

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 26, 2013

Nummer 26, 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:2013:46](#) 28-06-2013

Evereg B.V. en X / Y

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:2633](#) 25-06-2013

Ondernemingsraad/Atos

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2013:1176](#) 14-06-2013

Cliëntenraad / Carint

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:1469](#) 29-05-2013

Curator A BV

RECHTSPRAAK

Evereg B.V. en X / Y

Artikel 81 lid 1 RO. Onrechtmatige daad.

Bestuurdersaansprakelijkheid. Persoonlijk ernstig verwijt. In casu gaat het om het overdragen van alle activa aan een andere onderneming van bestuurder/aandeelhouder. Onbetaald blijven van vordering op gefailleerde vennootschap. Het recht op pleidooi is geschonden

X is bestuurder en enig aandeelhouder van Evereg B.V. Evereg is bestuurder en enig aandeelhouder van Lico Teelt B.V. Lico Teelt en Y zijn in 1999 een teeltcontract overeengekomen. Met betrekking tot de uitvoering van deze overeenkomst is een geschil ontstaan, waarover een procedure is gevoerd bij de rechtbank Alkmaar. X was ook bestuurder en enig aandeelhouder van Lily Company B.V. Lico Teelt heeft al haar activa aan Lily Company overgedragen. Lico Teelt is vervolgens gefailleerd. De curator in het faillissement van Lico Teelt heeft de procedure bij de rechtbank Alkmaar niet voortgezet. Y heeft haar vordering ter verificatie in het faillissement aangemeld. Y heeft X persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de schade uit het onbetaald blijven van haar in het teeltcontract bepaalde vergoeding. De curator heeft de vordering op de lijst van concurrente crediteuren geplaatst. Y heeft Evereg en X hoofdelijk aansprakelijk gesteld tot vergoeding van de schade die Y heeft geleden als gevolg van het onbetaald blijven van de vordering van Y op Lico Teelt. De rechtbank heeft de vordering toegewezen. Het hof heeft het vonnis waarvan beroep bekrachtigd. Eisers hebben tegen dit arrest tijdig beroep in cassatie ingesteld. Het cassatieberoep bevat drie middelen. De Hoge Raad dient te oordelen (i) of het hof het recht op pleidooi heeft geschonden, (ii) of een vordering tijdens de verificatievergadering is betwist en (iii) of het hof terecht (externe) bestuurdersaansprakelijkheid heeft aangenomen.

De conclusie van A-G Wesseling-van Gent strekt tot verwerping van het cassatieberoep. Het eerste middel stuit af op de omstandigheid dat eisers op grond van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven alsnog pleidooi hadden kunnen vragen. Het hof heeft hun recht op pleidooi dan ook niet geschonden. Het tweede

middel faalt evenzeer. Het hof heeft geoordeeld dat niet blijkt dat eisers met succes gebruik hebben gemaakt van de verbeteringsprocedure van artikel 137 Fw. Dit oordeel is juist. Nu de verbeteringsprocedure niet tot aanpassing van het proces-verbaal heeft geleid, staat de vermelding in het proces-verbaal dat X de vordering van Y tijdens de verificatievergadering niet heeft betwist, in rechte vast. Het derde middel klaagt in de kern dat het oordeel van het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting nu eisers ten tijde van de activatransactie met Lily Company nog niet konden of behoefden te voorzien dat de door hen en de curator betwiste vordering van Y uiteindelijk op de verificatievergadering niet langer zou worden betwist door de curator en Lico Teelt reeds voor de transactie in betalingsonmacht verkeerde en de activatransactie toen de enige mogelijkheid vormde om op termijn jegens de oude crediteuren een deelbetaling te doen. De A-G stelt voorop dat voor bestuurdersaansprakelijkheid steeds de strenge eis moet gelden dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken en dat dus vastgesteld moet kunnen worden dat de wijze waarop de bestuurder zijn functie heeft vervuld jegens de schuldeiser in min of meer aanmerkelijke mate onrechtmatig is en dat daarbij alle bijzondere omstandigheden van het geval dienen te worden meegewogen. De A-G concludeert dat het hof de juiste maatstaf uit het arrest Ontvanger/Roelofsen heeft toegepast. Het hof heeft geoordeeld dat met de activatransactie kennelijk doelbewust werd bewerkstelligd dat Y ook na het verkrijgen van een executoriale titel geen verhaal meer op Lico Teelt zou kunnen halen. Het hof heeft de door eisers aangevoerde omstandigheden dat Lico Teelt reeds voor de transactie in betalingsonmacht verkeerde en de activatransactie toen de enige mogelijkheid vormde om op termijn jegens de oude crediteuren een deelbetaling te doen, in zijn overwegingen betrokken en dienaangaande geoordeeld dat deze omstandigheden de ernst van het verwijt niet kan opheffen. Ook het derde middel kan niet tot cassatie leiden.

De Hoge Raad oordeelt dat de in de middelen aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 28-06-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:46

Zaaknummer: CPG 12/02754 en 12/02754

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad/Atos

Geschil tussen ondernemingsraad en ondernemer over de vraag of sprake is van een wijziging van een regeling op het gebied van de personeelsbeoordeling (art. 27 lid 1 onder g WOR) en over de vraag of sprake is van vaststelling of wijziging van een beloningssysteem (art. 27 lid 1 onder c WOR)

De kantonrechter onderzoekt of, zoals de ondernemingsraad stelt maar Atos betwist, sprake is van een wijziging van de regeling op het gebied van de personeelsbeoordeling en van een vaststelling of wijziging van een beoordelingsstelsel in de zin van artikel 27 lid 1, aanhef en onder g respectievelijk c WOR en – daarmee – of de litigieuze besluiten aan de door de ondernemingsraad ingeroepen nietigheid als bedoeld in het vijfde lid van artikel 27 WOR blootstonden.

Bij de beantwoording van de vraag of de invoering van de R-factor (de 'R' staat voor rendement of revenu) met zich meebrengt dat de met ingang van 1 januari 2008 geldende regeling op het gebied van de personeelsbeoordeling (het PMF 2008) is gewijzigd, komt het er – anders dan de ondernemingsraad meent – niet op aan of de wijze waarop het functioneren van de medewerkers thans wordt beoordeeld afwijkt van de manier waarop de personeelsbeoordeling in de periode daarvóór plaatsvond (toen nog niet met de R-factor werd gewerkt), maar is beslissend of de invoering van de R-factor moet worden aangemerkt als een wijziging van het PMF 2008. Hier geeft de doorslag of, hoe ook in de voorafgegane jaren de financiële parameters van het PMF 2008 zijn toegepast, een personeelsbeoordeling die mede geschiedt aan de hand van de R-factor nog valt binnen de grenzen van die regeling.

De ondernemingsraad heeft zich onder meer op het standpunt gesteld dat het opnemen van de R-factor in de doelstellingen van het financiële kwadrant van de balanced scorecard zich niet verdraagt met de door de COR destijds in het kader van de instemmingsprocedure voor de invoering van het PMF 2008 gestelde eis dat de financiële parameters voor de medewerker beïnvloedbaar zijn. De rechtbank overweegt dat de COR de mate waarin de medewerkers de beoordeling van hun rendement kunnen beïnvloeden destijds heeft gewogen en voldoende

bevonden. Voor het hanteren van enige rekenkundige formule ter bepaling van dat rendement, met daarin opgenomen het uurtarief en het salaris, was dan ook geen nadere instemming in de zin van artikel 27 WOR vereist.

De ondernemingsraad heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat de omstandigheid dat de R-factor thans voor alle medewerkers van Atos TS een verplicht onderdeel van het financiële kwadrant van de balanced score card uitmaakt, ertoe leidt dat wordt afgeweken van het PMF 2008, waar deze regeling vooropstelt dat de doelstellingen in het jaarlijkse overleg tussen de medewerker en zijn leidinggevende worden afgesproken. De kantonrechter overweegt hieromtrent dat er, gelet op de door de ondernemingsraad overgelegde stukken en hetgeen namens Atos ter zitting is verklaard, inderdaad – zoals de ondernemingsraad meent – reden is om te betwijfelen of een medewerker die bezwaar heeft tegen opneming van de R-factor in de positie zal zijn om te voorkómen dat zijn functioneren mede aan de hand van die factor wordt beoordeeld. Anders dan de ondernemingsraad meent, leidt dit evenwel niet tot de conclusie dat de personeelsbeoordeling thans niet meer binnen de grenzen van het PMF 2008 geschiedt. Die regeling houdt weliswaar inderdaad in dat de medewerker de doelstellingen jaarlijks met zijn leidinggevende afsprekt, maar het PMF 2008 geeft geen voorziening voor de situatie dat hierover met de medewerker (ook na HR-bemiddeling) geen overeenstemming kan worden bereikt.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat van een wijziging van het PMF 2008 geen sprake is geweest. Het beroep dat de ondernemingsraad op de nietigheid in de zin van artikel 27 lid 5 WOR heeft gedaan, faalt.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:2633

Zaaknummer: 2040059 UE VERZ 13-373 LH 4059

Wetsartikelen: 27 WOR

RECHTSPRAAK

Cliëntenraad / Carint

In casu is sprake van een disfunctionerende cliëntenraad. Zes van de negen leden zijn opgestapt. De voorzieningenrechter oordeelt dat er geen sprake meer is van representativiteit en dat de overige drie hun taken neer moeten leggen

Woonzorgcentrum St. Elisabeth/De Wieken te Delden maakt deel uit van de Carint-Reggeland Groep (Carint). Carint is op grond van artikel 2 lid 3 van de Wet Medezeggenschap Cliënten Zorginstellingen verantwoordelijk voor de instelling van een cliëntenraad bij het woonzorgcentrum. De cliëntenraad bestond oorspronkelijk uit elf leden. De voorzitter van de cliëntenraad heeft eind 2012 per direct zijn lidmaatschap opgezegd. Eiser 4 is door een meerderheid van de overige leden van de cliëntenraad voor 3 maanden geschorst op grond van de inhoud van een door eiser 4 aan de voorzitter van de cliëntenraad verzonden e-mail. Vervolgens heeft een gesprek plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van Carint en de leden van de cliëntenraad. De voorzitter van de raad van bestuur van Carint heeft alle leden van de cliëntenraad verzocht om hun lidmaatschap te beëindigen. Alle leden, behoudens eiser 2, 3 en 4, hebben aan dit verzoek gehoor gegeven. In onderhavig geschil stellen eisers (in conventie) dat zij hun lidmaatschap van de cliëntenraad niet hebben opgezegd en dat de cliëntenraad als zodanig daarom nog bestaat. Het enkele feit dat een aantal leden is afgetreden, brengt niet mee dat de cliëntenraad niet meer representatief voor de cliënten kan worden geacht, noch dat die niet in staat kan worden geacht de gemeenschappelijke belangen van die cliënten te behartigen. Van enig disfunctioneren is ook geen sprake. Carint stelt (in reconventie) dat zij is verzocht om in te grijpen in de conflicterende situatie waarin de cliëntenraad was beland. Een cliëntenraad met slechts drie leden is niet representatief en kan om die reden ook niet erkend worden.

De voorzieningenrechter stelt Carint in het gelijk. Reeds voor het terugtreden van zes van de negen leden disfunctioneerde de cliëntenraad. Dit blijkt uit een aantal citaten uit overgelegde verslagen en e-mails. Gezien deze citaten, en de toonzetting van enkele daarvan ("Terreur van de bovenste plank!"), valt in redelijkheid niet te verwachten dat tussen enerzijds eisers 2, 3 en 4 en anderzijds Carint nog een constructieve samenwerking tot stand kan komen. Ook het

argument van Carint dat eisers de voor een cliëntenraad voorgeschreven representativiteit niet hebben, treft doel. Voorts is het standpunt van eisers, dat zij als gekozen leden van de cliëntenraad het recht hebben om na het uittreden van zes van de negen leden de cliëntenraad te blijven vormen en vertegenwoordigen, onjuist. De verantwoordelijkheid voor het instellen van een goed functionerende cliëntenraad ligt bij de zorginstelling (art. 2 Wmcz). De voorzieningenrechter onderschrijft de visie van Carint dat de cliëntenraad niet meer bestaat, en dat eisers 2, 3 en 4 zich daarom niet meer als leden en/of vertegenwoordigers van de cliëntenraad behoren op te werpen. Eisers dienen met onmiddellijke ingang hun werkzaamheden voor en bemoeienissen met de cliëntenraad te staken en gestaakt te houden en dienen zich te onthouden van ieder handelen uit hoofde van hun (voormalige) lidmaatschap, een en ander op straffe van een dwangsom. De vordering dat eisers 2, 3 en 4 zich niet opnieuw verkiesbaar mogen stellen voor de cliëntenraad wordt niet toegewezen. Weliswaar moet onder ogen worden gezien dat een eventuele terugkeer van eisers in een nieuwe cliëntenraad een aanmerkelijk risico oplevert van wederopleving van fricties tussen hen en (onder meer) personeel en/of het bestuur van Carint, maar dit verbod zou te zeer indruisen tegen elementaire burgerlijke vrijheden.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 14-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2013:1176

Zaaknummer: C/o8/138248 / KG ZA 13-132

Wetsartikelen: 2 Wmcz

RECHTSPRAAK

Curator A BV

De curator spreekt het oude bestuur van de failliete vennootschap aan voor tekort in het faillissement op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Volgens de rechtbank is geen sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Wel dienen de gewezen bestuurders het aan hen uitgekeerde interim-dividend aan de boedel terug te betalen, omdat achteraf is gebleken dat het betreffende boekjaar met verlies was afgesloten

De curator stelt dat het bestuur van A BV geen deugdelijke boekhouding heeft gevoerd. De stelling van de curator dat het oude bestuur van A BV zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld doordat niet is voldaan aan de boekhoudplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW, wordt echter verworpen. De stelplicht en de bewijslast van de stelling dat het oude bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW, berust bij de curator. De curator heeft de administratie van A BV zoals hij deze heeft aangetroffen, niet volledig in het geding gebracht. De curator heeft aangegeven dat hij – als gevolg van diefstal – niet de beschikking heeft over de volledige administratie van A BV. Dit compliceert uiteraard de positie van de curator, maar ontheft hem op zichzelf nog niet van zijn stelplicht. De rechtbank beoordeelt vervolgens de gegeven omstandigheden welke tot de conclusie leiden dat de curator niet heeft voldaan aan zijn stelplicht. Om die reden zal hij niet tot bewijslevering worden toegelaten. De stelling van de curator dat het oude bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht, wordt gepasseerd. Nu niet gezegd kan worden dat het oude bestuur van A BV zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld door het niet-voldoen aan de boekhoudplicht, kan de curator niet profiteren van het in artikel 2:248 lid 2 BW neergelegde rechtsvermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Uit het vorenstaande volgt dat voor mogelijke aansprakelijkheid van het oude bestuur voor het tekort in het faillissement van A BV, moet worden teruggevallen op artikel 2:248 lid 1 BW. De gegeven omstandigheden brengen met zich dat, ook al zou kunnen worden geoordeeld dat het oude bestuur van A BV op een of meerdere punten niet heel gelukkig heeft geopereerd, niet gezegd kan worden dat het oude bestuur van A BV zich heeft schuldig gemaakt aan kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Het oude bestuur heeft niet weersproken dat bij de huidige stand van zaken geoordeeld moet worden dat het resultaat van A BV over 2007/2008, ofschoon een definitieve jaarrekening niet is vastgesteld, enige dividenduitkering niet mogelijk maakte. Dit betekent dat de beheer-BV's van B, C en E in beginsel ieder een bedrag van € 40.000 dienen terug te betalen aan A BV.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 29-05-2013

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2013:1469

Zaaknummer: C/06/127418 / HA ZA 12-15

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW