

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 30, 2013

Nummer 30, 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:BY7840](#) 15-03-2013

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2317](#) 30-07-2013

Ontzetting van notaris uit het ambt vanwege ploff-bv's

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5730](#) 30-07-2013

Salieblad Management en X / Facilium

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2325](#) 16-07-2013

Benu/Holding Erstad Den Heijhof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2333](#) 15-07-2013

Versteeg Beheer/NLS

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2337](#) 15-07-2013

Ondernemingsraad/Stichting Biblionet Groningen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2336](#) 09-07-2013

OR Watts Industries / Watts Industries

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2327](#) 01-07-2013

Van Graas Management / Meditaxi C.S.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2324](#) 21-06-2013

Monric/Clima Energie Management c.s.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2335](#) 20-06-2013

Forum/Ondernemingsraad

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2338](#) 20-06-2013

Novero: Arch vs Riamo

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2334](#) 13-06-2013

Verwater/Audex

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:3009](#) 31-07-2013

X B.V. & Z B.V. / Y B.V.

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:4279](#) 24-07-2013

Duitse zonne-energie installatie

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:4257](#) 17-07-2013

Bureau Jeugdzorg/X en Y

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:4756](#) 24-04-2013

Fraude ten nadele van Eurotank Amsterdam B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:6726](#) 29-01-2013

Ni Joey C.V. en Alebury Limited

Annotatie

[Commentaar bij HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840](#)

H. Koster

RECHTSPRAAK

X B.V. & Z B.V. / Y B.V.

Incidentele voorlopige voorziening. Een aanhangig gemaakte procedure door de vennootschap, of een van haar aandeelhouders, tegen een door de vennootschap zelf genomen besluit stuit af op artikel 2:15 lid 3 BW

X B.V. & Y B.V. houden ieder 47,5% van de aandelen in het kapitaal van Z B.V. Op 5 februari 2013 verzoekt Y B.V. de directie van Z B.V. om een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen teneinde een tweede bestuurder te benoemen in Z B.V. Op 2 maart 2013 laat de directie van Z B.V. weten niet in te gaan op het verzoek van Y B.V. nu de directie, naar eigen zeggen, niet daartoe bevoegd zou zijn. Op 6 maart 2013 heeft Y B.V. toch een aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen door een beroep te doen op een specifiek artikel uit de statuten van Z B.V. Die vergadering is op 27 maart 2013 gehouden zonder dat X B.V. daarbij aanwezig was. Toen is besloten een tweede bestuurder in Z B.V. aan te stellen. De eisende partijen in deze zaak, X B.V. maar ook Z B.V. zelf, vorderen dat onder andere Y B.V. wordt geboden het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van Z B.V. van 27 maart 2013 niet uit te voeren en voorzover daaraan al uitvoering is gegeven die handelingen ongedaan te maken, op straffe van dwangsommen.

De rechtbank is van oordeel dat de vordering niet kan worden toegewezen. De vordering stuit af op artikel 2:15 lid 3 BW. In dit artikel is bepaald dat vernietiging van een besluit van een orgaan van een rechtspersoon op verzoek van de betreffende rechtspersoon, moet worden ingesteld 'tegen degenen die door de voorzieningenrechter van de rechtbank is aangewezen op een daartoe gedaan verzoek van de rechtspersoon'. Dit betekent dat de rechtspersoon niet zélf tegen haar aandeelhouders, of zoals in dit geval één van haar aandeelhouders, een procedure tot nietigverklaring van haar eigen besluit kan instellen. In een dergelijke situatie moet de rechtspersoon eerst aan de voorzieningenrechter verzoeken om een persoon aan te wijzen om haar belangen te behartigen. Nu niet is gebleken dat een dergelijk verzoek is ingediend zal de rechtbank de eisende partijen niet ontvankelijk verklaren in de incidentele vordering. De eisende partijen worden in de proceskosten van het incident veroordeeld.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 31-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:3009

Zaaknummer: C-16-342980 - HA ZA 13-315

Wetsartikelen: 2:15 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Salieblad Management en X / Facilium

Afwijzing door het hof van voeging van niet meer bestaande rechtspersoon in incident.

X heeft Facilium in eerste aanleg gedagvaard, inzake een arbeidsconflict. Salieblad stelt dat zij belang heeft bij de uitkomst van de procedure, omdat X krachtens een overeenkomst van opdracht (het hof begrijpt: tussen Salieblad en Facilium) werkzaam is geweest voor Facilium. Salieblad is echter opgehouden te bestaan.

Het gerechtshof oordeelt als volgt. Ingevolge artikel 217 Rv kan ieder die een belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding, vorderen zich daarin te mogen voegen of daarin te mogen tussenkomen. Op grond van artikel 353 Rv is deze bepaling van overeenkomstige toepassing in hoger beroep.

Salieblad heeft enigszins onduidelijk gelaten of zij nu voeging of tussenkomst wenst, maar uit het gegeven dat zij geen eigen vordering instelt en ermee volstaat de vorderingen van X op Facilium te herhalen, leidt het hof af dat zij voeging aan de zijde van X wenst. Een rechtspersoon die niet (meer) bestaat, kan geen rechtshandelingen verrichten, zoals het opwerpen van het onderhavige incident tot voeging. Nu niet is gebleken van een gepretendeerde eigen bate en (her-)opening van de vereffening (vgl. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9762), kan Salieblad, als niet meer bestaande rechtspersoon, niet in haar incidentele vordering worden ontvangen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5730

Zaaknummer: 200.117.291-01

Wetsartikelen: 217 Rv en 353 Rv.

RECHTSPRAAK

Ontzetting van notaris uit het ambt vanwege plof-bv's

Notaris is uit zijn ambt gezet vanwege het meewerken aan de overdracht van diverse vennootschappen die kort daarna failliet worden verklaard (zogenoemde plof-bv's).

Het betreft in casu een hoger beroep van een notaris die uit zijn ambt is gezet vanwege het meewerken aan de overdracht van diverse vennootschappen die kort daarna failliet worden verklaard (zogenoemde plof-bv's). In hoger beroep wil de oud-notaris een aantal nuanceringen en/of verbeteringen aanbrengen in de vaststelling van de feiten door de Kamer. De oud-notaris had bij een aandelenoverdracht: (i) nader onderzoek moeten verrichten naar de opdrachtgever en de betrokken vennootschappen (hierna: de persoon W en W B.V.), (ii) moeten weten dat (het – reële – gevaar bestond dat) crediteuren van de verkochte vennootschappen werden of konden worden benadeeld door, in ieder geval, het delgen van aanzienlijke vorderingen van de overgenomen vennootschappen op hun voormalige eigenaar/bestuurder, en (iii) een poging moeten ondernemen, nadat hij kennis kreeg van de werkelijke aard van de activiteiten, de Fiod of een andere instantie daarover in te lichten.

Het hof is het met de Kamer eens dat de oud-notaris (nader) onderzoek had moeten doen naar de betrokken vennootschappen. Ten aanzien van de tweede onderbouwing, het behoren te weten dat een mogelijke benadeling van schuldeisers zou volgen, volgt het hof het oordeel van de Kamer eveneens. De benadeling van schuldeisers is gelegen in de delging van aanzienlijke vorderingen van de overgenomen vennootschappen op hun voormalige eigenaar/bestuurder. De oud-notaris heeft zijn stelling dat de schulden niet inbaar waren, zodat van die (mogelijke) benadeling geen sprake was, onvoldoende onderbouwd. Van enig nader onderzoek anders dan dat de verkopers geen eigen huis hadden, op grond waarvan de oud-notaris heeft mogen aannemen dat schuldeisers niet werden benadeeld door de delging van de schuld, is niet gebleken. Er was wel degelijk reden voor de oud-notaris om op enig moment, en ieder geval nadat de B.V. failliet was gegaan, onderzoek te doen naar de werkelijke aard van de activiteiten van W. en W B.V. en de Fiod en/of de KNB hierover in te lichten. De oud-notaris heeft door zijn handelwijze het vertrouwen in het notariaat ernstig heeft geschonden. Die handelwijze raakt daarmee de fundamenteën van het rechtsverkeer. Gelet op

de ernst van de aan de oud-notaris te verwijten gedragingen en gezien het grote aantal transacties van W. aan de oud-notaris, binnen een relatief kort tijdsbestek, alsmede de medewerking van de oud-notaris aan meerdere kwijtscheldingen van schulden aan overgenomen vennootschappen, wordt de maatregel van ontzetting uit het ambt passend en geboden geacht.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2317

Zaaknummer: 200.120.664-01 NOT

Wetsartikelen: 96 lid 6 Wna (oud)

RECHTSPRAAK

Duitse zonne-energie installatie

Bestuurdersaansprakelijkheid. Ontkennende beantwoording van de vraag of bestuurders aan eiser misleidende informatie hebben verstrekt op basis waarvan hij tot investering in een project is overgegaan

Eiser heeft willen investeren in Duitse zonne-energie installaties en heeft in verband daarmee contact gehad met gedaagden die hem, via een aantal Duitse vennootschappen, een belegging in een zonne-energie installatie hebben aangedragen. Op 5 juli 2011 is tussen eiser en gedaagden een overeenkomst inzake de aankoop en beheer van de installatie gesloten. Eiser vordert een verklaring voor recht dat gedaagden onrechtmatig jegens hem gehandeld hebben en dat gedaagden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade van € 270.648. Volgens eiser hebben gedaagden hem overgehaald de overeenkomst van 5 juli 2011 te sluiten en betalingen te doen op grond van bewust gegeven valse mededelingen en informatie, hetgeen onrechtmatig handelen van gedaagden oplevert. Eiser heeft daarbij onder meer gewezen op het feit dat (i) de zonne-energie installatie eind juni 2011 niet af was; en (ii) er geen afspraak met de EVU was dat de zonne-energie installatie voor 30 juni 2011 aan het net zou gaan. De rechtbank oordeelt als volgt: met betrekking tot punt (ii) oordeelt de rechtbank dat eiser op 5 juli 2011 wist dat er geen afspraak met de EVU was gemaakt dat de zonne-energie installatie voor 30 juni 2011 aan het net zou gaan, zodat er bij hem op die datum geen onjuiste voorstelling van zaken was op dit punt. Met betrekking tot punt (i) heeft eiser gesteld dat hij voorafgaand aan zijn betaling door gedaagden verzekerd is dat het project gereed was en dat het al aan het net was aangesloten. Eiser heeft dat gebaseerd op een aantal e-mails. De rechtbank oordeelt dat de e-mails niet afkomstig zijn van gedaagden, maar van een medewerker van een van de Duitse vennootschappen. De inhoud van deze e-mails, wat daar verder ook van zij, kan alleen al daarom niet worden aangemerkt als een mededeling van gedaagden dat het project klaar en aangesloten is. Voldoende onderbouwd gesteld noch gebleken is dat gedaagden op 5 juli 2011 dan wel op enig moment daaraan voorafgaand uitdrukkelijk aan eiser hebben meegedeeld dat de installatie volledig gereed was. De vorderingen zijn ongegrond en worden door de rechtbank afgewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 24-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:4279

Zaaknummer: 255506 / HA ZA 12-997

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bureau Jeugdzorg/X en Y

Bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurder BJZ voor het in strijd met het beleid aangaan van huurovereenkomsten waarbij een meer dan marktconforme huur werd betaald. Fouten gemaakt en onvoldoende onderzoek gedaan bij het vergelijken van huren. De rechtbank houdt de bestuurder aansprakelijk. Een beroep op decharge kan de bestuurder niet helpen.

Bureau Jeugdzorg (BJZ) is in 2003 ontstaan uit een fusie van vijf stichtingen, waaronder de Stichting Jeugdzorg Noord-Brabant (SJNB). X was sinds de fusie directeur beheer van BJZ en vervulde daarvoor de functie van directeur economische zaken bij SJNB. Y was sinds de fusie lid van de Raad van Toezicht van BJZ en penningmeester en was daarvoor penningmeester van SJNB. Kernverwilt van BJZ in onderhavig geschil is dat X huurovereenkomsten voor BJZ heeft afgesloten, daarbij ondersteund door Y, met door BJZ te betalen huren die ruim hoger dan marktconform zijn. Het beleid van BJZ was dat niet meer huur zou worden betaald dan marktconform was. X was voor de uitvoering van dit beleid verantwoordelijk en heeft zich daarin laten bijstaan door Y. BJZ verwilt X onder meer dat hij het huisvestingsbeleid niet overeenkomstig het beleid van BJZ zoals dat was neergelegd in het Masterplan heeft uitgevoerd en heeft nagelaten de meest elementaire controlehandelingen te verrichten teneinde de huisvestingskosten op marktconformiteit te toetsen. Hierdoor is BJZ met huisvestingskosten geconfronteerd die ver boven de daarvoor geldende normen liggen. Y wordt hetzelfde verwilt gemaakt, in welk verband BJZ heeft aangevoerd dat hij feitelijk heeft gehandeld als ware hij bestuurder. De rechtbank oordeelt eerst over de aansprakelijkheid van X. De rechtbank oordeelt dat X bij de uitvoering van het huisvestingsbeleid aantoonbare fouten heeft gemaakt. Bij de beoordeling van de vraag of het onzorgvuldig handelen van X leidt tot diens aansprakelijkheid als bestuurder toetst de rechtbank aan de maatstaf uit het arrest Staleman/Van de Ven (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360). De aard van de door BJZ uitgevoerde activiteiten betroffen het verlenen van jeugdzorg, waaruit over het algemeen geen bijzondere financiële risico's voortvloeien. Van het bestuur van een organisatie die handelt ter uitvoering van een overheidstaak en daarbij volledig van overheidsgeld afhankelijk is, mag een

zekere voorzichtigheid bij het aangaan van financiële verplichtingen verwacht worden. Er was een duidelijke taakverdeling binnen het bestuur. Het was voor iedereen duidelijk dat X belast was met het huisvestingsbeleid. Het Masterplan hanteerde als uitgangspunt dat de huisvestingslasten marktconform of lager dienden te zijn en dat was dan ook een belangrijke richtlijn voor het handelen van X. Zijn inspanningen dienden er op gericht te zijn dat uitgangspunt zoveel mogelijk te volgen en daarvan alleen af te wijken indien dat noodzakelijk was. X beschikte in dit verband over de door BJZ voorheen feitelijk betaalde huren, die een referentiekader konden vormen. Verder diende hij, gelet op genoemd uitgangspunt, bij het aangaan van nieuwe huurverplichtingen zorgvuldig onderzoek te doen naar de marktconformiteit daarvan. Dat gold in casu te meer nu de huurverplichtingen hoger werden dan in de oude situatie. Gesteld noch gebleken is dat X over specifieke deskundigheid beschikte om te kunnen beoordelen of de huren al dan niet marktconform waren. X heeft niet of nauwelijks specifiek onderzocht verricht naar marktconformiteit. Dat X desondanks de huurovereenkomsten is aangegaan valt hem ernstig te verwijten. Als hij zelf niet over de vereiste deskundigheid beschikte – wat kennelijk het geval was – had X gelet op de financiële belangen die ermee gemoeid waren, extern onafhankelijk advies moeten inwinnen. De rechtbank acht dit alles dermate onzorgvuldig dat de rechtbank concludeert dat X hiervan een ernstig persoonlijk verwijt valt te maken en dat hij aansprakelijk is voor de door BJZ als gevolg van dit onbehoorlijk bestuur geleden schade. Dat het handelen van X mogelijk tot schade, bestaande uit teveel betaalde huur, heeft geleid, is volgens de rechtbank voldoende aannemelijk geworden. X heeft zich erop beroepen dat aan hem decharge is verleend door de Raad van Toezicht. Dit verweer wordt verworpen. In Staleman/Van de Ven (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360) is uitgemaakt dat zowel bij een impliciete als een expliciete decharge niet kan worden aanvaard dat deze zich ook uitstrekt tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken. In de jaarrekeningen die aan de Raad van Toezicht ter goedkeuring werden voorgelegd was telkens één post huisvesting opgenomen, niet uitgesplitst naar de kosten per pand. De Raad van Toezicht kan dus geen decharge hebben verleend voor de te hoge huurlasten, hierbij in aanmerking genomen dat gesteld noch gebleken is dat de Raad van Toezicht ten tijde van die decharge van de onderhavige problematiek op de hoogte was. Y wordt door BJZ aansprakelijk gehouden als feitelijk bestuurder. Nog daargelaten dat artikel 2:9 BW niet ook de feitelijk bestuurder noemt, geldt dat BJZ onvoldoende heeft onderbouwd dat Y X opdrachten heeft gegeven of als bestuurder terzijde heeft gesteld. Dat X (mede) op Y is afgegaan en niet (telkens) zelfstandig onderzoek heeft gedaan, was kennelijk de keuze van X en maakt niet dat Y zich als feitelijk bestuurder heeft gedragen. Het enkele feit dat Y commissaris is geweest van het bouwbedrijf van D (met wie de niet-marktconforme huurovereenkomsten zijn gesloten) is zonder nadere onderbouwing onvoldoende ter onderbouwing van de mogelijkheid dat BJZ daardoor schade heeft geleden. Ook het enkele feit

dat Y betaalde werkzaamheden voor RSP (de makelaar die het Masterplan voor BJZ heeft opgesteld) heeft verricht is onvoldoende ter onderbouwing van de mogelijkheid dat BJZ daardoor schade heeft geleden. Y heeft niet meer ontvangen voor zijn werkzaamheden dan waar hij redelijkerwijze recht op had. Onvoldoende onderbouwd is dat de afspraken tussen Y en RSP hebben geleid tot bevoordeling van Y ten kosten van BJZ. De vordering van BJZ jegens Y wordt door de rechtbank afgewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 17-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:4257

Zaaknummer: 241053 / HA ZA 11-1759

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

RECHTSPRAAK

Benu/Holding Erstad Den Heijhof

Gang van zaken met betrekking tot de verkoop en overdracht van de aandelen in Erstad en Den Heijhof is een gegronde reden om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Holding te twijfelen.

Benu heeft aan Holding bezwaar aangetekend tegen de voorgenomen verkoop van alle aandelen in de deelnemingen Erstad B.V. en Den Heijhof B.V. Op 25 april 2013 is ter zitting van de Ondernemingskamer een minnelijke regeling getroffen waarin partijen zijn overeengekomen dat Benu binnen drie maanden nadat de waarde bindend is vastgesteld door een deskundige, de door haar gehouden aandelen in het kapitaal van Erstad en Den Heijhof overdraagt aan Pelzers Holding B.V. en Diephuis Holding B.V. die deze aandelen aanvaarden tegen betaling aan Benu van de door de deskundige vastgestelde waarde. Op 26 april 2013 heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van Holding besloten tot verkoop en overdracht van de aandelen in Erstad en Den Heijhof aan Pelzhuis, een vennootschap waarvan de aandelen (indirect) worden gehouden door Pelzers en Diephuis. Bij notariële akte van 21 mei 2013 heeft Holding alle aandelen in Erstad en alle aandelen in Den Heijhof geleverd aan Pelzhuis.

Benu heeft een verzoek ingediend tot het gelasten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Holding waarbij het volgende ten grondslag is gelegd. Benu is er bij het treffen van de minnelijke regeling van uitgegaan dat Holding de aandelen in Erstad en Den Heijhof niet zou vervreemden en dat deze derhalve onderdeel zouden zijn van de waardering door de deskundige. De verkoop en overdracht door Holding van de aandelen in Erstad en Den Heijhof is in strijd met de getroffen schikking, aldus Benu. Benu heeft aan haar verzoek tevens ten grondslag gelegd (a) dat er geen redenen bestaan voor de verkoop door Holding van alle aandelen in Erstad en Den Heijhof anders dan benadeling van Benu in een geschil tussen Benu en Pelzers BV en Diephuis BV, (b) dat verkoop en overdracht van die aandelen zonder toestemming van Benu in strijd is met de aandeelhoudersovereenkomst, (c) dat de verkoopprijs niet marktconform is en (d) dat verkoop en overdracht van die aandelen tot gevolg heeft dat Holding niet langer voldoet aan haar statutaire doelomschrijving en dat haar continuïteit wordt bedreigd.

De OK beoordeelt of de gang van zaken met betrekking tot de verkoop en overdracht van de aandelen in Erstad en Den Heijhof een gegronde reden is om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Holding te twijfelen. De Ondernemingskamer beantwoordt die vraag bevestigend op hierna te noemen gronden.

Het ligt voor de hand dat de aandeelhoudersovereenkomst aldus moet worden uitgelegd dat Holding de aandelen in Erstad en Den Heijhof slechts kan verkopen met instemming van Benu. Die aandelen vormen immers het enige actief van betekenis van Holding en de in de aandeelhoudersovereenkomst overeengekomen blokkeringsmacht van Benu (die, anders dan Pelzers BV en Diephuis BV, geen bestuurder is van Holding) zou illusoir zijn indien de door Holding, Pelzers BV en Diephuis BV verdedigde opvatting zou worden aanvaard dat die bepaling niet van toepassing is op vervreemding van alle aandelen in Erstad en Den Heijhof, welke vervreemding materieel sterke gelijkenis vertoont met ontbinding en liquidatie van Holding.

Bij de verkoop en overdracht van de aandelen in Erstad en Den Heijhof bestaat een tegenstrijdig belang tussen Holding (en Benu) enerzijds en Pelzers BV en Diephuis BV anderzijds, niet alleen ten aanzien van de voorwaarden waarop deze transactie plaatsvindt, maar ook omdat de transactie feitelijk strekt tot (gedeeltelijke) betaling van een door Benu betwiste schuld van Holding aan Pelzers BV en Diephuis BV en Holding na deze transactie niet meer in staat zal zijn de door Benu gepretendeerde vordering op Holding (die door Pelzers BV en Diephuis BV wordt betwist) te voldoen. Het standpunt van Holding, Pelzers BV en Diephuis BV dat de twee laatstgenoemden dit tegenstrijdige belang hebben onderkend en daarom 'de besluitvorming omtrent zo'n verkoop (...) keurig (hebben) voorgelegd aan de Algemene Vergadering', miskent dat dit geen reële betekenis heeft omdat Pelzers BV en Diephuis BV samen 70% van de in de algemene vergadering van aandeelhouders uit te brengen stemmen vertegenwoordigen. De OK neemt voorts in aanmerking dat Holding, Pelzers BV en Diephuis BV onvoldoende hebben toegelicht waarom, mede in het licht van de inmiddels tussen partijen getroffen schikking, het belang van Holding gediend was met de verkoop en overdracht van de aandelen in Erstad en Den Heijhof aan Pelzhuis.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2325

Zaaknummer: 200.126.198/01 OK

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Versteeg Beheer/NLS

Impasse op aandeelhoudersniveau vormt een bedreiging voor de continuïteit van de door NLS gedreven onderneming. Deze impasse vormt een gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van NLS.

Versteeg Beheer heeft de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van NLS. Versteeg Beheer heeft aan het verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen. Zij heeft daartoe gesteld, dat Neral de bankrekening van NLS heeft gebruikt voor privé-bestedingen, dat dit heeft geleid tot een ernstige vertrouwensbreuk tussen Versteeg en Neral, dat het niet mogelijk is gebleken daarin tot een minnelijke oplossing te komen, als gevolg waarvan op bestuurs- en aandeelhoudersniveau een impasse is ontstaan.

Naar het oordeel van de OK is er, gelet op hetgeen is vermeld, voldoende reden om te vermoeden dat privé-bestedingen van Neral – ten onrechte – ten laste van de winst van NLS zijn gebracht. Tegenover de door Versteeg gestelde onttrekkingen hebben Neral c.s. gesteld dat ook Versteeg via NLS privé-opnames heeft verricht. Versteeg Beheer heeft deze stelling betwist. De verdenkingen over en weer en de daaromtrent geuite beschuldigingen dat privé-bestedingen ten laste van de winst van NLS zijn gebracht – die, zo blijkt uit het voorgaande ten aanzien van Neral vermoedelijk niet zonder grond zijn –, hebben naar het oordeel van de OK op aandeelhoudersniveau tot een ernstig wantrouwen geleid tussen Versteeg Beheer en Neral Beheer. Onduidelijk is de omvang van de ten laste van NLS gebrachte privé-bestedingen en in hoeverre deze bestedingen in rekening-courant zijn verrekend. Die onduidelijkheden dragen aan het wantrouwen bij. In dit verband acht de OK het, gelet op de omstandigheid dat Neral zich zou bezig houden met de administratieve en financiële zaken van NLS, opmerkelijk dat Neral c.s. op deze onduidelijkheden geen enkel licht hebben geworpen. Het tussen Versteeg Beheer en Neral Beheer ontstane wantrouwen heeft, na een mislukte poging om tot een minnelijke oplossing te komen, tot een impasse op aandeelhoudersniveau geleid die een bedreiging vormt voor de continuïteit van de door NLS gedreven onderneming. Deze impasse vormt een gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken. De

OK acht een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van NLS gerechtvaardigd.

Gelet op de ernst van de ontstane situatie en de aard van de hiervoor vastgestelde gegronde redenen acht de OK bij wijze van op de voet van artikel 2:349a lid 2 BW te treffen onmiddellijke voorziening de (continuering van de) schorsing van Neral Beheer als bestuurder van NLS noodzakelijk. Daarnaast zal de OK een derde bestuurder met doorslaggevende stem benoemen, die bevoegd is de NLS zelfstandig te vertegenwoordigen. De OK acht het gewenst dat deze bestuurder een tussen Neral Beheer en Versteeg Beheer overeen te komen schikking zal beproeven teneinde de impasse die op aandeelhoudersniveau is ontstaan te doorbreken.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2333

Zaaknummer: 200.125.548/01 OK

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad/Stichting Biblionet Groningen

Bestuur is omtrent reorganisatiebesluit gemotiveerd afgeweken van het negatieve advies van de ondernemingsraad en heeft bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het besluit kunnen komen.

Biblionet is geconfronteerd met bezuinigingen welke hebben genoopt tot het treffen van maatregelen van reorganisatorische aard. Onderdeel van die reorganisatie was het vervallen van de functie van secretaris van de Raad van Toezicht van Biblionet. Gedurende de uitvoering van de aan de orde zijnde reorganisatie is de bestuurder van Biblionet, Middelveld, de opvatting toegedaan geraakt dat de reorganisatie diende te worden bijgesteld. Een van die punten betrof het, in plaats van het volledig vervallen van de functie van secretaris van de Raad van Toezicht, handhaven van deze, eerder voltijdse, functie voor 24 uren per week. Over die bijstelling heeft Middelveld advies gevraagd aan de ondernemingsraad. Omtrent dit besluit heeft de ondernemingsraad negatief geadviseerd. Middelveld heeft na een bespreking met het management team de ondernemingsraad doen weten niettemin uitvoering te geven aan het voorgenomen besluit. De ondernemingsraad heeft de Ondernemingskamer verzocht te verklaren dat Biblionet bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.

Het betoog ten gronde van Biblionet houdt in de eerste plaats in dat de functie van secretaris van de Raad van Toezicht omvattender is dan de naam doet vermoeden. Voorts heeft zij aangevoerd dat zij bij nader inzien de gevolgen van de versmalling van de bestuurlijke top heeft onderschat en dat overdracht van de werkzaamheden van de secretaris naar een lager niveau, zoals aanvankelijk gedacht, niet zonder problemen is gebleken, wegens de relatieve onervarenheid van de medewerkers op dat niveau. Zij heeft verder naar voren gebracht dat zowel de Provincie Groningen als de deelnemende gemeenten steeds hogere eisen stellen aan rapportering en in te leveren beleidsdocumenten, terwijl bij wijze van nieuwe en extra taak door haar beleidsdocumenten dienen te worden vervaardigd in het kader van het 'ambtelijk relatiebeheer' met de Groninger gemeenten, mede in verband met komende veranderingen, zoals in het kader van het tot stand komen van het Groninger Forum. Indien de functie van

secretaris van de Raad van Toezicht geheel zou komen te vervallen, zou haar organisatie niet in staat zijn binnen haar eigen gelederen alle genoemde taken en functies te vervullen, waardoor zij zou worden genoopt een beroep te doen op externe krachten, waarmee grotere bedragen zijn gemoeid dan uit haar in deze zaak bestreden besluit voortvloeit, zo heeft zij ten slotte betoogd.

Voormeld betoog van Biblionet, dat niet dan wel onvoldoende gemotiveerd door de ondernemingsraad is weersproken, komt de OK niet onaannemelijk voor. Tegen die achtergrond kan niet worden gezegd dat Biblionet het bestreden besluit niet in redelijkheid heeft kunnen nemen. Dat wordt uiteraard niet anders op de enkele grond dat het deels terugkomen op een eerder genomen besluit betekent dat de aanvankelijk beoogde bezuiniging niet volledig wordt gehaald. Het bestreden besluit kan ook niet als kennelijk onredelijk worden aangemerkt op de grond dat het een wijziging inhoudt van de verhouding waarin bezuinigd wordt op de bestuurlijke en de uitvoerende onderdelen van Biblionet. Dit is immers reeds op zichzelf niet het geval, het is te minder het geval omdat Middelveld ter terechtzitting - onweersproken - heeft verklaard dat het besluit niet leidt tot (verdere) bezuinigingen op het uitvoerende vlak. Er is te meer aanleiding het bestreden besluit niet als kennelijk onredelijk aan te merken in het licht van de door Middelveld ter terechtzitting gedane – eveneens onweersproken – mededeling dat de totstandkoming van het Groninger Forum, die wordt verwacht op een termijn van ongeveer anderhalf jaar, zal nopen tot een verdere reorganisatie, waarbij alle functies, waaronder ook die van secretaris van de Raad van Toezicht, opnieuw onder de loep worden genomen. Ten slotte kan niet worden gezegd dat Biblionet de ondernemingsraad onvoldoende heeft uiteengezet waarom zij van het negatieve advies is afgeweken. De slotsom van het voren overwogene is dat het verzoek van de ondernemingsraad dient te worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2337

Zaaknummer: 200.122.571/01 OK

Wetsartikelen: 26 WOR

RECHTSPRAAK

OR Watts Industries / Watts Industries

Medezeggenschap OR; afweging van (concern)belangen. In onderhavige casus is geen sprake van een afweging van de concernbelangen naast de eigen belangen van de vennootschap. De OK wijst derhalve het verzoek van de OR toe.

Watts Industries Nederland BV (hierna: WINL) is onderdeel van een internationale onderneming (hierna: WIEU) gericht op de fabricage van producten voor waterleidingen en verwarmingsinstallaties. WINL neemt, na negatief advies van de OR het besluit 'Focused on improved performance in Europe; De herpositionering van WINL BV', waarin onder andere de assemblageactiviteiten naar Frankrijk zullen verhuizen. De OR verzoekt de OK te verklaren dat het besluit niet in redelijkheid genomen had kunnen worden en verzoekt de OK de gevolgen van dit besluit ongedaan te maken.

De OK overweegt als volgt. Gegeven het feit dat WINL onderdeel uitmaakt van het internationaal werkzame Watts-concern, is het onvermijdelijk en vanzelfsprekend dat het belang van WINL mede wordt bepaald door het concernbelang. Dat neemt niet weg dat WINL bij het voorbereiden en het nemen van haar besluit zelfstandig het concernbelang dient af te wegen naast of tegen de overige belangen van WINL en dat WINL aan de ondernemingsraad inzicht behoort te geven in die belangenafweging. Bij die belangenafweging legt de concernstrategie gewicht in de schaal, maar niet per definitie het doorslaggevende. Een andere opvatting, die erop neerkomt dat WINL een op het niveau van WIEU genomen consolidatiebesluit slechts heeft uit te voeren, zou op onaanvaardbare wijze afbreuk doen aan het wettelijk stelsel van medezeggenschap. De conclusie is dat het bezwaar van de ondernemingsraad gegrond is. De bestuurder van WINL heeft er geen blijk van gegeven naast het concernbelang de overige belangen van WINL daadwerkelijk te hebben meegewogen en aannemelijk is dat het besluit in wezen door WIEU is genomen, zodat het advies van de ondernemingsraad aan WINL ook niet van wezenlijke invloed kon zijn. Reeds op grond hiervan oordeelt de OK dat WINL bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen. De OK zal de verzochte voorzieningen toewijzen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2336

Zaaknummer: 200.125.814/01 OK

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

Van Graas Management / Meditaxi C.S.

***Verzoek tot onderzoek naar beleid binnen vennootschappen.
Beweerdelijk onbehoorlijk bestuur. Volgens de OK zijn de bezwaren
onvoldoende aannemelijk gemaakt. De OK wijst het verzoek derhalve
af***

Van Graas en Clijssen zijn bestuurder en aandeelhouder van de Dutch Medical Group (hierna: DMG). Dochtervennootschappen van DMG zijn onder andere Meditaxi, Broeder De Vries Dutch Medical Services en Dutch Medical College. Van Graas Management verzoekt de OK een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken binnen deze dochterondernemingen alsook naar het beleid en de gang van zaken binnen Clijssen Beheer, omdat volgens Van Graas Clijssen zich schuldig maakt aan onbehoorlijk en oncollegiaal bestuur.

De OK acht, mede gelet op het gemotiveerde verweer dat door Van Graas Management onvoldoende is weersproken, de stelling van Van Graas Management dat er (mogelijk) sprake is van subsidiefraude of van 'een schimmige constructie om subsidie aan te vragen', gepleegd door Clijssen Beheer onvoldoende toegelicht en geconcretiseerd is.

Naar het oordeel van de OK zijn de bezwaren van Van Graas onvoldoende aannemelijk om als gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken aangemerkt te kunnen worden. De conclusie is dat de OK de bezwaren geen gegronde redenen vindt opleveren om aan een juist beleid van Meditaxi c.s. of een juiste gang van zaken te twijfelen.

Het verzoek van Van Graas Management zal worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2327

Zaaknummer: 200.127.300/01

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Monric/Clima Energie Management c.s.

Verzoek tot enquête en voorlopige voorziening. De OK wijst het verzoek af omdat zij meent dat het verzoek nog prematuur is

Clima houdt zich bezig met activiteiten op het gebied van advisering en beheer van energiesystemen in grote installaties. Clima is opgericht op initiatief van Melgerd, die met ingang van die datum (indirect) aandeelhouder en bestuurder was. Monric heeft een belang in Clima verworven en sindsdien zijn de aandelen in het geplaatste kapitaal van Clima als volgt verdeeld: Monric en Devarana houden elk 49% en Stak houdt de overige 2%, waarvoor zij certificaten van aandelen heeft uitgegeven aan Devarana. Monric en Devarana vormen samen het bestuur van Clima en zijn als bestuurders zelfstandig bevoegd haar te vertegenwoordigen. Monric heeft de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Clima. Zij heeft tevens verzocht bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding Devarana te schorsen als bestuurder van Clima, een derde te benoemen tot bestuurder met doorslaggevende stem van Clima, de door Stak gehouden aandelen in Clima over te dragen ten titel van beheer aan deze derde, dan wel zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen als de Ondernemingskamer nodig zal oordelen. Monric heeft aan haar stelling ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid van Clima en dat onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen omdat (i) besluitvorming binnen het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders stagneert, (ii) aan Monric (financiële) informatie wordt onthouden, (iii) Devarana het belang van AMIC boven dat van Clima stelt, (iv) het bestuur van Stak niet naar behoren functioneert, en (v) de jaarrekening over 2011 nog niet is vastgesteld.

De OK wijst het verzoek echter af. In hetgeen Monric naar voren heeft gebracht ziet de OK onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat aan het beleid en de gang van zaken van Clima getwijfeld moet worden. Naar het oordeel van de OK is het verzoek tot het instellen van een enquête prematuur en in zoverre niet toewijsbaar. De slotsom is dat het verzoek voor zover het strekt tot het bevelen van een onderzoek, moet worden afgewezen. Dat brengt mee dat ook het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen dient te worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-06-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2324

Zaaknummer: 200.125.085/01 OK

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Forum/Ondernemingsraad

Reorganisatie Forum. De ondernemingsraad is het niet eens over de wijze en het moment waarop de ingrijpende reorganisatie wordt doorgevoerd. De verzoeken van de ondernemingsraad worden door de OK afgewezen

Forum is een organisatie die zich bezig houdt met de bevordering van een multiculturele samenleving waarbinnen verschillende burgers en groepen burgers met een uiteenlopende etnische en culturele achtergrond een gelijkwaardige maatschappelijke positie innemen en op harmonieuze wijze samenleven. Forum is afhankelijk van overheidssubsidie. In een brief namens de Minister van BZK wordt aan Forum duidelijk gemaakt dat er aanzienlijk gekort zal gaan worden op de subsidie. In de brief wordt aangeraden om deze bezuiniging in 2015 te betrekken bij de inrichting van de organisatie van Forum en bij het opstellen van het werkplan over 2013. Forum en de Ondernemingsraad verschillen van mening over de wijze en het moment waarop ingrijpende reorganisatie zal moeten doorgevoerd.

De Ondernemingskamer (hierna: OK) stelt voorop dat het Forum in beginsel vrij staat om de reorganisatie in fases te verdelen en eerst over te gaan tot een reductie van overhead en ondersteuning (Spoor 1) en in een tweede fase de visie en de missie van Forum vast te stellen (Spoor 2). De Ondernemingsraad is, gelet op de gang van zaken ruimschoots bij de besluitvorming over de reorganisatie betrokken en is in gelegenheid gesteld om op dit punt – naast andere punten – te adviseren en zijn andersluidend standpunt naar voren te brengen. Dat de Ondernemingsraad en Forum van mening blijven verschillen, maakt het bestreden besluit nog niet ondeugdelijk. Het is aan Forum om met betrekking tot de inrichting van de reorganisatie - als bestuurder - een gemotiveerde keuze te maken waarin het advies van de Ondernemingsraad wordt betrokken. Gelet op de door Forum aangevoerde feiten en omstandigheden heeft Forum haar keuzes voor het bestreden besluit toereikend gemotiveerd, aldus de OK.

De Ondernemingsraad stelt verder dat Forum het afspiegelingsbeginsel heeft omzeild door bestaande functies op te heffen en te vervangen door nieuwe, vrijwel ongewijzigde functies.

De OK is van oordeel dat het bezwaar van de Ondernemingsraad zozeer in algemene bewoordingen is geformuleerd dat daaruit niet kan worden afgeleid ten aanzien van welke functies volgens hem geen recht wordt gedaan aan het afspiegelingsprincipe.

De slotsom luidt dat geen door de Ondernemingsraad aangevoerde feiten en omstandigheden, ieder afzonderlijk dan wel in onderlinge samenhang bezien, kunnen leiden tot het oordeel dat Forum bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. De verzoeken zullen worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-06-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2335

Zaaknummer: 200.123.797/01

Wetsartikelen: WOR

RECHTSPRAAK

Novero: Arch vs Riamo

Verzoek tot schorsing bestuurder van de vennootschap. Gezien de financiële toestand van de vennootschap, treft de OK enkele nadere onmiddellijke voorzieningen

De Ondernemingskamer (hierna: OK) heeft in eerdere beschikkingen een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Novero Holdings B.V. (hierna: Novero). Daarnaast is Van der Ven benoemd tot commissaris en is bepaald dat alle door Arch en Riamo gehouden aandelen in Novero, behoudens één aandeel van elk van beide aandeelhouders, ten titel van beheer zijn overgedragen aan Schutte.

Op 22 april 2013 heeft er een (buitengewone) algemene vergadering van aandeelhouders van Novero plaatsgevonden, alwaar (onder andere) zijn besproken de uitkoop van de aandelen in Novero van Riamo door Arch en de voorwaarden waaronder Arch een bridge loan aan Novero GmbH – een van de werkmaatschappijen van Novero - zou verstrekken.

Arch heeft, namens Novero, de 'bridge loan agreement' getekend en een bedrag van € 1,8 miljoen aan Novero GmbH betaald. Johanna Olusu heeft namens Riamo geweigerd om de 'bridge loan agreement' te tekenen.

Tijdens een algemene vergadering is vervolgens besloten Riamo te schorsen als director en CEO van de vennootschap onder het vermelden van twee voorwaarden waardoor de schorsing automatisch opgeheven wordt. Enkele dagen later heeft Novero, in haar hoedanigheid van aandeelhouder van die vennootschappen, het besluit genomen om Olosu met onmiddellijke ingang te ontslaan als bestuurder van Novero GmbH en Novero International GmbH.

De OK oordeelt als volgt. Als gevolg van groot onderling wantrouwen tussen Riamo (Olosu) en DPH vindt in het bestuur van Novero geen behoorlijk overleg meer plaats. Dit leidt er onder meer toe dat de leiding van de werkmaatschappijen niet langer naar behoren functioneert. De OK constateert voorts een zeer nijpende financiële situatie bij Novero en haar werkmaatschappijen en dat Riamo aan haar medebestuurder en aan de door de OK benoemde commissaris onvoldoende informatie verschaft over deze financiële situatie. Zo heeft Arch

onweersproken gesteld dat Olosu pas op 7 juni aan DPH, Schutte en Van der Ven heeft medegedeeld dat Volkswagen in de maand mei 2013 voor een bedrag van € 4 miljoen minder orders zou plaatsten dan aanvankelijk beoogd, terwijl Volkswagen deze terugval al begin mei 2013 aan Olosu heeft laten weten. Gezien deze situatie acht de OK het noodzakelijk om de volgende nadere onmiddellijke voorzieningen te treffen.

De OK zal bij wijze van onmiddellijke voorziening Riamo schorsen als bestuurder van Novero. Aangezien Van der Ven reeds is ingewerkt en de financiële situatie bij Novero en de werkmaatschappijen snel handelen noodzakelijk maakt, zal de OK Van der Ven bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemen tot bestuurder, met bepaling dat hij zelfstandig bevoegd is om Novero te vertegenwoordigen. Riamo heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt waarom Van der Ven niet geschikt zou zijn om als tijdelijk bestuurder op te treden. In verband met zijn benoeming tot bestuurder zal Van der Ven worden ontheven als commissaris van Novero. De OK zal de bevoegdheden die in de beschikking van 14 maart 2013 aan de commissaris zijn gegeven, te weten het bindend kunnen beslissen inzake geschillen tussen partijen over de vraag of een te nemen besluit moet worden aangemerkt als een board reserved matter en over de vraag of, in welke mate en op welke wijze informatie moet worden verschaft, bij wijze van onmiddellijke voorziening toekennen aan de beheerder van aandelen. Ter bescherming van de belangen van Riamo, bepaalt de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening ten slotte dat DPH niet langer zelfstandig bevoegd is om Novero als bestuurder te vertegenwoordigen. Voor verdere onmiddellijke voorzieningen ziet de OK geen aanleiding.

De OK zal bij nadere beschikking een nader bekend te maken persoon aanwijzen als onderzoeker in deze zaak, zoals bevolen in de beschikking van 14 maart 2013.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-06-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2338

Zaaknummer: 200.118.379/01 OK

Wetsartikelen: 2:349a BW

RECHTSPRAAK

Verwater/Audex

Enquêteverzoek van Verwater aan de Ondernemingskamer afgewezen omdat in casu slechts sprake is van kwesties van vermogensrechtelijke aard

Verwater drijft een onderneming die zich bezig houdt met het ontwerpen, bouwen en onderhouden van opslagtanks voor onder andere olie. Audex drijft een onderneming die zich bezig houdt met aanneming in de olie- gas en chemische industrie. Zij biedt onder andere zogenoemde EPC diensten aan (Engineering, Procurement & Construction). Audex is een dochteronderneming van PEC Ltd. Audex is enig aandeelhouder en bestuurder van Audex Netherlands B.V.

VA is opgericht als een joint venture van Verwater en Audex met het oog op de samenwerking van Verwater en Audex bij de realisatie in de Rotterdamse haven van Euro Tank Terminal 3 (ETT3) in opdracht van Euro Tank Terminal B.V. (ETT). VA drijft een onderneming die zich toelegt op het ontwerpen en bouwen van opslagtanks en bijbehorende infrastructurele werkzaamheden in de petrochemie.

Verwater en Audex houden elk 50% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van VA. Zij vormen tevens het bestuur van VA en zijn als bestuurders gezamenlijk bevoegd VA te vertegenwoordigen. Tussen ETT en VA is een overeenkomst getekend die, kortweg, de realisatie van het ETT3-project betreft. VA heeft voor de uitvoering van die overeenkomst aan Audex in onderaanneming opdracht gegeven voor het projectmanagement, het ontwerp en het ingenieurswerk. Voor het inkoopwerk is in onderaanneming opdracht gegeven aan Audex Netherlands B.V. Voor het verrichten van de bouwwerkzaamheden heeft VA in onderaanneming opdracht gegeven aan een aantal vennootschappen die aan Verwater zijn gelieerd (hierna: de Verwatervennootschappen).

De beoogde winst in het ETT3-project is omgeslagen in een aanzienlijk verlies ten gevolge van een kostenoverschrijding welke Verwater heeft gesteld op ruim 60 miljoen Euro. Die kostenoverschrijding is volgens Verwater het gevolg van ernstige tekortkomingen van Audex in de uitvoering van het project.

De OK constateert dat de hoogte van die kostenoverschrijding op dit moment niet kan worden vastgesteld, omdat Audex en Verwater van mening verschillen over de achterliggende oorzaak daarvan. Hetgeen zij hierover naar voren hebben gebracht, betreft kwesties van louter vermogensrechtelijke aard. De beantwoording van de vraag aan wiens zijde het gelijk in dat debat is, valt buiten het bestek van een enquêteprocedure. Naar het oordeel van de OK strekt het enquêteverzoek van Verwater er toe om een mogelijkheid te creëren om het bedrag van 36,8 miljoen Euro van de - door Audex betwiste - pro forma facturen van de Verwatervennootschappen te kunnen innen. In dat perspectief beziet de OK ook de stellingen van Verwater dat VA een besluit dient te nemen om Audex aansprakelijk te stellen, dat de patstelling in de vergadering van aandeelhouders en in het bestuur op dit punt een gegronde reden vormt om aan een juist beleid te twijfelen en dat om die reden een bestuurder door de OK moet worden benoemd. Naar het oordeel van de OK zijn die stellingen eveneens terug te voeren op een zuiver vermogensrechtelijk belang van Verwater en de Verwatervennootschappen in hun hoedanigheid van onderaannemer, welk belang niet door het enquêterecht wordt beschermd.

Vaststaat dat het vermogensrechtelijke geschil effect heeft op de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders met betrekking tot de vaststelling van de jaarrekeningen 2010 en 2011. De op dit punt ontstane patstelling leidt naar het oordeel van de Ondernemingskamer evenwel niet tot de conclusie dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van VA te twijfelen. Redengevend hiervoor is dat die patstelling onvoldoende zwaarwegend is, afgezet tegen de omstandigheden dat de onderneming geen activiteiten meer ontplooit, het ETT3-project is gerealiseerd, met ETT een vaststellingsovereenkomst is gesloten, met derde crediteuren een regeling is getroffen en er geen andere besluiten voorliggen die in verband met de continuïteit van de onderneming dienen te worden genomen.

Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat de verzoeken van Verwater zullen worden afgewezen. Verwater zal worden veroordeeld in de kosten van het geding.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-06-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2334

Zaaknummer: 200.121.949/01

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Fraude ten nadele van Eurotank Amsterdam B.V.

Fraude ten nadele van een B.V. door een groep van personen, van wie een van de bestuurders van de B.V. de spil was. De bestuurder wordt aansprakelijk gehouden tegenover de B.V. uit hoofde van artikel 2:9 BW en uit hoofde van onrechtmatige daad (vgl. HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ 3535); de aannemers en enkele andere betrokkenen, onder wie de echtgenote van de bestuurder alsmede zijn boekhouder, aansprakelijk uit hoofde van artikel 6:166 BW

A was bestuurder van Europoint Terminals Netherlands B.V. (thans genaamd Eurotank Amsterdam B.V.). In de periode van 1999 tot 2007 heeft Europoint werkzaamheden uitbesteed aan I & Zn, TST GmbH en TST Industriemontage en Leidingbouw B.V. (TST), ETS Elektro Technische Service GmbH (ETS) en F. Europoint stelt slachtoffer te zijn geworden van twee fraudeconstructies. De eerste fraudeconstructie komt erop neer dat de betrokken aannemers van Europoint, thans nog TST, ETS en F (I & Zn heeft in een schikking tegen finale kwijting 750.000 euro aan Europoint betaald), hun facturen ophoogden in overleg met A en het bedrag van de ophoging vervolgens tussen henzelf en A verdeelden. Bij het doorsluizen van de gelden werd gebruik gemaakt van verschillende ondernemingen en vennootschappen die op naam van mevrouw B, de echtgenote van A, stonden. A had de feitelijke leiding over die ondernemingen en vennootschappen, genaamd Tabema B.V., Sake Holding B.V. en Eco Sord S.L. en Samaca Technische Handelsonderneming. Die ondernemingen en vennootschappen stuurden facturen waarvoor geen of geen reële tegenprestatie was verricht aan de aannemer in kwestie, die deze voldeed. Die facturen waren wat lager dan het bedrag waarmee de factuur voor Europoint door de aannemer in overleg met A werd opgehoogd, zodat de aannemer in kwestie zelf ook iets aan de fraudeconstructie overhield. A zorgde ervoor dat Europoint de opgehoogde factuur betaalde. De tweede fraudeconstructie hield in dat de werknemers van TST voor A in privé dan wel voor diens familie en kennissen werkzaamheden hebben verricht die aan Europoint werden gefactureerd. In onderhavig geschil zijn door Europoint de volgende natuurlijke en/of rechtspersonen gedagvaard: A (althans zijn curator mr. Baart, omdat A in staat van faillissement is verklaard), B (de echtgenote van A), Tabema, Sake en Eco Sord (de

vennootschappen van B, waarover A de feitelijke leiding had), C (toenmalig hoofd van de financiële afdeling van Europoint), TST (één van de aannemers in kwestie), D (die feitelijk de leiding over TST had), E (de echtgenote van D en directeur van TST), ETS (een andere aannemer in kwestie), F (bestuurder en aandeelhouder van ETS) en G (die boekhoudkundige werkzaamheden verrichte in opdracht van Europoint en A in privé). De justitiële autoriteiten zijn de fraude op het spoor gekomen in het kader van een strafrechtelijk onderzoek naar accijnsfraude. In afgetapte telefoongesprekken rees de verdenking van onderhavige (grootschalige) fraude waarvan Europoint het slachtoffer was. A is in de strafzaak in hoger beroep veroordeeld tot 32 maanden gevangenisstraf met aftrek van de tijd in voorarrest. A heeft cassatieberoep ingesteld. B, de echtgenote van A, is in hoger beroep vrijgesproken van deelname aan een criminele organisatie. C is in hoger beroep veroordeeld tot een werkstraf van 216 uren. D is in eerste aanleg veroordeeld tot 6 maanden voorwaardelijke gevangenisstraf, een werkstraf van 220 uren en een geldboete van 25.000 euro. D is niet in hoger beroep gegaan. E, de echtgenote van D, is niet gedagvaard voor de strafrechter. F is in hoger beroep veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van 6 maanden en een geldboete van 90.000 euro. F is in cassatie gegaan. G is in hoger beroep veroordeeld tot een gevangenisstraf van 9 maanden, waarvan 6 maanden voorwaardelijk. G is eveneens in cassatie gegaan. Ten aanzien van de eerste fraudeconstructie stelt Europoint in onderhavige civielrechtelijke procedure dat gedaagden uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn omdat zij ieder willens en wetens hebben meegewerkt aan een samenstel van oneerlijke en heimelijke handelingen, waarbij Europoint is benadeeld doordat gelden die Europoint toekwamen aan haar zijn onttrokken en bij (enkele van de) gedaagden terecht zijn gekomen. A heeft zich bovendien schuldig gemaakt aan onbehoorlijk bestuur. C heeft als werknemer opzettelijk dan wel bewust roekeloos schade toegebracht aan zijn werkgever. Voor zover een contractuele verhouding met Europoint is de bewuste gedaagde in de nakoming daarvan toerekenbaar tekortgeschoten. Europoint heeft tevens een expliciet beroep gedaan op artikel 6:166 BW. De rechtbank oordeelt met betrekking tot de vorderingen tegen de curator (A) als volgt. De feiten leveren naar het oordeel van de rechtbank een onbehoorlijke vervulling van de bestuurderstaak van de A op, waarvan A een ernstig verwijt kan worden gemaakt. A had immers als bestuurder van Europoint tot taak het belang van Europoint te behartigen. Hij heeft echter het belang van Europoint ernstig geschonden en zijn persoonlijke gewin tot leidraad van zijn handelen als bestuurder gemaakt. Hij heeft zichzelf heimelijk voor vele miljoenen verrijkt ten koste van Europoint. Aldus heeft A tevens onrechtmatig gehandeld jegens Europoint. Bij de 'inkleuring' van de onrechtmatigheidsmaatstaf in deze hanteert de rechtbank – in navolging van HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535 – eveneens de strenge aansprakelijkheidsmaatstaf van artikel 2:9 BW.

De rechtbank oordeelt met betrekking tot de vorderingen tegen de vennootschappen van A,

Tabema, Sake Holding en Eco Sord, als volgt. Tabema, Sake Holding en Eco Sord waren de vehikels waarmee A in samenwerking met zijn echtgenote fraudeconstructie I vorm heeft kunnen geven. Volgens Europoint zijn Tabema, Sake Holding en Eco Sord hoofdelijk naast A aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van de zojuist geformuleerde onrechtmatige daden van A. De rechtbank acht de vorderingen toewijsbaar (met uitzondering van btw en onderzoekskosten). De rechtbank oordeelt met betrekking tot de aansprakelijkheid van de overige gedaagden: artikel 6:166 BW en groepsverband, als volgt. Aan de vorderingen tegen de overige gedaagden heeft Europoint artikel 6:166 BW ten grondslag gelegd. Artikel 6:166 BW ziet op de situatie dat (i) een aantal personen in groepsverband optreedt, (ii) ten minste één van die personen daarbij onrechtmatig schade toebrengt en (iii) de kans op het aldus toebrengen van schade de andere personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband. Die andere personen zijn dan, mits hun gedragingen hun kunnen worden toegerekend, hoofdelijk aansprakelijk voor de schade. Hiervoor is reeds vastgesteld dat A onrechtmatig schade heeft toegebracht aan Europoint door middel van fraudeconstructie I. Aan de hiervoor vermelde voorwaarde (ii) is dus voldaan. Hij heeft daarbij steeds in samenwerking met anderen gehandeld, onder wie in ieder geval zijn echtgenote, B, die optrad als exploitant van de eenmanszaken dan wel als bestuurder en aandeelhouder van de vennootschappen die de steekpenningen hebben geïnd, en met de aannemers die hun facturen aan Europoint ophoogden met het bedrag van de steekpenningen en een extra bedrag voor henzelf. Er was dus ook sprake van optreden in groepsverband, zodat is voldaan aan de hiervoor vermelde voorwaarde (ii). De rechtbank onderscheidt echter niet één groep waarvan zowel F en ETS als TST c.s. deel uitmaakten, maar drie groepen: (1) de groep waarvan – naast in ieder geval A en B – F en ETS deel uitmaakten, (2) de groep waarvan – naast in ieder geval A en B – TST c.s. deel uitmaakte; en (3) de groep waarvan – naast in ieder geval A en B – I & Zn. deel uitmaakte. Voor het aannemen van één groep ziet de rechtbank onvoldoende grond, nu er sprake was van drie gescheiden circuits. Van een verbinding tussen deze circuits is niet gebleken. Weliswaar is voor de toepasselijkheid van artikel 6:166 BW niet vereist dat de leden van de groep elkaar kennen, wel is naar het oordeel van de rechtbank vereist dat er bij de leden enig bewustzijn bestaat van de omvang van de groep: ieder lid moet zich er globaal van bewust zijn geweest dat hij tezamen met anderen betrokken was bij de gedragingen in groepsverband. Niet is gebleken dat dit globale bewustzijn zich bij F en ETS enerzijds en TST c.s. anderzijds uitstreckte tot voorbij het eigen circuit.

Wat de vorderingen tegen B betreft oordeelt de rechtbank als volgt. De vraag is hier in hoeverre aan de derde voorwaarde (iii) voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:166 BW is voldaan: had de kans op het toebrengen van schade B behoren te weerhouden van haar gedragingen in groepsverband? Nagegaan moet worden wat het aandeel van B in de gedragingen in groepsverband was en of zij van dat aandeel had moeten afzien gelet op de

kans op het toebrengen van schade aan Europoint door A zoals hij die heeft toegebracht. De rechtbank oordeelt dat B verschillende gedragingen in groepsverband heeft gepleegd waarvan zij zich had behoren te onthouden met het oog op de kans dat haar echtgenoot en/of anderen in dat groepsverband onrechtmatig schade zouden toebrengen aan Europoint. Deze gedragingen kunnen aan B worden toegerekend. Wat de vorderingen tegen C betreft oordeelt de rechtbank als volgt. C was als hoofd van de financiële afdeling bij Europoint degene die alle door Europoint te verrichten betalingen moest fiatteren. De rechtbank stelt bij de beoordeling van de vordering tegen C voorop dat voor aansprakelijkheid van C, die als werknemer bij Europoint in dienst was, is vereist dat hij opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld. Die eis volgt uit de beperking van aansprakelijkheid van een werknemer tegenover zijn werkgever die in artikel 7:661 BW ligt besloten en geldt ook voor eventuele aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, aansprakelijkheid op grond van artikel 6:166 BW daaronder begrepen (zoals volgt het al eerder genoemde arrest van de Hoge Raad van 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535). De rechtbank acht onder meer van belang de persoonlijke ervaring, kennis en kunde van C en de hem door zijn werkgever toebedeelde taken en verantwoordelijkheden en de informatie waarover hij bij Europoint beschikte of kon beschikken bij de uitvoering van die taken en de invulling van die verantwoordelijkheden. Gezien de beperkte opleiding van C (mavo aangevuld met een praktijkdiploma boekhouden) en het feit dat C niet geacht werd, voordat hij betalingen fiatteerde, de verschuldigdheid daarvan te verifiëren, komt de rechtbank tot het oordeel dat de vordering tegen C moet worden afgewezen. Wat de vorderingen tegen TST betreft oordeelt de rechtbank als volgt. De rechtbank acht de TST-vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk voor de bedragen waarmee de facturen aan Europoint van hen gezamenlijk zijn opgehoogd. De rechtbank oordeelt tevens (ten aanzien van de tweede fraudeconstructie) dat vast is komen te staan dat door werknemers van TST voor A in privé dan wel diens familie of kennissen werkzaamheden zijn verricht die door TST aan Europoint op basis van valse omschrijvingen zijn gefactureerd. Het was voor TST kenbaar – zeker gezien de hoge bedragen waar het om ging – dat A zich onrechtmatig ten koste van Europoint probeerde te verrijken. Door daaraan medewerking te verlenen is TST op grond van artikel 6:166 BW hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die Europoint als gevolg van die onrechtmatige verrijking heeft geleden. De kans dat A zich onrechtmatig zou verrijken ten koste van Europoint had TST van die medewerking moeten doen afzien. Wat de vorderingen tegen E betreft oordeelt de rechtbank als volgt. Aan de vorderingen tegen E is slechts ten grondslag gelegd dat zij in de relevante periode bestuurder van beide TST-vennootschappen was. Enige andere betrokkenheid bij de fraude dan haar hoedanigheid van bestuurder van TST is niet gesteld of gebleken. De vorderingen tegen E moet worden afgewezen. Wat de vorderingen tegen D betreft oordeelt de rechtbank als volgt. D, de echtgenoot van E, was degene die de fraude samen met (onder anderen) A besprak en

daar uitvoerig aan gaf. D gaf feitelijk leiding aan de TST-vennootschappen. Dit maakt D naast de TST-vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk op grond van art. 6:166 BW. Wat de vorderingen tegen ETS en F betreft oordeelt de rechtbank als volgt. ETS en F zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de bedragen waarmee de facturen aan Europoint van hen gezamenlijk zijn opgehoogd. Wat de vorderingen tegen G betreft oordeelt de rechtbank als volgt. De rechtbank concludeert met Europoint dat G een belangrijke rol speelde bij het 'kloppend maken' van de verschillende administraties om zo de fraude te verhullen. Bovendien heeft hij, hoewel hij wist van de fraude, daarover zijn opdrachtgever Europoint niet geïnformeerd. Dat had hij wel moeten doen, mede gelet op de hem door Europoint toevertrouwde taken op het gebied van de controle van de administratie. G heeft verschillende gedragingen in groepsverband gepleegd waarvan hij zich had behoren te onthouden met het oog op de kans dat A en/of anderen in dat groepsverband onrechtmatig schade zouden toebrengen aan Europoint, namelijk in ieder geval het (laten) opmaken van valse facturen en valse rapporten en het nalaten om Europoint over de bij hem bekende fraude te informeren. Deze gedragingen kunnen aan G worden toegerekend. De rechtbank oordeelt ten slotte of er sprake is van eigen schuld van Europoint. Een aantal gedaagden heeft gesteld dat de schade mede een gevolg is van het feit dat indertijd vanuit Europoint geen toezicht werd gehouden op een behoorlijk taakvervulling door haar bestuurder A. De rechtbank oordeelt als volgt. Het moge zo zijn, dat in een bedrijf met adequate interne controlemechanismen de fraude – waarschijnlijk of mogelijk – eerder zou zijn gesignaleerd, dat kan in de gegeven omstandigheden niet afdoen aan de hierboven omschreven schadevergoedingsplicht van G, TST, D, ETS en F. Zij hebben immers allemaal niet alleen willens en wetens geprofiteerd van het – voor hen zichtbare – gebrek aan loyaliteit van A tegenover Europoint, maar ook actief bijgedragen aan het verhullen van de fraude, zodat Europoint deze niet zou opmerken. Het beroep op eigen schuld wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 24-04-2013

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:4756

Zaaknummer: 356676 / HA ZA 0633761 en 440591 / HA ZA 09-3321 en 397199 / HA ZA 08-1288

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:101 BW, 6:162 BW, 6:166 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

Ni Joey C.V. en Alebury Limited

Faillietverklaring Ni Joey C.V. en Alebury Limited. Vraag of de Nederlandse rechtbank bevoegd is om de limited failliet te verklaren. De Nederlandse rechtbank is bevoegd

De rechtbank overweegt, dat hij gelet op het bepaalde in artikel 3 lid 1 van Verordening 1346/2000 van de Raad van de Europese Unie, bevoegd is deze hoofdprocedure te openen, aangezien het centrum van de voornaamste belangen van Ni-Joey C.V., in Nederland ligt.

Ten aanzien van Alebury Limited overweegt de rechtbank, dat ook het centrum van haar voornaamste belangen wordt vermoed in Nederland te liggen, nu (i) zij in Nederland activiteiten ontwikkelt, (ii) uit het uittreksel uit het handelsregister blijkt dat zij als enig beherend vennoot is toegetreden op de dag waarop de commanditaire vennootschap is opgericht, (iii) ter zitting is verschenen de heer X, niet alleen gevolmachtigde van Ni-Joey C.V., maar ook tevens – zo blijkt uit het uittreksel van het 'Companies House' - 'director' van Alebury Limited en (iv) niet is gebleken van voor derden herkenbare operationele activiteiten in het Verenigd Koninkrijk.

De rechtbank overweegt ten slotte dat uit het bij het verzoekschrift gestelde, summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de schuldeiser, alsmede dat er feiten en omstandigheden aanwezig zijn, die aantonen, dat onderhavige vennootschap verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen; en verklaart derhalve de commanditaire vennootschap Ni-Joey C.V. en haar vennoot Alebury Limited voornoemd in staat van faillissement.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 29-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:6726

Zaaknummer: C/14/142567/FT-RK 12.279

Wetsartikelen: 3 lid 1 van Verordening 1346/2000

RECHTSPRAAK

Opdracht aan advocatenmaatschap. Persoonlijke aansprakelijkheid maten voor gelijke delen (artikel 7A:1679-1681 BW) dan wel hoofdelijk (artikel 7:407 lid 2 BW). Instellen vordering tegen gezamenlijke maten (HR 5 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB7103, NJ 1977/586, NJ 1977/586) of tegen individuele (rechts)personen. Verhaal op afgescheiden vermogen van de maatschap (artikel 3:192 in verbinding met artikel 3:189 lid 2 BW) of op privévermogens

In de periode van medio 1994 tot medio 2004 had verweerder als advocaat (hierna: Advocaat) werkzaamheden verricht in opdracht van onder meer eiseres, alsmede in opdracht van Bouwen Exploitatiemaatschappij Roham B.V. (hierna: Roham) en de enig aandeelhouder van Roham, Wide Alley Properties B.V. (hierna: WAP). De opdrachten waren steeds aan de maatschap (hierna: de maatschap) verstrekt waarin Advocaat door middel van zijn praktijkvennootschap deelnam. Daarnaast waren nog vier andere verweerders in rechte betrokken. Zij waren of zijn allen zelf of via een praktijkvennootschap maat in de maatschap. Een andere advocaat (niet een van de verweerders) had tussen 1990 en juni of juli 1994 Roham als advocaat bijgestaan. Die andere advocaat wordt verweten een aantal beroepsfouten te hebben gemaakt. Advocaat heeft in verband met deze beroepsfouten in rechte bijstand verleend. Dit heeft geleid tot een arrest van het hof te 's-Gravenhage van 17 september 2003 waarbij de eis werd afgewezen. Advocaat heeft toen opdracht gekregen die andere advocaat opnieuw te dagvaarden. De betekening daarvan vond plaats op 23 juni 2004. Op grond van artikel 3:316 lid 2 BW had de dagvaarding evenwel uiterlijk op 17 juni 2004 betekend moeten zijn. Het hof heeft vervolgens op 22 mei 2008 alle vorderingen afgewezen. Dit onder meer omdat de termijn van artikel 3:316 lid 2 BW was verstreken en omdat de vijfjaarstermijn van artikel 3:310 BW was verstreken.

Eiseres heeft daarop de maatschap alsmede alle maten van de maatschap aansprakelijk gesteld voor de schade als gevolg van deze fout. Volgens eiseres zijn de vorderingen op de Advocaat c.s. in verband met de door de door de Advocaat begane beroepsfout aan haar gecedeerd.

Het hof Amsterdam oordeelt op 30 augustus 2011 hierover onder andere als volgt:

‘Met betrekking tot de tweede en derde gestelde beroepsfout verwerpt het hof voorts het subsidiair door [eiseres] gedane beroep op persoonlijke aansprakelijkheid van [verweerder 1] in verband met het in artikel 7:404 BW bepaalde en het feit dat de gegeven opdrachten met het oog op zijn persoon zijn gegeven. Volgens het hof is uitgangspunt dat [verweerder 1] reeds vanaf 1991 slechts door middel van zijn “personenvennootschap” diensten als advocaat verrichtte, en heeft [eiseres] niet toegelicht waarom [verweerder 1] persoonlijk (en niet zijn praktijkvennootschap) aansprakelijk moet worden gehouden. [Eiseres] heeft voorts volgens het hof haar stelling dat [verweerder 1] de opdrachten heeft gekregen met het oog op zijn persoon, niet toegelicht of onderbouwd met stukken die dateren uit de tijd van de opdrachtverlening (rov. 3.22).’

In cassatie komt eiseres met diverse rechts- en motiveringsklachten. Uitgangspunt is volgens de Hoge Raad:

‘3.4.2 De maatschap heeft geen rechtspersoonlijkheid. Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap, zijn daarom de individuele maten jegens de wederpartij persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap. Is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een deelbare prestatie, dan zijn de maten aansprakelijk voor gelijke delen (artikel 7A:1679-1681 BW). Ingeval evenwel, zoals hier (zie hiervoor in 3.1 onder (i)), sprake is van een door de maatschap aanvaarde opdracht, dan is op grond van artikel 7:407 lid 2 BW iedere maat jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor het geheel. De persoonlijke aansprakelijkheid jegens de contractuele wederpartij op grond van deze artikelen blijft bestaan indien de maat uittreedt.

Vorderingen uit een overeenkomst die met een maatschap is aangegaan, kunnen ook worden ingesteld tegen de maatschap als zodanig (en in dat geval bij toewijzing worden verhaald op het vermogen van de maatschap, dat een afgescheiden vermogen vormt; vgl. voor dit laatste artikel 3:192 BW in verbanding met artikel 3:189 lid 2 BW met betrekking tot de ontbonden maatschap). Aangezien een maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft, dienen dergelijke vorderingen te worden ingesteld tegen de gezamenlijke (rechts)personen die ten tijde van de dagvaarding maat zijn. Zoals is aanvaard in HR 5 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB7103, NJ 1977/586 (Moret Gudde Brinkman), kan in de dagvaarding worden volstaan met vermelding van de naam van de maatschap indien de gezamenlijke maten onder die naam op voor derden duidelijk kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelnemen. De mogelijkheid om aldus de maatschap in rechte te betrekken doet niet af aan de daarnaast bestaande (en eventueel daarmee te combineren) mogelijkheid om de individuele (rechts)personen die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst maat waren, in rechte te betrekken ter zake van hun hiervoor

genoemde persoonlijke aansprakelijkheid. De schuldeisers van de maatschap hebben dus zowel de mogelijkheid van het aanspreken van de gezamenlijke maten (met de mogelijkheid van verhaal op het maatschapsvermogen) als van het aanspreken van individuele (rechts)personen die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst partij waren (met de mogelijkheid van verhaal op hun privévermogens).’

De Hoge Raad laat zich daarnaast uit over de werking van artikel 7:404 BW:

‘3.7 (...) Artikel 7:404 BW houdt in dat indien een opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of bedrijf uitoefent, die persoon gehouden is de betrokken werkzaamheden zelf te verrichten, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten verrichten. Voor eventuele tekortkomingen in de uitvoering van die opdracht is die persoon in dat geval naast de opdrachtnemer hoofdelijk aansprakelijk. Bij deze regeling is onder andere gedacht aan de advocaat die werkzaam is in maatschapsverband, waarbij de maatschap optreedt als opdrachtnemer (Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 329-333). Tegen de achtergrond van het voorgaande geeft het hiervoor in 3.3 onder (d) vermelde oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is dat oordeel niet naar behoren gemotiveerd. De door het hof in aanmerking genomen omstandigheid dat [verweerder 1] zijn beroep van advocaat uitoefent door middel van een praktijkvennootschap en het die vennootschap is die maat is van de maatschap, sluit niet uit dat de opdracht met het oog op de persoon van [verweerder 1] is verleend, noch dat [verweerder 1] op grond daarvan persoonlijk aansprakelijk is voor tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht. In dit geval staat vast dat [verweerder 1] in de (aaneengesloten) periode van 1994 tot 2004 als advocaat de opdrachten heeft uitgevoerd (...). In dit licht valt niet in te zien dat [eiseres] haar stelling in dit verband nog nader had moeten toelichten of onderbouwen, zoals het hof overweegt.’

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam en verwijst deze zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof Den Haag.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-03-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:BY7840

Zaaknummer: 11/05494

Rechtsers: F.B. Bakels, A.M.J. van Buchem-Spapens, A.H.T. Heisterkamp, M.A. Loth en G. Snijders

Advocaten: P.A. Ruig, J. de Bie Leuveling Tjeenk, D.M. de Knijff en J.E. Soeharno

Wetsartikelen: 7A:1679-1681 BW, 7:407 lid 2 BW en 7:404 BW

ANNOTATIE

**Commentaar bij HR 15 maart 2013,
ECLI:NL:HR:2013:BY7840**

H. Koster

Deze uitspraak van de Hoge Raad is van belang vanwege twee aspecten. Ten eerste omdat aan de orde komt de wijze waarop maten aansprakelijkheid gesteld kunnen worden en ten tweede door de beantwoording van de vraag of een maatschap een afgescheiden vermogen heeft.

Allereerst ga ik op de aansprakelijkheid in. Uit deze uitspraak blijkt dat er drie mogelijkheden bestaan om tot aansprakelijkheid te komen bij een maatschap. Ten eerste kan een maat in die hoedanigheid aansprakelijk zijn, in beginsel voor gelijke delen (artikel 7A:1679-1681 BW). Het kan evenwel ook hoofdelijke aansprakelijkheid betreffen op grond van artikel 7:407 lid 2 BW. Dit omdat de Hoge Raad van mening is dat aanvaarding van een opdracht door een maatschap voor de toepassing van artikel 7:407 lid 2 BW inhoudt dat daardoor twee of meer personen gezamenlijk een opdracht hebben ontvangen. Ten tweede kan sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid op grond van artikel 7:404 BW. Ten derde kan ervoor worden gekozen om de maatschap aansprakelijk te stellen. Deze derde optie kan gecombineerd worden met (een van) de andere twee mogelijkheden.

Ten tweede is dus belangrijk dat de Hoge Raad met deze uitspraak duidelijkheid creëert over de vraag of een openbare maatschap wel of geen afgescheiden vermogen heeft. Bij een afgescheiden vermogen is sprake van een vennootschapsrechtelijke, gebonden gemeenschap waarop de vennootschapscrediteuren zich met voorrang op de privécrediteuren van de afzonderlijke vennoten kunnen verhalen. Over deze kwestie is in de literatuur langdurig discussie gevoerd. Voor de vennootschap onder firma (HR 26 november 1897, W 7047 (Boeschoten/Besier)) en voor de commanditaire vennootschap (HR 14 maart 2003, NJ 2003, 327 (Hovuma/Spreeuwenberg)) had de Hoge Raad al eerder bevestigd dat deze entiteiten een afgescheiden vermogen toekomen. Belangrijke argumenten voor de Hoge Raad in 1897 waren de eisen van het handelsverkeer, de kenbaarheid van het bestaan van de firma door het gebruik van een gemeenschappelijk naam richting derden, en het bestaan van vergelijkbare juridische figuren in het Romeinse en oud-vaderlandse recht. De Hoge Raad sprak destijds over: 'Een opvatting die sedert meerdere eeuwen in het handelsrecht van verschillende volken

werd gevonden'. Deze argumenten lijken ook nu nog steeds onverminderd op te gaan.

De Hoge Raad beantwoordt de vraag of een openbare maatschap ook een afgescheiden vermogen heeft, in het onderhavige arrest bevestigend door uit te spreken dat vorderingen uit een overeenkomst die met een maatschap is aangegaan, verhaald kunnen worden op het vermogen van de maatschap, welke vermogen een afgescheiden vermogen vormt. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar artikel 3:192 BW in verbinding met artikel 3:189 lid 2 BW. Op basis van die beide wettelijke bepalingen werd aangenomen dat een maatschap na haar ontbinding een afgescheiden vermogen heeft. Nu heeft de Hoge Raad dus bevestigd dat openbare maatschappen altijd een afgescheiden vermogen hebben. Dit is voor de praktijk bijzonder relevant, aangezien personenvennootschappen (vooralsnog) geen rechtspersoonlijkheid hebben. Wel wordt die rechtspersoonlijkheid enigszins benaderd door het afgescheiden vermogen. Maar nog beter zou het zijn om aan personenvennootschappen - al dan niet optioneel zoals in het in 2011 ingetrokken wetsvoorstel over de openbare vennootschap was geregeld - rechtspersoonlijkheid toe te kennen. De praktijk heeft daar in bepaalde gevallen behoefte aan, bijvoorbeeld wanneer sprake is van joint ventureverhoudingen. Als voordeel van rechtspersoonlijkheid kan worden gewezen op het feit dat de rechtspersoon rechthebbende is van de goederen van de vennootschap. Dit vereenvoudigt bijvoorbeeld een eventueel beslag op die goederen en de executie daarvan. Ook wordt uittreding, opvolging en toetreding van een vennoot vergemakkelijkt. Hopelijk komt het er nog eens van dat personenvennootschappen over rechtspersoonlijkheid kunnen beschikken. In elk geval is nu bevestigd dat maatschappen een afgescheiden vermogen hebben.