Houten. Op 20 augustus 2008 is door Leeftrends op de rekening van Leeftrends Utrecht een bedrag van € 50.000,- voldaan met de omschrijving "aandelenkapitaal". Op 2 september 2008 is door Leeftrends Utrecht een bedrag van € 49.000,- overgemaakt aan Leeftrends Houten. Bij vonnis van 3 mei 2011 heeft de rechtbank Utrecht Leeftrends Utrecht in staat van faillissement verklaard. De curator vordert dat de rechtbank: (i) Leeftrends Beheer zal veroordelen tot betaling van € 49.000,- ter nakoming van haar verplichtingen ex artikel 2:191 BW, (ii) voor recht zal verklaren dat Wefab, Leeftrends en X jegens de curator hoofdelijk aansprakelijk zijn ex artikel 2:180 lid 2 BW voor elke tijdens het bestuur verrichte rechtshandeling waardoor Leeftrends Utrecht is verbonden.

Rechtbank overweegt als volgt. De curator legt aan haar vorderingen ten grondslag de stelling dat de aandelen in Leeftrends Utrecht bij haar oprichting niet daadwerkelijk door Leeftrends zijn volgestort, omdat van het onder de noemer "aandelenkapitaal" door Leeftrends op de rekening van Leeftrends Utrecht gestorte bedrag van € 50.000,- een bedrag van € 49.000,- vrijwel meteen is doorbetaald aan Leeftrends Houten.

In beginsel geldt dat indien het op de aandelen gestorte geld is uitgeleend aan Leeftrends

Houten, zulks de rechtsgeldigheid van de storting niet aantast, ook niet als dit direct na de volstorting is gebeurd. Dit zou anders zijn indien de kapitaalstorting als schijnhandeling zou zijn te kwalificeren, bijvoorbeeld indien reeds voorafgaand aan de storting en oprichting de bedoeling was om de kapitaalstorting door te sluizen zonder reëel vooruitzicht op terugbetaling. Dat van een dergelijke schijnhandeling sprake is, volgt in ieder geval niet uit de enkele stelling van de curator dat de eventueel overeengekomen geldlening niet op zakelijke voorwaarden is gesloten.

Het tegendeel is eerder aannemelijk, gegeven dat gedaagden voor de financiering van zustermaatschappij Leeftrends Houten een genoegzaam aannemelijke zakelijke ratio hebben genoemd, terwijl Leeftrends Houten kennelijk – blijkens het rekening-courantoverzicht – ter gelegenheid van het operationeel opstarten van Leeftrends Utrecht, een aanvang heeft gemaakt met terugbetaling van deze financiering door middel van het betalen van diverse aan Leeftrends Utrecht toe te rekenen kosten, en verrekening daarvan in rekening-courant. Aan de betaling door Leeftrends Utrecht aan Leeftrends Houten ligt een reële overeenkomst van geldlening ten grondslag, ook al is deze overeenkomst niet neergelegd in een ander schriftelijk stuk dan het rekening-courantoverzicht. De aandelen in Leeftrends Utrecht zijn bij haar oprichting door Leeftrends Beheer volgestort. De vorderingen zullen derhalve worden afgewezen.

De rechtbank wijst de vorderingen af en veroordeelt de curator in de proceskosten.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-04-2012

ECLI: ECLI:NL:RBUTR:2012:BX0653

Zaaknummer: 311543 / HA ZA 11-1571

Wetsartikelen: 2:180 lid 2 BW en 2:191 BW

RECHTSPRAAK

A/Astrum

In een geschil tussen een huurder en verhuurder gaat het uitgangspunt dat wie handelt geacht wordt voor zichzelf te handelen niet op indien de huurder ook namens zijn werkgever auto's huurt en de verhuurder dit niet weerspreekt. Daarom ligt de bewijslast op het autoverhuurbedrijf

A is vanaf 1 augustus 2004 achtereenvolgens oprichter en bestuurder geweest van KMB B.V. (hierna: KMB). Na die periode heeft A als hoofdplanner werkzaamheden verricht voor KMB. KMB is inmiddels failliet.

Astrum Automotive B.V. (hierna: Astrum) sluit huurovereenkomsten af namens Europcar. Tussen A en Astrum bestaat een geschil over zeven facturen. Partijen verschillen van mening over de vraag of een overeenkomst heeft bestaan tussen A en Astrum inzake de huur en reparatie van auto's op basis waarvan de facturen terecht op naam van A zijn gesteld. A betwist zijn aansprakelijkheid ten aanzien van de facturen. Hij ontkent iedere betrokkenheid in de hoedanigheid van contractspartij. Astrum stelt echter dat A voor zichzelf heeft gehandeld en dus aansprakelijk is met betrekking tot de facturen.

Het Hof overweegt dat op Astrum de stelplicht rust, en eventueel de bewijslast, ten aanzien van haar stelling dat de gefactureerde bedragen betrekking hebben op leveringen en diensten die zij in opdracht van A heeft verricht. Wanneer eenmaal vaststaat dat A opdracht heeft gegeven tot het verrichten van leveringen of diensten, rijst de vraag of hij daarbij voor KMB of zichzelf heeft gehandeld. Het uitgangspunt dat wie handelt geacht wordt voor zichzelf te handelen, gaat in dit geval niet op, nu niet ter discussie staat dat A uit hoofde van zijn functie ook wel voor KMB handelde en Astrum de stelling van A dat KMB vele auto's van Astrum in gebruik had, niet heeft weersproken. Aldus staat als onvoldoende weersproken vast dat A ook voor KMB met Astrum heeft gehandeld. In dit verband hecht het hof betekenis aan het feit dat Astrum ondanks het feit dat zij met A handelde, de facturen, al dan niet in tweede instantie, op naam van KMB heeft gesteld. Onder deze omstandigheden dient Astrum te stellen, en bij betwisting te bewijzen, dat A ten aanzien van de transacties waarop de facturen betrekking

hebben, wel voor zichzelf heeft gehandeld.

Het hof laat Astrum toe bewijs te leveren van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat A aansprakelijk is voor de facturen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-07-2012

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2012:BX0342

Zaaknummer: 200.045.716/01

RECHTSPRAAK

ImageSat

Betoog dat appellanten niet-ontvankelijk zijn in hun verzoek om toepassing enquêterecht en het treffen van voorlopige voorziening op grond van het feit dat het enquêterecht pas sinds 2012 in werking is getreden en de feiten en gedraging van daarvoor zijn, faalt. Geschil over ongeoorloofde concurrentie is terug te brengen op verschillen van inzicht over de inhoud van de joint venture afspraken. De beslechting van deze verschillen van mening behoort niet tot de doeleinden van het enquêterecht. Partijen mogen zich bij akte uitlaten over enquêteverzoek en of zij instemmen met achterwege blijven van een nadere terechtzitting. Hof houdt beslissing aan

ImageSat is een naamloze vennootschap naar het recht van Curaçao. ImageSat houdt zich bezig met de commerciële exploitatie van satellietbeelden met een hoge resolutie. Wilson c.s., de verzoekers, houden ongeveer 26% van de aandelen en de stemrechten van ImageSat. Israel Aerospace Industries Ltd (hierna: IAI), een Israëliisch staatsbedrijf, houdt 46% en Elbit Systems Electro-Optics Elop Ltd (hierna: Elop) houdt 14%. De resterende aandelen/stemrechten zijn in handen van Amerikaanse en Europese investeerders. De satellietbeelden zijn afkomstig van door IAI, in opdracht van ImageSat, ontwikkelde observatiesatellieten. Elop levert als onderaannemer van IAI het digitale camerasysteem van de satellieten.

Wilson c.s. hebben een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen gedaan. Zij hebben aangevoerd (i) dat IAI en Elbit c.s. op ongeoorloofde wijze ImageSat en haar dochtervennootschappen concurrentie hebben aangedaan en nog aandoen, (ii) dat de door IAI en Elbit c.s. benoemde bestuurders van ImageSat zich gelet op de verstrengeling van hun belangen niet in de positie bevinden om op adequate wijze leiding te geven aan (de onderneming van) ImageSat en (iii) dat, meer in het algemeen, de governance van ImageSat niet op orde en zodanig onder de maat is dat onafhankelijke bestuurders moeten worden benoemd om de belangen van Wilson c.s. en de EU/VS Investors als

minderheidsaandeelhouders te behartigen.

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie:

Ontvankelijkheid

Het Hof zal eerst het betoog van Elbit c.s. en IAI bespreken dat Wilson c.s. reeds niet-ontvankelijk zijn in hun verzoeken, althans deze verzoeken moeten worden afgewezen, omdat de verzoeken van Wilson c.s. blijkens het verzoekschrift zijn gegrond op feiten die hebben plaatsgevonden vóór inwerkingtreding van de wetsartikelen waarop de verzoeken zijn gegrond. Daartoe hebben Elbit c.s. en IAI aangevoerd dat het huidige enquêterecht van Curaçao, inclusief de mogelijkheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen, eerst in werking is getreden op 1 januari 2012 (titel 8 van Boek 2), dat titel 8 van Boek 2 geen terugwerkende kracht heeft en dat het daarom niet aangaat om feiten die vóór 1 januari 2012 hebben plaatsgevonden, aan de bepalingen van die latere wetgeving te toetsen. Dit betoog treft geen doel. In casu geldt er onmiddellijke werking ingevolge artikel 2 lid 1 van de Landsverordening overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: Lvo Overgangsrecht NBW). Het gaat hier om een wettelijke bevoegdheid die op dat moment, 1 januari 2012, ontstaat en niet om een vermogensrecht of een vorderingsrecht als bedoeld in artikel 3 Lvo Overgangsrecht NBW. Er is derhalve geen sprake van toepassing van titel 8 van Boek 2 met terugwerkende kracht. Onder onmiddellijke werking – en niet onder terugwerkende kracht – valt ook het gegeven dat de nieuwe wet van haar inwerkingtreding af een “andere rechtswaarde” verleent aan zogenoemde anterieure feiten (vgl. Parl.Gesch. Overgangsrecht, p. 11 e.v., van het nieuw Burgerlijk Wetboek van Nederland). Bij de beoordeling van het verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen stelt het Hof voorop dat in dit stadium van het geding (voordat op het verzoek tot het doen instellen van een onderzoek is beslist) van deze, in artikel 2:276 BW aan het Hof gegeven bevoegdheid slechts met de nodige terughoudendheid gebruik kan worden gemaakt, indien daartoe – in verband met de toestand van de rechtspersoon (of in het belang van het eventuele onderzoek) – voldoende zwaarwegende redenen bestaan. In de eerste plaats moet daarbij zijn komen vast te staan dat het belang van Wilson c.s. en/of het belang van ImageSat vereist dat de desbetreffende voorlopige voorziening(en) wordt of worden getroffen, terwijl tevens voorlopig moet zijn gebleken van gegronde redenen om aan een juist beleid van ImageSat te twijfelen. Voorts zal het Hof voldoende rekening moeten houden met, en een billijke afweging moeten maken van, de belangen van alle (ook de andere) betrokken partijen.

Ad (i) Ongeoorloofde concurrentie?

In de kern genomen betogen Wilson c.s. dat de joint venture afspraken tussen ImageSat en

IAI/Elbit c.s. erop neerkomen dat ImageSat op exclusieve basis de commerciële verkoop van producten en diensten gebaseerd op de aardobservatie satelliettechnologie van IAI en Elbit c.s. ter hand zou nemen. IAI/Elbit c.s. betwisten dat. Naar het oordeel van het Hof zijn de tussen partijen gerezen meningsverschillen over ongeoorloofde concurrentie alle terug te voeren op de verschillen van inzicht omtrent de inhoud van de joint venture afspraken welke op zich, naar IAI/Elbit c.s. in zoverre terecht hebben gesteld, van zuiver vermogensrechtelijke/verbintenisrechtelijke aard zijn. De beslechting van deze verschillen van mening behoort als zodanig niet tot de doeleinden van het enquêterecht. Wilson c.s. hebben echter gesteld dat het geschil omtrent de inhoud van de joint venture mede raakt aan het beleid van ImageSat, omdat haar bestuur ten onrechte en ten detrimente van (onder anderen) Wilson c.s. als minderheidsaandeelhouders de ongeoorloofde concurrentie bij voortduring heeft getolereerd en nog steeds tolereert en weigert om, ook desgevraagd door onder anderen Wilson c.s., daartegen op te treden. Aldus is, naar het Hof Wilson c.s. verstaat, mede de toestand van ImageSat en het functioneren van haar organen in het geding. Bij deze stand van zaken zijn Wilson c.s. ontvankelijk in (dit onderdeel van) hun verzoek. Ter zake van het hier aan de orde zijnde bezwaar van Wilson c.s. is het Hof tot het oordeel gekomen dat vooralsnog niet aannemelijk kan worden geacht dat de door Wilson c.s. gegeven interpretatie van de inhoud van de joint venture afspraken – dat ImageSat op exclusieve basis producten en diensten gebaseerd op de (alle) satelliettechnologie van IAI/Elbit c.s. commercieel zou exploiteren – in rechte stand zou (kunnen) houden.

Ad (ii) en (iii) Governance

Het Hof stelt te dezen voorop dat de benoeming van de bestuurders van een vennootschap een aangelegenheid is van de algemene vergadering van aandeelhouders en dat de enkele omstandigheid dat daarin sprake is van een meerderheidsaandeelhouder (dan wel van samenwerkende aandeelhouders die tezamen een meerderheid vormen) die bestuurders voordraagt (voordragen), op zichzelf en zonder méér geen reden is om aan een juiste governance van de vennootschap te twijfelen. Het gaat er immers om dat het bestuur van de vennootschap zelfstandig zijn (strategische) beleid bepaalt en onafhankelijk van de aandeelhouders opereert en daarbij de verschillende bij de vennootschap betrokken belangen met grote zorgvuldigheid uit elkaar houdt. Daarbij spreekt het voorts vanzelf dat transacties met verbonden lichamen op zakelijke voorwaarden tot stand dienen te komen en dat daarover openheid wordt betracht jegens de aandeelhouders die daarbij niet betrokken zijn. In het uiteenlopen van de visies van de betrokken partijen – aandeelhouders dan wel bestuurders – valt als zodanig evenmin een reden tot twijfel aan een juiste governance te onderkennen.

Wilson c.s. hebben geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat bij de IAI-bestuurders dan wel de Elop-bestuurders sprake is van een ongeoorloofde

belangenverstrengeling en/of dat het risico daarop imminent is of binnenkort zal worden en/of dat de belangen van Wilson c.s. (zullen) worden veronachtzaamd.

Slotsom

Het Hof acht het treffen van voorlopige voorzieningen met het oog op de toestand van ImageSat niet geboden. Het verzoek van Wilson c.s. dient te worden afgewezen. Het hof zal de behandeling van het verzoek van Wilson c.s. voor zover dat strekt tot het benoemen van een of meer onderzoekers met de opdracht een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij ImageSat aanhouden tot een nader te bepalen terechtzitting. Een behandeling van het enquêteverzoek ter terechtzitting kan echter achterwege blijven, indien partijen daar unaniem mee instemmen.

Instantie: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Datum uitspraak: 29-06-2012

ECLI: ECLI:NL:OGHACMB:2012:BX0420

Zaaknummer: Ghis 55769 – HAR 28/12

RECHTSPRAAK

Adriaens/Adriaens

Indien een bestuurlijke impasse tussen de enige twee bestuurders van een onderneming rechtstreeks negatieve gevolgen heeft voor het beleid en de gang van zaken van de onderneming is een onderzoek daarnaar op zijn plaats

Adriaens Molenbouw Weert B.V. is opgericht op 5 september 1977 door de broers Sjors en Jan Adriaens. Inmiddels houden Adriaens-Holthuijsen (hierna: Holthuijsen), de persoonlijke houdstervennootschap van Wim Adriaens, en Van den Bercken-Adriaens (hierna: Van den Bercken), de persoonlijke houdstervennootschap van Paul van den Bercken, ieder 50% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van Adriaens Molenbouw. Wim Adriaens en Paul van den Bercken zijn beiden bestuurder van Adriaens Molenbouw en ieder zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. Er is een verwijdering ontstaan tussen Wim Adriaens en Paul van den Bercken, die sinds einde 2008 in intensiteit is toegenomen. Van enige (bestuurlijke) samenwerking tussen beiden is inmiddels vrijwel geen sprake (meer). De gespannen verhouding tussen hen beiden heeft er toe geleid dat Wim Adriaens in 2012 enige tijd zijn werkzaamheden niet heeft uitgeoefend en dat hij dat nu doet voor slechts twee dagen per week.

Van den Bercken verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Adriaens Molenbouw over de periode vanaf december 2008 en onmiddellijke voorzieningen te treffen.

De OK overweegt dat niet valt vol te houden dat de animositeit tussen de beide bestuurders niet - ook - negatieve effecten heeft op het beleid en de gang van zaken van Adriaens Molenbouw. Het volgt reeds zonder meer uit de omstandigheid dat de beide bestuurders niet meer (kunnen) samenwerken, het is ook af te leiden uit de eigen stelling van Adriaens Molenbouw en Holthuijsen dat het bestuurlijke conflict ook heeft geleid tot, zoals zij dat hebben uitgedrukt, "situatieve arbeidsongeschiktheid" van Wim Adriaens.

De conclusie kan niet anders zijn dan dat de bestuurlijke impasse tussen Wim Adriaens en Paul van den Bercken rechtstreeks negatieve gevolgen heeft voor het beleid en de gang van

zaken van Adriaens Molenbouw en wel zodanig dat een onderzoek daarnaar alleszins op zijn plaats is. De OK zal dat onderzoek dan ook bevelen.

Het voorgaande noopt tevens tot de conclusie dat in afwachting van de uitkomsten van het onderzoek, onmiddellijk ingrijpen in de bestuurlijke gang van zaken noodzakelijk is. Daarvoor is te meer aanleiding omdat de slechte financiële positie van Adriaens Molenbouw, in verbinding met de verknooptheid van de financiële posities van Adriaens Molenbouw en haar beide bestuurders in privé, aannemelijk doet zijn dat een aandelenoverdracht, hetzij als resultante van de aanhangige geschillenprocedure, hetzij als uitkomst van minnelijk overleg, op overzienbare termijn niet tot de mogelijkheden behoort, zodat zonder ingrijpen doorbreking van de negatieve spiraal niet valt te verwachten.

De OK is van oordeel dat het belang van (de onderneming van) Adriaens Molenbouw meebrengt dat bij wijze van onmiddellijke voorzieningen de huidige bestuurders worden geschorst en een derde tot bestuurder wordt benoemd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0326

Zaaknummer: 200.104.038/01

RECHTSPRAAK

X/Groko

Bestuurdersaansprakelijkheid. De bestuurder van Groko oud wist bij het aangaan van verbintenissen namens de vennootschap, of behoorde toen redelijkerwijs te begrijpen, dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Vordering toegewezen

Groko bestrijdt de conclusie dat zij als bestuurder van Groko oud onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Groko oud niet in staat zou zijn haar schulden te voldoen of verhaal te bieden toen zij namens haar de litigieuze rechtshandelingen, tegenover X verrichtte. Hiertoe biedt zij aan te bewijzen dat de lopende verplichtingen, zij het soms met vertraging, werden voldaan.

De rechtbank passeert het bewijsaanbod van Groko, omdat het nog voldoen van bepaalde lopende verplichtingen, nog niet hoeft af te doen aan de conclusie dat zij als bestuurder van Groko oud wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Groko oud niet in staat zou zijn haar schulden te voldoen of verhaal te bieden toen zij namens haar de in het tussenvonniss onder 2.5-2.9 bedoelde rechtshandelingen, althans een aantal daarvan, tegenover X verrichtte. Overigens wijst de rechtbank erop dat het bepaald minder rooskleurige beeld dat Groko in het begin van de conclusie van antwoord schetst van haar eigen situatie, zich slecht verdraagt met wat zij thans betoogt.

Wat Groko overigens aanvoert, komt er in de kern op neer dat zij in een periode van zwaar weer heeft getracht haar eigen bedrijf veilig te stellen. Zeker heeft zij daarbij een bepaalde beleidsvrijheid. De grens daaraan ligt onder meer in onrechtmatig handelen tegenover schuldeisers. De omstandigheden die Groko opsomt, doen niet af aan de conclusie dat Groko wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Groko oud niet in staat zou zijn haar schulden te voldoen of verhaal te bieden toen zij namens haar de litigieuze rechtshandelingen tegenover X verrichtte. Dat Groko in die tijd gebonden was aan afspraken met anderen – bedoeld zijn kennelijk een partij met wie zij samenwerkte, een financier, de bank – verandert daar niets aan. De verplichtingen van een b.v. tegenover haar schuldeisers en de

verantwoordelijkheid daarbij van haar bestuurder ondervinden uiteraard geen invloed van overeenkomsten met anderen.

De voorlopige conclusie uit de eigen uitlatingen van Groko, dat er sprake was van de situatie waarin de bestuurder van Groko oud bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, is dan ook nu de slotconclusie van de rechtbank geworden.

Het voorgaande betekent dat de vordering voor wat betreft de hoofdsom – kort gezegd het bedrag van de veroordeling door de rechtbank te Breda op 16 maart 2011 – voor toewijzing gereed ligt, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW. Tevens zal Groko als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 13-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BX0588

Zaaknummer: 219044 / HA ZA 11-1175

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Sectie A. Vereniging D.G. Noord-Oost

Verdeling vermogen bij ontbinding vereniging. Een vereniging met een beperkt aantal leden heeft een aanzienlijk vermogen. In 2002 zijn beslissingen genomen die - achteraf gezien - de liquidatie hebben ingeluid. Het vermogen wordt verdeeld onder de huidige leden. Leden die na 2002 uit zijn getreden, vorderen dat ook zij worden betrokken in de verdeling van het vermogen. De rechtbank erkent dat er een zekere onbillijkheid schuilt in het voorbijgaan aan eisers, maar wijst de vordering af omdat in de gegeven omstandigheden de uitsluiting van eisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is

Gedaagde ("de vereniging") was een vereniging voor winkeliers betreffende melkhandel in de regio Groningen en Drenthe. Leverancier aan de leden van gedaagde was de werkmaatschappij ZHM Oosterwolde BV. De aandelen van de werkmaatschappij ZHM Oosterwolde BV werden voor 100% gehouden door ZHM Holding BV. De aandelen in ZHM Holding BV werden voor het grootste gedeelte gehouden door de Stichting ZHM. De vereniging participeerde voor 10,88% in de stichting. De aandelen in de werkmaatschappij ZHM Oosterwolde BV zijn op 2 april 2002 door de holding verkocht aan Van Tol BV. In verband met de verkopen van (de aandelen in) de werkmaatschappij heeft ZHM Holding BV aan Van Tol BV een aantal garanties verstrekt, onder meer met zich meebrengende dat er gedurende een periode van maximaal vijf jaar en drie maanden slechts in beperkte mate uitkeringen aan aandeelhouders zouden plaatsvinden; gedurende deze periode van vijf jaar en drie maanden heeft de holding de beleggingsportefeuille aangehouden. ZHM Holding BV is na ruim vijf jaar per 1 juli 2008 ontbonden. Na vereffening en verdeling van het vermogen ontving de Stichting ZHM een nettobedrag van € 2.656.828,-. De vereniging ontving daaruit als liquidatieoverschot (op grond van haar aandeel van 10,88%) een bedrag groot € 289.113,- netto. De stichting is per 1 december 2009 ontbonden.

Eisers hebben na de overname van de werkmaatschappij door Van Tol BV in april 2002, hun

bedrijven één voor één gestaakt. Op 21 januari 2009 heeft er een algemene ledenvergadering van gedaagde plaatsgevonden. In het licht van de verkoop van de ZHM-activiteiten aan Van Tol BV, de ontbinding van de holding en de gedane uitkering aan de certificaathouders van de stichting, heeft het bestuur voorgesteld om op termijn over te gaan tot uitkering van het resterende tegoed (het vermogen van de vereniging) aan de leden vooruitlopend op de verdere afwikkeling en - uiteindelijk - liquidatie. Overeenkomstig het voorstel van het bestuur is aan de 26 zittende leden ongeveer € 260.000,- bij wijze van voorschot uitgekeerd.

Eisers stellen dat bij de verdeling van het vermogen van de vereniging, waartoe in wezen al in 2002 is besloten, het ledenbestand van 2002 bepalend moet zijn.

De rechtbank oordeelt dat art. 21 van de statuten – waarin is vermeld dat ook een andere bestemming kan worden gegeven aan het saldo dan uitkering onder degenen die nog lid zijn – grond biedt om de toewijsbaarheid van de vordering van eisers nader te onderzoeken. Aan de rechtbank ligt de vraag voor of de regel dat het batig saldo na vereffening wordt verdeeld onder de leden die in januari 2009 lid waren naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is jegens eisers.

De stelling van eisers dat reeds in 2002 de beslissing tot ontbinding is genomen (na verkoop van de werkmaatschappij heeft de vereniging geen functie meer gehad) en dat daarom het ledenbestand uit 2002 bepalend moet zijn, volgt de rechtbank niet. Weliswaar heeft in 2002 een ingrijpende wijziging plaatsgevonden, maar alstoen is de situatie allerm minst bevroren. Niet alleen was er in de jaren daarna de garantie jegens Van Tol BV, maar ook werd er (gedurende enkele jaren) nog contributie betaald en werd (met de anderen, in het verband van de holding) tot 2008 een beleggingsportefeuille beheerd. Terugkijkend was de verkoop van de werkmaatschappij bepalend voor het lot van de vereniging, maar in 2002 was dat allerm minst zo duidelijk en in de jaren daarna had de geschiedenis van de vereniging een andere wending kunnen nemen.

Bij een vereniging die wat langer bestaat, die gaandeweg een steeds omvangrijker vermogen opbouwt en die een vlottend ledenbestand heeft, is onvermijdelijk een lastig te beantwoorden vraag aan wie dit vermogen aan het einde van de rit toekomt. Zolang de vereniging actief is moet er (enig) vermogen voorhanden zijn, als de vereniging wordt opgeheven dient het resterende vermogen te worden verdeeld. Uit de aard van de rechtsfiguur 'vereniging' vloeit voort dat de leden die toetreden er rekening mee moeten houden dat zij (hoezeer zij ten tijde van hun lidmaatschap ook hebben bijgedragen aan de vermogensvorming) wellicht niet zullen delen in het vermogen, namelijk als hun lidmaatschap tussentijds eindigt. Alleen als expliciet in de statuten een afwijkende regeling is neergelegd, mogen zij stellig anders verwachten. De rechtbank onderkent dat er in dit geval een zekere onbillijkheid schuilt in het voorbijgaan aan

eisers wat betreft het verdelen van het vermogen van de vereniging. Eisers hebben immers bijgedragen aan de vorming van dit vermogen en zouden zij niet 'toevallig' hun onderneming na 2002 hebben gestaakt (waarmee hun lidmaatschap gedwongen eindigde), dan zouden zij gelijkelijk hebben gedeeld in de uitbetalingen waartoe (de algemene vergadering van) gedaagde in 2009 en 2010 besloot. In de visie van de vereniging zou zich de situatie kunnen ontwikkelen dat er uiteindelijk nog maar één lid overblijft die 'het licht uitdoet' en het gehele resterende vermogen aan zichzelf uitkeert. De gang van zaken voelt ongemakkelijk aan. Anderzijds geldt evenzeer, dat één voor alle betrokkenen 'billijk' moment bezwaarlijk is aan te wijzen. Gelet op de omstandigheid dat alle leden tijdens hun lidmaatschap een bijdrage hebben geleverd aan opbouw van het vermogen van de vereniging, zou wellicht zelfs moeten worden teruggedaan naar de oprichtingsdatum: al degenen die op 25 april 1990 lid waren of nadien lid zijn geworden, zouden (gelijk? naar rato van de duur van hun lidmaatschap?) moeten delen in het vermogen. Een dergelijk resultaat is evenzeer ongerijmd. Volgens de rechtbank kan aldus niet worden geoordeeld dat de regel die eisers uitsluit van een uitkering, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is jegens hen. De rechtbank wijst de vordering van eisers af en compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt, aangezien elk van partijen als op enig punt in het ongelijk gesteld is te beschouwen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 06-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBGRO:2012:BX0578

Zaaknummer: 127430 / HA ZA 11-518

Wetsartikelen: 2:8 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Bacanova/Interactive Partners c.s

Uitspraak Ondernemingskamer d.d. 31 mei 2012; Bacanova B.V. / Interactive Partners B.B. e.a. Impasse tussen bestuurder, tevens aandeelhouders. Toewijzing enqueteverszoek en treffen onmiddellijke voorzieningen. Benoeming onafhankelijke derde tot het bestuur en schorsing een van beide bestuurders. Daarnaast tevens overdracht van elk een aandeel ten titel van beheer aan onafhankelijke derde voor de besluitvorming binnen de AVA

Van Bossum is enig aandeelhouder en enig bestuurder van Bacanova. Pijnenburg is enig aandeelhouder en enig bestuurder van Manderin.

Interactive Partners is op 22 maart 2006 opgericht door Bacanova en Manderin. Zij houden elk 50% van de aandelen in het geplaatste kapitaal. Bacanova en Manderin vormen ook samen het bestuur van Interactive Partners en zijn als zodanig zelfstandig bevoegd Interactive Partners te vertegenwoordigen.

Vendoo is opgericht door Bacanova en Manderin. Zij houden elk 50% van de aandelen in het geplaatste kapitaal. Bacanova en Manderin vormen samen het bestuur van Vendoo en zijn als bestuurder zelfstandig bevoegd Vendoo te vertegenwoordigen.

In de loop van 2010 is de verhouding tussen Van Bossum en Pijnenburg verslechterd en vanaf begin 2011 hebben zij geconstateerd dat zij niet langer kunnen samenwerken en uiteen dienen te gaan. Sindsdien is Pijnenburg nog slechts zeer beperkt aanwezig op het kantoor van Interactive Partners. Bacanova heeft de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Interactive Partners c.s. (hierna: Interactive Partners). Daarbij heeft zij tevens verzocht Manderin te ontslaan dan wel te schorsen als bestuurder van Interactive Partners, het stemrecht van Manderin op de door haar gehouden aandelen in Interactive te schorsen en de door Manderin gehouden aandelen in Interactive Partners ten titel van beheer over te dragen aan een onafhankelijke derde.

De OK overweegt dat Bacanova aan haar verzoek ten grondslag heeft gelegd dat er sprake is van een ernstig conflict tussen de bestuurders en aandeelhouders en dat verdere samenwerking tussen hen onmogelijk is, hetgeen het belang van Interactive Partners c.s. schaadt. Manderin is niet in staat haar bestuursstaak op deugdelijke wijze uit te oefenen, aldus Bacanova. Ter terechtzitting hebben partijen desgevraagd bevestigd dat, hoewel zij van mening verschillen over het antwoord op de vraag aan wie het een en ander te wijten is, de verhoudingen tussen hen tot een patstelling in het bestuur en in de algemene vergadering van aandeelhouders hebben geleid en dat op die grond moet worden getwijfeld aan een juist beleid van Interactive Partners en Vendoo. Naar het oordeel van de OK blijkt uit de gedingstukken en het ter terechtzitting verhandelde genoegzaam dat die conclusie gegrond is. Zij acht op grond daarvan het enquêteverzoek toewijsbaar. De vraag naar de achtergronden van de verstoorde verhoudingen en aan wie (met name) een en ander te wijten is, kan voor zover nodig in het onderzoek aan de orde komen. Voorts is de OK van oordeel dat de verhouding tussen Bacanova en Van Bossum enerzijds en Manderin en Pijnenburg anderzijds dusdanig is verstoord dat de organen van Interactive Partners en Vendoo niet meer naar behoren kunnen functioneren. In verband met de toestand van deze vennootschappen is het treffen van onmiddellijke voorzieningen daarom noodzakelijk. Ten aanzien van de te treffen onmiddellijke voorzieningen heeft Bacanova betoogd dat Bacanova als bestuurder van Interactive Partners c.s. niet gemist kan worden nu zij in de persoon van Van Bossum verantwoordelijk is voor de dagelijkse gang van zaken en de contacten met klanten en Van Bossum het vertrouwen van de werknemers geniet, in tegenstelling tot Pijnenburg, en Pijnenburg sinds oktober 2011 arbeidsongeschikt is. Manderin heeft betoogd dat de door Bacanova verzochte onmiddellijke voorzieningen vooral ten doel hebben om Manderin volledig buiten spel te zetten en Bacanova en Van Bossum binnen Interactive Partners en Vendoo vrij spel te geven, hetgeen de continuïteit van de ondernemingen in gevaar zou brengen. Indien de OK de verzochte onmiddellijke voorzieningen zou toewijzen dan verzoekt Manderin de OK om een tijdelijke bestuurder te benoemen die de belangen van Manderin zal behartigen, althans voorzieningen te treffen die “de balans tussen partijen” handhaven. Omdat uit de processtukken en het verhandelde ter terechtzitting genoegzaam is gebleken dat Bacanova al geruime tijd de dagelijkse leiding van de vennootschappen in handen heeft, acht de OK het ten behoeve van de toestand van de vennootschappen nodig om de patstelling te doorbreken door Manderin bij wijze van onmiddellijke voorziening te schorsen als bestuurder van Interactive Partners en Vendoo. De OK neemt daarbij in aanmerking dat Pijnenburg ter terechtzitting heeft verklaard op dit moment 100% arbeidsongeschikt te zijn en dat uit de verklaringen van werknemers die Bacanova in het geding heeft gebracht kan worden opgemaakt dat een vruchtbare samenwerking tussen de werknemers van Interactive Partners en Pijnenburg op dit moment niet te verwachten is. De OK zal voorts ter waarborging van de

belangen van de vennootschappen en van Manderin een onafhankelijke derde tot bestuurder van Interactive Partners en Vendoo benoemen zoals hierna te vermelden. Tevens zal de OK de overdracht ten titel van beheer bevelen van telkens één aandeel van Manderin en Bacanova in Interactive Partners en in Vendoo aan deze bestuurder zodat, indien nodig, ook besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders kan plaatsvinden. De te benoemen bestuurder mag het tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 31-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0362

Zaaknummer: 200.103.179/01

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

OR/GDF SUEZ

Geschil tussen ondernemingsraad en onderneming of doorgevoerde wijziging inhoudt één in de beloning zelf of één in het systeem van beloning, in welk geval het besluit ter instemming aan de ondernemingsraad had moeten worden voorgelegd. Na omstandige afweging wordt de conclusie bereikt dat het gaat om een systeemwijziging zodat de ondernemingsraad had moeten instemmen. Nu onderneming de wijziging heeft doorgevoerd zonder instemming, is het besluit nietig en wordt zij verplicht al verrichte uitvoeringshandelingen terug te draaien en zich verder te onthouden van dergelijke handelingen

Met ingang van 2010 heeft GDF SUEZ de berekening van het variabele loon van functiecontracthouders op de EBITDA gebaseerd in plaats van op de EBIT. De OR stelt dat GDF SUEZ aan haar instemming had behoren te vragen.

De kantonrechter overweegt als volgt. De grens tussen een wijziging van het beloningssysteem (wel instemmingsrecht van de OR) en een wijziging van de loonhoogte (geen instemmingsrecht van de OR) is vaak niet scherp te trekken, omdat een wijziging van het systeem vaak zal leiden tot een wijziging van de hoogte van het loon. Doel en strekking van een besluit tot wijziging kunnen in verband met deze onscherpte van belang zijn (vergelijk HR 26 juni 1987, NJ 1988, 93). Een wijziging van de rangorde van de beloningen wijst op een wijziging van het beloningssysteem, maar is geen noodzakelijke voorwaarde om tot toepassing van artikel 27 WOR te kunnen besluiten en het instemmingsrecht te mogen uitoefenen. Een beloningssysteem bestaat uit een samenstel van factoren die leiden tot een onderlinge rangorde van de beloningen, maar zij kan niet met die rangorde worden gelijkgesteld. Het systeem heeft wel 'betrekking op' de onderlinge rangorde maar is daaraan niet gelijk. Een wijziging die de onderlinge rangorde ongemoeid laat en niet primair gericht is op de hoogte van de beloning, kan daarom een wijziging van een beloningssysteem zijn. Een beloningssysteem kan ook betrekking hebben op de diverse componenten waaruit de

beloning bestaat, zoals de verhouding tussen een vast loonbestanddeel en een variabel loonbestanddeel. Ook daaruit volgt dat het criterium of de onderlinge rangorde is gewijzigd, niet doorslaggevend is.

Toepassing van vorenstaande, algemene uitgangspunten op de onderhavige casus leidt tot het volgende. De wijziging naar toepassing van de EBITDA heeft geen invloed op de onderlinge rangorde van de beloningen van de functiecontracthouders. De wijziging heeft immers, gegeven de systematiek van de bepaling van het variabele loonbestanddeel, op alle loonschalen relatief gezien dezelfde invloed. De enkele omstandigheid dat de onderlinge rangorde van de beloningen van de functiecontracthouders niet wijzigt leidt er echter niet toe, dat van een systeemwijziging geen sprake kan zijn.

Uit de stellingen van GDF SUEZ volgt, dat doel en strekking van de onderhavige wijziging niet is de arbeidsprestatie van de werknemers of het niveau van hun beloning te beïnvloeden, maar het benutten van een meer betrouwbaar geachte maatstaf om het resultaat van de onderneming te bepalen. Eén van de drie factoren voor het bepalen van het variabel loonbestanddeel wijzigt door de toepassing van de EBITDA. Dat wijst erop dat het een systeemwijziging betreft die wel de uitkomst van de gevolgde berekeningsmethodiek kan beïnvloeden, maar daarmee toch ook in een zo ver verwijderd verband staat, dat niet de wijziging van een primaire arbeidsvoorwaarde (loonhoogte) in geding is.

De slotsom is dat GDF SUEZ de OR om instemming had behoren te vragen. Nu dat is nagelaten, is het besluit van GDF SUEZ op grond van artikel 27 lid 5 WOR nietig. Op grond van lid 6 van artikel 27 WOR is ook het verzochte gebod toewijsbaar en wordt GDF SUEZ verplicht zich te onthouden van handelingen die strekken tot uitvoering of toepassing van het nietige besluit, alsmede alle reeds verrichte uitvoeringshandelingen terug te draaien binnen twee weken nadat deze beschikking in kracht van gewijsde is gegaan.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Ecofinance Nederland/ING België

Uitspraak Ondernemingskamer d.d. 26 juni 2012; Ecofinance Nederland B.V./ ING België N.V. c.s. Uitkoopregeling. Ondernemingskamer gelast deskundigenonderzoek naar de waarde van de over te dragen aandelen

Ecofinance heeft tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders een vordering tot overdracht van hun aandelen ingesteld op grond van artikel 2:92a BW.

De OK overweegt dat de vordering van Ecofinance in beginsel kan worden toegewezen en nog slechts resteert de vaststelling van de door Ecofinance te betalen prijs voor de over te dragen aandelen. Als uitgangspunt geldt dat de prijs die moet worden betaald voor de over te dragen aandelen zoveel mogelijk dient overeen te komen met de waarde van die aandelen ten tijde van de overdracht of op een tijdstip dat zo dicht mogelijk daarbij gelegen is, tenzij een hogere prijs wordt gevorderd. Ecofinance heeft haar vordering gebaseerd op de uitkomsten van een rapport van PWC alsmede een rapport inzake de geactualiseerde berekening van PWC. Deze rapporten bieden onvoldoende basis om met het oog op de bepaling van de prijs de waarde van de over te dragen aandelen vast te stellen op een zo recent mogelijke datum. Dit betekent dat de OK zich onvoldoende voorgelicht acht om de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen. Zij zal daarom een deskundigenonderzoek gelasten. Naar het oordeel van de OK kan met de benoeming van één deskundige worden volstaan. In verband met de aard van het onderzoek staat het de te benoemen deskundige vrij om zo nodig de deskundigheid van (een) ander(en) in te roepen. De te benoemen deskundige dient de waarde van de over te dragen aandelen per een zo recent mogelijke, voor de hand liggende datum te bepalen met inachtneming van alle feiten en omstandigheden die deze waarde bepalen. De OK bepaalt dat Ecofinance ten genoegen van de deskundige vóór de aanvang van diens werkzaamheden voor de betaling van dat bedrag zekerheid dient te stellen.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

OR/Politieregio Twente

Uitspraak Ondernemingskamer d.d. 28 juni 2012; de Ondernemingsraad van de Politieregio Twente / de Politieregio Twente

De ondernemingsraad van de Politieregio Twente heeft een negatief advies uitgebracht inzake een voorgenomen besluit van de Politieregio Twente. Het Politiekorps heeft het bestreden besluit genomen, welk besluit dezelfde dag in werking is getreden. De ondernemingsraad heeft de OK (onder meer) verzocht te verklaren dat de Politieregio Twente bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. De Politieregio Twente verzoekt de OK de ondernemingsraad niet ontvankelijk te verklaren in zijn verzoeken dan wel de verzoeken af te wijzen. De zaak is enige tijd aangehouden. De ondernemingsraad heeft per brief zijn verzoek verminderd en de OK verzocht uitspraak te doen over een gedeelte van het geschil, te weten 'de aanstelling van de directeur bedrijfsvoering'. De Politieregio Twente laat per brief weten dat 'het toch niet de persoon van de desbetreffende functionaris kan zijn die tot inzet van het geschil wordt'.

De OK: Als meest verstrekkend verweer heeft de Politieregio Twente aangevoerd dat de ondernemingsraad niet ontvankelijk is in zijn verzoek omdat het beroep tegen het bestreden besluit niet binnen een maand is ingesteld, zoals artikel 26 lid 2 van de WOR voorschrijft. De OK verwerpt dit verweer. De beroepstermijn liep tot en met 15 oktober 2011. Die dag viel op een zaterdag. Op grond van artikel 1 van de Algemene Termijnenwet is de termijn verlengd tot de eerstvolgende dag na het weekend, zijnde maandag 17 oktober 2011. Op die dag is het verzoekschrift ter griffie van de OK binnengekomen. Het beroepschrift is derhalve tijdig ingediend. De OK ziet aanleiding om, gelet op de inhoud van de hierboven genoemde brieven, een comparitie van partijen te gelasten met name voor het verstrekken van nadere inlichtingen over de inhoud van het thans nog resterende geschil. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 28-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0317

Zaaknummer: 200.095.623/01

Wetsartikelen: art. 26 lid 2 WOR en art 1 Algemene Termijnenwet

RECHTSPRAAK

Vereniging Martijn

Verbodenverklaring Vereniging Martijn. De rechtbank overweegt dat de werkzaamheid van de Vereniging Martijn in strijd is met de openbare orde. Ingevolge art. 2:20 BW verklaart de rechtbank haar verboden, ontbindt haar en benoemt een vereffenaar

Het Openbaar Ministerie verzoekt de rechtbank de Vereniging Martijn verboden te verklaren en te ontbinden op grond van art. 2:20 BW en om een vereffenaar te benoemen. Het Openbaar Ministerie stelt dat de Vereniging Martijn kinderen bedreigt in hun lichamelijke, emotionele en seksuele integriteit en de rechten en vrijheden van deze kwetsbare groep aantast en dat dit op een zodanige wijze plaatsvindt dat er strijd is met de openbare orde in de zin van art. 2:20 BW.

De rechtbank oordeelt dat de werkzaamheid van de Vereniging Martijn, gezien vanuit de onderlinge samenhang en het onderlinge verband van het op de webpagina's van haar website aangeboden materiaal en haar opvattingen zoals haar bestuursleden die openbaar maken, er blijk van geeft dat de Vereniging Martijn voor haar leden nastreeft om seksueel contact te kunnen hebben met kinderen en de Vereniging Martijn daartoe dat seksuele contact verheerlijkt en voorstelt als iets wat normaal en acceptabel is of zou moeten zijn. Het is dat streven dat een ernstige inbreuk vormt op de geldende fundamentele waarden binnen onze samenleving en daarom indruist tegen onze rechtsorde. De Vereniging Martijn creëert of draagt daarmee bij aan het bestaan van een subcultuur waarbinnen seksuele handelingen tussen volwassenen en kinderen als normaal en acceptabel gelden. Daarmee tast de Vereniging Martijn de rechten van kinderen aan. De bescherming van de seksuele integriteit van kinderen vormt onmiskenbaar één van de meest wezenlijke beginselen van onze rechtsorde. De Nederlandse rechtsstaat behoort bovendien vanuit internationaal rechtelijk perspectief voor die inbreuk geen ruimte te bieden.

De rechtbank stelt voorop dat het uitdragen van in de ogen van velen ongewenste opvattingen op zichzelf genomen geen grond geeft om tot een verbodenverklaring en ontbinding te komen van de Vereniging Martijn. Het recht van vereniging en het recht van vrije meningsuiting komt

toe aan een ieder en daarom ook aan diegenen die seksuele gevoelens voor kinderen hebben. Dit doet er echter niet aan af dat de werkzaamheid van de Vereniging Martijn inbreuk maakt op de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel en deze werkzaamheid daarom in strijd is met de openbare orde. De rechtbank zal op die grond de Vereniging Martijn verboden verklaren en haar ontbinden. De ontbinding brengt met zich dat het vermogen van de Vereniging Martijn moet worden vereffend. In de verbodenverklaring en de ontbinding ziet de rechtbank aanleiding om een vereffenaar te benoemen, zodat bestuursleden-vereffenaars van rechtswege defungeren.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 27-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBASS:2012:BW9477

Zaaknummer: 90511 / HA RK 11-230

Wetsartikelen: 2:20 BW

RECHTSPRAAK

Rabobank/TwentyNine BV

Borgstelling door echtgenote rechtsgeldig vernietigd op grond van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c jo. artikel 1:89 BW. De uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW gaat niet op

X is bestuurder en enig aandeelhouder van TwentyNine B.V. ("TwentyNine"), welke vennootschap vijftig procent van de aandelen in 3 Kozijnen hield. De overige vijftig procent van de aandelen in 3 Kozijnen was tot dat moment in handen van M, via diens vennootschap A BV. TwentyNine was enig bestuurder van 3 Kozijnen.

Op 26 november 2009, 11 februari 2010 en 18 mei 2010, heeft 3 Kozijnen met Rabobank een overeenkomst gesloten voor een kredietfaciliteit. X heeft elke keer na de kredietfaciliteitsovereenkomst borgaktes ondertekend, waarmee hij zich tot een bepaald bedrag borg heeft gesteld voor al hetgeen Rabobank uit welke hoofde dan ook van 3 Kozijnen te vorderen heeft.

De toenmalige echtgenote van X heeft de laatste twee borgaktes niet meegetekend. Zij vernietigt de borgakte wegens het ontbreken van de toestemming als bedoeld in artikel 1:88 BW.

Rabobank betwist dat voor het aangaan van de borgstelling door X toestemming van zijn toenmalige echtgenote was vereist, omdat het krediet waarvoor de zekerheid is verstrekt, zou zijn aangegaan ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van 3 Kozijnen.

De Rechtbank oordeelt dat op grond van het bepaalde in artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot behoeft voor overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt. Een rechtshandeling die een echtgenoot in strijd met dit heeft verricht, is door de andere echtgenoot vernietigbaar. De uitzondering hierop ziet op rechtshandelingen die voor het door de betrokkene uitgeoefende beroep op bedrijf kenmerkend zijn in die zin dat zij in de normale uitoefening daarvan plegen te worden verricht (restrictieve uitleg). Onvoldoende is dat het belang van het bedrijf is gediend met de

gestelde zekerheid. De door X verschaft borgstelling valt niet onder het restrictief uit te leggen begrip “in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf”.

In artikel 1:88 lid 5 BW is echter een uitzondering op de hoofdregel opgenomen. De vereisten van artikel 1:88 lid 5 BW, dienen te worden uitgelegd dat toestemming van de echtgenoot niet vereist is in gevallen waarin, vergelijkbaar met de situatie van een eenmanszaak of vennootschap onder firma, de bestuurder zo nauw verbonden is met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden, doordat hij zeggenschap uitoefent en financieel belang heeft bij de bedrijfsresultaten van de vennootschap ten behoeve waarvan hij zich als hoofdelijk medeschuldenaar verbindt (vgl. HR 8 oktober 2010, NJ 2011/30). Het gaat in de gevallen waarop lid 5 ziet om een vennootschap die formeel een ander is, maar die in werkelijkheid een bedrijfsactiviteit van de hoofdelijk verbonden ondernemer zelf is.

De uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW gaat niet op, omdat X niet de meerderheid van de aandelen in 3 Kozijnen hield, en niet gezegd kan worden dat hij de zeggenschap over de vennootschap uitoefende in de zin dat de vennootschap slechts formeel een ander is. Als enig bestuurder met de helft van de aandelen was hij afhankelijk van de andere aandeelhouder, zoals blijkt uit de stukken (aan het aangaan van het krediet lag een aandeelhoudersbesluit ten grondslag). De borgakte was derhalve op grond van de hoofdregel van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c jo. artikel 1:89 BW vernietigbaar en is rechtsgeldig vernietigd door de echtgenote van X. De vordering van Rabobank zal daarom worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 27-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBHAA:2012:BW9883

Zaaknummer: 188465 / HA ZA 12-16

Wetsartikelen: 1:88 BW en 1:89 BW

RECHTSPRAAK

Afwikkeling familiemaatschap

***Fiscale consequenties van afspraak afwikkeling van een maatschap.
Het enkele feit dat eiser zich die consequenties niet goed heeft
gerealiseerd rechtvaardigt - als het al waar is - niet dat zij een
vordering heeft op de voormalige maten***

Partijen zijn alle geboren uit het huwelijk X. De vader had een agrarisch bedrijf dat hij enige tijd voor zijn overlijden heeft ingebracht in een maatschap, waaraan hij samen met de moeder en de kinderen deelnam.

Na het overlijden van de vader trad dochter Y uit de maatschap, om welke reden partijen bij notariële akte ten aanzien van de erfdelen een regeling hebben getroffen. De akte bevat kort gezegd een bepaling inhoudende dat indien de overgebleven maten het door hen verkregen melkquotum zouden vervreemden, zij verplicht zijn om aan Y een bedrag te voldoen. Het melkquotum wordt verkocht. Y heeft recht op een bepaald bedrag. In de akte is geen passage opgenomen over inhouding van te verrekenen belasting.

De overige kinderen verzochten Y een keuze te maken uit twee opties ter fiscale afwikkeling. Op advies van haar accountant heeft Y gekozen voor de fiscale optie waarbij een bedrag in mindering is gebracht, uitgaande van een belastingclaim. Een netto bedrag werd uitgekeerd aan Y. Y vordert betaling van de overige kinderen van het in mindering gebrachte bedrag in verband met het betalen van belastingen.

De rechtbank wijst de vordering van Y toe, kort gezegd omdat de betalingsafspraken tussen partijen volgens haar zo dient te worden uitgelegd dat Y redelijkerwijs niet anders kon en mocht begrijpen dan dat de maatschap de belasting op haar aandeel zou inhouden en vervolgens zou afdragen aan de belastingdienst en dat, nu (nog) niet aan die voorwaarde is voldaan, Y zich aan haar instemming met die belastinginhouding niet langer gebonden hoeft te achten.

Het hof overweegt echter dat de rechtbank in de stellingen van Y ingelezen heeft dat de betalingsafspraken aldus moeten worden uitgelegd dat de belasting direct zou worden

afgedragen, zodat de fiscale afwikkeling 'finaal geregeld' zou zijn en, nu dat niet was gebeurd, de voorwaarde waaronder Y haar instemming met de belastinginhouding heeft verleend niet werd vervuld, zodat het ingehouden bedrag alsnog aan Y diende te worden uitgekeerd. De overige kinderen bestrijden de zienswijze van de rechtbank met betrekking tot de betalingsafpraak. Het hof is van oordeel dat de zienswijze ook niet voor de hand ligt, terwijl Y ongeacht de grief jegens die zienswijze geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die de zienswijze staven, zodat deze niet wordt gevolgd.

Het hof overweegt dat Y zelf aanvoert dat zij heeft gekozen voor de uitbetaling van een netto bedrag. Gelet op die afspraak valt niet in te zien op basis waarvan Y nog betaling kan vorderen van het genoemde bedrag. Een dergelijke vordering komt haar op grond van de gemaakte afspraken niet toe enkel en alleen omdat zij over de fiscale modaliteiten onvoldoende geïnformeerd zou zijn geweest en achteraf liever voor een lijfrente zou hebben gekozen, of omdat zij het risico zou lopen te zijner tijd nog met de fiscus te moeten afrekenen. Dat risico is - als het al reëel is - met de gemaakte keuze gegeven. Het hof vernietigt het vonnis waarvan beroep.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHARN:2012:BW9723

Zaaknummer: 200.089.830/01

RECHTSPRAAK

Wolder Beheer/voormalig bestuurder

Toekenning ontslagvergoeding is als sequel van of accessoir aan de bevoegdheid tot ontslag van een bestuurder voorbehouden aan de AVA. Besluit tot toekenning van de ontslagvergoeding door de bestuurder is nietig ex art. 2:14 BW. Tegenstrijdig belang is weggeschreven in de statuten. Het niet in acht nemen van de informatieplicht ex art. 2:256 (tweede zin) BW tast de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de BV door de bestuurder niet aan, maar maakt het besluit slechts vernietigbaar ex art. 2:15 BW

Wolder Beheer BV is in 1977 opgericht door vader en moeder. Na hun overlijden zijn alle aandelen in handen gekomen van hun vijf kinderen, en wel ieder voor een gelijk deel (20%). Kind 1 is bestuurder geweest van Wolder Beheer. Daarnaast houdt hij 30% van de aandelen in Samba Oil BV. Tevens is hij enig aandeelhouder van Asgard BV, waarvan zijn echtgenote (enig) bestuurder is. Kind 1 is ook bestuurder en (enig) aandeelhouder van Trifonius BV, welke vennootschap op haar beurt weer bestuurder is van De Zonneberg BV. Bij vaststellingsovereenkomst zijn Wolder Beheer (vertegenwoordigd door haar bestuurder kind 1) en kind 1 overeengekomen dat de dienstbetrekking van kind 1 wordt beëindigd per 11 oktober 2008. Daarbij heeft Wolder Beheer een vergoeding van € 9.000,00 netto aan hem toegekend "ter compensatie van geleden en te lijden materiële en immateriële schade." In de jaren daarvoor hebben een aantal transacties plaatsgevonden tussen Wolder Beheer (vertegenwoordigd door kind 1) en Samba Oil, Asgard en De Zonneberg. Wolder Beheer vecht na het vertrek van kind 1 de voornoemde besluiten aan. Wolder Beheer heeft zijn vordering jegens kind 1 als voormalig bestuurder gebaseerd op art. 2:9 BW en 6:162 BW.

Ten eerste heeft Wolder Beheer gesteld dat de AVA nooit heeft ingestemd met, en bezwaar heeft gemaakt tegen, de toekenning door Wolder Beheer (vertegenwoordigd door haar bestuurder kind 1) van een vergoeding aan kind 1.

Ten tweede heeft Wolder Beheer gesteld dat de wasstraat, die kind 1 nog geen twee weken

voordat hij aftrad als bestuurder van Wolder Beheer had overgenomen van Asgard zowel technisch als fiscaal was afgeschreven. Het belangrijkste bestanddeel, de 'roll-over autowasmachine', was "volstrekt waardeloos".

Ten derde heeft Wolder Beheer gesteld dat De Zonneberg – die zoals gezegd wordt bestuurd door Trifonius, welke op haar beurt wordt bestuurd door enig aandeelhouder kind 1 – een bedrag ten onrechte bij Wolder Beheer heeft gedeclareerd.

Volgens Wolder Beheer was sprake van een tegenstrijdig belang zoals bedoeld in art. 2:256 BW. Hoewel het tegenstrijdig belang in de statuten is weggeschreven, is de bestuurder ex art. 2:256 BW verplicht de AVA zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat de AVA haar aanwijsbevoegdheid krachtens dit artikel (laatste zin) kan uitoefenen. Kind 1 heeft zich echter nooit van die informatieplicht gekweten, zodat de rechtshandelingen die zijn verricht op grond van het tegenstrijdig belang nietig zijn.

De rechtbank: Ten aanzien van het eerste onderdeel van de vordering van Wolder Beheer stelt de rechtbank voorop dat uit art. 2:244 BW respectievelijk art. 16 lid 3 van de statuten volgt dat de AVA in de onderhavige zaak het bevoegde orgaan is om de bestuurder te ontslaan. Dit impliceert dat ook het vaststellen van een aan de beëindiging van een arbeidsovereenkomst gekoppelde vergoeding (in welke vorm ook) tot de, in dit geval exclusieve, bevoegdheid van de AVA behoort. Een dergelijke vergoeding dient immers te worden aangemerkt als accessoir aan of als sequeel van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, buiten welke deze geen bestaansrecht heeft. Dat in dit geval geen sprake is van ontslag van de bestuurder, maar de dienstbetrekking bij overeenkomst is geëindigd, maakt dat niet anders, nu een statutair directeur anders de dwingendrechtelijke regels van Boek 2 van het BW (zie art. 2:25 BW) eenvoudig zou kunnen omzeilen. Hieruit volgt dat kind 1 als bestuurder van Wolder Beheer niet bevoegd was de vergoeding aan zich zelf als werknemer van Wolder Beheer toe te kennen. In het licht van het een en ander is het betreffende besluit genomen in strijd met de wettelijke of statutaire bepalingen die de bevoegdheid van de verschillende organen van de BV regelen, zodat de gewraakte rechtshandeling c.q. het besluit tot toekenning van de vergoeding van € 9.000,00 netto aan kind ex art. 2:14 BW nietig is.

Ten aanzien van het tweede deel van de vordering stelt de rechtbank voorop dat een eventueel (in dit geval indirect) tegenstrijdig belang van kind 1 in artikel 17 lid 2 van de statuten van Wolder Beheer is weggeschreven. Met deze bepaling wordt in afwijking van art. 2:256 (eerste zin) BW – een voorschrift van regelend recht – niet afgedaan aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van kind 1, nu niet is gesteld of anderszins is gebleken dat de AVA gebruik heeft gemaakt van haar – dwingendrechtelijke – bevoegdheid een of meer personen aan te wijzen om Wolder Beheer bij de gestelde rechtshandelingen te

vertegenwoordigen. Hoewel aan Wolder Beheer moet worden toegegeven dat op het bestuur van een vennootschap in het algemeen de verplichting rust de AVA zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dat de AVA in de gelegenheid wordt gesteld haar bevoegdheid ex art. 2:256 (tweede zin) BW uit te oefenen, impliceert dit niet dat bij verzuim van die verplichting sprake is van vertegenwoordigingsonbevoegdheid, op grond waarvan de desbetreffende rechtshandeling nietig is. Wel is het in dat geval mogelijk een beroep te doen op de vernietigbaarheid van het desbetreffende bestuursbesluit. Gesteld noch gebleken is dat dit beroep is gedaan binnen een jaar na het einde van de dag, waarop hetzij aan de betreffende besluiten voldoende bekendheid is gegeven, hetzij de belanghebbenden hiervan kennis hebben genomen of daarvan zijn verwittigd, zodat ingevolge (het ambtshalve toe te passen) art. 2:15, lid 5 BW die bevoegdheid is vervallen. Dat de betreffende besluiten van Wolder Beheer (vertegenwoordigd door haar bestuurder kind 1) gelet op het voorgaande onaantastbaar zijn geworden, impliceert echter niet dat Wolder Beheer thans geen actie uit art. 2:9 BW meer kan instellen om de besluiten via die weg, althans in hun gevolgen, aan te tasten. Aansprakelijkheid in de zin van dit artikel is (pas) aan de orde bij een onmiskenbare, duidelijke tekortkoming van de bestuurder in de vervulling van de hem opgedragen taak. Er moet met andere woorden sprake zijn van een ernstig verwijt aan de bestuurder. Bij de beoordeling of de bestuurder een ernstig verwijt treft, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken. Dit impliceert dat alsnog de (hiervóór) nog niet beantwoorde vragen of sprake is geweest van een (indirect) tegenstrijdig belang en, zo ja, kind 1 de AVA tijdig en naar behoren hierover heeft geïnformeerd, moeten worden beantwoord. Daarbij dient tevens in aanmerking te worden genomen de vraag of de vennootschap bij een zodanig tegenstrijdig belang is benadeeld. Gelet hierop dient de in dit verband door Wolder Beheer gestelde schade van € 18.000,00 exclusief BTW, zijnde de overnamesom van de wasstraat die Wolder Beheer aan Asgard heeft betaald bij de beëindiging van de huurovereenkomst, nader onder de loep te worden genomen. Ter beantwoording van de vraag welke marktwaarde de wasstraat had is de rechtbank voornemens een deskundige te benoemen. In afwachting hiervan zal iedere verdere beslissing ten aanzien van het tweede deel van de vordering worden aangehouden.

Ten aanzien van het derde deel van de vordering, zijnde € 9.145,00 exclusief BTW, heeft kind 1 erkend dat De Zonneberg de door Wolder Beheer gestelde kosten bij haar heeft gedeclareerd. Die declaraties (over de boekjaren 2002 tot en met 2008) kunnen worden onderscheiden in declaraties van kosten ter zake onderhoudswerkzaamheden en overige werkzaamheden.

Ten aanzien van de eerste categorie werkzaamheden heeft Wolder Beheer de vraag opgeworpen hoe het kan dat een belastingadviesbureau als De Zonneberg onderhoudskosten bij Wolder Beheer in rekening heeft gebracht. Op deze vraag heeft kind 1 geen behoorlijk antwoord gegeven, zodat alleen al hierom voldoende aannemelijk is dat De Zonneberg de

onderhoudskosten ten onrechte heeft gedeclareerd.

Ten aanzien van de tweede categorie werkzaamheden onderschrijft de rechtbank de stelling van Wolder Beheer dat dit werkzaamheden zijn die tot de taak en bevoegdheid horen van het bestuur. Het bestuur van de vennootschap heeft niet alleen de leiding bij de dagelijkse gang van zaken, het moet ook plannen maken voor de toekomst, strategie bepalen en beleid uitstippelen waarbij, over het algemeen, niet alleen de uitvoering maar ook de daaraan voorafgaande besluitvorming in zijn handen liggen. In dit licht kan van geen van de werkzaamheden die op de betreffende declaraties zijn vermeld worden gezegd dat zij buiten het taakgebied van het bestuur van Wolder Beheer in de persoon van haar bestuurder kind 1 vielen. Nu de bestuurder voor die werkzaamheden loon ontving, staat vast dat De Zonneberg (ook) deze kosten ten onrechte bij Wolder Beheer heeft gedeclareerd. Toen kind 1 namens Wolder Beheer zaken deed met De Zonneberg, onder andere door de kennelijk uit hoofde van opdracht verstrekke declaraties aan de Zonneberg te voldoen, was hij bestuurder en enig aandeelhouder van Trifonius, welke vennootschap bestuurder is van De Zonneberg. Reeds deze omstandigheid maakt dat sprake was van zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of kind 1 zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van Wolder Beheer met de daaraan verbonden tankstation met wasstraat, zodat sprake is geweest van een (indirect) tegenstrijdig belang. Dit spreekt temeer, nu De Zonneberg zoals reeds overwogen de hiervoor bedoelde kosten ten onrechte bij Wolder Beheer heeft gedeclareerd, ten gevolge waarvan Wolder Beheer is benadeeld en De Zonneberg – en daarmee kind 1 zelf – voordeel heeft genoten. Dat het tegenstrijdig belang in de statuten van Wolder Beheer is weggeschreven, heeft weliswaar tot gevolg dat de betreffende rechtshandelingen van kind 1 namens Wolder Beheer niet nietig zijn maar brengt niet mee dat Wolder Beheer daarmee het instrument van art. 2:9 BW uit handen geslagen wordt. Immers, niet gebleken is dat kind 1 als bestuurder van Wolder Beheer voorafgaande aan het aangaan van de overeenkomsten met De Zonneberg de AVA van Wolder Beheer hieromtrent heeft geïnformeerd dan wel dat anderszins overleg hierover heeft plaatsgevonden. Onder deze omstandigheden had dit wel op de weg van kind 1 als bestuurder van Wolder Beheer gelegen. Door dit na te laten heeft hij gehandeld in strijd met de in het algemeen op de bestuurder rustende plicht om de AVA zo tijdig te informeren, dat deze gebruik kan maken van haar dwingendrechtelijke bevoegdheid een of meer personen aan te wijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen bij een tegenstrijdig belang. Het ten gevolge hiervan voor Wolder Beheer ontstane nadeel en, als spiegelbeeld, het voordeel voor De Zonneberg en kind 1 zelf, maken dat deze tekortkoming zo onmiskenbaar is, dat hierover bij geen redelijk oordelend en verstandig ondernemer twijfel kan bestaan. In dit licht dient kind 1 ter zake hiervan een ernstig verwijt te worden gemaakt. Voor de schade die Wolder Beheer door deze tekortkoming van kind 1 heeft geleden is hij dan ook aansprakelijk, zodat hij € 9.145,00 exclusief BTW aan schadevergoeding

aan Wolder Beheer dient te betalen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 20-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBMAA:2012:BW9953

Zaaknummer: 154835 / HA-ZA 10-1127

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:14 BW, 2:15 BW, 2:256 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

TRE II

Bestuurdersaansprakelijkheid. Het handelen van de (indirect) bestuurder is zodanig onzorgvuldig dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bestuurder is aansprakelijk voor de schade van geïntimeerden

X en Y hebben een geldlening verstrekt aan TRE II tot realisatie van een onroerend goed project in Turkije. A is (indirect) feitelijk bestuurder. De TRE vennootschap(pen) kunnen niet meer voortgaan met het terugbetalen van de lening(en). X en Y vorderen terugbetaling van de lening.

Het hof overweegt dat niet in geschil is dat op TRE II de verplichting rust het bedrag van € 50.000,- te vermeerderen met rente en te verminderen met € 13.200,- aan X en Y te betalen en dat TRE II hiertoe niet in staat is en ter zake geen verhaal biedt. A is als (indirect) bestuurder aansprakelijk voor de schade van X en Y, indien A wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde althans toegelaten transacties tot gevolg zouden hebben dat TRE II haar verplichtingen jegens X en Y niet zou kunnen nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. In dat geval is zijn handelen als (indirect) bestuurder zodanig onzorgvuldig dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

A stelt in de memorie van grieven dat de Amerikaanse hypothekencrisis uitbrak, die daarna zou omslaan in de wereldwijde kredietcrisis. In de verwachting, dat alles zich nog ten goede zou keren, heeft TRE Turkije II gelden, die zij op dat moment nog niet kon aanwenden voor de realisering van het project voor een deel geleend aan andere Turkse TRE vennootschappen, niet in de laatste plaats, omdat die gelden dan rendement zouden opleveren. Op dat moment ging TRE er nog van uit dat de winsten nog steeds realiseerbaar waren en bovendien geloofde TRE natuurlijk zelf ook in haar producten, zodat zij er geen enkel bezwaar in zag om tijdelijk gelden aan andere TRE vennootschappen ter beschikking te stellen. Echter de kredietcrisis zette door, als gevolg waarvan de verkoop stagneerde, aldus nog steeds A.

Het hof oordeelt echter dat mede op grond van de door hem genoemde hypotheeken- en

kredietcrisis A er ten tijde van de transacties ernstig rekening mee had moeten houden dat TRE Turkije I en TRE Turkije V de door TRE Turkije II geleende bedragen niet, laat staan op korte termijn, zouden terugbetalen. Voorts heeft TRE Turkije II een lening afgelost, kort voordat TRE II X en Y en andere obligatiehouders heeft meegedeeld dat de TRE-vennootschappen niet aan hun rente- en aflossingsverplichtingen konden voldoen. Als gevolg van de transacties zijn de financiële middelen van TRE Turkije II ten goede gekomen aan andere TRE-vennootschappen, waarvan A niet alleen (indirect) bestuurder maar ook (indirect) aandeelhouder was. A had derhalve als (indirect) aandeelhouder van TRE Turkije I en TRE Turkije V een eigen persoonlijk belang bij de transacties

Op grond van genoemde feiten en omstandigheden is het hof van oordeel dat A als (indirect) bestuurder van TRE Turkije II en TRE II wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde althans toegelaten transacties tot gevolg hadden dat TRE Turkije II het project niet kon realiseren, dat daarmee elke kans dat TRE II aan haar verplichtingen jegens X en Y zou voldoen illusoir werd en dat TRE II ook geen verhaal bood voor de als gevolg daarvan optredende schade. Bijgevolg is het handelen van A als (indirect) bestuurder zodanig onzorgvuldig dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt en is hij aansprakelijk voor de schade van X en Y.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis van de rechtbank.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-03-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BW9465

Zaaknummer: 200.077.859/01

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Nieuwekerk Install q.q./Innovent

Ongeoorloofd kasrondje. De rechtbank is van oordeel dat niet is voldaan aan de stortingsplicht, nu het gestorte bedrag nog vóór de oprichtingsdatum van de vennootschap volledig is teruggestort op de rekening van de enig aandeelhouder die het bedrag eerst enkele dagen daarvoor had gestort. De bestuurder is naast de failliet hoofdelijk aansprakelijk is ex artikel 2:180 lid 2 sub b BW

A is bestuurder en enig aandeelhouder van X B.V. X B.V. heeft een bedrijf opgericht onder de naam Innovent. Innovent heeft (besloten) een nieuwe vennootschap op te richten, te weten Innovent Luchttechniek West B.V. (hierna: West). Op 7 februari 2008 heeft X B.V. een bedrag van € 18.000 overgemaakt op de rekening van West i.o. onder vermelding van 'kapitaalstorting'. Op 11 februari 2008 is dit bedrag teruggestort op de rekening van X B.V. onder vermelding van 'conform uw opdracht'. Op 3 maart 2008 is de nieuwe vennootschap West opgericht met X B.V. als bestuurder en enig aandeelhouder. Op 13 maart 2009 zijn alle aandelen van West overgedragen aan Innovent Holding B.V. (hierna Innovent Holding). Op 4 januari 2011 is op eigen aangifte van West, dat inmiddels de naam Nieuwekerk Install B.V. heeft gekregen, het faillissement uitgesproken.

De rechtbank stelt vast dat het gestorte bedrag nog vóór de oprichtingsdatum van de vennootschap volledig is teruggestort op de rekening van de enig aandeelhouder die het bedrag eerst enkele dagen daarvoor had gestort. Niet duidelijk is of de op te richten vennootschap na de terugstorting nog over het geld kon beschikken. Uit de terugboeking "conform opdracht" blijkt niet dat het ging om een lening. Uit de jaarstukken van de vennootschappen blijkt niet dat de terugboeking van het stortingsbedrag is gedaan ten titel van een zakelijke lening. Verder is niet bekend of renteafspraken zijn gemaakt of rentebetalingen hebben plaatsgevonden. De rechtbank is van oordeel dat niet is voldaan aan de stortingsplicht ex artikel 2:178 lid 2 BW en dat X B.V. daarom als bestuurder naast de failliet hoofdelijk aansprakelijk is ex artikel 2:180 lid 2 sub b BW.

De jaarrekening van de failliet over het boekjaar 2008 pas op 3 januari 2011 openbaar is

gemaakt door deponering bij het handelsregister. De termijn voor openbaarmaking voorgeschreven in artikel 2:394 lid 3 BW is derhalve met bijna een jaar overschreden. Deze termijnoverschrijding kan hier niet worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim in de taakvervulling van X B.V. als bestuurder. Rechtsens staat dan ook vast dat X B.V. haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. Deze onbehoorlijke taakvervulling wordt ingevolge artikel 2:248 lid 2 BW vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. X B.V. is daarom op grond van het bepaalde in artikel 2:248 lid 1 juncto 2:394 BW aansprakelijk voor het tekort in het faillissement.

Gezien het voorgaande luidt de conclusie dat A als bestuurder van X B.V. hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort ingevolge artikel 2:11 BW, in samenhang met de artikelen 2:248 en 2:394 BW. Voor het deel van het boedeltekort dat bestaat uit verplichtingen uit verrichte handelingen is A tevens hoofdelijk aansprakelijk ingevolge artikel 2:11 BW en artikel 2:180 lid 2 sub b BW.

Innovent Holding en X B.V. zullen als aandeelhouders van de failliet hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van € 18.000 ten titel van volstorting van de aandelen van de failliet.

Datum uitspraak:

Zaaknummer: