

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 13, 2013

Nummer 13, 2013

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:2013:BY7833](#) 29-03-2013

Chinese Workers B.V.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5601](#) 26-03-2013

Y/IMP Trade en Z

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5667](#) 26-03-2013

Oud-bestuurder Group NV / Curatoren

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5509](#) 26-03-2013

AFM / X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5614](#) 26-03-2013

BTO, X en Y vs. ING

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5323](#) 26-03-2013

X / Verenigingen Kweeklust & Bond van Volkstuinders

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5385](#) 15-01-2013

International Dutch Management/Curator

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5532](#) 20-03-2013

Soxx Holding /q.q.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4663](#) 13-03-2013

Installatiebedrijf X B.V. / X

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2825](#) 27-02-2013

Airway klimaattechniek b.v. / bestuurder MH Technics

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5642](#) 26-02-2013

FNV en CNV/OR Albert Heijn

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ5575](#) 14-02-2013

P.B.V. Architecten/LHO Beheer

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ5520](#) 12-02-2013

OR De Meander / De Meander

RECHTSPRAAK

Chinese Workers B.V.

Ondernemingsrecht. Enquêterecht. Bevoegdheid middellijk aandeelhouder tot doen van enquêteverzoek? Artikel 2:346, aanhef en onder b, BW. Verschaffer van risicodragend kapitaal met eigen economisch belang; gelijkstelling met belang aandeelhouder of certificaathouder. Vaste rechtspraak

Hua Choung Ding, Wa Chong Ding en Ting Fen Chang (hierna tezamen: Ding c.s.), verzoekers in cassatie, en Yeh-Chiu, een van de verweersters in cassatie, hebben op 12 juli 2000 Chinnede Ltd. (hierna: Chinnede) opgericht. Deze vennootschap is naar Chinees recht opgericht en gevestigd in Hong Kong. Chinnede heeft op 14 juni 2001 Chinese Workers B.V. (hierna: Chinese Workers) opgericht en houdt alle aandelen in en is enig bestuurder van Chinese Workers. Ten tijde van de oprichting van Chinese Workers hielden Yeh-Chiu, Hua Ding, Wa Ding en Chang ieder 25% van de aandelen in Chinnede.

Yeh-Chiu verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Chinese Workers. Als onmiddellijke voorziening verzoekt Yeh-Chiu, voor de duur van het geding, de OK een onafhankelijke derde te benoemen als bestuurder van Chinese Workers. Zowel het onderzoek als de benoeming van een onafhankelijke derde als bestuurder wordt door de OK toegewezen (zie: LJN BV7329). Tegen deze beschikking van de OK is door Ding c.s. een beroep in cassatie ingesteld.

Volgens Ding c.s. heeft de OK het volgende miskend. De regeling van het recht van enquête kan niet worden uitgeoefend ten aanzien van een buitenlandse vennootschap; de omstandigheden van onderhavig geval rechtvaardigen niet een uitzondering op de hoofdregel van artikel 2:346 BW (dat slechts houders van (certificaten van) aandelen in de vennootschap waarop het onderzoek betrekking heeft, bevoegd zijn tot het indienen van zodanig verzoek); de enkele omstandigheid dat Yeh-Chiu als economisch gerechtigde heeft te gelden, rechtvaardigt niet dat zij in haar verzoek kan worden ontvangen.

De Hoge Raad, die de klachten gezamenlijk behandelt, overweegt allereerst dat voorop moet

worden gesteld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend. De daartoe strekkende opsomming in artikel 2:346 BW is limitatief. Volgens vaste rechtspraak brengt de strekking van het enquêterecht echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op een lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van artikel 2:346, aanhef en onder b, BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders. Het oordeel van de OK dat de aandeelhouders in Chinnede – waaronder Yeh-Chiu – moeten worden aangemerkt als de economisch gerechtigden in Chinese Workers getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. Ook is geen sprake van een onbegrijpelijk oordeel. De omstandigheid dat Yeh-Siu niet rechtstreeks aandelen houdt in Chinese Workers, maar dat zij door middel van aandelen in Chinnede een economisch belang heeft in Chinese Workers, doet daaraan niet af. Ook de omstandigheid dat Chinnede een vennootschap is naar het recht van Hong Kong leidt niet tot een ander oordeel nu de OK heeft vastgesteld dat de ondernemingsactiviteiten plaatsvinden in Chinese Workers. De Hoge Raad verwerpt het beroep en veroordeelt Ding c.s. in de kosten van het geding.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 29-03-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:BY7833

Zaaknummer: 12/02147

Wetsartikelen: 2:346 (sub b) BW

RECHTSPRAAK

BTO, X en Y vs. ING

Faillissement uitgesproken op de dag waarop eigen aangifte is gedaan. Vrijwaringszaak van HR 23-03-2012, LJN BVo614. Heeft bestuurder onrechtmatig gehandeld door op de dag van de aanvraag ten laste van het creditsaldo bij de bank loonbetalingen te doen?

BTO heeft bij ING een bankrekening aangehouden. X is enig aandeelhouder en bestuurder van BTO. Y is enig aandeelhouder en bestuurder van X. Op 25 maart 2008 heeft Y ING telefonisch verzocht tot nader order geen betalingsopdrachten uit te voeren ten laste van voornoemde bankrekening. Naar aanleiding hiervan heeft ING de rekening geblokkeerd voor uitgaande betalingen. Op 27 maart 2008 vertoonde de rekening een creditsaldo van € 19.919,98. In de ochtend van 28 maart 2008 heeft BTO, in de persoon van Y, het faillissement van BTO aangevraagd. Op 28 maart 2008 heeft Y namens BTO telefonisch aan ING te kennen gegeven enkele betalingen te willen uitvoeren. Zij maakt daarbij geen melding van de faillissementsaanvraag. Naar aanleiding hiervan heeft ING de blokkade van voornoemde rekening ter zake van uitgaande betalingen opgeheven. Daarop heeft Y, rond 13.30 uur, opdrachten tot betaling verstrekt voor in totaal € 41.732,16. De betalingen hadden betrekking op lonen en looncomponenten. ING heeft deze betalingsopdrachten diezelfde dag uitgevoerd.

De curator heeft ING gedagvaard voor de rechtbank Groningen en in die procedure ('de hoofdzaak') gevorderd ING te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 24.796,03, te vermeerderen met de wettelijke rente. De curator heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat BTO ingevolge artikel 23 F. op 28 maart 2008 vanaf 00.00 uur niet meer bevoegd was over het tegoed op de bankrekening te beschikken.

De rechtbank heeft in deze hoofdzaak de vordering bij vonnis toegewezen. Zij heeft het beroep van de curator op artikel 23 F. gehonoreerd en voorts het verweer van ING verworpen dat zij op grond van artikel 52 F. niet gehouden is het gevorderde bedrag aan de boedel te voldoen, omdat zij bevrijdend heeft betaald.

Het hof begrijpt aldus dat de primaire grondslag voor toewijzing van de vordering bestreden wordt. Deze primaire grondslag komt erop neer dat X als gevolg van het faillissement haar

vertegenwoordigingsbevoegdheid van BTO heeft verloren. Zij heeft BTO bij het geven van de betalingsopdrachten onbevoegd vertegenwoordigd en dient thans jegens ING in te staan voor het bestaan van haar vertegenwoordigingsbevoegdheid. ING maakt uit dien hoofde aanspraak op vergoeding van het positief contractsbelang. ING beroept zich op artikel 3:70 BW in verbinding met artikel 3:78 BW. ING acht daarnaast Y aansprakelijk op grond van artikel 2:11 BW.

Het hof oordeelt als volgt. Ingevolge artikel 23 F. verloor BTO de beschikking en het beheer over haar tot het faillissement behorend vermogen, te rekenen vanaf de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen. Dit betekent echter niet dat de bestuurder van BTO per datum faillissement haar bevoegdheid verloor om BTO te vertegenwoordigen. De rechtbank heeft de primaire grondslag voor de vordering gehonoreerd, nu zij overweegt dat Y in haar hoedanigheid van indirect bestuurder van BTO niet bevoegd was op 28 maart 2008 betalingsopdrachten te verstrekken ten laste van de bankrekening van BTO en zij vervolgens ingaat op het subsidiaire verweer van X en Y, inhoudende een beroep op (analogie met) artikel 3:76 BW. Dat de rechtbank klaarblijkelijk de primaire grondslag heeft gehonoreerd, valt ook af te leiden uit het feit dat de rechtbank niets zegt over de subsidiaire grondslag voor de vordering, te weten een beroep op onrechtmatige daad. Van een ontbrekende vertegenwoordigingsbevoegdheid was echter geen sprake. De primaire grondslag gaat reeds daarom niet op. Gelet op het voorgaande is de klacht terecht voorgedragen. Of dit leidt tot vernietiging van het bestreden vonnis zal moeten blijken, omdat het hof zich thans heeft te buigen over de in eerste aanleg niet behandelde subsidiaire grondslag voor de vordering, te weten een beroep op onrechtmatige daad.

Ter onderbouwing van haar beroep op onrechtmatige daad heeft ING aangevoerd dat Y als (middellijk) bestuurder van BTO onrechtmatig heeft gehandeld door in de middag van 28 maart 2008 namens BTO aan ING betalingsopdrachten te verstrekken terwijl zij die ochtend het faillissement van BTO had aangevraagd. ING meent dat Y in dit verband een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Zij stelt daartoe dat Y BTO een verbintenis heeft laten aangaan jegens ING, terwijl zij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat BTO deze niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de schade die ING ten gevolge van deze wanprestatie zou lijden (de zogenoemde Beklamelnorm).

Ten aanzien van het beroep op de Beklamelnorm overweegt het hof als volgt. De betalingsopdrachten van X en Y aan ING strekten er – voor zover het gaat om het creditsaldo op de rekening – echter niet toe dat BTO jegens ING een verbintenis aanging waarbij BTO zich jegens ING tot enige prestatie verbond. In zoverre is geen sprake van een situatie waarin de Beklamelnorm toepassing kan vinden. Slechts voor zover met de betalingsopdrachten tevens de kredietruimte werd aangesproken ging BTO jegens ING een verbintenis aan, doch

het ontstane debetsaldo wordt door ING in de onderhavige procedure niet als schade gevorderd, omdat zij zich daartoe heeft kunnen verhalen.

Daarmee komt het hof toe aan de vraag of X en Y, zoals ING stelt, er ernstig rekening mee moesten houden dat het faillissement diezelfde dag nog zou worden uitgesproken.

Voor zover dit standpunt is gebaseerd op de ter comparitie door ING verkondigde opvatting dat 'als je het faillissement van je eigen bedrijf aanvraagt, je behoort te weten dat het faillissement ieder moment kan worden uitgesproken en je in dat geval geen betalingsopdrachten meer behoort te geven', gaat het hof daarin niet mee. Nu eigen aangiften normaal gesproken op de eerstkomende faillissementszitting worden behandeld, hoeft de 'aangever' normaal niet te verwachten dat, indien hij een of meerdere dagen voor die zitting aangifte doet, zijn verzoek nog dezelfde dag tot een faillissement leidt.

Van belang is of Y op de hoogte was van de door haar toenmalige advocaat gevraagde 'hoogste spoed' en 'omgaande behandeling' waarover gesproken wordt in de brief van haar toenmalige advocaat aan de rechtbank. Y heeft ter comparitie in eerste aanleg verklaard dat zij de faillissementsaanvraag met haar advocaat heeft besproken en deze heeft ondertekend. Voorts zou haar advocaat tegen haar hebben gezegd dat er meestal drie of vier dagen overheen gingen en dat zij de loonbetalingen nog wel kon doen. Haar advocaat heeft ter comparitie verklaard dat de spoed niet in de aanvraag zelf staat maar alleen in de begeleidende brief. Het hof stelt echter vast dat behoudens bedoelde brief, die een faillissementsaanvraag bevat, zich geen andere, door Y ondertekende, aanvraag onder de stukken bevindt, terwijl genoemde brief niet door Y is ondertekend. Bij deze stand van zaken is het hof niet duidelijk hoe een en ander feitelijk is verlopen, temeer nu het ter comparitie verklaarde in de stukken van het hoger beroep geen onderwerp is geweest van nader debat. Voorts hebben X en Y nog niet kunnen reageren op het in de memorie van antwoord gestelde. Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen opdat eerst X en Y en vervolgens ING zich hierover bij akte uitlaten, waarbij tevens dient te worden aangegeven of partijen ter zake in dit verband relevante stellingen of verweren bewijs aanbieden en zo ja, van welke stelling precies en op welke wijze.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5614

Zaaknummer: 200.101.047/01

Wetsartikelen: 2:11 BW, 3:70 BW en 3:78 BW

RECHTSPRAAK

X / Verenigingen Kweeklust & Bond van Volkstuinders

Opzegging lidmaatschap Rotterdamse tuinvereniging

ATV Kweeklust (hierna: Kweeklust) is een amateurtuindersvereniging. Zij is als lid aangesloten bij de Rotterdamse Bond van Volkstuinders (hierna: de Bond). Het lidmaatschap van Kweeklust staat alleen open voor natuurlijke personen die tevens lid zijn/worden van de Bond. Het lidmaatschap van de Bond vereist het lidmaatschap van een bij de Bond aangesloten vereniging, zoals Kweeklust. Het lidmaatschap van Kweeklust eindigt in ieder geval indien en zodra het lidmaatschap van de Bond eindigt, en andersom. X is per 1 juni 2007 lid geworden van Kweeklust en de Bond. Op grond van een ondertekende overeenkomst is aan X tegen betaling van een vergoeding een deel van het complex van de tuinvereniging Kweeklust ter beschikking gesteld. Onderdeel van deze overeenkomst vormde de clause waarin X zich verbond tot de geldende statuten, het huishoudelijke reglement en overige reglementen van de Bond en Kweeklust. Bij aangetekende brieven d.d. 25 januari 2009 en 30 januari 2009 is X's lidmaatschap bij zowel Kweeklust als de Bond, middels bestuursbesluiten, opgezegd. X vordert in hoger beroep vernietiging van het genomen bestuursbesluit van de Bond tot opzegging van X's lidmaatschap. Secundair vordert X het buitenspel zetten van de interne regels binnen de Verenigingen omtrent de verkoop en taxatie van zaken. X stelt een eigen kandidaat te hebben gevonden voor het door hem geplaatste tuinhuisje en hij wenst niet in te stemmen met een afwijkende verkoopprocedure.

De rechtbank wijst de vordering tot vernietiging van het genomen besluit af. De rechtbank is tot het oordeel gekomen dat de verstoring van de verstandhouding in overwegende mate te wijten is aan de reacties van X op de al dan niet terecht verwijten van de zijde van het bestuur. Na afweging van de verschillende belangen is de rechtbank tot de conclusie gekomen dat de bestreden besluiten zowel naar wijze van totstandkoming als naar inhoud rechtmatig zijn. De verstoorde verstandhouding was van dien aard dat het van Kweeklust in redelijkheid niet gevergd kon worden het lidmaatschap van X voort te laten duren.

Het hof gaat uit van de toetsing zoals neergelegd in artikel 2:8 lid 1 BW. Bezien moet worden of de bestreden besluiten naar hun inhoud en naar de wijze van totstandkoming geen strijd opleveren met de eisen van redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 2:8 lid 1 BW. Het

actieve verzet van X indiceert dat niet gekomen kan worden tot een, voor een tuinvereniging noodzakelijke, positieve samenwerking. Ingevolge artikel 2:8 lid 2 BW blijft een interne verenigingsregel pas buiten toepassing voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit is door X niet (voldoende onderbouwd) gesteld en hiervan is ook niet gebleken. In dit licht bezien hebben de Verenigingen volgens het hof in redelijkheid kunnen beslissen het lidmaatschap van X op te zeggen. Er is verder geen aanwijzing dat er voor het door X geplaatste tuinhuisje geen redelijke prijs gerealiseerd kan worden via de verenigingsregels die hiervoor gelden. Het hof is van oordeel dat toepassing van de terzake van verkoop en taxatie binnen de Verenigingen geldende regels in het onderhavige geval uit oogpunt van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. X heeft derhalve geen inspraak op een mogelijke kandidaat koper. De vorderingen van X worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 26-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5323

Zaaknummer: 200.097.200/01

Wetsartikelen: 2:8 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

AFM / X

Onvoldoende toezicht AFM op informatieverstrekking DSB met betrekking tot achtergesteld deposito? Geen gehoudenheid van AFM tot ingrijpen in de relevante periode

Bij overeenkomst van 26 juni 2008 heeft X aan DSB Bank N.V. (hierna: DSB) een achtergestelde lening verstrekt van € 500.000 met een looptijd van 10 jaar tegen een rentepercentage van 7,5% (hierna: de deposito-overeenkomst). DSB is bij vonnis van de rechtbank Alkmaar d.d. 19 oktober 2009 in staat van faillissement verklaard. X vordert in de onderhavige zaak een verklaring van recht dat de AFM aansprakelijk is voor de door X geleden en nog te blijken schade ten gevolge van het onrechtmatig handelen van AFM in haar hoedanigheid van toezichthoudend orgaan ex artikel 1:25 Wft.

De rechtbank oordeelt in haar vonnis (waarvan beroep is ingesteld) dat de AFM in de periode waarin X overwoog de deposito-overeenkomst aan te gaan, in strijd gehandeld heeft met hetgeen van haar als redelijk handelend toezichthouder mocht worden verlangd. De AFM had, gezien de omstandigheden van het geval, niet in redelijkheid kunnen besluiten een bepaald gebruik van de haar toekomende bevoegdheden achterwege te laten.

Het hof merkt daaromtrent in de eerste plaats op dat bij wet van 7 juni 2012 (Stb. 2012, 265), in werking getreden op 1 juli 2012, de aansprakelijkheid van de AFM als financieel toezichthouder is beperkt tot gevallen van opzet en grove schuld. Met haar grieven 2 tot en met 7 komt de AFM op tegen het oordeel van de rechtbank dat zij in redelijkheid niet heeft kunnen besluiten in die periode geen nader onderzoek te doen naar de noodzaak van verscherpt toezicht met betrekking tot de achtergestelde deposito's. Volgens de AFM heeft de rechtbank een verkeerde toetsingsmaatstaf aangelegd, onvoldoende rekening gehouden met haar beleids- en beoordelingsvrijheid en niet alle relevante omstandigheden in ogenschouw genomen. Te beantwoorden is de vraag of het door de AFM in de desbetreffende periode uitgeoefende toezicht voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld. Het gaat erom of er in die periode aanleiding voor de AFM had behoren te zijn om, ook zonder dergelijke concrete klachten of aanwijzingen, onderzoek te

doen naar mogelijke overtredingen, en wel in die zin dat de AFM gezien de omstandigheden van het geval niet heeft kunnen besluiten een dergelijk onderzoek achterwege te laten, zoals de rechtbank heeft geoordeeld. Het hof volgt de AFM in haar stelling dat zich niet de situatie voordoet dat zij, als zij in de relevante periode aandacht had besteed aan de achtergestelde deposito's, dan in redelijkheid maatregelen op grond van de Wft niet achterwege had kunnen laten. Het hof acht de informatieverstrekking door DSB minder duidelijk dan wenselijk was. Naar het oordeel van het hof is de in de relevante periode met betrekking tot het achtergesteld deposito verstrekte informatie in het licht van het vorenstaande niet van dien aard dat kennisneming daarvan tot onmiddellijke actie van de AFM zou hebben genoopt, mede gelet op de aan de AFM toekomende beoordelings- en beleidsvrijheid en op het gegeven dat de situatie op de financiële markten nog niet op scherp was komen te staan door de faillissementen van Lehman Brothers en Landsbanki. Het slagen van een aantal grieven leidt ertoe dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd en dat de vorderingen van X alsnog zullen worden afgewezen, met veroordeling van X in de kosten van beide instanties.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5509

Zaaknummer: 200.089.448/01

Wetsartikelen: 1:25 Wft

RECHTSPRAAK

Oud-bestuurder Group NV / Curatoren

Bijzondere pauliana van artikel 2: 138 lid 9 BW

Bij beschikking van 23 april 2002 heeft de rechtbank te Utrecht aan Group N.V. ('Group'), voorlopig surseance van betaling verleend. De surseance is op 8 juli 2002 omgezet in een faillissement. X heeft sedert de beursgang van Group deel uitgemaakt van de Raad van Bestuur van Group als Chief Operations Officer ('COO') tot zijn uitdiensttreding per 1 juli 2001. Ter bewaring van verhaalsmogelijkheden op X hebben de curatoren conservatoir beslag gelegd op een pand, dat in eigendom toebehoort aan X. Het pand bleek te zijn belast met een eerste hypotheekrecht ten behoeve van de Rabobank en een tweede hypotheekrecht ten behoeve van Y.

X en Y zijn op 10 juli 1987 gehuwd onder het sluiten van huwelijkse voorwaarden. Zij zijn op 1 november 2006 gescheiden door middel van een zogenaamde flitscheiding, inhoudende dat het echtscheidingsconvenant dat tussen partijen is opgesteld notarieel is verleden en is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. In het convenant is vastgelegd dat X aan Y wegens overbedeling geld verschuldigd is en dat de verplichting van X om dit bedrag aan Y te betalen wordt omgezet in een overeenkomst van geldlening. In het convenant wordt voorts vastgelegd dat X tot zekerheid voor de nakoming van zijn verplichtingen uit de overeenkomst van geldlening aan Y een recht van eerste respectievelijk tweede hypotheek dient te verlenen onder meer op het pand van X.

Op 30 oktober 2003 heeft de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Group en enkele dochtervennootschappen gelast over de periode van 11 maart 1998 tot en met 8 juli 2002. Op 1 november 2006, de dag van de vestiging van hypotheek ten behoeve van Y, was dit onderzoek nog niet afgerond.

De curatoren hebben zelf een interne onderzoekscommissie in het leven geroepen. X is één keer door deze commissie gehoord.

De curatoren hebben de tweede hypothecaire inschrijving vernietigd op grond van artikel

2:138 lid 9 BW of artikel 3:45 BW.

De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de tweede hypothecaire inschrijving op het pand ten behoeve van Y door de curatoren niet rechtsgeldig is vernietigd op grond van artikel 2:138 lid 9 BW of artikel 3:45 BW.

Het hof oordeelt als volgt. Een van de vereisten voor vernietiging op grond van artikel 2:138 lid 9 BW is dat de rechtshandeling, in dit geval de hypotheekverstrekking, onverplicht is verricht. De verplichting tot hypotheekverstrekking vloeide in dit geval voor X voort uit het door hem met Y gesloten echtscheidingsconvenant. Het is vervolgens de vraag of de boedelverdeling van 25% / 75%, die in dat convenant is afgesproken, door X onverplicht is aangegaan.

Voorts stelt artikel 2:138 lid 9 BW als vereiste dat door de onverplichte rechtshandeling van X de mogelijkheid tot verhaal op hem is verminderd en aannemelijk is dat deze onverplichte rechtshandeling geheel of nagenoeg geheel met het oogmerk van vermindering van dat verhaal zijn verricht. Op zich bevond X zich in een situatie waarin hij zich enige zorgen over een mogelijke privéaansprakelijkheid moest maken, maar naar het oordeel van het hof zijn er geen, althans volstrekt onvoldoende, aanwijzingen dat het op 1 november 2006 bij het opstellen van de gewraakte bepalingen in het echtscheidingsconvenant en de vestiging van het hypotheekrecht ten behoeve van Y, X het erom te doen was de mogelijkheid tot verhaal op zijn vermogen te verminderen. Het hof merkt daarbij nog op dat een boedelverdeling van 25% / 75% ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis en ter afkoop van de alimentatieverplichting van X jegens Y op zich nog niet de conclusie rechtvaardigt dat X hiermee beoogde het verhaal op hem te verminderen. Bijzondere omstandigheden, die tot een andere conclusie zouden kunnen leiden, zijn niet aannemelijk geworden. In het kader van een toetsing aan artikel 3:45 BW is vereist dat X en Y, die afstand van haar recht op alimentatie deed, wisten of behoorden te weten dat hun rechtshandelingen benadeling van een of meer schuldeisers tot gevolg zouden hebben. Het hof is van oordeel dat de curatoren onvoldoende hebben gesteld om die wetenschap bij X aan te kunnen nemen. Dit zelfde geldt in nog sterkere mate ten aanzien van Y, nu de curatoren niet, althans onvoldoende hebben onderbouwd dat Y voorafgaand aan de op 1 november 2006 verrichte rechtshandelingen kennis had genomen van de conclusies uit het conceptverslag van de onderzoekscommissie.

In hoger beroep hebben de curatoren, mede ondersteund door een rapport van onderzoeksbureau Strongwood International, zich op een aantal feitelijkheden ter ondersteuning van hun stellingen en vorderingen beroepen.

Het hof is van oordeel dat die feitelijkheden, noch afzonderlijk, noch in samenhang bezien, het gestelde oogmerk van X bij het verrichten van de rechtshandelingen van vermindering van

verhaal of wetenschap van benadeling kunnen ondersteunen. De omstandigheid dat Y na de echtscheiding de familienaam van haar ex-echtgenoot is blijven voeren, is in overeenstemming met de wettelijke bepalingen en ook niet ongebruikelijk, zeker niet wanneer er nog meerdere minderjarige kinderen uit het huwelijk opgevoed en verzorgd worden. Het verslag uit 2009 van de Ouderraad van de school van kinderen van X en Y en de overlijdensadvertentie uit 2010 van de vader van Y zeggen niet meer dan dat X bij de scholing van zijn kinderen en familiegebeurtenissen in zijn voormalige schoonfamilie betrokken is. Voor de omstandigheid dat X zowel in 2009 als een keer in 2011 is ingeschreven op het woonadres van Y heeft X een verklaring gegeven. Deze omstandigheid zegt verder niets over de situatie in november 2006 of de toen bij de ex-echtelieden bestaande beweegredenen tot het verrichten van de bewuste rechtshandelingen. De constatering in 2011 dat er op het adres van Y (zakelijke) telefoonnummers van X en zijn rechtspersoon Easylogic B.V. stonden ingeschreven roept vragen op, evenals een overnachting van X in 2011 aldaar. Deze constatering is evenwel 4,5 jaar na het sluiten van het echtscheidingsconvenant en de vestiging van het hypotheekrecht gedaan. Zonder nadere omstandigheden, die ontbreken, rechtvaardigen deze constatering niet de conclusie dat aannemelijk is dat op 1 november 2006 bij X het oogmerk van vermindering van verhaal of bij X en Y wetenschap van benadeling aanwezig was of moest zijn.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis en veroordeelt de curatoren in de proceskosten van het hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5667

Zaaknummer: HD 200.091.100

Wetsartikelen: 2: 138 lid 9 BW

RECHTSPRAAK

Y/IMP Trade en Z

Schending zorgvuldigheidsnorm aandeelhouder. (Uitzondering op) ABP/Poot-criterium

Y en Z zijn aandeelhouder van X. Y lijdt schade door schending van een concurrentiebeding door medeaandeelhouder Z.

Het hof verwerpt het verweer van Z dat van schending van het concurrentiebeding sowieso geen sprake kan zijn omdat ter zake niet in verzuim is geraakt, nu op grond van het bepaalde in artikel 6:83 onder b BW bij overtreding van een concurrentiebeding het verzuim van rechtswege intreedt.

Z heeft voorts gesteld dat een eventuele overtreding van het concurrentiebeding onrechtmatig zou kunnen zijn jegens X, maar niet jegens Y. Uitgangspunt is het zogenaamde ABP/Poot-criterium, inhoudend dat de schade die een individuele aandeelhouder lijdt als gevolg van onrechtmatig handelen door een derde jegens de vennootschap, niet door de individuele aandeelhouder tegen die derde te gelde kan worden gemaakt (HR 2 december 1994, NJ 1995, 288). In afwijking daarvan kan echter voor toekenning van een schadevergoeding aan een aandeelhouder toch reden zijn, indien sprake is van een toerekenbare tekortkoming of als jegens die bepaalde aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm in acht had moeten worden genomen (HR 13 januari 2010, LJN BK2143). Die situatie doet zich hier voor, nu de overeenkomst waarin het voor Z geldende concurrentiebeding is opgenomen, een aandeelhoudersovereenkomst betreft waarbij zowel Y als Z partij was.

Nu Y geen gevolg heeft gegeven aan de uitnodiging van het hof om haar schade nader te begroten en de mogelijkheid dat Y, door de schending door Z van het concurrentiebeding, schade heeft geleden voldoende aannemelijk is geworden, zal het hof de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure toewijzen. In die procedure kan de mate waarin Z concurrerende activiteiten jegens X heeft ontplooid en de schade die Y dientengevolge zelf heeft geleden, nader aan de orde komen.

Het hof zal het vonnis waarvan beroep vernietigen en verklaart voor recht dat Z door zijn

activiteiten bij P BV het voor hem geldende concurrentiebeding heeft geschonden en daarmee jegens Y wanprestatie heeft gepleegd c.q. onrechtmatig jegens Y heeft gehandeld. Het hof veroordeelt Z tot vergoeding van de daardoor door Y geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5601

Zaaknummer: 200.053.733/01

Wetsartikelen: 6:83 BW

RECHTSPRAAK

Soxx Holding /q.q.

Eiser (curator) vordert dat gedaagden hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van een bedrag gelijk aan het tekort in het faillissement van B.V. waar gedaagden bestuurder van zijn/waren. Jaarstukken niet tijdig gedeponneerd (art. 2:394 BW). Geen onbelangrijk verzuim. Niet voldaan aan de boekhoudverplichting (art. 2:10 BW). Beroep op disculpatie slaagt niet. Op grond van het bepaalde in artikel 2:138 lid 2 BW wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Gedaagden worden toegelaten tot het leveren van tegenbewijs van het wettelijk vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is

In 2010 wordt de Antilliaanse naamloze vennootschap Soxx Holding N.V. (hierna: Soxx) in staat van faillissement verklaard. Gedaagden waren bestuurder van Soxx. De jaarstukken van Soxx over 2007 en 2008 zijn gedeponneerd op 21 december 2010.

De curator vordert van gedaagden hoofdelijke veroordeling tot aanvulling van het boedeltekort. De curator legt aan zijn vordering ten grondslag dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:138 lid 2 BW, omdat gedaagden de jaarstukken van 2007 en 2008 niet-tijdig hebben gedeponneerd en derhalve niet hebben voldaan aan de verplichtingen van artikel 2:394 BW. Tevens is er volgens de curator sprake van een schending van de boekhoudverplichting in de zin van artikel 2:10 BW. Nu gedaagden niet hebben voldaan aan hun verplichtingen voortvloeiend uit voornoemde artikelen wordt op grond van artikel 2:138 lid 2 BW vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is, aldus de curator.

Gedaagden voeren aan dat het te laat deponeren van de stukken een onbelangrijk verzuim betreft. De jaarstukken zouden ook op de Antillen gedeponneerd zijn. Een van de gedaagden voert aan dat zij gedisciplineerd dient te worden op grond van artikel 2:138 lid 3 BW, kort gezegd

omdat zij slechts 'op papier' bestuurder was.

De rechterbank oordeelt met betrekking tot de bevoegdheid en het toepasselijk recht als volgt.

Op grond van artikel 3 lid 1 van de Insolventieverordening (Verordening nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures) is de Nederlandse rechter bevoegd om kennis te nemen van de vordering jegens gedaagden, omdat de op artikel 2:138 BW gegronde vordering rechtstreeks voortvloeit uit de in Nederland geopende faillissementsprocedure en daarmee nauw samenhangt (vgl. HvJ EG 12 februari 2009, C339/07). De rechtbank heeft het faillissement uitgesproken en is op grond van het tweede lid van artikel 10:121 BW bevoegd.

Ingevolge het incorporatiestelsel (i.c. de artikelen 10:118 en 10:119 aanhef en sub d en e BW) wordt de vordering tegen gedaagden in beginsel beheerst door Antilliaans recht. Artikel 10:121 BW behelst echter een uitzondering op de incorporatieleer. Nu de vordering tegen gedaagden is gebaseerd op aansprakelijkheid van bestuurders van een in Curaçao gevestigde vennootschap die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen en die in Nederland failliet is verklaard, is bedoelde uitzondering hier aan de orde en is artikel 2:138 BW van toepassing.

De rechtbank oordeelt met betrekking tot de verweren van de gedaagden als volgt.

Ten aanzien van de stelling van gedaagden dat het te laat deponeren van de jaarstukken een onbelangrijk verzuim betreft, geldt dat van een onbelangrijk verzuim met betrekking tot het deponeren van jaarrekeningen sprake is indien de jaarrekening slechts enkele dagen te laat is gedeponerd (Hoge Raad 11 juni 1993, NJ 1993/713), of als de – door de bestuurder te stellen en zo nodig te bewijzen – omstandigheden van het geval de kwalificatie 'onbelangrijk verzuim' rechtvaardigen, waarbij de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid in het bijzonder van belang zijn en waarbij verder geldt dat aan de omstandigheden hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is (Hoge Raad 2 februari 1996, NJ 1996/406).

De rechtbank overweegt dat geen redenen zijn aangevoerd tot het ruimschoots te laat deponeren van de jaarstukken: niet kan worden gezegd dat sprake is van een onbelangrijk verzuim.

De stelling van gedaagden dat de jaarrekeningen op de Antillen gedeponerd zijn, treft geen doel, nu artikel 2:138 BW van toepassing is en dit gedaagden dus niet ontslaat van hun plicht om de jaarstukken bij het Handelsregister van de Kamer van Koophandel te deponeren.

De rechtbank stelt voorts dat ten overvloede nog wordt overwogen, dat het bestuur van een vennootschap op basis van artikel 2:10 lid 1 BW verplicht is een zodanige administratie te voeren dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend, en komt tot de conclusie dat dit niet het geval is geweest. De rechtbank komt tot het oordeel dat op grond van het bepaalde in artikel 2:138 lid 2 BW vermoed wordt dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Gedaagden worden toegelaten tot het leveren van tegenbewijs.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5532

Zaaknummer: C/11/98725 / HA ZA 12-2153

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:138 lid 2 BW, 2:394 BW, 10:181 BW, 10:191 BW en 10:121 BW

RECHTSPRAAK

Installatiebedrijf X B.V. / X

Eiseres spreekt op grond van onrechtmatig handelen de bestuurder van een failliete vennootschap aan voor onbetaald gebleven facturen. Primaire beroep op de Beklamelnorm wordt als onvoldoende onderbouwd gepasseerd. Hetzelfde geldt voor de subsidiaire stelling dat de bestuurder zonder te waarschuwen eiseres prestaties heeft laten verrichten terwijl hij had kunnen en moeten weten dat de vennootschap die niet kon betalen en op een faillissement afstevende. Vaststelling omslagpunt aan de veilige kant. Vordering afgewezen

Installatiebedrijf X B.V. (hierna: Installatiebedrijf) heeft twee overeenkomsten van onderaanneming gesloten met Aannemingsbedrijf Y Barendrecht B.V. (hierna: Aannemingsbedrijf), respectievelijk op 10 februari 2011 en op 12 april 2011. X was enig bestuurder van het Aannemingsbedrijf. Bij vonnis van de rechtbank Rotterdam van 6 maart 2012 is het Aannemingsbedrijf op eigen verzoek in staat van faillissement verklaard. Uit hoofde van vorenbedoelde overeenkomsten met het Aannemingsbedrijf heeft Installatiebedrijf tot kort voor de faillissementsdatum materialen geleverd en werkzaamheden verricht. De werkzaamheden werden gefaseerd uitgevoerd en in termijnen betaald, waarbij facturen werden verzonden nadat de werkzaamheden voor 50% en 100% gereed waren. Een aantal facturen zijn onbetaald gebleven. Installatiebedrijf vordert samengevat veroordeling van X tot betaling van € 86.201,36, te vermeerderen met wettelijke rente over € 78.413,12 vanaf 9 juli 2012, althans vanaf de dag van de dagvaarding tot aan de voldoening, met veroordeling van X in de kosten van dit geding. Installatiebedrijf legt aan haar vordering ten grondslag dat X onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de schade die zij daardoor lijdt, bestaande uit de onbetaalde vordering van Installatiebedrijf op het Aannemingsbedrijf en de door Installatiebedrijf gemaakte buitengerechtelijke kosten.

De rechtbank stelt vast dat X onvoldoende bestreden heeft dat het Aannemingsbedrijf geen verhaal biedt voor de vordering van Installatiebedrijf, zodat dit tussen partijen vast staat. In geval van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en

onverhaalbaar blijven van diens vordering zal 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 namens de vennootschap heeft gehandeld. 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 artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295). Installatiebedrijf beroept zich primair op de zogenaamde Beklamelnorm. Aannemingsbedrijf voert aan dat het bedrijf in februari/april 2011 weliswaar zware tijden doormaakte, maar dat er maatregelen werden genomen om het tij te keren en dat niet werd verwacht dat 2011 met verlies zou worden afgesloten. Gezien dit verweer kan niet zonder meer worden afgeleid dat X ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten met Installatiebedrijf wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Aannemingsbedrijf haar verplichtingen jegens Installatiebedrijf niet integraal zou kunnen nakomen. Installatiebedrijf heeft niet voldoende onderbouwd dat X wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat Aannemingsbedrijf niet kon voldoen aan haar verplichtingen. De vordering van Installatiebedrijf wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4663

Zaaknummer: C/11/100032 / HA ZA 12-2212

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Airway klimaattechniek b.v. / bestuurder MH Technics

Eiser vordert betaling facturen op grond van nakoming (primair) en op grond van bestuurdersaansprakelijkheid (subsidiar). Gedaagde is niet in persoon opdrachtgever, maar heeft als bestuurder van Ltd. opdracht verstrekt. Vordering o.g.v. nakoming afgewezen. Geen ernstig verwijt aan zijde gedaagde. Geen bestuurdersaansprakelijkheid. Vordering afgewezen

Airway Klimaattechniek b.v. ('Airway') heeft in opdracht van X installatiewerkzaamheden verricht in diverse supermarkten in de periode augustus tot en met oktober 2011. Airway heeft ter zake de verrichte werkzaamheden veertien facturen aan MH Technics Ltd ('MH Technics') verzonden. X is bestuurder van MH Technics. MH Technics heeft elf van deze facturen onbetaald gelaten.

Allereerst dient beoordeeld te worden of de rechtbank bevoegd is, aangezien de vordering een internationaal karakter draagt daar X in België woont en Airway een beroep doet op de bestuurdersaansprakelijkheid van X als bestuurder van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. Voor de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is aangaande de vordering tegen X moet worden gekeken naar de EEX-Vo (Verordening nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken). Op grond van artikel 24 EEX-Vo is het gerecht van de lidstaat waarvoor de verweerder verschijnt bevoegd. Nu X voor deze rechtbank is verschenen en de bevoegdheid van de rechtbank niet heeft betwist en er geen gerecht bestaat dat op grond van artikel 22 EEX-Vo bij uitsluiting bevoegd is, is de Nederlandse rechter bevoegd van deze vordering kennis te nemen. Ook acht de rechtbank Nederlands recht van toepassing.

Vervolgens stelt de rechtbank vast dat onder de genoemde omstandigheden het voor Airway duidelijk moet zijn geweest dat X heeft bedoeld te handelen als vertegenwoordiger van MH Technics en dat hij de werkzaamheden niet in opdracht van X, maar in opdracht van MH Technics heeft uitgevoerd, zodat het ervoor gehouden wordt dat MH Technics – en dus niet X

in persoon – als opdrachtgever dient te gelden.

De rechtbank begrijpt dat Airway heeft bedoeld een beroep te doen op bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW. Bij de beoordeling of sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid dient voorop te worden gesteld dat slechts onder bijzondere omstandigheden de bestuurder van een rechtspersoon uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is jegens een derde, indien de rechtspersoon van wie hij bestuurder is haar verplichtingen jegens die derde niet nakomt. Hiertoe is vereist dat aan de bestuurder een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Ingevolge vaste jurisprudentie kan een bestuurder aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad wanneer hij de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is een overeenkomst laat sluiten met een derde terwijl hij weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de rechtspersoon niet (tijdig) zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de schade die de derde ten gevolge van de wanprestatie lijdt.

Airway stelt dat de wanbetaling door X persoonlijk verwijtbaar is, omdat hij Airway werkzaamheden heeft laten verrichten, terwijl hij wist dat MH Technics nimmer in staat zou zijn de facturen van Airway te betalen. Hiertoe stelt Airway dat X bestuurder was van de vennootschappen MH Technics en Cooltech. Volgens Airway hanteerde X daarbij een opzet waarbij Cooltech alle betalingen van de opdrachtgevers ontving en alle onderaannemers (waaronder Airway) aan MH Technics factureerden. Doordat er als gevolg van voornoemde constructie geen geld bij MH Technics binnenkwam, was MH Technics volgens Airway een 'lege, doelloze' vennootschap en werden de facturen vervolgens door MH Technics onbetaald gelaten.

X betwist dat hij als bestuurder namens de vennootschap verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist dat de facturen niet betaald zouden worden dan wel dat de facturen doelbewust niet betaald werden en stelt dat er voldoende geld bij MH Technics binnenkwam om facturen mee te voldoen. X stelt voorts dat er facturen van MH Technics aan opdrachtgevers zijn gestuurd.

Gelet op deze betwistingen door X, had het op de weg van Airway gelegen haar stelling, dat X wist dat de facturen niet betaald zouden worden dan wel dat de facturen doelbewust niet betaald werden, nader te onderbouwen. Dit geldt temeer nu Airway ter comparitie heeft verklaard dat een opdrachtgever wél facturen van MH Technics heeft betaald. Aan bewijslevering wordt dan ook niet toegekomen. Nu niet is komen vast te staan dat X wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat MH Technics de door haar aangegane overeenkomsten niet (tijdig) zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Airway ten gevolge van de wanprestatie lijdt, is evenmin sprake van een ernstig verwijt aan de zijde van X. Het door Airway gedane beroep op bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW slaagt derhalve niet.

Airway heeft zich er voorts op beroepen dat MH Technics niet heeft voldaan aan de verplichtingen uit artikel 2:394 BW en dat daarmee tevens ingevolge artikel 2: 248 lid 2 BW vaststaat dat X zijn taak als bestuurder van MH Technics ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Uit artikel 2:248 BW volgt evenwel dat slechts de curator zich hierop kan beroepen. Een beroep op artikel 2:248 BW komt Airway niet toe.

De rechtbank wijst de vordering af en veroordeelt Airway in de proceskosten.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2825

Zaaknummer: C/11/97510 / HA ZA 12-2088

Wetsartikelen: 2:9 BW en 2: 248 BW

RECHTSPRAAK

FNV en CNV/OR Albert Heijn

Reglementen voor de nog in te stellen ondernemingsraad. Vakbonden vorderen uitstel van de verkiezingen voor de ondernemingsraden van AH to go en Albert.nl, stellende dat de voorlopige reglementen van die ondernemingsraden in strijd zijn met artikel 6 en artikel 9 lid 2 sub b WOR. De voorzieningenrechter overweegt dat een vordering tot aantasting van de voorlopige reglementen in een bodemprocedure een geringe kans van slagen heeft en weigert de gevraagde voorzieningen

Albert Heijn is een detailhandel in levensmiddelen. Tot de Albert Heijn-organisatie behoorden tot voor kort de bedrijfsonderdelen Albert Heijn to go (hierna: AH to go) en Albert Heijn Albert.nl (hierna: Albert.nl). AH to go en Albert.nl zijn van de Albert Heijn-organisatie afgesplitst en voor beide bedrijfsonderdelen zijn aparte BV's opgericht. De belangen van de personeelsleden van AH to go en Albert.nl worden vooralsnog vertegenwoordigd door de ondernemingsraad van Albert Heijn. Voor AH to go en Albert.nl zullen binnenkort afzonderlijke ondernemingsraden worden ingesteld.

In overleg met Albert Heijn heeft de ondernemingsraad de organisatie van de verkiezingen van de ondernemingsraden van AH to go en Albert.nl op zich genomen. De Bonden zijn uitgenodigd om kandidaten te stellen.

De Bonden hebben bezwaar gemaakt tegen het voorgenomen zetelaantal, de zetelverdeling en de bepaling dat de kandidatuur van niet-georganiseerde werknemers met vijf handtekeningen moet worden ondersteund.

De Bonden vorderen dat de voorzieningenrechter bij vonnis Albert Heijn zal veroordelen de voor 14 en 15 februari 2013 geplande verkiezingen uit te stellen voor een periode van 12 maanden of voor een zodanige periode als de voorzieningenrechter redelijk zal achten.

De rechtbank oordeelt als volgt.

De Bonden vorderen uitstel van de verkiezingen om de gelegenheid te hebben bij de

bodemrechter de rechtsgeldigheid van de voorlopige reglementen ter discussie te stellen.

Het geschil spitst zich toe op twee punten, het zetelaantal en het aantal handtekeningen dat niet-georganiseerde werknemers nodig hebben om zich kandidaat te mogen stellen.

Omtrent het zetelaantal overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Aan de orde is de vraag of te verwachten is dat de bodemrechter de beslissing van Albert Heijn om bij het instellen van de ondernemingsraden voor AH to go en Albert.nl het aantal zetels bij voorbaat lager te stellen dan is bepaald in artikel 6 WOR in stand zal laten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter dient die vraag bevestigend te worden beantwoord. Daarbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat Albert Heijn, formeel verantwoordelijk voor het opstellen van de voorlopige reglementen, die verantwoordelijkheid heeft overgedragen aan de ondernemingsraad. De ondernemingsraad heeft, in samenspraak met Albert Heijn, ervoor gekozen het zetelaantal te beperken. Naar de voorzieningenrechter verwacht, zal de bodemrechter veel gewicht toekennen aan het feit dat de beperking van het zetelaantal de volledige instemming heeft van de ondernemingsraad. In dit verband is voorts van belang dat Albert Heijn ter zitting desgevraagd heeft toegezegd zich niet tegen vervroegde verkiezingen te zullen verzetten, indien de thans te kiezen ondernemingsraden dat met het oog op de inrichting van de medezeggenschap wenselijk achten. Als de ondernemingsraden zijn gekozen, kunnen zij desgewenst binnen afzienbare termijn zelf het zetelaantal wijzigen. Ten slotte neemt de voorzieningenrechter nog in aanmerking dat zich na een uitgebreide voorlichtingscampagne slechts acht kandidaten hebben gemeld voor in totaal zeven zetels.

Het tweede geschilpunt betreft de bepaling in de beide voorlopige reglementen, die inhoudt dat voor het indienen van vrije kandidatenlijsten vijf handtekeningen zijn vereist. De ondernemingsraad heeft toegelicht dat hij daarmee heeft beoogd de drempel voor werknemers die lid willen worden van de ondernemingsraad laag te houden. Gelet op die toelichting is de voorlopige inschatting van de voorzieningenrechter dat de bodemrechter ook deze bepaling niet in strijd met de wet zal achten.

Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat een vordering tot aantasting van de voorlopige reglementen in een bodemprocedure een geringe kans van slagen heeft. Dit betekent dat de door de Bonden gevraagde voorziening in dit kort geding niet voor toewijzing vatbaar is.

Een afweging van de wederzijdse belangen kan niet tot een ander oordeel leiden. Daarbij neemt de voorzieningenrechter met name in aanmerking dat met de verkiezingen al een aanvang is gemaakt. Tegen die achtergrond moet het belang van Albert Heijn en de ondernemingsraad om de verkiezingen te laten doorgaan, prevaleren boven het belang van de

Bonden om de uitkomst van de bodemprocedure te kunnen afwachten.

De slotsom van al het voorgaande is dat de gevraagde voorzieningen zullen worden geweigerd.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 26-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5642

Zaaknummer: C/15/199261 / KG ZA 13-8

Wetsartikelen: 6 WOR en 9 WOR

RECHTSPRAAK

OR De Meander / De Meander

(De uitleg van) een waarschuwingsbrief gestuurd door werkgever aan drie ondernemingsraadsleden

De Meander is een organisatie van cultuureducatie en amateurkunst in brede zin, gericht op het bevorderen van cultuurdeelname. De Meander telt 34 werknemers en heeft met zes gemeenten budgetovereenkomsten gesloten op grond waarvan zij jaarlijks een budgetsubsidie ontvangt voor tevoren afgesproken diensten die de gemeenten van De Meander afnemen. De Meander wordt grotendeels door de overheid gefinancierd.

De OR bracht in het kader van het adviestraject bedrijfsbeëindiging en collectief ontslag een negatief advies uit. Diezelfde dag hebben de ondernemingsraadleden, zonder medeweten van De Meander, een brief gestuurd aan de gemeenten. Ook stuurden zij zonder medeweten van De Meander een brief naar de HaFa-verenigingen, zijnde muziekverenigingen voor wie De Meander lessen verzorgt. De Meander neemt vervolgens haar besluit tot collectief ontslag.

Toen De Meander op de hoogte raakte van deze zonder medeweten van de OR verzonden brieven is aan de betreffende ondernemingsraadsleden een waarschuwingsbrief gezonden.

De OR vordert dat de kantonrechter bij wege van voorziening ex artikel 254 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv.), voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- a. middels een voorlopige verklaring voor recht te bepalen dat De Meander niet in redelijkheid tot het verbod tot het benaderen van relaties van De Meander in de meest ruime zin des woords over interne aangelegenheden had kunnen besluiten;
- b. middels een voorlopige verklaring voor recht te bepalen dat het schrijven een benadelingshandeling ex artikel 21 WOR oplevert;
- c. middels een voorlopige verklaring voor recht te bepalen dat het schrijven strijdig is met artikel 7:611 BW;
- d. het verbod tot het benaderen van relaties van De Meander te schorsen totdat daaromtrent in

een bodemprocedure is beslist;

e. de geheimhoudingsplicht te schorsen totdat daaromtrent in een bodemprocedure is beslist;

f. te gebieden tot voorlopige intrekking dan wel opheffing dan wel schorsing van de officiële waarschuwing met de daarbij gepaard gaande aankondiging van ontslag op staande voet bij herhaling totdat daaromtrent in een bodemprocedure is beslist.

De rechtbank oordeelt als volgt. De spoedeisendheid van onderhavige vordering is door De Meander bestreden. Nu De Meander, naar eigen zeggen, alle zeilen moet bijzetten om te overleven, is voldoende aannemelijk dat de OR een spoedeisend belang heeft bij onderhavige vorderingen. De OR is procesbevoegd in het kader van de WOR. De stelling van De Meander dat in onderhavig geval geen medezeggenschapsrechten in het geding zijn, is een stelling die inhoudelijke beoordeling vergt. De OR is daarom ontvankelijk in zijn vorderingen.

In de onderhavige procedure, strekkende tot het treffen van een voorlopige voorziening, dienen vorderingen slechts te worden toegewezen indien met een redelijke mate van zekerheid kan worden aangenomen dat de kantonrechter een overeenkomstige vordering in de bodemprocedure zal toewijzen. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.

De kantonrechter oordeelt allereerst dat de vorderingen a. tot en met c. duidelijk constitutief van karakter zijn. Deze vorderingen zijn in strijd met de aard en het (voorlopige) karakter van een kort geding, zodat deze behoren te worden afgewezen.

De kern van het geschil tussen partijen betreft (de uitleg van) de waarschuwingsbrief gestuurd door De Meander aan drie ondernemingsraadsleden.

Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter betreft deze waarschuwingsbrief geen reactie van De Meander op iets wat de betrokken ondernemingsraadsleden in hun hoedanigheid als OR-lid bij de uitoefening van hun uit de WOR voortvloeiende bevoegdheden hebben gedaan. Weliswaar kan uit de gedingstukken en het verhandelde ter zitting worden afgeleid dat voornoemden raakvlak hebben met de uitoefening van OR-taken, echter met het op deze wijze benaderen van relaties buiten medeweten van De Meander om zijn de betrokken OR-leden buiten hun OR-bevoegdheid getreden. Een OR-lidmaatschap is geen vrijbrief om in strijd met goed werknemerschap te handelen als het gaat om iets wat niet direct iets met OR-bevoegdheden te maken heeft. Het staat een werkgever vrij om in een dergelijk geval aan te geven waar de grenzen liggen en bij overtreding daarvan, wat de consequenties zijn. Het door de OR onder e. en f. gevorderde is om die reden niet toewijsbaar.

Vanzelfsprekend kan de waarschuwingsbrief van De Meander niet zien op handelingen die

OR-leden in het kader van de uitoefening van hun OR-taak in de toekomst zullen verrichten.

Het verbod tot het zonder toestemming van De Meander benaderen van relaties oordeelt de kantonrechter voorshands dan ook niet-strijdig met het bepaalde in de WOR. Het door de OR onder d. gevorderde is om die reden evenmin toewijsbaar.

Slotsom is dat de vorderingen van de OR dienen te worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 12-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ5520

Zaaknummer: 870901 / 221

Wetsartikelen: 20 WOR en 21 WOR

RECHTSPRAAK

International Dutch Management/Curator

Onverschuldigde betaling. Faillissementsrecht. Vóór het faillissement betaalt de vennootschap aan een derde. Er bestaat tussen deze partijen geen rechtsverhouding die tot deze betaling verplicht. De curator vordert het betaalde als onverschuldigd terug. Het verweer van derde is dat het geld toebehoorde aan de middellijk bestuurder en aandeelhouder van de vennootschap en hij met deze betaling een privéschuld voldeed. Het hof oordeelt dat de door de vennootschap ontvangen bedragen deel zijn van haar vermogen en niet tot het privévermogen van de middellijk bestuurder behoorden. De vordering uit onverschuldigde betaling wordt toegewezen

X B.V. wordt in 2009 failliet verklaard. A is bestuurder en middellijk aandeelhouder van IDMH. In 2006 en 2007 worden door X B.V. aan IDMH drie bedragen overgemaakt. Bij brief heeft de curator IDMH en A verzocht die bedragen terug te betalen, omdat hem uit de administratie niet is gebleken dat IDMH/A voor die betalingen een prestatie ten behoeve van X B.V. hebben verricht (onverschuldigde betaling). Partijen zijn het erover eens dat geen enkele rechtsverhouding tussen X B.V. en IDMH heeft bestaan op grond waarvan X B.V. gehouden is of kan zijn de bedragen aan IDMH te voldoen. Niettemin bestrijdt IDMH dat de bedragen onverschuldigd door X B.V. zijn voldaan.

IDMH zou, kort gezegd, een vordering hebben op de bestuurder Z van X B.V. Z zou eerder failliet zijn geweest zodat hij niet over een bankrekening zou beschikken. De bankrekening van X B.V. zouden privégeden van Z bevatten die zijn uitbetaald aan IDMH. Z heeft een schriftelijke verklaring met dezelfde strekking afgelegd. Van onverschuldigde betaling kan geen sprake zijn, aldus IDMH.

De rechtbank heeft overwogen dat IDMH onvoldoende heeft gesteld op grond waarvan kan worden vastgesteld welke gelden aan Z toebehoorden en of van privébetalingen aan IDMH zijn gedaan. Bij gebreke van die gegevens heeft de rechtbank aangenomen dat de gelden op de

bankrekening aan X B.V. toebehoorden en, omdat geen betalingsverplichting van X B.V. jegens IDMH bestond, vastgesteld dat de betalingen onverschuldigd aan IDMH zijn gedaan.

IDMH stelt hoger beroep in.

Het hof neemt voor de beoordeling het volgende uitgangspunt. Uit het wettelijke stelsel vloeit voort dat bij een overboeking van een bedrag van de rekening van de één naar die van een ander het overgeboekte saldo in het vermogen van de ontvangende bank terecht komt, terwijl de rekeninghouder van die bank ten behoeve van wie dit bedrag is gestort een evenzo grote vordering op die bank verkrijgt. In het vermogen van de rekeninghouder ontstaat dus als gevolg van een overboeking een vordering op de bank. Zakenrechtelijke aanspraken zijn hierbij niet aan de orde, omdat bij girale betaling geen 'zaken' bij een overboeking zijn betrokken.

Dit betekent dat de gestelde betalingen die Z als derde heeft gedaan op de rekening van X B.V. niet ertoe hebben geleid dat de door X B.V. ontvangen bedragen privébedragen van Z waren of zijn geworden. De bedragen zijn deel van het vermogen van X B.V. gaan uitmaken. X B.V. zou, kort gezegd, hooguit crediteur van Z kunnen zijn geworden. Dit alles wordt niet anders als op de rekening van X B.V. geen ander saldo aanwezig was en deze rekening niet of nauwelijks door X B.V. werd gebruikt voor transacties met derden waarbij zij zelf als partij was betrokken.

De grieven van IDMH zijn terecht voorgesteld, maar kunnen niet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-01-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5385

Zaaknummer: 200.091.865/01

Wetsartikelen: 6:203 BW

RECHTSPRAAK

P.B.V. Architecten/LHO Beheer

Ondoorzichtige constructie van BV's. Onrechtmatig handelen

De heer A geeft namens 'Lips Development' bij brief twee opdrachten – i.c. opdrachtbonnen – aan P.B.V. Architecten B.V. (hierna: 'PBV'). De brief vertoont in het briefhoofd de tekst: 'Lips Capital Group'. Onderaan de brief is de tekst vermeld: 'Lips Development is member of Lips Capital Group'. De beide bij de brief gevoegde opdrachtbonnen vermelden de tekst: 'Entiteit: Burgfonds BV'. De opdrachten worden uitgevoerd. Een factuur wordt verzonden aan 'Burgfonds BV p/a Lips Capital Group'. Bij e-mail wordt vervolgens namens 'Lips Development' gevraagd om de facturen, nu sprake is van twee opdrachten, te splitsen, waaraan PBV ook gehoor geeft. Die facturen worden vervolgens zonder protest behouden.

Daarna komen partijen een betalingsregeling overeen. 'Burgfonds Uden BV' verricht een enkele betaling, maar de regeling wordt verder niet meer nagekomen. PBV vordert van LHO Beheer B.V. (hierna: 'LHO') betaling van het restant. De naam van LHO Beheer B.V. is op enig moment veranderd, zonder de crediteuren daarvan op de hoogte te stellen.

LHO voert verweer. Zij stelt met PBV geen enkele rechtsrelatie te hebben en deze ook nooit te hebben gehad. 'Lips Capital Group' en 'Lips Development' zijn handelsnamen van LHO. LHO stelt dat de vordering van PBV gericht had moeten worden aan Burgfonds B.V. Laatstgenoemde vennootschap komt niet meer voor in het handelsregister.

Naar het oordeel van de kantonrechter kan men niet, zoals in onderhavige casus, een crediteur, die verhaal zoekt voor een, op het moment van dagvaarden, twee jaar oude en niet bestreden vordering, op deze wijze opzadelen met een ingewikkelde zoektocht in een samenstel van BV's, waarvan zonder mededeling aan de crediteuren ook nog eens namen worden veranderd. Een dergelijke onzorgvuldige gang van zaken valt aan LHO Beheer als beheersmaatschappij als onrechtmatig te verwijten. Op deze grond acht de kantonrechter de vordering van P.B.V. Architecten jegens LHO Beheer toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 14-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ5575

Zaaknummer: 866244

Wetsartikelen: 6:162 BW