

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 09, 2012

Nummer 9, 2012

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#) 13-07-2012

Curator /JVS

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BW5875](#) 13-07-2012

Sauna Fenomeen/De Binnenpret

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BU9108](#) 03-02-2012

VLM Airlines

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BU4970](#) 27-01-2012

X & Y/Z

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BV1453](#) 20-01-2012

X/B B.V. en C

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BU6509](#) 06-01-2012

Imeko Holding

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1288](#) 10-07-2012

X/Stichting Woningmaatschap XXXVIII

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX2194](#) 10-07-2012

Levas c.s.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARN:2012:BX0852](#) 10-07-2012

X/Judo Bond Nederland

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7329](#) 07-02-2012

Chinese Workers

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX0873](#) 27-12-2011

A/Rabobank

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2641](#) 20-07-2012

Mei Beheer

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBALK:2012:BX1181](#) 12-07-2012

Marap/Lissan Beheer

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BX1423](#) 11-07-2012

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX0968](#) 10-07-2012

Varde (Dexia)

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBALM:2012:BX1413](#) 04-07-2012

Compunica en Crossmedia/Severiens Q.Q.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BX1414](#) 04-07-2012

Aprisco/Pro Kapital Grupp

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBALM:2012:BX0784](#) 04-07-2012

Renteambt

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BX1249](#) 27-06-2012

Goodwill vennootschap onder firma

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV6199](#) 25-01-2012

Sveba

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBROE:2012:BVo643](#) 10-01-2012

Varde Investments Limited/X

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBALM:2011:BVo467](#) 21-12-2011

Heidepad/ A

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2011:BV2131](#) 21-12-2011

ACD

Uitspraken zonder ECLI

[- onbekend -](#)

SHHT

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[- onbekend -](#)

Penningmeester Rode Kruis

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Mei Beheer

Schorsing van de beherend vennoot in een commanditaire vennootschap

Vordering ingesteld door de meerderheid van de commandieten tot het schorsen van de beherend vennoot in een commanditaire vennootschap, die belegt in farmaceutische bedrijven in Slowakije en het aanstellen in plaats daarvan van een door een deel van de commandieten bestuurde Stichting.

De rechtbank oordeelt ten aanzien van de vorderingen van X c.s. dat in de akte waarin de afspraken opgenomen zijn, geen specifieke bepalingen zijn opgenomen met betrekking tot schorsing, ontslag of (tijdelijke) vervanging van de beherend vennoot. MEI Beheer heeft in de eerste plaats betoogd dat bij gebrek aan dergelijke bepalingen, in verband met het karakter van de akte – een (vennootschaps-)overeenkomst – een eventuele schorsing van de beheerder alleen zou kunnen plaatsvinden met unanimitéit van stemmen van alle commanditaire vennoten. Dit zou volgens MEI Beheer ook zo zijn, als het gaat om schorsing wegens gewichtige redenen als bedoeld in artikel 7A:1673 lid 2 BW, die volgens MEI Beheer overigens niet aanwezig zijn. Aanvankelijk heeft MEI Beheer ook het standpunt ingenomen dat, wat betreft de uitkomst van de stemming in vergadering de daartoe verleende volmachten niet zouden kunnen meetellen, aangezien geldige volmachten alleen aan de beherend vennoot en niet aan mede commanditaire vennoten zouden kunnen worden verstrekt.

De rechtbank volgt MEI Beheer niet in bovengenoemde punten.

Voor wat betreft het verstrekken van volmachten ter vergadering hebben X c.s. terecht gesteld dat het in de gegeven omstandigheden in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid als uitsluitend aan de beherend vennoot verstrekte volmachten rechtsgeldig zouden zijn, zeker indien het belangrijkste agendapunt van de vergadering het functioneren en de eventuele schorsing van die beherend vennoot betreft. Uitgangspunt is dan ook dat een belangrijke meerderheid van de commanditaire vennoten op de vergadering heeft gestemd vóór het terugtreden van MEI Beheer en het (tijdelijk) aantreden van de leden van het Comité als beheerder.

Ook het verweer van MEI Beheer dat schorsing van de beherend vennoot alleen mogelijk zou zijn na wijziging van de akte, die volgens MEI Beheer instemming van alle commandieten zou behoeven, wordt niet aangenomen.

Ook wanneer moet worden aangenomen dat de wijziging in beginsel de voorafgaande toestemming van 'alle' vennoten zou behoeven, is het volgende van belang.

In artikel 7A:1673 BW, betreffende de maatschap, welke bepalingen ook van toepassing zijn op de commanditaire vennootschap, is bepaald dat de beherend vennoot de macht heeft alle beheersdaden te verrichten en dat deze macht 'zo lang de maatschap duurt, niet zonder gewichtige reden herroepen (kan) worden'. A contrario betekent dit, dat wanneer wel sprake is van een 'gewichtige reden' een (tijdelijke) beëindiging van het beheer, of een schorsing van de beheerder op zichzelf mogelijk moet zijn. De uitleg van MEI Beheer dat in dat geval ook het bestaan van een gewichtige reden unaniem door alle (commanditaire) vennoten onderschreven moet worden, moet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht, zeker in een geval als het onderhavige waarbij sprake is van een zeer groot aantal (meer dan 100) commanditaire vennoten. Als dat anders was, zou dat kunnen leiden tot een onwerkbaar situatie en zou zelfs een schorsing van de beherend vennoot door een rechter of arbiter op grond van een gewichtige reden onmogelijk zijn. Het disfunctioneren van een beherend vennoot zou in de visie van MEI Beheer alleen tot de zeer verstrekkende maatregel van een ontbinding van de C.V. kunnen leiden en een vervanging van de beherend vennoot op gerechtvaardigde gronden zou door één van de 142 commanditaire vennoten volledig geblokkeerd kunnen worden. Mogelijke consequenties van dien aard komen niet redelijk voor.

Bij een uitleg naar de letter van de bepalingen in de akte zou bovendien een eventuele schorsing van MEI Beheer op grond van een gewichtige reden zelfs niet kunnen plaatsvinden als 100% van de commanditaire vennoten daar achter zou staan, aangezien MEI Beheer als beherend vennoot strikt genomen zelf ook met haar eigen schorsing zou moeten instemmen.

Uitgangspunt op grond van het bovenstaande is dan ook voorts, dat een schorsing van de beherend vennoot in beginsel mogelijk is, als de rechter de visie van een (substantiële) meerderheid van de commanditaire vennoten dat sprake is van een gewichtige reden daartoe, onderschrijft. Een dergelijke schorsing zal in ieder geval mogelijk zijn bij wijze van ordemaatregel als deze in het belang van de C.V. noodzakelijk wordt geacht.

X c.s. hebben ter onderbouwing van hun vordering tot schorsing van MEI Beheer verwezen naar de uitspraak van de Ondernemingskamer, volgens welke B als bestuurder van een viertal andere MEI-vennootschappen zich een niet integere bestuurder zou hebben betoond.

De rechtbank overweegt echter dat weliswaar aan X c.s. kan worden toegegeven dat de door de Ondernemingskamer aangehaalde uitlatingen over B aan duidelijkheid weinig te wensen overlaten en dat op grond van deze uitspraak op zijn minst aannemelijk is dat B tekort is geschoten in zijn functioneren als bestuurder van de daar genoemde MEI-vennootschappen, maar dat daarmee niet zonder meer vaststaat dat MEI Beheer zich (ook) in het onderhavige geval aan wanbeleid en onzorgvuldig handelen heeft schuldig gemaakt.

De rechtbank overweegt dat al met al de zorg van X c.s. over het optreden van MEI Beheer als beherend vennoot van Pharma Slovakia tot dusver en de kritiek op het onvoldoende inzichtelijk maken jegens de commanditaire vennoten van haar handelwijze en het afleggen van rekening en verantwoording daarover door MEI Beheer zeker niet van grond is ontbloomd. In het licht van voornoemde feiten en omstandigheden, is de situatie, naar het oordeel van de voorzieningenrechter, echter (nog) niet zodanig dat gewichtige redenen op dit moment reeds een schorsing van MEI Beheer als beherend vennoot rechtvaardigen. Daarbij is van belang dat de beherend vennoot heeft ingestemd met een onafhankelijke onderzoekscommissie.

Voorts is van belang dat een substantiële minderheid van de commanditaire vennoten, verenigd in Y c.s., de visie van X c.s. niet ondersteunt en uitdrukkelijk bezwaar heeft tegen de (tijdelijke) aanstelling van de Stichting als beherend vennoot van Pharma Slovakia, dan wel – degenen die zich bij geen van beide partijen hebben aangesloten – zich in dit geding afzijdig heeft gehouden. Y c.s. stellen bovendien met MEI Beheer goede afspraken te hebben gemaakt over de – ook in hun visie – noodzakelijke controle op de handelwijze van MEI Beheer als beherend vennoot en

De rechtbank overweegt ten aanzien van de vorderingen van Y c.s. het volgende. Een substantiële minderheid van de commanditaire vennoten, verenigd in Y c.s., ondersteunen de visie van X c.s. niet en heeft uitdrukkelijk bezwaar tegen de (tijdelijke) aanstelling van de Stichting als beherend vennoot van Pharma Slovakia. Zij vorderen X c.s. een verbod op te leggen tot het verrichten van daden van beheer en beschikking ter zake van Pharma Slovakia.

De rechtbank oordeelt dat Y c.s. hierbij onvoldoende belang hebben, nu X c.s. ter zake niet bevoegd zijn en er geen concrete aanwijzingen bestaan dat zij in weerwil daarvan zullen handelen. Voorts hebben X c.s. ter zake van de andere door Y c.s. ingestelde vorderingen terecht aangevoerd dat behalve de mede als eisers optredende bestuursleden van de Stichting, althans die Stichting zelf, geen van hen zich aan het doen van uitlatingen jegens derden (waarop deze vorderingen zijn gericht) schuldig hebben gemaakt.

De rechtbank wijst wel het gevorderde verbod jegens X c.s. om rechtstreeks contacten te onderhouden met derden, zoals medeaandeelhouders en de directie van Biotika en met

potentiële kopers, toe, zij het alleen jegens X, W en Z (bestuurders van de Stichting en tevens partij in dit geding), alleen voor zover het de verkoop van de aandelen betreft en niet ten aanzien van 'anderen', aangezien dat te vaag en te veelomvattend is. Het gevraagde verbod om zich negatief uit te laten over Pharma Slovakia, MEI Beheer en/of haar (oud)bestuurders is eveneens te vaag en te algemeen om te kunnen worden gehonoreerd. Aan X c.s. wordt wel meegegeven dat het niet in het belang van Pharma Slovakia en dus ook niet in het belang van Y c.s. en de overige commanditaire vennoten wordt geacht om onnodig negatieve of grievende uitingen jegens MEI Beheer en/of B naar buiten te brengen en zij gaat er dan ook van uit dat X c.s. dat achterwege zullen laten.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 20-07-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2641

Zaaknummer: 517743 / KG ZA 12-713 SP/MB

Wetsartikelen: 7A:1673 BW

RECHTSPRAAK

Sauna Fenomeen/De Binnenpret

Besluit tot opzegging huurovereenkomst tussen vereniging en een van haar leden; feitelijk en niet onbegrijpelijk oordeel

De Binnenpret is erfpachter van een gekraakt complex van gebouwen met woningen en bedrijfsruimten. Sauna Fenomeen (hierna: Fenomeen) is lid van De Binnenpret en huurt van haar een ruimte in het complex. Het hof te Amsterdam heeft een eerste besluit tot huuropzegging door De Binnenpret van de tussen partijen bestaande huurrelatie op grond van art. 2:8 BW vernietigd, omdat Fenomeen geen enkele vorm van financiële compensatie is geboden. In dit geschil is aan de orde of De Binnenpret de huurovereenkomst - en daarmee het lidmaatschap - opnieuw aan Fenomeen mocht opzeggen. Bij arrest heeft dit hof het vonnis van de rechtbank te Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam, waarbij de vorderingen van Fenomeen zijn afgewezen, bekrachtigd. Fenomeen heeft tegen dit arrest tijdig cassatieberoep ingesteld. De Binnenpret is in cassatie niet verschenen en tegen haar is verstek verleend.

De Hoge Raad oordeelt dat de in de middelen aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-07-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BW5875

Zaaknummer: 11/02398

Wetsartikelen: 81 RO en 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Curator /JVS

Vordering van curator van de dochtervennootschap tot vergoeding door moedervennootschap van door dochter voldane betalingen na beëindiging kredietrelatie door bank met moeder- en dochtervennootschap; onderlinge draagplicht, regres, verrekening; slagende motiveringsklachten. Verboden aanvulling feitelijke grondslag. Hoofdregel art. 6:6 BW betreft aansprakelijkheid schuldenaren ten opzichte van schuldeiser, niet onderlinge draagplicht schuldenaren; passeren essentiële stellingen

Op 31 januari 1997 heeft de ABN AMRO Bank (hierna: de bank) aan Cekadak Noord B.V. (hierna: Cekadak) en JVS gezamenlijk een lening van f 500.000,-- en een rekening-courantkrediet van eveneens f 500.000,-- verstrekt. Cekadak en JVS behoren tot hetzelfde concern. Cekadak is een dochtermaatschappij van JVS. Op 17 juli 2006 heeft de bank de lening en de kredietfaciliteit schriftelijk beëindigd. Na deze beëindiging waren JVS en Cekadak de bank samen uit hoofde van de lening en de kredietfaciliteit een bedrag van € 432.730,34 schuldig. Bij vonnis van 25 juli 2006 is Cekadak in staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator tot curator in haar faillissement. Op 6 september 2006 is van de rekening van JVS bij de bank een bedrag van € 172.689,61 afgeboekt ter delging van de hiervoor genoemde schuld. Tussen Cekadak en JVS bestond een rekening-courantverhouding uit hoofde waarvan Cekadak ten tijde van haar faillissement € 147.966,-- te vorderen had van JVS. Het geschil tussen partijen betreft de aflossing van de hiervoor genoemde schuld. Volgens de curator is de schuld die resteerde na de genoemde aflossing door JVS, voldaan door Cekadak en behoort JVS de helft van de aflossing van de schuld te dragen. Op deze grond vordert de curator betaling van JVS van het bedrag van (€ 216.365,17 - € 172.689,61 =) € 43.675,56. Voorts vordert de curator betaling van JVS van de genoemde schuld uit de rekening-courantverhouding tussen Cekadak en JVS, vermeerderd met rente. JVS heeft betwist draagplichtig te zijn met betrekking tot genoemde schuld uit de lening en de kredietfaciliteit. Volgens haar heeft zij dan ook voor de aflossing door haar van het gedeelte daarvan ter hoogte van het bedrag van € 172.689,61 een regresvordering op Cekadak. Zij stelt haar schuld uit de

rekening-courantverhouding aan Cekadak te hebben verrekend met deze vordering en daarom niets aan de curator verschuldigd te zijn.

De Hoge Raad oordeelt als volgt in het principale beroep. Het middel keert zich tegen het oordeel van het hof dat JVS door de saldering door de bank de schuld heeft afgelost voor de bedragen van € 402,38 en € 223.287,24. JVS heeft niet aan haar verweer ten grondslag gelegd dat zij door saldering door de bank de schuld heeft afgelost voor de bedragen van € 402,38 en € 223.287,24 en het hof heeft met genoemd oordeel dus de feitelijke grondslag van het verweer van JVS aangevuld. Het hof is voorts zonder enige overweging voorbijgegaan aan de herhaalde opmerking van de curator in de stukken dat de saldering niet heeft plaatsgevonden. Nu JVS het oordeel van het hof niet heeft uitgelokt of verdedigd, zullen de kosten in het principale beroep worden gereserveerd.

De Hoge Raad oordeelt als volgt in het incidentele beroep. Nu het principale beroep slaagt, is de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld, vervuld. Het middel in dit beroep richt zich tegen het oordeel van het hof dat JVS de helft van de schuld uit de lening en de kredietfaciliteit dient te dragen. Het middel klaagt dat het hof bij dit oordeel ten onrechte is voorbijgegaan aan de stelling van JVS dat zij in haar onderlinge verhouding tot Cekadak niet draagplichtig is met betrekking tot de schuld. Het oordeel van het hof berust klaarblijkelijk, evenals dat van de rechtbank, op de - niet in geschil zijnde - feiten dat Cekadak en JVS gezamenlijk kredietnemer waren ten aanzien van de lening en de kredietfaciliteit en dat geen hoofdelijkheid is overeengekomen tussen de bank en hen ter zake van de terugbetaling van de schuld uit die lening en die faciliteit, alsmede op de hoofdregel van art. 6:6 lid 1 BW, die luidt dat indien een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd is, zij ieder voor een gelijk deel zijn verbonden, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn. Evenals de rechtbank, heeft het hof kennelijk op basis van deze hoofdregel aangenomen dat, zoals door de curator aan zijn vordering ten grondslag is gelegd, Cekadak en JVS de schuld voor gelijke delen hebben te dragen. Daarmee is het hof inderdaad, zoals het middel klaagt, zonder voldoende motivering voorbijgegaan aan genoemde stelling van JVS. De hoofdregel van art. 6:6 lid 1 BW ziet op de aansprakelijkheid in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaren die de betrokken prestatie verschuldigd zijn en niet op de onderlinge draagplicht van de schuldenaren. Uit de rechtsverhouding die tussen de schuldenaren bestaat, kan een andere verdeling van die onderlinge draagplicht volgen, op grond waarvan de schuldenaar die meer heeft betaald dan hem in de onderlinge verhouding aangaat, regres kan nemen op de andere schuldenaar of schuldenaren (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 97). Het hof had derhalve moeten ingaan op de stelling van JVS dat zij in haar onderlinge verhouding tot Cekadak niet draagplichtig is, omdat de schuld binnen het concern waarvan JVS en Cekadak deel uitmaken, voor rekening komt

van Cekadak.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof te Leeuwarden van 24 augustus 2010 en verwijst het geding naar het gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing.

Met oog op de behandeling van de zaak na verwijzing, merkt de Hoge Raad het volgende op. Indien binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk, wordt hun onderlinge draagplicht bepaald door het antwoord op de vraag wie de schuld aangaat. Bij de beantwoording van deze vraag moet erop worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1208). Dat geldt zowel in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid, als in het geval dat art. 6:6 lid 1 van toepassing is terwijl - naar in deze zaak in cassatie uitgangspunt is - geen afspraak is gemaakt over de onderlinge draagplicht. Partijen mogen na verwijzing hun stellingen aan een en ander aanpassen.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-07-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BW4206

Zaaknummer: 10/05295

Wetsartikelen: 6:6 BW

RECHTSPRAAK

De pandhouder kan geen beroep op verrekening doen terzake van vorderingen en schulden die door hem zijn overgenomen nadat pandgever failliet ging of aan de pandhouder bekend was geworden dat de pandgever in een zodanige toestand verkeerde dat het faillissement te verwachten was. De schuld van de pandhouder die ontstaat doordat deze na faillissement bedragen voor de pandgever ontvangt, kan niet verrekend worden met vorderingen van de pandgever op de pandhouder. Deze schuld is een schuld als in 54 Fw. Betalingen die binnen zijn gelopen op de bankrekening van de pandhouder doordat debiteuren van verpande vorderingen hebben betaald, mogen verrekend worden

Bedrijf X en Dutch Handling Services Factoring (hierna: DHSF) hebben een overeenkomst tot verpanding van vorderingen d.d. 13 juli 2005 opgesteld en getekend. Deze overeenkomst bepaalt onder meer dat DHSF X wil financieren met als zekerheid het pandrecht op de vorderingen die X op derden heeft. X is op 9 januari 2007 failliet verklaard. De curator vordert dat de rechtbank voor recht verklaart dat de verpanding van de vorderingen van X in de overeenkomst tot verpanding door de curator rechtsgeldig zijn vernietigd dan wel dat DHSF ongerechtvaardigd is verrijkt door de inning van de vorderingen op de debiteuren van X en zij mitsdien schadeplichtig is dan wel dat DHSF met de inning van voornoemde vorderingen onrechtmatig heeft gehandeld jegens X en mitsdien schadeplichtig is.

De rechtbank overweegt dat in de kern genomen het in deze procedure gaat om de incasso door DHSF van vorderingen van X op haar debiteuren en om de vraag of DHSF financiering heeft verstrekt aan X. Eerst moet worden vastgesteld hoeveel DHSF heeft geïncasseerd op de debiteurenvorderingen van X en of, en zo ja: hoeveel, DHSF heeft betaald aan en voor X.

Uitgangspunt is dat DHSF, indien zij financiering heeft verstrekt, zich mag beroepen op verrekening en daarvoor is niet vereist dat zij een pandrecht heeft op de vorderingen van X. Alleen bij toepasselijkheid van artikel 54 Fw is verrekening voor de in dat artikel bedoelde

vorderingen en schulden niet toegestaan en dan is de vraag of DHSF met een beroep op het pandrecht de opbrengsten uit de vorderingen van X kan behouden. Op grond van dit artikel kan DHSF geen beroep op verrekening doen terzake van vorderingen en schulden die door haar zijn overgenomen nadat (i) X failliet ging of (ii) aan DHSF bekend was geworden dat X in een zodanige toestand verkeerde dat het faillissement te verwachten was.

De schuld van DHSF die ontstaat doordat DHSF na faillissement bedragen voor X ontvangt, kan zij niet verrekenen met vorderingen van haar op X. Deze schuld is een schuld als bedoeld in artikel 54 Fw. (vergelijk HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (Loeffen q.q./Mees en Hope I))

Betalingen die binnen zijn gelopen op de bankrekening van DHSF doordat debiteuren van verpande vorderingen hebben betaald op die rekening, mogen verrekend worden (zulks naar analogie met HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q. / CLBN)).

Indien DHSF betalingen heeft gedaan na faillissement, kan zij dit niet aan de curator tegenwerpen, noch langs de band van verrekening noch langs die van het pandrecht. Verrekening kan niet. Door de betaling na faillissement ontstaat weliswaar een vordering van DHSF op X, maar dit is een vordering als bedoeld in artikel 54 Fw. Daar kan het pandrecht niet aan af doen. Gesteld noch gebleken is dat DHSF zich voor het faillissement heeft verplicht tot het doen van de desbetreffende betalingen. Een pandhouder kan niet eenzijdig betalingen doen aan schuldeisers van de failliet en de aldus ontstane vorderingen via het pandrecht verhalen op de failliet. Hiermee zou immers de rangregeling tussen de schuldeisers worden doorbroken.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 11-07-2012

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2012:BX1423

Zaaknummer: 325190 / HA ZA 09-517

Wetsartikelen: Artikel 54 Fw

RECHTSPRAAK

Levas c.s.

Bestuurdersaansprakelijkheid en gezag van gewijsde. Nakoming stemrechtovereenkomst

Levas en Aklo (hierna: Levas c.s.), Canola en Marisel houden certificaten van aandelen in Almanova Holding B.V. (hierna: Almanova). X is bestuurder van Canola en Marisel. Laatstgenoemde door X bestuurde vennootschap was enig aandeelhouder en bestuurder van Participant. Bij overeenkomst van 22 december 2000 is de tussen de certificaathouders van aandelen in Almanova opgemaakte stemrechtovereenkomst gewijzigd. Deze overeenkomst houdt onder meer in dat Canola en Aklo hun stemgedrag op elkaar zullen afstemmen en ingeval van alsdan gebleken onenigheid ter zake van de door of namens hen uit te brengen stemmen voordat de vergadering zal plaatsvinden het alsdan gerezen geschil ter bemiddeling zullen voorleggen. Indien zich de situatie voordoet waarbij Aklo het mitsdien niet eens is met Canola, dan verplicht partij Aklo zich de in haar bezit zijnde aandelen van Almanova aan Marisel aan te bieden die alsdan het recht heeft hiervan gebruik te maken. Eind 2004, althans begin 2005, is tussen partijen, althans tussen de bestuurders hiervan, onenigheid ontstaan over het management van Almanova. Dit conflict heeft ertoe geleid dat Levas c.s. enerzijds en Marisel en Canola anderzijds over en weer de door hen gehouden certificaten van aandelen in Almanova hebben aangeboden. Levas c.s. en Participant hebben op 20 april 2005 een overeenkomst gesloten, waarbij Levas c.s. hun certificaten van aandelen in Almanova (tezamen 57 1/3%) aan Participant hebben verkocht voor een bedrag van € 2.866.667,00. Aan de overeenkomst is geen uitvoering gegeven voor zover het betreft de (juridische) levering van de certificaten en het verstrekken van de bankgarantie ten behoeve van Levas c.s., omdat de bank voor Participant geen bankgarantie wilde stellen. Almanova is bij vonnis van de rechtbank Breda van 12 augustus 2008 in staat van faillissement verklaard.

In de onderhavige procedure hebben Levas c.s. gevorderd veroordeling van X c.s. tot betaling (van de door Participant onbetaald gelaten koopprijs) van € 2.886.667,00, te vermeerderen met rente en kosten. De grieven in principaal appel richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat X en Marisel als (indirect) bestuurder van Participant niet onrechtmatig jegens Levas c.s. hebben gehandeld. X c.s. hebben bij pleidooi in hoger beroep een uitdrukkelijk

beroep gedaan op het gezag van gewijsde van de in het arrest van dit hof van 26 januari 2010, gewezen tussen Levas c.s. en X, vervatte beslissingen. Het hof begrijpt dat X c.s. zich op het standpunt stellen dat de beslissingen van dit in kracht van gewijsde gegaan arrest in het onderhavige geschil niet alleen bindende kracht hebben tussen de partijen Levas c.s. en X, maar tevens tussen de partijen Levas c.s. en Marisel. X c.s. stellen in reconventie dat Levas c.s. in strijd met de gewijzigde stemrechtovereenkomst hebben gehandeld en dat Levas c.s. uit dien hoofde hoofdelijk schadeplichtig zijn voor de schade.

Het hof overweegt als volgt in principaal appel. Levas c.s. hebben ook in de onderhavige procedure aan hun vorderingen ten grondslag gelegd dat X als indirect bestuurder van Participant persoonlijk aansprakelijk is voor de door Levas c.s. geleden schade. Met X c.s. is het hof van oordeel dat het arrest van dit hof van 26 januari 2010 er op grond van artikel 236 Rv aan in de weg staat dat Levas c.s. opnieuw ditzelfde geschilpunt aan het hof voorleggen. De door Levas c.s. in de onderhavige procedure ingestelde eis - veroordeling van X tot vergoeding van de schade gelijk aan de door Participant onbetaald gelaten koopprijs van € 2.866.667,00 - is weliswaar een andere dan die in de procedure eindigend met voormeld arrest van dit hof van 26 januari 2010 - veroordeling van X tot een schadevergoeding van € 45.068,84 bestaande uit de gemaakte juridische kosten - doch de rechtsbetrekking in geschil - de vraag of X als (indirect) bestuurder van Participant persoonlijk aansprakelijk is voor de door Levas c.s. geleden schade - is dezelfde. Dit betekent dat de vordering jegens X, voor zover die is gebaseerd op een door X als indirect bestuurder van Participant gepleegde onrechtmatige daad, afstuit op artikel 236 Rv. Ingevolge artikel 236 lid 1 Rv heeft een in kracht van gewijsde gegaan arrest in een ander geding slechts tussen dezelfde (materiële) partijen bindende kracht. Nu Marisel in de procedure eindigend in het tussen Levas c.s. en X gewezen arrest van dit hof van 26 januari 2010 geen partij was, dient in de onderhavige procedure alsnog te worden beoordeeld of Marisel als bestuurder van Participant op grond van artikel 6:162 BW jegens Levas c.s. aansprakelijk is. Het hof overweegt daartoe als volgt. Nu Levas c.s. in de onderhavige procedure aan hun vordering jegens Marisel geen andere feiten en omstandigheden ten grondslag hebben gelegd dan die door het hof in het arrest van 26 januari 2010 onvoldoende zijn bevonden voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van X als indirect bestuurder van Participant en het hof ook in de onderhavige procedure van oordeel is dat de op dezelfde feiten en omstandigheden gestoelde grondslag de vordering jegens de vennootschapbestuurder van Participant, Marisel, niet kan dragen, wordt de vordering van Levas c.s. jegens Marisel eveneens afgewezen. Het hof verwijst voor de motivering van zijn oordeel naar de rechtsoverwegingen 4.18.1. tot en met 4.20.4. van het arrest van 26 januari 2010. De door Levas c.s. gestelde (feitelijke) grondslag kan de vordering jegens Marisel niet dragen, zodat deze vordering wordt afgewezen. Het oordeel van het hof dat Marisel als (voormalig) bestuurder van Participant ter zake niet aansprakelijk is, houdt tevens

in dat er geen grond is voor hoofdelijke aansprakelijkheid van X op de voet van artikel 2:11 BW. De grieven in principaal appel zijn besproken en verworpen.

Het hof overweegt als volgt in incidenteel appel. Gesteld noch gebleken is dat Canola het punt waarover zij met Aklo van mening verschildte aan de in de stemrechtovereenkomst aangewezen bemiddelaar heeft voorgelegd of wilde voorleggen. Partijen hebben daarvan kennelijk afgezien en zijn vervolgens gaan onderhandelen over een beëindiging van de samenwerking. Dit heeft ertoe geleid dat Levas c.s. alle door hen in het bezit zijnde certificaten van aandelen in Almanova aan X c.s. hebben aangeboden hetgeen overigens in overeenstemming is met de stemrechtovereenkomst. Gelet op het vorenstaande is het hof van oordeel dat X c.s. ook in hoger beroep onvoldoende heeft onderbouwd dat Aklo tekort is geschoten in de nakoming van de op haar uit de stemrechtovereenkomst rustende verbintenissen en dat Levas ter zake onrechtmatig heeft gehandeld.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Breda van 23 juni 2010 op het principaal en incidenteel appel.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-07-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BX2194

Zaaknummer: HD 200.078.970

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:11 BW en 236 Rv

RECHTSPRAAK

X/Judo Bond Nederland

Uitspraak commissie van beroep een besluit van een orgaan in de zin van art. 2:14/15 BW?

In de kern gaat dit geschil over de vraag of de uitspraak van de commissie van beroep in een door X aanhangig gemaakt geschil tussen hemzelf en de vereniging Judo Bond Nederland (hierna: JBN) te beschouwen is als een besluit van een orgaan van JBN in de zin van de artikelen 2:14 en 2:15 van het BW. Is de commissie van beroep een orgaan?

De rechtbank: heeft deze vraag in eerste aanleg ontkennend beantwoord.

Het hof: stelt vast dat de wet geen definitie geeft van het begrip 'orgaan' van een rechtspersoon. Uit het stelsel van de wet volgt echter dat onder het begrip 'orgaan' in dit verband kan worden verstaan een uit één of meer personen bestaande functionele eenheid die door de wet of de statuten met beslissingsbevoegdheid in vennootschappelijke aangelegenheden is bekleed. Ondanks dat X ter onderbouwing van zijn stelling een vergelijkbare definitie hanteert volgt het Hof X niet in zijn standpunt dat uit deze definitie volgt dat de commissie van beroep als een orgaan van JBN dient te worden gekwalificeerd. In dit geval blijkt namelijk niet dat de commissie van beroep op grond van wet of statuten de bevoegdheid toekomt besluiten te nemen in de zin van artikel 2:14 en 15 BW. De wetgever heeft de vereniging de vrijheid gelaten om binnen de kaders van de wet, in het bijzonder titel 2 van Boek 2 BW, niet-wettelijk geregelde onderwerpen te regelen op de wijze die de vereniging goedgevindt. In dit geval bepaalt artikel 2 lid 4 van de statuten van JBN dat de commissie van beroep geen orgaan is van JBN en geen eigen rechtspersoonlijkheid bezit. Dit betekent dat naar het oordeel van het hof de commissie van beroep niet kan worden beschouwd als een orgaan van JBN.

Het hof voegt daar nog aan toe dat de grief ook faalt nu de beslissing van een met tuchtrechtspraak belast college van een vereniging niet als een besluit in de zin van artikel 2:14 en 15 BW dient te worden beschouwd omdat met een dergelijk college is beoogd de berechting van leden te laten plaatsvinden door een onafhankelijke instantie, die niet handelt namens de rechtspersoon. De artikelen 2:14 en 15 BW zijn op een uitspraak van de commissie van beroep

ook om die reden niet van toepassing.

Uit de tweede grief, waarin X stelt dat de rechtbank haar oordeel niet deugdelijk heeft onderbouwd, blijkt echter dat X niet zozeer de motivering van de rechtbank bestrijdt maar opkomt tegen de afwijzing door de rechtbank van zijn beroep op artikel 7:904 BW. Het hof wijst deze grief af omdat X zich hierbij baseert op een onjuiste lezing van het bestreden vonnis.

Het hof bekrachtigt het eerder gewezen vonnis tussen partijen en veroordeelt X in de kosten van het hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-07-2012

ECLI: ECLI:NL:GHARN:2012:BX0852

Zaaknummer: 200.092.843

Wetsartikelen: 2:14 BW, 2:15 BW en 7:904 BW

RECHTSPRAAK

X/Stichting Woningmaatschap XXXVIII

Vordering niet-ontvankelijk nu eiseres een niet (meer) bestaande rechtspersoon is. Derde (rechtsopvolger) wordt in de proceskosten veroordeeld

Ter rolle van 20 december 2011 is zijdens X medegedeeld dat op X de Wet Schuldsanering voor natuurlijke personen (hierna: WSNP) van toepassing is. Ingevolge artikel 27 Fw heeft de bewindvoerder van X de procedure met toestemming van de rechter-commissaris rechtsgeldig overgenomen. In deze zaak is het onduidelijk of de wederpartij van X, Stichting Woningmaatschap XXXVIII (hierna: Stichting) wel de feitelijke opdrachtgever tot het voeren van deze procedure is, aangezien dit niet meer een bestaande rechtspersoon is.

Het hof: heeft in zijn tussenarrest van 22 november 2011 onder meer het volgende overwogen: "Het hof houdt het er - zonder anders luidende berichten - op dat als feitelijke opdrachtgever de Stichting Bewaarder Vastgoedfondsen (rechtsopvolger van Stichting Woningmaatschap XXXVIII) heeft te gelden. Als niet duidelijk wordt wie de feitelijke opdrachtgever tot het voeren van de procedure is, is het hof voornemens de advocaat van de Stichting Bewaarder Vastgoedfondsen (mr. Janssen) te veroordelen in de kosten van de procedure in beide instanties." Nu uit hetgeen zijdens de Stichting Woningmaatschap XXXVIII bij akte nader is aangevoerd niet blijkt van "anders luidende berichten" dan door het hof in zijn tussenarrest van 22 november 2011 bedoeld (de advocaat van de Stichting Woningmaatschap XXXVIII geeft enkel aan, de stichting en de Stichting Bewaarder Vastgoedfondsen als een juridisch geheel te beschouwen), houdt het hof het ervoor dat de Stichting Bewaarder Vastgoedfondsen de feitelijke opdrachtgever is tot het voeren van de onderhavige procedure. Het hof zal de Stichting Bewaarder Vastgoedfondsen op voet van het bepaalde in artikel 245 lid 1 Rv veroordelen in de kosten van het geding in beide instanties. Het hof vernietigt vervolgens het vonnis waarvan beroep en verklaart de Stichting Woningmaatschap XXXVIII niet ontvankelijk in haar vordering.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-07-2012

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1288

Zaaknummer: 200.058.297/01

Wetsartikelen: 27 Fw en 245 lid 1 Rv

RECHTSPRAAK

Varde (Dexia)

Dexia zaak. Gebonden aan WCAM-overeenkomst

Dexia Bank Nederland N.V. (hierna: Dexia) is rechtsopvolgster onder algemene titel van Bank Labouchere N.V. Op naam van X zijn effectenleaseovereenkomsten gesloten met Bank Labouchere N.V. met een looptijd van 36 maanden, te rekenen vanaf de eerste aankoopdatum van de effecten. Deze overeenkomsten zijn tussentijds geëindigd op 15 januari 2003, nadat de maandtermijnen niet meer werden voldaan. De maandelijkse betalingen werden tot op dat moment - in totaal 25 maal - voldaan vanaf het bankrekeningnummer van X. De opbrengst van de verkoop van de effecten was in beide gevallen ontoereikend om de geleende aankoopsom te voldoen, zodat ter zake een schuld resteerde. Tussen partijen is vervolgens een minnelijke regeling, een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW tot stand gekomen, doordat het Gerechtshof Amsterdam bij beschikking van 25 januari 2007 de WCAM-overeenkomst van 8 mei 2006 (hierna: de Duisenbergregeling) algemeen verbindend heeft verklaard en X niet tijdig een schriftelijke mededeling in de zin van artikel 7:908 lid 2 BW heeft gedaan (de zogenoemde opt-out verklaring). Dexia heeft haar vordering op X aan Varde gecedeerd. Van de cessie is mededeling in de zin van artikel 3:94 BW gedaan aan X.

Varde heeft in eerste aanleg aangevoerd dat X gebonden is aan de Duisenbergregeling, nu X niet tijdig een opt-out verklaring heeft ingediend. X heeft zich verweerd tegen de vordering door te stellen dat zij geen contractspartij is bij de effectenleaseovereenkomsten, maar dat haar broer zonder haar toestemming gebruik heeft gemaakt van haar naam en bankrekening en haar handtekening heeft vervalst. Zij heeft voorts een beroep op verjaring gedaan. De kantonrechter heeft het beroep op verjaring verworpen, heeft overwogen dat het voor risico van X komt dat haar broer de mogelijkheid had gebruik te maken van haar bankrekening en heeft de vordering van Varde toegewezen.

X heeft in de toelichting op de grieven aangevoerd dat de overeenkomsten niet rechtsgeldig tot stand zijn gekomen, aangezien haar broer met behulp van vervalste handtekeningen voornoemde overeenkomsten heeft afgesloten en opdracht tot automatische incasso van de maandelijkse termijnen van haar bankrekening heeft gegeven. Nadat zij het misbruik heeft ontdekt heeft zij Dexia daarvan in kennis gesteld en melding gedaan bij de politie, aldus X.

Varde heeft gemotiveerd verweer gevoerd tegen de stellingen van X.

Het hof overweegt als volgt. Vast staat dat X geen opt out-verklaring heeft afgelegd bij de daartoe in de WCAM-overeenkomst aangewezen notaris. X is daarmee aan de WCAM-overeenkomst gebonden. De WCAM-overeenkomst is een vaststellingsovereenkomst (LJN: BO5822), een overeenkomst dus waarbij partijen een onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, beëindigen door zich te binden aan een vaststelling daarvan (artikel 7:900 lid 1 BW). De WCAM-overeenkomst bepaalt (in artikel 14) onder meer dat de gerechtigden aan Dexia kwijting verlenen ter zake van alle vorderingen die voortvloeien uit of verband houden met de geldigheid en het aangaan van de effectenleaseovereenkomsten. X is een gerechtigde in de zin van dit artikel. De verweren die X voert ten aanzien van de geldigheid en het aangaan van de effectenleaseovereenkomsten kunnen, gelet op het bepaalde in artikel 14 WCAM, dan ook niet tot afwijzing van de vordering van Varde leiden. De grieven falen. Het vonnis waarvan beroep wordt bekrachtigd met veroordeling van X als de in het ongelijk te stellen partij in de kosten van het geding in hoger beroep.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 10-07-2012

ECLI: ECLI:NL:RBMAA:2012:BX0968

Zaaknummer: 200.089.565/01

Wetsartikelen: 7:900 BW

RECHTSPRAAK

Rentambt

Wie is opdrachtnemer? Vordering afgewezen

In casu moet worden beoordeeld of Rentambt is geslaagd in de haar in het laatste tussenvonnis opgedragen bewijslevering, dat de door haar gestelde overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen tussen gedaagden en de besloten vennootschap De Coldeweye Beheer B.V., later geheten Mercator B.V.

De rechtbank oordeelt als volgt. Aan de verklaringen van gedaagden kan Rentambt geen steun ontleen. Het gaat naar het oordeel van de rechtbank te ver om – gelijk namens Rentambt is aangevoerd – uit alleen de omstandigheid dat T eerder of gelijktijdig onder de vlag De Coldeweye Beheer B.V. werkzaamheden heeft verricht voor gedaagden, die werkzaamheden door De Coldeweye Beheer B.V. zijn gedeclareerd bij Rentambt en Rentambt die declaraties ook heeft voldaan door overmaking aan De Coldeweye Beheer B.V., aan te nemen dat ook hier “automatisch” moet zijn afgesproken dat die rechtspersoon al dan niet onder andere naam als opdrachtnemer heeft te gelden. Daarvoor is naar het oordeel van de rechtbank meer vereist, zoals toch in elk geval (ook) een door die rechtspersoon aan gedaagden verzonden factuur en informatie waaruit blijkt dat de aldus tevens in rekening gebrachte BTW door die rechtspersoon afgedragen is aan de fiscus. Die informatie is kennelijk niet voorhanden en dat strookt ook met het standpunt van gedaagden dat zij voor deze opdracht niet door De Coldeweye Beheer B.V. zijn gefactureerd. Aldus beschouwd kan daarom door die rechtspersoon geen BTW in rekening zijn gebracht en afgedragen/verrekend. Evenmin is ter zake deze opdracht door dezelfde B.V. onder de naam Mercator B.V. een factuur uitgegaan naar gedaagden. Evenmin is (dus) gebleken dat door Mercator B.V. BTW bij gedaagden in rekening is gebracht en is afgedragen/verrekend. De eerste hier relevante factuur is immers door Rentambt aan gedaagden uitgebracht. Deze gang van zaken maakt (nogmaals) duidelijk dat Rentambt geen bewijswaarde kan ontleen aan het bestaan van de genoemde twee wel door De Coldeweye Beheer B.V. aan het adres van gedaagden verzonden facturen voor andere werkzaamheden. Nimmer zijn bij de hier relevante contacten door de heer T in de richting van gedaagden gehanteerd de namen van De Coldeweye Beheer B.V. of Mercator B.V., of onderdelen van die aanduidingen. Daaraan kan Rentambt dus ook geen bewijssteun ontleen.

De conclusie moet dan ook allereerst zijn dat Rentambt niet is geslaagd in de haar opgedragen bewijslevering. Er is onvoldoende bewijs voorhanden dat zich leent voor completering door de verklaring van de partijgetuige T. Het verweer van gedaagden dat zij geen overeenkomst van opdracht hebben gesloten met de rechtspersoon De Coldeweye Beheer B.V. (later Mercator B.V., geheten) snijdt dan ook hout. Rentambt kan aldus redenerend door cessie geen vordering van die rechtspersoon op gedaagden hebben verkregen, gelijk door haar in dit geding is aangevoerd. Reden voor de rechtbank om de vordering van Rentambt af te wijzen, nu geen andere redenen zijn gesteld waarom Rentambt deze vordering op eigen naam zou mogen incasseren. De rechtbank wijst het gevorderde af en veroordeelt Rentambt tot betaling aan gedaagden van de in dit geding aan die zijde gevallen kosten.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 04-07-2012

ECLI: ECLI:NL:RBALM:2012:BX0784

Zaaknummer: 112179 ha za 10 - 602

RECHTSPRAAK

Aprisco/Pro Kapital Grupp

Nu door de raad van commissarissen uitdrukkelijk is besloten haar bestuurder te machtigen om een concerngarantie aan te gaan en dit besluit kenbaar is gemaakt aan de andere partijen die de onderhandelingen voerden, is de garantieovereenkomst daadwerkelijk tot stand gekomen, althans heeft de wederpartij gerechtvaardigd mogen vertrouwen op het tot stand komen van die overeenkomst

Op 4 augustus 2006 is tussen Hotel Blijdorp B.V. (hierna: Blijdorp) en de Italiaanse vennootschap Domina Hotel Group S.p.A. (hierna: Domina) een “development agreement” overeengekomen, op grond waarvan Blijdorp een hotel voor Domina zou ontwikkelen en turn key aan Domina zou opleveren. Eveneens is een huurovereenkomst tussen Blijdorp en Domina met betrekking tot het hotel tot stand gekomen. A.S. Pro Kapital Grupp (hierna: PKG), een rechtspersoon naar het recht van Estland, is de moedervernootschap van Domina. De raad van commissarissen van PKG heeft besloten een concept-concerngarantie, ofwel ‘guarantee agreement’ ter zake de huur van het hotel met Domina en Blijdorp aan te gaan. Op 1 oktober 2007 heeft Blijdorp met Aprisco B.V. (hierna: Aprisco) een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten ter zake het hotel. Hierin staat dat de rechten uit de concerngarantie overdraagbaar zijn aan de rechtsopvolger van Blijdorp en na de juridische levering slechts aan de koper toekomen. Domina heeft met de overgang van de huurovereenkomst ingestemd door een side letter te tekenen. Per februari 2010 heeft Domina de betaling gestaakt. Op 17 juni 2010 is het hotel ontruimd bij vonnis in kort geding en heeft Aprisco het hotel aan bedrijf X verhuurd. Bij vonnis van 29 juli 2011 is de huurovereenkomst door de kantonrechter ontbonden. In casu speelt de vraag of door Aprisco een beroep gedaan kan worden op de concerngarantie.

De rechtbank overweegt, dat de huurovereenkomst de “condition precedent” bevat dat Pro Kapital zal voorzien in een “parent company guarantee”. Met andere woorden: zonder een dergelijke concerngarantie zou de huurovereenkomst niet zijn aangegaan.

De supervisory board van PKG heeft uitdrukkelijk besloten haar bestuurder te machtigen de

thans door Aprisco ingeroepen concerngarantie aan te gaan. Dit besluit is kenbaar gemaakt aan de personen van Domina en Blijdorp die de onderhandelingen voerden over de development agreement en de huurovereenkomst. De rechtbank is van oordeel dat de garantieovereenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen, althans dat Blijdorp gerechtvaardigd heeft vertrouwd op het tot stand komen van die overeenkomst.

De rechtbank acht van belang dat tussen de huurovereenkomst en de garantieovereenkomst een nauwe samenhang bestaat. Die samenhang bestaat hierin dat zonder de garantie de verhuurder (eerst Blijdorp, later Aprisco) niet bereid was de huurovereenkomst aan te gaan. Omgekeerd kan worden vastgesteld dat de garantieovereenkomst zonder de huurovereenkomst geen enkele waarde heeft.

De garantieovereenkomst voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van overdracht van de rechten uit die overeenkomst door Blijdorp aan de derde (Aprisco), voor welke overdracht niet de instemming van Pro Kapital als garant is vereist. Niet voor de hand ligt dat Blijdorp in oktober 2007 wel de huurovereenkomst, maar niet de rechten uit de garantieovereenkomst heeft overgedragen.

Vast staat dat Aprisco bij brief van 3 februari 2010 Pro Kapital omtrent de overgang heeft geïnformeerd. Daarom kan Aprisco per die datum een beroep doen op de garantieovereenkomst.

Nu het gaat om een contract tussen professionele partijen, ligt het in de rede in beginsel groot gewicht toe te kennen aan de normale betekenis van de gebruikte bewoordingen. De garantieovereenkomst bepaalt in dat Pro Kapital zich garant stelt voor “any amount of overdue lease payment”, om aan die omschrijving, kennelijk zekerheidshalve, toe te voegen: “Therefore the Gurantor will be obliged only to pay the lease payments which result to be outstanding at the moment of the Beneficiary demand.”

Deze bewoordingen kunnen in redelijkheid niet anders worden begrepen dan aldus dat de garantie van Pro Kapital is beperkt tot de achterstallige huurtermijnen.

Vaststaat dat Domina per februari 2010 geen huursommen meer heeft betaald. Aldus is sprake van achterstallige huurbetalingen in de zin van de garantieovereenkomst over de periode van 1 februari 2010 tot 29 juli 2011.

De rechtbank veroordeelt Pro Kapital tot betaling aan Aprisco van € 1.409.265,20.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-07-2012

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2012:BX1414

Zaaknummer: 357572 / HA ZA 10-2030

RECHTSPRAAK

Goodwill vennootschap onder firma

De waarde van de goodwill van een onderneming moet worden bepaald in verband met verdeling van de goederen van een vennootschap onder firma, eventueel met behulp van (een) deskundige(n)

A en B zijn op 1 mei 1998 de vof X aangegaan. A heeft de vennootschap in juni 2008 opgezegd per 1 januari 2009. B heeft de activiteiten van de vennootschap na 1 januari 2009 voortgezet met gebruikmaking van de activa en van de naam. Op grond van de vennootschapsakte is door de Kamer van Koophandel te Rotterdam een deskundige benoemd voor de verdeling van de vennootschap. De deskundige heeft zich teruggetrokken omdat het voorschot (na meerdere verzoeken) niet betaald is door B.

A vordert onder andere dat de rechtbank voor recht verklaart dat B gehouden is A te vrijwaren tegen alle aanspraken van schuldeisers van de vof en B veroordeelt al het redelijkerwijs mogelijke te doen het ertoe te leiden dat de schuldeisers A zullen ontslaan uit zijn verplichtingen jegens hen voor zover deze verplichtingen voortvloeien uit aanspraken van deze schuldeisers op genoemde vof, en dat B is overbedeeld doordat hij de onderneming van de vennootschap heeft kunnen overnemen en B veroordeelt aan A ter zake van overbedeling te betalen € 190.240,00 althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag. A verlangt dat B alle tot en met 31 december 2008 op de vennootschap drukkende passiva voor zijn rekening neemt en dat B aan hem de waarde van zijn aandeel in de vennootschap, dat met name bestaat uit de waarde van de goodwill, uitkeert.

De rechtbank overweegt dat B heeft verklaard dat de passiva en activa feitelijk bij hem zijn verbleven. B heeft onder de naam X zijn activiteiten als ondernemer voortgezet en verklaard dat hij dat wil blijven doen. Hij is daarmee aan te merken als overblijvende vennoot. De tussen A en B bestaande gemeenschap dient daarom te worden verdeeld met inachtneming van de vennootschapsakte. Gelet op de uiteenlopende standpunten van A en B over de waarde van de goodwill acht de rechtbank het voorshands nodig daarover een deskundigenbericht in te winnen waarin wordt bepaald wat de waarde van de goodwill van de vennootschap is. De

rechtbank is vooralsnog van oordeel dat kan worden volstaan met het benoemen van één deskundige.

Op grond van de uitkomsten van het deskundigenonderzoek zal worden bepaald of aan A een bedrag toekomt wegens overbedeling van B.

De rechtbank bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen voor het nemen van een akte door beide partijen over de wenselijkheid van een deskundigenonderzoek, het aantal te benoemen deskundigen, hun specialisme en de aan de deskundige(n) voor te leggen vragen, waarbij zij dienen in te gaan op de vraag welke waarderingsmethode de deskundige(n) dient (dienen) te hanteren, waarna beide partijen een antwoordakte kunnen nemen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2012:BX1249

Zaaknummer: 380609 / HA ZA 11-1437

RECHTSPRAAK

SHHT

Beëindiging termijn en benoeming nieuwe leden Raad van Toezicht bij een stichting

In deze zaak is verschil van inzicht ontstaan tussen het bestuur en de raad van toezicht van SHHT, waarbij de Raad van Toezicht zich op het standpunt heeft gesteld dat het bestuur haar bestuurszaak niet naar behoren heeft vervuld en waarbij het bestuur zich op het standpunt heeft gesteld dat de Raad van Toezicht zich heeft gedragen als besluitvormend in plaats van adviserend orgaan. Uit de notulen van de gecombineerde vergadering van het bestuur en de Raad van Toezicht valt af te leiden dat het bestuur heeft gezocht naar een mogelijkheid om de impasse te doorbreken, waarbij zij zich op het standpunt heeft gesteld 'dat de rechtsgeldigheid van het lidmaatschap van de zittende leden van de Raad van Toezicht verstreken is en dat daarmee een situatie is ontstaan dat de Raad van Toezicht per heden geen leden meer heeft' en 'dat het bestuur zelf gerechtigd is nieuwe leden voor de Raad van Toezicht te benoemen', waaraan door het bestuur gevolg is gegeven met de benoeming van drie nieuwe leden van de Raad van Toezicht. De rechtbank heeft in deze zaak de vraag te beantwoorden of X c.s. lid zijn van de Raad van Toezicht van SHHT. Zij zal zich daarbij in de eerste plaats een oordeel hebben te vormen over de benoemingstermijn van leden van de Raad van Toezicht.

De rechtbank: overweegt dat zoals door X c.s. terecht gesteld in de inleidende dagvaarding de wettelijke regeling van de stichting beperkt is en dat daardoor een groot deel van de 'rechtsorde' binnen de stichting bepaald wordt door de statuten, waarbij bij de interpretatie van de statuten zoveel mogelijk dient te worden uitgegaan van de letterlijke tekst daarvan, er slechts beperkte ruimte voor interpretatie bestaat en dat deze zelden extensief of analoog van aard zal kunnen zijn, nu de rechtszekerheid zich daartegen verzet.

De rechtbank overweegt dat, nu de stichting in het wettelijk normaaltype een toezichthoudend orgaan tegenover het bestuur mist, zij zich voor wat betreft onder meer de taak, bevoegdheden en benoeming(stermijn) van de raad van toezicht van SHHT moet baseren op hetgeen daaromtrent in de statuten is bepaald.

Uit artikel 9 lid 4 van de statuten volgt dat leden van de raad voor een periode van maximaal

drie jaar worden benoemd en dat zij aftreden volgens een door de raad van toezicht vast te stellen rooster van aftreden. In de mogelijkheid van herbenoeming is, in tegenstelling tot hetgeen in artikel 5 lid 7 ten aanzien van het bestuur in de statuten is bepaald, niet voorzien. De rechtbank gaat er dan ook vanuit dat niet is beoogd deze mogelijkheid voor leden van de raad van toezicht te creëren. Wat daarvan zij, in het geval herbenoeming wel mogelijk zou zijn, hetgeen naar het oordeel van de rechtbank niet het geval is, zouden herbenoemingsbesluiten wel expliciet genomen dienen te worden. Dergelijke herbenoemingsbesluiten zijn door X c.s. niet overgelegd. Dat de raad van toezicht gedurende jaren de statutaire regeling op dit punt niet heeft nageleefd en dat de opeenvolgende besturen gedurende jaren geen bezwaar hebben gemaakt tegen de gestelde (impliciete) herbenoeming doet aan het voorgaande niet af.

De rechtbank heeft uit de stukken afgeleid dat X reeds vanaf 2002 heeft opgetreden als lid van de raad van toezicht. Op 11 november 2010 was zijn benoemingstermijn derhalve ruimschoots verstreken.

Met betrekking tot W overweegt de rechtbank dat X c.s. zelf hebben gesteld dat hij op 5 oktober 2007 is benoemd als lid van de raad van toezicht. Ook zijn benoemingstermijn was derhalve op 11 november 2010 verstreken.

Met betrekking tot U overweegt de rechtbank dat zij, in acht genomen de notulen van het baroverleg van die datum, alsmede de 'korte samenvatting van eerste bijeenkomst nieuwe Raad van Toezicht' tot het oordeel is gekomen dat benoeming van U tot lid van de raad van toezicht reeds op 3 oktober 2007 had plaatsgevonden. De rechtbank overweegt dat daarmee ook aan de benoemingstermijn van U op 11 november 2010 een einde is gekomen.

U, maar ook W en X, konden derhalve op 21 november 2010 niet meer krachtens 'coöptatie' overgaan tot benoeming van drie nieuwe leden van de raad van toezicht, zijnde V, Y en Z.

Het bestuur heeft zich daarmee, naar het oordeel van de rechtbank, tijdens de gecombineerde vergadering van bestuur en raad van toezicht, terecht op het standpunt kunnen stellen en het bestuur heeft, naar het oordeel van de rechtbank, in overeenstemming met de statuten gehandeld door over te gaan tot de benoeming van de nieuwe leden van de raad van toezicht, zijnde mevrouw B, de heer A en de heer C.

De rechtbank wijst het gevorderde af.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Marap/Lissan Beheer

Vordering tot meewerken aandelenoverdracht toewijsbaar. Op grond van gang van zaken rond het maken van de afspraken en handelingen van de gedaagde partij na het maken van de afspraken, wordt het voldoende waarschijnlijk geacht dat de bodemrechter eveneens tot toewijzing zal beslissen

Marap BV en Lissan Beheer BV houden beide 50% aandelen in kantoor Wieringermeer en kantoor Enkhuizen. De aandeelhouder/bestuurder van Marap en de aandeelhouder/bestuurder van Lissan Beheer zijn beiden werkzaam als advocaat. Partijen hebben gesproken over beëindiging van de samenwerking. Met behulp van bemiddeling van de Deken van de Alkmaarse Orde van Advocaten zijn een aantal afspraken gemaakt over de afwikkeling van de samenwerking. Lissan Beheer heeft aan Marap voorgesteld de afspraken vast te leggen in een notariële akte. Aan Marap bleek tijdens het doornemen van de akten bij de notaris, dat zonder overleg met haar in de akten een aantal wijzigingen was doorgevoerd ten opzichte van eerdere concepten. Marap ging niet akkoord met het passeren van deze akten. Marap vordert dat Lissan wordt veroordeeld medewerking te verlenen aan het passeren van de notariële akten zoals deze oorspronkelijk door de notaris in concept zijn toegezonden. Lissan heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het spoedeisendheidsverweer faalt. Indien in dit geding zou blijken dat partijen ten overstaan van de deken afspraken hebben gemaakt tot beëindiging van hun samenwerking die de basis kunnen vormen voor de onderhavige vordering tot nakoming, is er een spoedeisend belang in gelegen dat de feitelijke verhoudingen met die posities in overeenstemming worden gebracht. Totdat dit gebeurt, is Marap immers als medebestuurder verantwoordelijk voor het beleid van een vennootschap waarop zij het afgelopen jaar, naar onweersproken is aangevoerd, feitelijk geen enkele invloed heeft gehad. Mede in aanmerking genomen dat partijen advocaten zijn, is de vordering voldoende duidelijk. Toewijzing van een vordering tot nakoming van een overeenkomst tot levering heeft een dusdanig verstrekkend gevolg dat deze toewijzing in een kort geding procedure, waarin het treffen van een voorlopige voorziening respectievelijk ordemaatregel centraal staat, slechts

kan plaatsvinden indien met grote mate van waarschijnlijkheid ervan kan worden uitgegaan dat de bodemrechter, geconfronteerd met hetzelfde feitencomplex, eveneens tot toewijzing van de vordering zal beslissen. Het verschil in uitleg betreft de vraag of de overeenkomst inhoudt dat de waarde van het kantoorpand in de waardebepaling van de aandelen verdisconteerd is - en de verkoop en levering van dat pand moet leiden tot een betaling aan kantoor Enkhuizen (zoals Lissan heeft betoogd) - of dat dit niet geval is (het standpunt van Marap). Op grond van hetgeen over en weer ter zitting is aangevoerd, is niet onaannemelijk te achten dat de door Marap gegeven uitleg van de afspraken een betere reflectie vormen van de waarde die de aandelen vertegenwoordigden dan de uitleg die de bestuurder van Lissan voorstaat.

De voorzieningenrechter ziet in het voorgaande zodanig krachtige aanwijzingen gelegen dat de overeenkomst enkel in de door Marap verdedigde zin kan worden opgevat, dat hij het zeer waarschijnlijk acht dat de bodemrechter tot toewijzing van de vordering tot nakoming zal komen. Lissan kan ook in dit kort geding daarom tot nakoming worden veroordeeld. Afweging van de betrokken belangen leidt niet tot een andere uitkomst.

Weliswaar is ook niet geheel uitgesloten te achten dat de bodemrechter zal oordelen dat er in het geheel geen sprake is van een overeenkomst - de thans door Lissan aangehangen opvatting - maar de voorzieningenrechter acht die uitkomst, gelet op de omstandigheid dat partijen door bemiddeling van de Deken een akkoord hebben bereikt en het eigen gedrag van de bestuurder van Lissan nadien, in hoge mate onwaarschijnlijk. De vordering tot nakoming door het verlenen van medewerking aan het passeren van akten die gelijklopend zijn aan de concepten van 12 april 2012 kan worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 12-07-2012

ECLI: ECLI:NL:RBALK:2012:BX1181

Zaaknummer: 137807/KG ZA 12-175

RECHTSPRAAK

Compunica en Crossmedia/Severiens Q.Q.

Ongegrondverklaring van het verzet; onbehoorlijk bestuur; onrechtmatige (bestuurs)daad

De curator stelt dat Compunica - als borg partij bij de Shared Purchase Agreement (hierna: SPA) - en Crossmedia - als verkoper bij de SPA - actief hebben bijgedragen aan het frauderen met de boekhouding, de fraude hebben mogelijk gemaakt en derhalve onrechtmatig hebben gehandeld als bedoeld in artikel 6:162 BW. A was tot zijn op non-actiefstelling enig bestuurder en aandeelhouder van Compunica en enig bestuurder van Crossmedia. Bij inleidende dagvaarding heeft de curator gesteld A primair aansprakelijk te houden ex artikel 2:248 BW, subsidiair ex artikel 2:9 BW en meer subsidiair ex artikel 6:162 BW wegens het op grote schaal frauderen met de boekhouding van curandi. Bij verstekvonnis heeft de rechtbank de vorderingen van de curator toegewezen. Opposanten hebben de curator doen aanzeggen in verzet te komen van voormeld vonnis.

De rechtbank komt tot het oordeel dat er klaarblijkelijk door A gesjoemeld is. Ook staat vast dat A als bestuurder volledige verantwoordelijkheid droeg. In acht genomen het voorgaande ziet de rechtbank geen reden tot gegrond verklaring van het verzet, zodat zij zal afwijzen hetgeen door A (en tevens B en C) in deze verzetprocedure is gevorderd en aangevoerd.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 04-07-2012

ECLI: ECLI:NL:RBALM:2012:BX1413

Zaaknummer: 125353 / HA ZA 11-743

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:248 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Chinese Workers

Toegankelijkheid enquêteverzoek. Aandeelhouders van de ene vennootschap worden aangemerkt als economisch gerechtigden in de andere wegens de opgezette en uitgevoerde constructie. Benoeming bestuurder met doorslaggevende stem

Hua Ding, Wa Ding en Chang (hierna: Ding c.s.) en X hebben Chinnede Ltd. (hierna: Chinnede) opgericht. Chinnede heeft Chinese Workers (hierna: CW) opgericht en houdt alle aandelen in en is enig bestuurder van CW. Ten tijde van de oprichting van CW hielden X, Hua Ding, Wa Ding en Chang ieder 25% van de aandelen in Chinnede. X en Hua Ding zijn de bestuurders van Chinnede en als zodanig slechts gezamenlijk bevoegd.

De OK: overweegt dat de aandeelhouders in Chinnede moeten worden aangemerkt als de economisch gerechtigden in CW. X is daarom bevoegd tot doen van een enquêteverzoek en een verzoek tot treffen van onmiddellijke voorzieningen ten aanzien van CW en zij is dus in zoverre ontvankelijk is in haar verzoek.

De OK oordeelt vervolgens dat vastgesteld moet worden dat tussen X en Ding c.s. over en weer een diep wantrouwen bestaat. Verzoeker stelt dat Ding c.s. zich jarenlang niet met CW hebben bemoeid en thans slechts uit zijn op het aan hen laten uitkeren van de winstreserves, terwijl de stellingen van Ding c.s. er op neerkomen dat X CW heeft “gekaapt” en de afspraak tot teruglevering van de aandelen “heeft onteerd”. Weliswaar is tussen partijen een regeling getroffen op grond waarvan CW betalingen kan doen ter voldoening aan de verplichtingen die voortvloeien uit haar normale bedrijfsvoering, maar dit doet er niet aan af dat, als gevolg van het genoemde wantrouwen sprake is van een impasse die besluitvorming door het bestuur en in de aandeelhoudersvergadering van CW onmogelijk maakt. De stelling van Ding c.s. dat deze patstelling te wijten zou zijn aan X is geen reden voor afwijzing van het enquêteverzoek omdat de toewijsbaarheid van dat verzoek vooral afhankelijk is van het belang van CW. De patstelling is een gegronde reden om aan de juistheid van het beleid van CW te twijfelen, aldus de OK.

Wegens de impasse in het bestuur van CW is het naar het oordeel van de OK tevens nodig om

onmiddellijke voorzieningen te treffen die erop gericht zijn CW in staat te stellen, zowel op het niveau van het bestuur als op dat van de aandeelhoudersvergadering beslissingen te nemen. De OK zal daartoe een tijdelijk bestuurder benoemen met doorslaggevende stem, die bevoegd is CW zelfstandig te vertegenwoordigen. De OK ziet bij de huidige stand van zaken onvoldoende aanleiding om, zoals Ding c.s. hebben gevraagd, de bevoegdheid van de te benoemen tijdelijke bestuurder op voorhand te beperken tot gevallen waarin Chinnede niet tot een beslissing kan komen. De OK acht het met het oog op de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering van CW geboden om bij wijze van onmiddellijke voorziening 51% van de door Chinnede in het kapitaal van CW gehouden aandelen ten titel van beheer over te dragen aan de te benoemen bestuurder.

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid CW benoemt een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon teneinde het onderzoek te verrichten. Daarnaast benoemt de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot bestuurder van CW met doorslaggevende stem en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is om CW te vertegenwoordigen en bepaalt bij wijze van onmiddellijke voorziening dat 51% van de door de vennootschap Chinnede gehouden aandelen in het kapitaal van CW ten titel van beheer zijn overgedragen aan de hierboven genoemde bestuurder.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-02-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7329

Zaaknummer: 200.097.019/01

Wetsartikelen: 2:346 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

VLM Airlines

Art. 81 RO. Beroep bij ondernemingskamer op de voet van art. 26 WOR. Adviesplichtige besluiten? Ondernemingsraad is niet om advies verzocht. Is er sprake van medeondernemerschap?

VLM Airlines Personeelsbeheer Nederland BV (hierna: VLM Nederland) is een dochtervennootschap van en wordt bestuurd door VLM Airlines N.V. (hierna: VLM België). Het bestuur ervan wordt voor VLM België gevoerd door A en B. Bij VLM Nederland zijn circa 158 mensen werkzaam. VLM c.s. maken deel uit van de Air France-KLM groep, waartoe ook Cityjet Limited (hierna: Cityjet) behoort.

Bij brief van 12 oktober 2009 heeft B de ondernemingsraad advies gevraagd over het voorgenomen besluit om met ingang van het IATA Wo9/10 seizoen het luchtvervoer op de route Rotterdam-Manchester te staken en met ingang van januari 2010 het gebruik van het tweede chartertoestel te beëindigen. De reden voor dit voorgenomen besluit was dat die route verliesgevend was en naar verwachting zou blijven.

De ondernemingsraad heeft op 23 november 2009 negatief geadviseerd. Bij e-mail van 25 februari 2010 heeft B de ondernemingsraad bericht, dat er een statutenwijziging heeft plaatsgevonden inzake doel en naam van de vennootschap. De vennootschap draagt sindsdien de naam van "VLM Airlines Personeelsbeheer Nederland B.V." Het doel van de vennootschap werd gewijzigd ter verduidelijking: De vennootschap heeft tot doel het aangaan van arbeidsovereenkomsten met en het inhuren, uitleven en detacheren van werknemers en personeel, in het bijzonder werknemers en personeel met bekwaamheid tot het verlenen enkele in de statuten bepaalde diensten.

Bij e-mail van 3 maart 2010 heeft de ondernemingsraad B geschreven dat zij verrast zijn door deze e-mail. Volgens de nieuwe doelomschrijving worden de toekomstige werkzaamheden van de organisatie op een essentieel onderdeel beperkt. Het is nu nog slechts een kale personeelsbv. Volgens de ondernemingsraad had deze wijziging vooraf ter advisering aan hen moeten worden voorgelegd. Bij e-mail van 5 maart 2010 heeft B onder meer gesteld dat de aanpassing van het doel geen aanpassing is zoals bepaald in het kader van artikel 25 van de

WOR. Er is dan ook geen sprake van een besluit van de ondernemer tot wijziging, inkrimping of uitbreiding van de werkzaamheden van de onderneming. In die zin is artikel 25 WOR niet van toepassing op de uitgevoerde statutenwijziging.

Bij e-mail van 6 april 2010 heeft de ondernemingsraad B onder meer geschreven ook met enige verbazing kennis te hebben genomen van het feit dat B zonder overleg heeft besloten een wetleaseconstructie ook voor VLM Nederland van toepassing te laten zijn, ondanks het feit dat de ondernemingsraad eerder hierover had gesteld dat daarvoor hun advies nodig was. De ondernemingsraad verzoekt B vriendelijk doch dringend uiterlijk vrijdag 9 april een adviesaanvraag in te dienen met betrekking tot de invoering van deze wetleaseconstructie in Nederland.

De ondernemingsraad heeft de OK verzocht te verklaren dat VLM c.s. bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid hebben kunnen komen tot het besluit tot wijziging van de statuten van VLM Nederland en tot het besluit tot aangaan van de wetlease-overeenkomst met ingang van 1 april 2010. De ondernemingsraad voert aan dat deze besluiten zijn genomen zonder dat de ondernemingsraad in overeenstemming met art. 25 WOR om advies is gevraagd.

De OK heeft bovenstaande verzoek toegewezen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping.

De HR oordeelt dat de in het middel aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden en doen deze beschikking af met een art. 81 RO.

Hieronder enkele overwegingen uit de conclusie van Timmerman:

Medeondernemerschap

3.3 Als uitgangspunt geldt de maatstaf voor medeondernemerschap in de zin van de WOR, zoals die blijkt uit het arrest van uw Raad 26 januari 2000, LJN AA4735, NJ 2000/223, JOR 2000/55, JAR 2000/30 (Gemeentelijke herindeling), rov. 3.4: "Om een ander dan de ondernemer die de ondernemingsraad heeft ingesteld, naast die ondernemer als mede-ondernemer te kunnen aanmerken is nodig dat feiten en omstandigheden worden gesteld en, bij betwisting daarvan, aannemelijk gemaakt waaruit volgt dat die ander ten opzichte van de desbetreffende onderneming een positie inneemt die hem stelselmatig een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming verschaft dat gezegd kan worden dat de onderneming mede door die ander in stand wordt gehouden."

Statutenwijziging in beginsel niet adviesplichtig

3.15 Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat een statutenwijziging in beginsel niet adviesplichtig is. Dit is slechts anders, wanneer een besluit tot wijziging van de statuten leidt tot een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming van de vennootschap, dan wel tot een belangrijke wijziging in de bevoegdheden binnen de onderneming van de vennootschap.⁽¹²⁾ Het onderdeel kan wegens een verkeerde lezing van de beschikking niet tot cassatie leiden. De Ondernemingskamer heeft het door het onderdeel bedoelde eerdere besluit niet aan zijn beoordeling ten grondslag gelegd, maar alleen het besluit tot statutenwijziging. De Ondernemingskamer constateert dat sprake is geweest van een belangrijke beleidswijziging. De Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat deze in de statutenwijziging is belichaamd. Die benadering van de Ondernemingskamer berust op een bepaalde uitleg van de haar voorgelegde feiten en is m.i. niet onbegrijpelijk.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 03-02-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BU9108

Zaaknummer: 11/00294

Wetsartikelen: 26 WOR en 81 RO

RECHTSPRAAK

X & Y/Z

Vordering tot overname aandelen op de voet van art. 2:343 BW. Geschillenregeling, uitkoopprocedure. De rechter kan bij redelijke toepassing art. 2:343 forfaitaire vergoeding opnemen ter hoogte van de wettelijke rente voor nadeel dat eiser lijdt gedurende periode tussen overdracht aandelen en definitieve vaststelling waarde daarvan door gemis aan verschil tussen vastgestelde waarde en bij wijze van voorschot betaalde bedrag. Omstandigheid dat geen wettelijke rente is gevorderd, behoefde OK niet te weerhouden van toekenning van die vergoeding. Uit tekst art. 2:343 lid 3 volgt dat vonnis of arrest waarbij de te betalen prijs wordt vastgesteld niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard

De broers X, Y en Z waren begin jaren negentig, ieder voor een derde, de houders van de aandelen in het geplaatste kapitaal van de vennootschappen A B.V. (hierna: A) en B B.V. (hierna: B). Aanvankelijk zijn alle drie de broers bestuurder, maar na onenigheid wordt Z ontslagen. Z heeft bij de rechtbank 's-Hertogenbosch een vordering aanhangig gemaakt als bedoeld in art. 2:343 BW, ertoe strekkende dat X en Y worden veroordeeld de door hem gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van A en van B over te nemen.

De OK heeft de waarde van de door Z gehouden aandelen in A en B vastgesteld op € 858.389,-- en heeft X en Y veroordeeld tot overname van de door Z gehouden aandelen in A en B. Verder heeft de OK wettelijke rente toegekend en haar arrest bij voorraad uitvoerbaar verklaard.

In deze cassatieprocedure is aan de orde (a) of de toekenning van de wettelijke rente door de OK terecht is en (b) of de OK haar arrest uitvoerbaar bij voorraad kon verklaren. De conclusie AG Timmerman strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot toewijzing van de vordering van X en Y (5.21 en 5.22 van de conclusie).

De Hoge Raad overweegt allereerst dat art. 2:340 lid 1 ertoe strekt dat de rechter, met

inachtneming van het deskundigenbericht, zelfstandig de vergoeding vaststelt die voor de overgenomen aandelen verschuldigd is. Bij een redelijke toepassing van het in art. 2:343 BW kan de rechter bij de vaststelling van hetgeen in een geval als het onderhavige verschuldigd is rekening houden met het nadeel dat de eiser gedurende de periode tussen de overdracht van de aandelen en de definitieve vaststelling van de waarde daarvan lijdt door het gemis van het verschil tussen de vastgestelde waarde en het hem bij wijze van voorschot betaalde bedrag, en een forfaitaire vergoeding voor dat nadeel opnemen ter hoogte van de wettelijke rente. De omstandigheid dat Z geen wettelijke rente gevorderd heeft, behoefde de OK dus niet te weerhouden van toekenning van die vergoeding, aldus de Hoge Raad.

De OK heeft echter wel ten onrechte haar arrest uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Uit de tekst van art. 2:343 lid 3 ("nadat hem een afschrift van het onherroepelijk geworden vonnis als bedoeld in artikel 340 lid 1 is betekend") volgt dat een vonnis of arrest waarbij de te betalen prijs wordt vastgesteld niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Uit die bewoordingen vloeit immers voort dat de wederzijdse prestaties eerst opeisbaar zijn nadat de uitspraak onherroepelijk is geworden. Uitvoerbaarheid bij voorraad is met deze wettelijke regeling niet verenigbaar.

Bij gebrek aan belang kan het onderdeel echter niet tot cassatie leiden, nu het arrest van de OK door de onderhavige uitspraak onherroepelijk wordt.

De Hoge Raad verwerpt aldus het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 27-01-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BU4970

Zaaknummer: 10/02174

Wetsartikelen: 2:343 BW

RECHTSPRAAK

Sveba

Bestuurdersaansprakelijkheid. Bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar contractuele verplichtingen niet is nagekomen door (aandelen in de) vennootschap over te dragen zonder enige onderzoek naar de overnemende partij. Verwijzing naar Hoge Raad 8 december 2006, LJN AZO758 (Ontvanger/Roelofsen)

B is enig aandeelhouder en bestuurder van SVEBA Beheer B.V. (hierna: SVEBA). SVEBA is enig aandeelhouder en bestuurder van Sveba Bouwen en Wonen B.V. (hierna: Sveba B&W) In september 2010 neemt Vitalis B.V. de aandelen in Y B.V. over en wordt daarmee enig bestuurder van Sveba B&W. A heeft tussen juni 2008 en november 2010 elektronische goederen verkocht en geleverd aan Sveba B&W B.V. De facturen van na september 2010 blijven onbetaald. In maart 2011 wordt Sveba B&W B.V. in staat van faillissement gesteld. A stelt SVEBA en B aansprakelijk voor de geleden schade, bestaande uit de nog openstaande vorderingen.

De rechtbank: In geval van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering kan, naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt (zie Hoge Raad 8 december 2006, LJN AZO758). In het algemeen mag alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De betrokken bestuurder kan voor de schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden, indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te

begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen. In casu moet worden aangenomen dat B en SVEBA zich koud van Sveba B&W hebben ontdaan door de aandelen over te dragen aan een voor hen onbekende rechtspersoon die zich aanbood als koper van vennootschappen, en dat zij daarmee bewust het risico op de koop toe hebben genomen dat de onderneming in handen zou komen van iemand die niet van zins was de nog verschuldigde facturen van A (die betrekking hadden op reeds beëindigde bedrijfsactiviteiten) te voldoen. Hiermee hebben B en SVEBA zich bij de overdracht van de aandelen de belangen van A, als crediteur van Sveba B&W, onvoldoende aangetrokken. B en SVEBA stellen in dit kader nog dat een verkoper van aandelen niet is gehouden om zich ervan te verzekeren dat het nieuwe bestuur onder de nieuwe eigenaar zal blijven voldoen aan alle op de vennootschap bestaande vorderingen. In dit geval hebben zij zich echter van het andere uiterste bediend door zich in het geheel niet te bekommeren om de consequenties van de overdracht van de onderneming voor haar crediteur A. Dat handelen c.q. nalaten van B en SVEBA is naar het oordeel van de rechtbank zodanig onzorgvuldig dat hen daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. B en SVEBA zijn uit dien hoofde op grond van onrechtmatige daad hoofdelijk aansprakelijk voor de door A geleden schade, B via artikel 2:11 BW. Het risico dat Sveba B&W in handen kwam van een (rechts)persoon die de belangen van de crediteuren niet naar behoren zou behartigen heeft zich ook daadwerkelijk verwezenlijkt. Gesteld noch gebleken is immers dat Vitalis BV enige activiteit heeft ontplooid die was gericht op normale voortzetting van de onderneming dan wel op een correcte afwikkeling daarvan. Integendeel, uit de van de curator verkregen informatie, blijkt ook dat Sveba B&W is leeggehaald en dat de administratie verdwenen is.

De rechtbank veroordeelt SVEBA en B hoofdelijk tot betaling aan A.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 25-01-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BV6199

Zaaknummer: 484614 / HA ZA 11-737

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:11 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/B B.V. en C

Art. 81 RO. Onrechtmatige daad; huurrecht. Bewust profiteren c.q. uitlokken wanprestatie huurder. Aansprakelijkheid (indirect) bestuurder. Hoofdelijke veroordeling tot betaling achterstallige huurpenningen. Geen misbruik van identiteit of vereenzelviging, wel onrechtmatig handelen, bestuurdersaansprakelijkheid wegens betalingsonwil

X was directeur en enig aandeelhouder van A B.V. A B.V. produceerde ziekenhuis- en ander meubilair; zij had een poot ziekenhuismeubilair (Business Unit Medisch) en een poot kantoormeubilair (Business Unit Project).

X is tevens eigenaar van een bedrijfspand te Tilburg (hierna: het bedrijfspand).

X heeft in 1997 zijn aandelen in A B.V. verkocht. De aandelen zijn uiteindelijk in handen gekomen van De Smidse C.V.

A B.V. heeft bij overeenkomst van 25 maart 2004 alle activa en (handels)contracten met betrekking tot de Business Unit Project overgedragen aan B B.V. i.o. B B.V. i.o. werd daarbij vertegenwoordigd door C. De huurovereenkomst tussen A B.V. en X bleef ongewijzigd doorlopen tussen A B.V. en X.

B B.V. is op 23 april 2004 ingeschreven in het Handelsregister. Op 23 april 2004 is eveneens in het Handelsregister ingeschreven B Beheer B.V. B Beheer is enig aandeelhouder van B B.V. C is directeur en enig aandeelhouder van B Beheer en bestuurder van B B.V.

B B.V. heeft zich met ingang van 1 januari 2004 gevestigd in het bedrijfspand.

Op 12 augustus 2004 heeft De Smidse C.V. de aandelen in A overgedragen aan B Beheer. B Beheer is tevens bestuurder van A B.V.

Vanaf medio 2004 heeft B B.V. de leveranties aan bestaande klanten van A B.V. feitelijk uitgevoerd. Betalingen van deze leveranties vond plaats op rekening van B B.V.

In de loop van 2005 is tussen A B.V. en X een conflict ontstaan over de hoogte van de huurprijs voor het bedrijfspand in relatie tot de staat van onderhoud. Vanaf januari 2006 heeft A B.V. de huurpenningen nog maar voor de helft betaald en met ingang van 1 juni 2006 heeft zij de betalingen geheel gestaakt. De huurovereenkomst is op 31 december 2006 geëindigd. Het bedrijfspand is op 15 juli 2006 door B B.V. verlaten en ontruimd. Bij vonnis van de kantonrechter van 18 juli 2007 is A B.V. veroordeeld tot betaling aan X van € 185.000, - wegens achterstallige huurpenningen en/of schadevergoedingstermijnen, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 12 juli 2007.

X heeft hoofdelijke veroordeling gevorderd van B B.V. en C tot betaling aan hem van de achterstallige huursom. X heeft zijn vorderingen tegen B B.V. en C primair gebaseerd op vereenzelviging van B. B.V. met A B.V., en subsidiair op onrechtmatige daad vanwege het bewust uitlokken en profiteren van de wanprestatie - bestaande uit het onbetaald laten van de huurpenningen - van A B.V. Zijn vorderingen tegen C heeft X gebaseerd op onrechtmatige daad, meer in het bijzonder het bewust omleiden van geldstromen en het daardoor betalingsonwil en betalingsonmacht creëren bij A B.V.

De rechtbank heeft de vorderingen van X afgewezen.

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en B B.V. en C hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan X van € 185.000, -. Het hof wel geoordeeld dat in het onderhavige geval geen sprake is van misbruik van identiteitsverschil c.q. vereenzelviging. Het hof wijst de vorderingen toe op grond van onrechtmatige daad. Het hof heeft daarvoor onder meer gekeken of B B.V. bewust geprofiteerd heeft van de wanprestatie van A B.V. en of C als (indirect) bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden voor benadeling van A B.V.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping.

De HR verwerpt cassatie met een beroep op art. 81 RO.

Enkele overwegingen uit de conclusie van A-G Timmerman:

Bepalen feitelijke armslag van A B.V.

3.10 Het hof acht m.i. niet slechts bezwaarlijk dat B B.V. en C hebben nagelaten de financiële armslag van A B.V. te vergroten, maar vooral dat B B.V. en C een situatie in het leven hebben geroepen waarin zij de financiële armslag van A B.V. konden bepalen. De omstandigheid dat B. B.V. feitelijk de beschikking had over het gehele bedrijfspand leidt ertoe dat het aan B B.V. en C was uit te maken in hoeverre B B.V. of derden gebruik maakten van het pand - en tevens welke vergoeding daarvoor aan A B.V. en/of B B.V. verschuldigd was. Daardoor konden B B.V.

en C beslissen in hoeverre A B.V. over financiële middelen zou beschikken. De door het hof omschreven bijzondere bijkomende omstandigheden maken dat een en ander onrechtmatig is.

In onderhavige geval terecht niet de beklamel-norm voor aansprakelijkheid C

3.14 [...] Het hof heeft de juiste maatstaf aangelegd om de aansprakelijkheid van C te beoordelen. Het hof past m.i. terecht niet de Beklamel-norm toe. Het gaat hier niet om het aangaan van een nieuwe verplichting in een financieel benarde situatie, maar om het door een bestuurder bewerkstelligen dat zijn vennootschap een bestaande verplichting niet betaalt. Ik kan zonder nadere toelichting die ontbreekt niet inzien wat er onjuist zou zijn aan de uitdrukking "voorzien dat de vennootschap op termijn niet kan betalen".

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 20-01-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BV1453

Zaaknummer: 10/02781

Wetsartikelen: 81 RO en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Varde Investments Limited/X

Dexia-zaak. Opt-out verklaring ingediend door mr. Rebel niet rechtsgeldig. Geen bevoegdheid tot het afleggen van een opt-out verklaring op grond van een volmacht die vóór de WCAM-overeenkomst is afgegeven. Geen zaakwaarneming. Gedaagde is gebonden aan WCAM-overeenkomst

In 1999 is X met (een rechtsvoorganger van) Dexia Bank Nederland B.V. (“Dexia”) een overeenkomst van aandelenlease aangegaan. In 2006 heeft X een volmacht gegeven aan mr. Y om namens hem een procedure tegen Dexia te voeren. In 2007 is op grond van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (“WCAM”) de zogenoemde Duisenbergregeling verbindend verklaard. Een WCAM-overeenkomst geldt op grond van de wet als vaststellingsovereenkomst waarbij iedere gerechtigde bij de overeenkomst partij is. Diegene die niet gebonden wilden zijn aan de verbindendverklaring, dienden dit voor augustus 2007 schriftelijk aan een notaris mede te delen (opt-out). In opdracht van Mr. Y is door een advocaat in juli 2007 een opt-out verklaring ingediend voor een groot aantal personen, waaronder X.

Dexia heeft zich op het standpunt gesteld dat de opt-out verklaring ongeldig is nu de advocaat niet gevolmachtigd was (artikel 3:69 lid 3 BW) en vordert daarom betaling van X. X stelt (primair) dat de advocaat bevoegd was om namens hem een opt-out verklaring in te dienen op grond van de aan mr. Y afgegeven volmacht en (subsidiair) dat mr. Y bevoegd was als zaakwaarnemer de opdracht tot het indienen van een opt-out verklaring aan de advocaat te geven en dat de advocaat ook zelfstandig als zaakswaarnemer bevoegd was.

Kantonrechter: de vraag doet zich voor of de advocaat, op grond van een aan mr. Y (met recht van substitutie) verstrekte opdracht, bevoegd was namens X de opt-out verklaring af te leggen. Deze vraag is reeds in andere Dexia-zaken aan de orde geweest (LJN: BP9794) en positief beantwoord. Het onderhavige geval is echter niet vergelijkbaar, waardoor de kantonrechter uitgaat van (de tekst van) de volmacht zoals deze door X is afgegeven aan mr. Y. Uit de rechtspraak (LJN: BQ8035) volgt dat die volmacht niet de bevoegdheid behelst namens de

volmachtgever een opt-out verklaring uit te brengen, in geval van de bedoelde verbindendverklaring van de Duisenbergregeling.

De opt-out verklaring kan tevens niet uit hoofde van zaakwaarneming geldig worden geoordeeld. De kantonrechter concludeert dat tussen Dexia en X een vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen doordat X niet (tijdig) een opt-out verklaring in het kader van de WCAM-overeenkomst heeft gedaan, waardoor zij is aan te merken als gerechtigde in de zin van die overeenkomst. De vordering van Dexia wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 10-01-2012

ECLI: ECLI:NL:RBROE:2012:BVo643

Zaaknummer: 265959 \ CV EXPL 10-672

RECHTSPRAAK

Imeko Holding

Interne bevoegdheden van commissarissen. Bevoegdheid om de bezoldiging van een commissaris, de bezoldiging bestuurders vast te stellen. Bezoldiging commissaris als feitelijk bestuurder

In de statuten van Imeko is onder meer bepaald, dat de leden van de directie worden benoemd door de algemene vergadering, die hen te allen tijde kan schorsen en ontslaan (art. 18.1) en dat de raad van commissarissen het salaris, het eventuele tantième en de verdere arbeidsvoorwaarden van de leden van de directie vaststelt (art. 18.7). In art. 23 van de statuten is bepaald, dat de algemene vergadering aan de commissarissen een beloning kan toekennen. Kosten worden hun vergoed. X is op 23 mei 2002 benoemd tot lid van de RvC van Imeko. In de AVA van Imeko van 27 juni 2002 is besloten, dat de directievoering over Imeko wordt overgelaten aan de RvC met benoeming van X tot gedelegeerd commissaris van de twee belangrijkste dochtermaatschappijen van Imeko.

In de AVA van 2 juli 2003 is besloten dat X per 1 september 2003 zal aftreden als lid van de RvC en is hij per die datum tot directeur van Imeko benoemd. X is op 11 juli 2005 afgetreden als directeur van Imeko en weer benoemd tot lid van de RvC. X is per 12 juni 2006 afgetreden als lid van de RvC en heeft na deze datum geen functies meer bekleed bij Imeko.

X c.s. vorderen de veroordeling van Imeko tot betaling van € 105.628,48. X c.s. baseren deze vordering op de stelling dat X in de periodes dat hij commissaris van Imeko was tevens managementtaken heeft vervuld en daarom naast zijn commissarisfee ook recht heeft op een aanvullende managementvergoeding.

De rechtbank: heeft hierover geoordeeld dat uit art. 23 van de statuten van Imeko voortvloeit dat Imeko slechts dan gehouden is tot betaling van de door X c.s. verlangde aanvullende managementvergoeding indien de AVA daarmee heeft ingestemd. Nu niet gebleken is dat de AVA akkoord is gegaan met het toekennen van een aanvullende beloning kwam de rechtbank tot de slotsom dat de vordering van X c.s. dient te worden afgewezen. Het hof: heeft de vordering alsnog toegewezen. Het achtte, anders dan de rechtbank, art. 23 van de statuten in deze niet van toepassing, omdat dat artikel de beloning van de commissarissen betreft, terwijl

het nu gaat om de beloning van X voor de werkzaamheden die hij, in verband met het feit dat de AVA de directievoering aan de RvC heeft overgelaten, als lid van de directie heeft verricht. Naar het oordeel van het hof was het, ingevolge art. 18 onder 7 van de statuten, aan de RvC om het salaris van de als directielid optredende leden van de RvC vast te stellen, en heeft de RvC dat gedaan bij besluit van 2 juli 2002.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot vernietiging.

Hoge Raad: Acht de beslissing van het hof onjuist, omdat commissarissen op grond van art. 2:145 BW en art. 23 van de statuten van Imeko slechts aanspraak kunnen maken op een door de AVA vastgestelde bezoldiging. Volgens de Hoge Raad dient de beloning van bestuurders en commissarissen, ongeacht de aard van de door hen verrichte werkzaamheden, in het belang van duidelijke verhoudingen binnen de vennootschap op het punt van de bevoegdhedenverdeling, en om belangenconflicten bij de toekenning van beloningen van bestuurders en commissarissen te voorkomen, te geschieden door de in de wet en de statuten aangewezen organen. Commissarissen kunnen, zoals ook valt af te leiden uit art. 2:151 BW, voor zekere tijd daden van bestuur verrichten, maar zonder een daartoe strekkend benoemingsbesluit van het daartoe bevoegde orgaan - in het geval van Imeko is dat ingevolge art. 18.1 van haar statuten de AVA-maken zij geen deel uit van het bestuur. Indien de statuten van een naamloze vennootschap de vaststelling van de bezoldiging van de bestuurders aan de raad van commissarissen overlaten, zoals art. 2:135 BW toelaat en in art. 18.7 van de statuten van Imeko is geregeld, maakt dat die raad van commissarissen niet bevoegd om een bezoldiging aan zijn eigen leden toe te kennen ter vergoeding van door die leden verrichte werkzaamheden op bestuursniveau. De RvC kon derhalve, anders dan het hof oordeelde, aan art. 18.7 van de statuten niet de bevoegdheid ontleen om een aanvullende managementvergoeding vast te stellen voor bestuurswerkzaamheden die zijn lid X verrichtte.

De Hoge Raad vernietigt aldus het arrest van het hof.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-01-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BU6509

Zaaknummer: 10/03313

Wetsartikelen: 2:151 BW, 2:145 BW en 2:135 BW

RECHTSPRAAK

A/Rabobank

Borgtocht. Toestemmingsvereiste echtgenoot; uitzondering? Rechtshandeling die pleegt te worden verricht in de normale uitoefening van het bedrijf waarvan de borg bestuurder en enig aandeelhouder is? Verder speelt de vraag of een achterborg een subsidiaire karakter draagt ten opzichte van een borgtocht en de bank verplicht is eerst de andere hoofdborg aan te spreken. Het hof oordeelt van niet

A is enig statutair bestuurder en enig aandeelhouder van de besloten vennootschap BV X. BV X houdt 50% van de aandelen in en is statutair bestuurder van de besloten vennootschap BV Y, welke vennootschap op haar beurt 100% aandeelhoudster is van een vijftal werkmaatschappijen, waarmee zij de Y-groep vormt. De overige 50% van de aandelen in BV Y worden gehouden door de besloten vennootschap Lucid B.V. (hierna: Lucid), van welke vennootschap de compagnon van A, B, enig aandeelhouder en bestuurder is.

Sinds 2004 financiert de bank de Y-groep. Daarbij zijn BV Y en de genoemde vijf werkmaatschappijen hoofdelijk jegens de bank aansprakelijk voor de nakoming van de verplichtingen uit de geldlening. BV Y gaat failliet. BV X was ten tijde van de faillietverklaring van BV Y niet in staat haar verplichting uit de borgtochtovereenkomst met de bank na te komen. Daarop heeft de bank A aangesproken. De echtgenote van A vordert vernietiging van de gesloten borgtochtovereenkomst op grond van art. 1:88 BW.

Het hof overweegt, dat de uitzondering die in het vijfde lid van artikel 1:88 BW wordt gemaakt op het toestemmingsvereiste, slechts geldt indien de rechtshandeling ten behoeve waarvan de borgstelling wordt aangegaan zelf behoort tot de rechtshandelingen die plegen te worden verricht in de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap waarin de borg enig aandeelhouder is (HR 14 april 2000, LJN: AA 5526, NJ 2000, 689).

Toegepast op de onderhavige borgstelling door A brengt dit mee dat de toestemming van diens echtgenote daarvoor niet vereist was indien de rechtshandeling voor de nakoming

waarvan A zich borg stelde, behoort tot de rechtshandelingen die plegen te worden verricht in de normale uitoefening van het bedrijf van BV X. De rechtshandeling voor de nakoming waarvan A zich borg stelde, was de borgstelling door BV X ten behoeve van de financiering door de bank van de Y-groep. Gelet op de weergegeven statutaire doelomschrijving van BV X en bij gebreke van enige aanwijzing voor het tegendeel, moet worden geoordeeld dat het tot de normale bedrijfsuitoefening van BV X behoorde om zich borg te stellen ten behoeve van het verkrijgen van financiering door de Y-groep. Daarmee valt de borgstelling door A onder de uitzonderingsbepaling van artikel 1:88 lid 5 BW en was toestemming van zijn echtgenote voor het aangaan daarvan niet vereist. Het beroep op vernietiging gaat niet op.

Op het voorgaande stuit grief 1 af, nu deze ervan uitgaat dat de rechtshandeling voor de nakoming waarvan A zich borg stelde, de financieringsovereenkomst tussen de bank en BV Y is, hetgeen zoals volgt uit het voorgaande niet juist is.

Ten overvloede overweegt het hof dat indien te dezen beslissend zou zijn geweest of de financieringsovereenkomst door BV Y is aangegaan in de normale uitoefening van haar bedrijf, dit niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Het hof sluit zich aan bij de overwegingen van de rechtbank van het bestreden vonnis. Dat deels sprake was van een herfinanciering na beëindiging van de financiering door de vorige bank, maakt op zichzelf nog niet dat de financiering niet werd aangegaan in de normale bedrijfsuitoefening. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de bank daarbij nieuwe zekerheden eiste. Dat sprake was van een bijzonder en verhoogd risico, dat geen sprake was van een alledaags krediet, dat de bank abnormale zekerheden eiste en dat de extra € 75.000 in rekening-courant werd verstrekt om een “turn-around” van de Y-groep te bewerkstelligen, zoals A stelt, heeft hij onvoldoende toegelicht.

Grief 2 strekt ten betoge dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat A het door de Y-groep aan de bank verschuldigde aan de laatstgenoemde moet terugbetalen, nu twee tot die groep behorende vennootschappen niet zijn gefailleerd (Y Finance & Accounting Utrecht B.V. en Y Consultants B.V.). Volgens A heeft de bank niets gedaan om te constateren dat deze twee overgebleven vennootschappen niet zullen voldoen aan hun verplichtingen. Gezien de vermelde vaststaande feiten had het op de weg van A gelegen nader feitelijk te onderbouwen dat (een van) deze vennootschappen de betalingsverplichtingen jegens de bank uit hoofde van de aan de groep verstrekte financiering (wel) zou(den) kunnen nakomen, mede nu noch uit de overgelegde correspondentie voorafgaande aan dit geding naar aanleiding van de aanspraken van de bank jegens BV X en jegens A uit hoofde van de door dezen aangegane borgstellingen jegens de bank, noch uit de stukken in eerste aanleg blijkt dat A deze stelling eerder naar voren heeft gebracht. Het hof neemt daarbij mede in aanmerking dat uit het door A overgelegde uittreksel uit het

Handelsregister blijkt dat A statutair bestuurder is van Y Consultants B.V. Tevens neemt het hof in aanmerking dat uit het zevende faillissementsverslag in het faillissement van BV Y blijkt dat de bank na incassering van de verpande debiteuren nog een vordering had ter hoogte van € 112.400,10. Niet blijkt daaruit, en ook verder is gesteld noch gebleken dat enig bedrag is afgelost of afbetaald door Y Finance & Accounting Utrecht B.V. of Y Consultants B.V.

In de toelichting op grief 3 voert A aan dat de bank nog geen enkele poging heeft ondernomen om betaling van Lucid, medeborg van BV X, te verkrijgen. Nu het subsidiaire karakter van de verbintenis van A meebrengt dat eerst de hoofdschuldenaar wordt aangesproken, dient de bank volgens A naar analogie daarvan ook het nodige te doen om te constateren dat alle borgen, dus ook Lucid, niet tot betaling zullen overgaan, alvorens zij de achterborg(en) aanspreekt. De verbintenis tot achterborgtocht is immers, zo betoogt A, subsidiair aan de verbintenis die strekt tot borgtocht. Deze grief faalt, omdat dit betoog geen steun vindt in het recht. Nu vaststaat dat BV X als hoofdschuldenaar tekortschoot in de nakoming van haar verplichtingen als borg van BV Y, stond het de bank vrij om A als borg van BV X aan te spreken. Geen rechtsregel verplichtte de bank om eerst een andere borg van BV Y aan te spreken. Van de door A, onder verwijzing naar de Parlementaire Geschiedenis Invoering Boek 7, p. 438, bepleite analogie met het subsidiaire karakter van de borgtocht ten opzichte van de hoofdschuld, is geen sprake. Evenmin kan worden aangenomen dat deze voortvloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid of dat de handelwijze van de bank, bestaande in het aanspreken van A als achterborg zonder eerst een andere borg van de hoofdschuldenaar te hebben aangesproken, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Ten slotte spitst het debat zich nog toe op de vraag of een betaling door B al of niet reeds is verwerkt in het bedrag van € 112.400,10 zoals genoemd in het zevende faillissementsverslag. Volgens A is dat niet het geval, volgens de bank wel. De bank zal in de gelegenheid worden gesteld bij akte het verloop van haar vordering en de omvang van haar thans nog openstaande restantvordering nader te onderbouwen, waarna A daarop bij antwoordakte kan reageren.

Het hof, recht doende in hoger beroep verwijst de zaak naar een nieuwe roldatum teneinde de bank in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten; houdt verder iedere beslissing aan.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-12-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX0873

Zaaknummer: 200.079.156

Wetsartikelen: 1:88 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

ACD

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW. Sprake van gering (onbelangrijk) verzuim. Tevens bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW onbehoorlijk bestuur. Zaak op dat punt aangehouden

Beheer BV ("Beheer") is aandeelhouder van ACD BV ("ACD"). X en Y zijn bestuurders van zowel Beheer als ACD. X en Y waren ook bestuurders van Autocenter Zaltbommel BV ("ACZ"). ACD was eigenaar van het bedrijfspand waarin zij gevestigd was. Op het bedrijfspand rustte een opstalrecht dat betrekking had op een benzinepomp. Deze werd geëxploiteerd door eerst R Olie en daarna Shell/ Tinq. Het bedrijfspand van ACD is verkocht aan Beheer. Ongeveer vijf jaren later is ACD failliet gegaan. De curator heeft de bestuurders van ACD aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement en heeft Beheer in gebreke gesteld voor het voldoen van de koopsom voor het bedrijfspand.

De curator heeft zijn vordering primair gebaseerd op artikel 2:248 lid 1 BW en artikel 2:248 lid 2 BW in samenhang met artikel 2:394 BW. Aan de vordering ligt de opvatting ten grondslag dat X en Y hun taak als bestuurder van ACD onbehoorlijk hebben vervuld, enerzijds door de onverplichte verkoop van het bedrijfspand aan Beheer en de wijze waarop dit is gegaan, en anderzijds door niet te voldoen aan de op hen ingevolge artikel 2:394 BW rustende verplichting om de jaarrekening 2008 tijdig, dat wil zeggen uiterlijk 13 maanden na afloop van het boekjaar, te publiceren.

De rechtbank

De rechtbank constateert dat de verkoop van het bedrijfspand door ACD aan Beheer meer dan drie jaar voor het faillissement van ACD heeft plaatsgevonden. Ingevolge lid 6 van artikel 2:248 BW kan een vordering op grond van artikel 2:248 BW slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Op grond daarvan kan het gestelde onbehoorlijk bestuur rond de verkoop van het bedrijfspand niet leiden tot toewijzing van de vordering op grond van artikel 2:248 lid 1 BW.

Verder hebben X en Y erkend dat de jaarrekening over 2008 37 dagen te laat is gepubliceerd. Zij voeren echter aan dat er sprake is van een gering verzuim. Of er sprake is van een gering verzuim hangt af van alle omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen voor de termijnoverschrijding, waarbij geldt dat aan de omstandigheden hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is. X en Y hebben aangevoerd dat de jaarstukken over 2008 wel op tijd zijn vastgesteld, namelijk op 22 oktober 2009, maar dat er verwarring is ontstaan over het versturen van de jaarstukken naar de Kamer van Koophandel. In de conclusie van antwoord voeren zij aan dat zij dachten dat de accountant dat zou doen en ter comparitie hebben zij verklaard dat het ook mogelijk is dat zij de getekende stukken naar de accountant in plaats van de Kamer van Koophandel hebben gestuurd. Uit het uittreksel uit het Handelsregister blijkt inderdaad dat de jaarstukken over 2008 op 22 oktober 2009 zijn vastgesteld. De curator heeft hier niets tegen ingebracht. Deze omstandigheid, de plausibele verklaring van X en Y voor de termijnoverschrijding, de duur van de termijnoverschrijding en het feit dat alle eerdere jaarstukken wel tijdig zijn gepubliceerd, allen in samenhang bezien, maken dat de rechtbank van oordeel is dat hier sprake is van een gering verzuim.

Subsidiair heeft de curator zijn vordering gebaseerd op artikel 2:9 BW. Van aansprakelijkheid op grond van dit artikel is pas sprake bij een onmiskenbare, duidelijke tekortkoming. Er is sprake van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – zo gehandeld zou hebben. De bestuurder moet een ernstig verwijt zijn te maken.

Aangezien X en Y ter comparitie nieuwe verklaringen doen met betrekking tot het voldoen van de koopprijs waar de curator niet op heeft kunnen reageren, ziet de rechtbank aanleiding om de curator zich bij akte uit te laten over of hij wil worden toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen het voorshands bewezen geachte feit dat Beheer de koopprijs voor het bedrijfspand heeft voldaan.

De rechtbank bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen voor het nemen van een akte door de curator.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 21-12-2011

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2011:BV2131

Zaaknummer: 210872

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:394 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Heidepad/ A

Bestuurdersaansprakelijkheid. Selectieve betaling van schuldeisers. Volgens vaste jurisprudentie bestaat er geen algemene regel die voorschrijft dat een debiteur gehouden is al zijn crediteuren naar evenredigheid van hun respectieve vorderingen te betalen en dat selectieve betaling in beginsel niet onrechtmatig is, nu de paritas creditorum pas geldt op het moment dat er sprake is van een collectief verhaal op het vermogen van de schuldenaar. Wel kunnen er blijkens diezelfde jurisprudentie omstandigheden zijn die meebrengen dat een (bestuurder van een) vennootschap onrechtmatig handelt. Dergelijke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat een bestuurder die weet dat de vennootschap in ernstige problemen verkeert, zijn eigen vordering op de vennootschap, of vorderingen van met de vennootschap gelieerde (rechts)personen wel, en de vorderingen van andere crediteuren niet voldoet. Ook het onbetaald laten van een enkele crediteur, terwijl de overige crediteuren hun vorderingen wel voldaan krijgen, kan onder omstandigheden een reden zijn om de selectieve (wan)betaling onrechtmatig te achten. Voorts zal -indien de bestuurder weet of moet weten dat het faillissement onafwendbaar is- het voldoen van een of meer bepaalde schuldeisers onrechtmatig kunnen zijn jegens de overige schuldeisers indien voor die betalingen geen rechtvaardiging te geven is. Anderzijds volgt uit genoemde jurisprudentie ook dat selectieve betaling, gepleegd in het kader van een reddingsplan om een faillissement te voorkomen, dan wel met het oog op een doorstart (in die zin dat een groot deel van de activiteiten en werkgelegenheid behouden blijft, althans binnen een andere rechtsvorm kan worden voortgezet), gerechtvaardigd kan zijn, zij het dat voor de overgenomen activa dan wel een redelijke

vergoeding moet worden betaald. Niet is komen vast te staan dat het handelen van de bestuurder ten opzichte van eiseres in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig was dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Y is bestuurder en enig aandeelhouder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Heidepad B.V. ("Heidepad"). R is enig aandeelhouder en bestuurder van Y. T is bestuurder en enig aandeelhouder van R.

De voorganger van Heidepad ("X") heeft in 1998 een aannemingsovereenkomst gesloten met A, waarbij zij zich onder meer heeft verplicht tot het aanbrengen van een vloer in een bedrijfshal. A heeft X in 2002 in rechte betrokken wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming. Heidepad is, ondanks het vonnis van de Rechtbank Almelo strekkende tot betaling van de geleden schade door A en ondanks aanmaningen van de zijde van A, niet tot betaling overgegaan.

A heeft de rechter verzocht het faillissement van Heidepad uit te spreken. Ter zitting heeft T, als bestuurder van R, welke vennootschap op haar beurt bestuurder is van Y, welke laatstgenoemde vennootschap bestuurder is van Heidepad, te kennen gegeven dat alle schulden van Heidepad zouden zijn voldaan, behoudens de vordering van A. De faillissementsverklaring is niet gegeven.

A spreekt de bestuurders T, R en Y aan om de geleden schade te vergoeden.

De Rechtbank

De rechtbank overweegt dat bij benadeling van een schuldeiser van de vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering naast aansprakelijkheid van de vennootschap ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden

aangenomen wanneer deze 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, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade, zie onder andere Hoge Raad 8 december 2006, NJ 2006/659 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 december 2009, JOR 2010/298.

In deze zaak doet geval (i) zich niet voor, nu geen sprake is van een door Heidepad jegens A aangegane verbintenis, waarvan de bestuurder wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.

A heeft zij zich dan ook beroepen op de hiervoor onder (ii) bedoelde aansprakelijkheid. De rechtbank overweegt in dat kader in de eerste plaats dat volgens vaste jurisprudentie er geen algemene regel bestaat die voorschrijft dat een debiteur gehouden is al zijn crediteuren naar evenredigheid van hun respectieve vorderingen te betalen en dat selectieve betaling in beginsel niet onrechtmatig is, nu de paritas creditorum pas geldt op het moment dat er sprake is van een collectief verhaal op het vermogen van de schuldenaar. Wel kunnen er blijkens diezelfde jurisprudentie omstandigheden zijn die meebrengen dat een (bestuurder van een) vennootschap onrechtmatig handelt. Dergelijke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat een bestuurder die weet dat de vennootschap in ernstige problemen verkeert, zijn eigen vordering op de vennootschap, of vorderingen van met de vennootschap gelieerde (rechts)personen wel, en de vorderingen van andere crediteuren niet voldoet. Ook het onbetaald laten van een enkele crediteur, terwijl de overige crediteuren hun vorderingen wel voldaan krijgen, kan onder omstandigheden een reden zijn om de selectieve (wan)betaling onrechtmatig te achten. Voorts zal -indien de bestuurder weet of moet weten dat het faillissement onafwendbaar is- het voldoen van een of meer bepaalde schuldeisers onrechtmatig kunnen zijn jegens de overige schuldeisers indien voor die betalingen geen rechtvaardiging te geven is.

Anderzijds is het zo dat selectieve betaling, gepleegd in het kader van een reddingsplan om een faillissement te voorkomen, dan wel met het oog op een doorstart, gerechtvaardigd kan

zijn, zij het dat voor de overgenomen activa dan wel een redelijke vergoeding moet worden betaald.

T,R en Y hebben onbetwist gesteld dat X kampte met verliesgevende jaren, als gevolg waarvan zij door de Bank onder 'bijzonder beheer' is geplaatst. Eveneens onbetwist hebben T,R en Y gesteld dat in overleg met de Bank is gekomen tot een overdracht van de onderneming door middel van een activa-passiva transactie aan een (indirect) door de kinderen van T gedreven vennootschap, dit omdat een integrale bedrijfsovername niet tot de mogelijkheden behoorde, en dat daarvoor een passende en redelijke vergoeding, gebaseerd op taxatierapporten is betaald. De kinderen van T hebben verklaard dat zij niet alle passiva hebben overgenomen, doch slechts schulden die samenhangen met het onderhanden werk en dat zij daarnaast de debiteuren die samenhangen met het onderhanden werk hebben overgenomen, alsmede machines en voorraden. Op het moment van overname van de ondernemingsactiviteiten stond de vordering van A nog niet vast.

Ingevolge het voorgaande is de rechtbank tot het oordeel gekomen dat niet is komen vast te staan dat het handelen van de bestuurder van Heidepad ten opzichte van A in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig was dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De rechtbank wijst af het gevorderde en veroordeelt A in de proceskosten.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 21-12-2011

ECLI: ECLI:NL:RBALM:2011:BVo467

Zaaknummer: 119127 / HA ZA 11-227

Wetsartikelen: 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Penningmeester Rode Kruis

Bestuurdersaansprakelijkheid. Vrijwilligersorganisatie met frauderende secretaris/bestuurslid. Vraag is of ook de penningmeester aansprakelijk is op grond van art. 2:9 BW. Specifieke verantwoordelijkheid voor financieel beleid. Eigen schuld vrijwilligersorganisatie? Achterwege laten antecedentenonderzoek en afsluiten bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering

Mevrouw K. was secretaris van de afdeling Gooistreek van het Nederlandse Rode Kruis. Deze afdeling was destijds een afzonderlijke vereniging met volledige rechtsbevoegdheid. Mevrouw K. heeft met bankpassen van de vereniging aankopen voor zichzelf en uitgaven in verband met vakantie gedaan. Zij heeft een wederrechtelijk verkregen voordeel van ruim 130.000 euro verkregen. K. is bij de rechtbank veroordeeld tot terugbetaling van het bedrag en is door de strafkamer van de rechtbank Amsterdam veroordeeld tot een gevangenisstraf van twaalf maanden wegens verduistering.

Volgens het Nederlandse Rode Kruis heeft de rechtbank het uitgangspunt van het van toepassing zijnde art. 2:9 BW, collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuursleden, miskend en de taken en verantwoordelijkheden van de penningmeester, de heer E., te beperkt opgevat. Tegen de wijze waarop de rechtbank art. 2:9 BW heeft toegepast richten zich de grieven. In de kern komt het standpunt van het Nederlandse Rode Kruis erop neer dat E. zijn taken als penningmeester van de afdeling Gooistreek, meer specifiek zijn kerntaken – het beheer van het vermogen van de afdeling en het waarborgen dat uitgaven het statutaire doel van de afdeling dienen – zonder valide reden niet (naar behoren) heeft vervuld. Dat K. zo lang haar gang heeft kunnen gaan, is te wijten aan het feit dat de penningmeester geen maatregelen heeft getroffen om in geval van fraude deze zo snel mogelijk te ontdekken en de schade daarvan zoveel mogelijk te beperken.

Het Hof: Uitgangspunt van art. 2:9 BW is dat het algemene beleid van een rechtspersoon, waartoe met name ook het financiële beleid behoort, een zaak is van het gehele bestuur. Zowel de penningmeester als K. maakten deel uit van het Dagelijks Bestuur en waren derhalve ieder

voor zich aansprakelijk voor elke tekortkoming in de behoorlijke vervulling van de bestuurstaak indien is voldaan aan het vereiste dat ernstig verwijtbaar is gehandeld. Dit is slechts anders indien de aangesproken bestuurder aantoonbaar dat hem de tekortkoming in het bestuur niet valt te verwijten en dat hij niet nalatig is gebleven in het beperken van de gevolgen ervan. Aangezien E. de functie vervulde van penningmeester tot wiens taak (bij uitstek) de financiële aangelegenheden behoren, brengt dit met zich dat hij een speciale verantwoordelijkheid had en zich derhalve niet snel zal kunnen disculperen voor een tekortkoming die betrekking heeft op het financieel beleid. Het hof stelt vast dat E. onvoldoende invulling aan zijn bestuurstaak heeft gegeven en als penningmeester het risico van fraude niet afdoende heeft onderkend en geen maatregelen heeft genomen om dit risico te voorkomen en de gevolgen daarvan zoveel mogelijk te beperken. E. had geen overzicht van het aantal in omloop zijnde bankpassen van de diverse rekeningen van de afdeling Gooistreek, hij hield geen toezicht op de betalingen door K. met de aan haar verstrekte bankpas, hij heeft de bankafschriften van de rekeningen niet gecontroleerd en evenmin actie ondernomen toen het verstrekken van bankafschriften door K. uitbleef. Uit deze gang van zaken, die de fraude mogelijk heeft gemaakt, althans niet heeft voorkomen, valt op te maken dat E. bij zijn taakuitoefening onvoldoende initiatief heeft getoond en zich veeleer passief dan (pro)actief heeft opgesteld, waarmee hij zijn taak als penningmeester niet naar behoren heeft vervuld. Hiervan is hem een ernstig verwijt te maken. De rechtbank heeft in haar beoordeling laten meewegen dat E. zijn werkzaamheden als penningmeester heeft verricht als vrijwilliger en dat de ernst van de gevolgen in geen verhouding staat tot het hem te maken verwijt. Volgens het Nederlandse Rode Kruis kan het al dan niet op vrijwillige basis uitoefenen van een bestuursfunctie niet in de weg staan aan een oordeel omtrent de aansprakelijkheid van een bestuurder en is het vrijwilligersreglement niet van toepassing op bestuurders als E. Deze grieven treffen doel. Beperking van de aansprakelijkheid tot opzet en grove schuld als bepaald in het vrijwilligersreglement is in strijd met het krachtens art 2:25 BW dwingendrechtelijke art. 2:9 BW. Zoals uit de bespreking van de voorgaande grieven volgt, is E. aansprakelijk in de zin van genoemd artikel. Reeds daarom kan het beroep van E. op het vrijwilligersreglement hem niet baten. De enkele omstandigheid dat E. als vrijwilliger opereerde, brengt niet mee dat van hem niet het inzicht en de zorgvuldigheid mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. E. heeft het Nederlandse Rode Kruis onder meer verweten dat zij heeft nagelaten een antecedentenonderzoek in te stellen naar K., die in 2003 wegens uitkeringsfraude is veroordeeld. Het hof vat dit verweer van E. op als een beroep op eigen schuld. Het hof merkt op dat het Nederlandse Rode Kruis zich in dit verband niet met succes kan beroepen op de omstandigheid dat niet het Nederlandse Rode Kruis maar de plaatselijke afdelingen en districten destijds hun bestuursleden aanstelden. Zoals is vastgesteld is de afdeling Gooistreek inmiddels opgegaan in het Nederlandse Rode

Kruis. Verweren tegen handelingen van de plaatselijke afdeling, kan E. derhalve thans tegen het Nederlandse Rode Kruis in stelling brengen.

Zoals overwogen, heeft E. het Nederlandse Rode Kruis verweten dat een antecedentenonderzoek achterwege is gelaten. E. voert aan dat het Nederlandse Rode Kruis hem, door K. toe te laten tot het dagelijks bestuur, heeft opgezadeld met een onverantwoord groot risico. In het betoog van E. ligt besloten dat de schade in zijn visie minstgenomen mede veroorzaakt is door de aan het Nederlandse Rode Kruis toerekenbare omstandigheid dat K. deel heeft uitgemaakt van het bestuur. Voorts heeft E. gewezen op het feit dat voor hem als bestuurslid geen bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering was afgesloten. Voormelde stellingen van E. kunnen van invloed zijn op het uiteindelijk toe te wijzen schadebedrag. Het hof ziet aanleiding een comparitie van partijen te gelasten om in verband met genoemde aspecten nadere inlichtingen van partijen in te winnen.

Datum uitspraak:

Zaaknummer: