

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 47, 2013

Nummer 47, 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:CA3743](#) 06-12-2013

Transautex Food B.V. / de Ontvanger

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:7528](#) 04-12-2013

Geense q.q. / bestuurders en commissarissen

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:6120](#) 27-11-2013

Eiser/ Nederlandse Vereniging van Spoedeisende Hulp Artsen

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:6704](#) 27-11-2013

X BV en Semax BV / Y NV

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:9467](#) 27-11-2013

Quality Planning Holding B.V.

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:6700](#) 27-11-2013

De Bruijn q.q./ Bestuurder Best Business School B.V.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:7983](#) 30-10-2013

Fairstar/Bestuurders

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

Fortis

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Transautex Food B.V. / de Ontvanger

Betekening van een akte aan een ontbonden rechtspersoon die is opgehouden te bestaan. Het is niet noodzakelijk om de vereffening op de voet van artikel 2:23c lid 1 BW te heropenen. Betekening op grond van artikel 54 lid 4 Rv is mogelijk

Tysco Service B.V.B.A. (hierna: Tysco) is op 17 maart 1998 in staat van faillissement verklaard, welk faillissement op 23 maart 2004 is opgeheven bij gebrek aan baten.

Bij kennisgeving van 5 november 1998 heeft de Ontvanger Transautex hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor aan Tysco opgelegde naheffingsaanslagen over de periode 1992 tot en met 1996.

Bij vonnis van 30 juni 2004 heeft de Rechtbank Rotterdam op vordering van de Ontvanger voor recht verklaard dat Transautex hoofdelijk aansprakelijk is voor de loonheffing die Tysco aan de Ontvanger is verschuldigd in verband met het verrichten van werkzaamheden voor Transautex.

De Ontvanger heeft op 26 november 2008 een dwangbevel tegen Tysco uitgevaardigd met betrekking tot de voornoemde naheffingsaanslagen. Het dwangbevel is op 2 december 2008 betekend aan het parket van de officier van justitie van de Rechtbank Rotterdam en een uittreksel van het exploit is bekendgemaakt in het Algemeen Dagblad van 8 december 2008.

Volgens Transautex had de Ontvanger op de voet van artikel 2:23c lid 1 BW om heropening van de vereffening van Tysco moeten verzoeken, waarna de hiervoor bedoelde betekening en bekendmaking hadden moeten geschieden aan de vereffenaar. Het hof heeft dit betoog van Transautex verworpen. Het hof overweegt hierbij dat de heropening van de vereffening niet nodig is, omdat de Ontvanger geen vereffening van het vermogen van Tysco nastreeft en heropening alleen is aangewezen indien nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt. In het onderhavige geval, waar slechts betekening van een akte aan een ontbonden rechtspersoon wordt nagestreefd, is heropening van de vereffening niet nodig. In een dergelijk geval blijft de ontbonden rechtspersoon niet

voortbestaan op de voet van artikel 2:19 lid 5 BW en is artikel 2:23c BW niet van toepassing.

De Hoge Raad oordeelt dat de Ontvanger geen ander belang had bij herleving van Tysco dan stuiting van de verjaring van het recht tot invordering van de naheffingsaanslagen. In een zodanig geval is volgens de Hoge Raad de Ontvanger niet tegen te werpen dat voor hem de weg van artikel 2:23c lid 1 BW openstond. Het hof heeft volgens de Hoge Raad met juistheid geoordeeld dat de Ontvanger terecht de weg van artikel 54 lid 4 Rv heeft gekozen voor betekening van de akte van vervolging.

Ook de andere middelonderdelen falen, waarna de Hoge Raad het beroep van Transautex verwerpt.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-12-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:CA3743

Zaaknummer: 12 / 02562

Wetsartikelen: 54 lid 3 en lid 4 Rv en 2:23c lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Geense q.q. / bestuurders en commissarissen

Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen op grond van artikel 2:248 BW en artikel 2:259 BW jo. 2:10 BW. De administratie van de vennootschap voldeed niet aan de daaraan gestelde eisen. Het bestuur had onvoldoende inzicht in de vermogenspositie van de vennootschap. De RvC heeft onvoldoende zelfstandig informatie ingewonnen omtrent de financiële toestand van de onderneming. Het voorschot op de nader vast te stellen schadevergoeding wordt zowel ten aanzien van de commissarissen als (in mindere mate) ten aanzien van de bestuurders gematigd

In de onderhavige procedure heeft de curator in het faillissement van Betelgeuzen B.V. de bestuurders en commissarissen van de gefailleerde vennootschap aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement, welke vordering hij heeft gegrond op artikel 2:248 BW jo 2:10 BW.

In een tussenvonnis heeft de rechtbank een deskundigenbericht gelast om te kunnen beoordelen in hoeverre Betelgeuzen aan de administratieplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW heeft voldaan. De hierop benoemde deskundige heeft zijn definitieve rapport opgemaakt, waarna partijen hebben geconcludeerd na deskundigenbericht. De rechtbank gaat in op de (samengevatte) relevante bevindingen en conclusies van de deskundige.

De rechtbank stelt bij haar beoordeling en in aanvulling van haar eerdere vonnis voorop dat in artikel 2:10 BW is bepaald dat het bestuur van een rechtspersoon verplicht is van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende haar werkzaamheden, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. De inrichting van de administratie zal niet voor iedere rechtspersoon aan dezelfde eisen behoren te voldoen. Het gaat erom dat het bestuur op verantwoorde wijze

beslissingen kan nemen op basis van betrouwbare informatie over de financiële positie van de vennootschap en dat uit die hoofde ook voor een faillissementscurator een eenduidig en getrouw beeld volgt van de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon. (Vergelijk Hof Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725).

Waar het gaat om de verplichtingen die in dat verband rusten op de RvC geldt dat zij niet zelf gehouden zijn tot naleving van de verplichtingen inzake artikel 2:10 BW, maar dat zij wel zullen moeten toezien op de nakoming van die verplichting door het bestuur.

Naar het oordeel van de rechtbank voldeed de administratie van Betelgeuzen niet aan de daaraan te stellen eisen op grond van artikel 2:10 BW. In een periode van

drie jaar voorafgaand aan het faillissement ontbrak op vrijwel alle cruciale onderdelen van de administratie informatie of was deze informatie ondeugdelijk. Daarop gelet had het bestuur van Betelgeuzen naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende inzicht in de vermogenspositie van de vennootschap, terwijl bovendien als gevolg van deze gebreken onder meer (niet onderbouwde mutaties) in het onderhanden werk achteraf nodig waren die grote gevolgen hadden voor de resultaten van de onderneming, alsmede risico's en verliezen niet, of niet tijdig, zijn onderkend.

Ten aanzien van de RvC overweegt de rechtbank als volgt. De RvC heeft zich in de gegeven omstandigheden onvoldoende adequaat laten informeren en zij heeft onvoldoende zelfstandig informatie ingewonnen omtrent de toestand van de onderneming. Het structureel ontbreken van voor deze onderneming doorslaggevende informatie valt daarom ook de RvC aan te rekenen. Daarbij overweegt de rechtbank dat een adequaat risico-inventarisatie- en beheersingssysteem ontbrak, zodat risico's ook op die manier niet, althans niet tijdig, door de RvC onderkend zijn. Om die reden is de rechtbank van oordeel dat de RvC haar toezichthoudende taak zodanig onzorgvuldig heeft vervuld, dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:259 BW.

De rechtbank komt tot het oordeel dat de bestuurders in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement tekort zijn geschoten in de naleving van hun boekhoudplicht en dat de commissarissen gedurende die termijn tekort zijn geschoten in hun toezicht op naleving daarvan. Daarmee wordt onweerlegbaar vermoed dat de bestuurders en commissarissen hun taken onbehoorlijk hebben vervuld en wordt – weerlegbaar – vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:248 lid 2 jo. 2:259 BW). De bestuurders en commissarissen hebben niet aannemelijk weten te maken dat andere feiten of omstandigheden dan een onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. In beginsel zijn zij hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in de

boedel in het faillissement van Betelgeuzen B.V.

De commissarissen hebben op de voet van artikel 2:259 jo. 2:248 lid 4 BW een beroep gedaan op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk kunnen worden gehouden. De rechtbank neemt bij haar afweging in aanmerking dat de aansprakelijkheid van de commissarissen als toezichthouders in beginsel minder ver gaat dan de aansprakelijkheid van de bestuurders, die zelf rechtstreeks verantwoordelijk zijn voor hun bedrijfsvoering. De rechtbank vindt aanleiding om bij de toewijzing van een voorschot op de in hun schadestaatprocedure vast te stellen schade zowel ten aanzien van de bestuurders als ten aanzien van de commissarissen het voorschot te matigen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 04-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:7528

Zaaknummer: C / 17 / 89217 en HA ZA 08-396

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:259 BW

RECHTSPRAAK

Eiser/ Nederlandse Vereniging van Spoedeisende Hulp Artsen

Eiser voldoet vanwege een wijziging in de statuten niet meer aan de voorwaarden om volwaardig lid te zijn van de vereniging. Het bestuur zegt vervolgens het lidmaatschap van eiser op. Eiser vordert vernietiging/nietigheid van het besluit. Zijn vordering wordt door de rechtbank gehonoreerd

Eiser is spoedeisendehulparts (hierna: SEH-arts). Gedaagde (hierna: NVSHA) is een vereniging. Doel van de vereniging is (onder andere) de ontwikkeling van kennis op het terrein van de spoedeisende geneeskunde. Eiser is een van haar oprichters en lid van de NVSHA. Op enig moment zijn de statuten van de vereniging gewijzigd: in de nieuwe statuten bestaan er onder meer gewone leden en buitengewone leden, welk onderscheid eerst niet bestond. Ook worden er in de oude statuten geen kwalificatie-eisen voor het lidmaatschap gesteld. De nieuwe statuten stellen wel opleidingseisen voor de toelating van gewone leden. Eiser voldoet niet aan die opleidingseisen: hij heeft de in de statuten genoemde opleidingen niet gevolgd.

Op enig moment bericht het bestuur dat volgens de nieuwe statuten het gewone lidmaatschap voorbehouden is aan bepaalde artsen en opleiders, terwijl eiser na de oprichting geen blijk meer had gegeven van betrokkenheid bij de vereniging, zodat het bestuur heeft besloten eiser als buitengewoon lid aan te merken. Eiser maakt bezwaar tegen dit besluit, waarna het bestuur van NVSHA het lidmaatschap als gewoon lid van eiser opzegt.

Eiser vordert in rechte verklaring voor recht dat eiser gewoon lid is van de NVSHA en een verklaring voor recht dat de gedane opzegging van het lidmaatschap ongeldig, dan wel nietig is.

Gedaagde voert verweer.

De rechtbank oordeelt als volgt.

Lidmaatschap van een vereniging eindigt slechts op één van de in de wet of de statuten voorziene wijzen. De vraag is aldus of het opzeggingsbesluit op grond van de wet of de statuten mogelijk was. Daarbij komt het enerzijds aan op de vraag of artikel X van de statuten een valide opzeggingsgrond ten aanzien van eiser meebrengt. Die bepaling houdt in dat het lidmaatschap opzegbaar is als het lid niet langer aan de geldende registratie-eisen voldoet. Anderzijds komt het aan op de vraag of, in het licht van artikel 2:35 lid 2 BW, in eisers geval overigens sprake is van de opzeggingsgrond dat hij niet langer aan de statutaire vereisten voor een (gewoon) lidmaatschap voldeed. In dat laatstgenoemde opzicht gaat het om artikel Y van de statuten, waarin is bepaald dat de registratie-eisen gelden bij toelating als lid.

Naar de letter genomen doen zich ten aanzien van eiser geen van beide situaties voor. Dat het opzeggingsbesluit aldus berust op een grond die bij letterlijke lezing niet past binnen de mogelijkheden die artikelen van de statuten voor opzegging bieden, brengt in beginsel mee dat het besluit nietig is. Dit zou slechts anders zijn indien blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de desbetreffende statutaire bepalingen, voor de NVSHA-leden (waaronder eiser) op voldoende objectief bepaalbare wijze kenbaar was dat die bepalingen, ook ondanks hun letterlijke bewoordingen, de strekking hebben dat opzegging ook kan plaatsvinden in een geval als dat van eiser. Van feiten en omstandigheden die daarop wijzen is echter niet gebleken. Die feiten en omstandigheden liggen ook niet besloten in de (verhouding tussen de) diverse statutaire bepalingen zoals deze elkaar in de tijd hebben opgevolgd, nu de nieuwe statuten ook registratie-eisen stelden en eiser, die toen ook daaraan niet voldeed, toen krachtens expliciet bestuursbesluit gewoon lid is gebleven. Al het voorgaande brengt mee dat het opzeggingsbesluit van het bestuur in strijd is genomen met de statuten en daarmee dat het opzeggingsbesluit nietig is op grond van artikel 2:14 lid 1 BW.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 27-11-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:6120

Zaaknummer: C-16-339591 - HA ZA 13-173

Wetsartikelen: 2:14 lid 1 BW en 2:35 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

De Bruijn q.q./ Bestuurder Best Business School B.V.

Bestuurder wordt aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:248 BW jo. 2:10 BW en 2:394 BW. Vermoeden van onbehoorlijk bestuur. De bestuurder stelt dat er een andere van buiten komende oorzaak is waardoor de vennootschap failliet is gegaan. Curator betwist dit. De bestuurder wordt in de gelegenheid gesteld om te bewijzen dat de klachten over misleidende informatie met betrekking tot de opleiding die door de vennootschap verstrekt werd niet waar zijn, althans niet aan hem te wijten zijn

Best Business School B.V. ('BBS') exploiteerde een particuliere school voor beroepsopleidingen.

A is bestuurder van BBS. Enig aandeelhouder van BBS is Simply the Best B.V., waarvan A bestuurder/enig aandeelhouder is. Onder de naam 'The Stewardess Academy' verzorgde BBS al meer dan tien jaar de opleiding SRH: Stewardess, Receptioniste, Hostess. SRH was een niet door de overheid erkende opleiding. Naast de opleiding SRH werd vanaf medio 2007/2008 de opleiding Luchtvaartdienstverlener ('LDV') gegeven. De opleiding LDV is wel een door de overheid erkende opleiding. Op 16 februari 2009 is in een uitzending van het tv-programma 'Tros Radar' aandacht besteed aan de door The Stewardess Avcademy verzorgde opleidingen. In de uitzending kwamen leerlingen aan het woord die – kort gezegd – klaagden over onder meer het niveau en de kwaliteit van het geboden onderwijs, het ontbreken van erkenning door de overheid van de door hen gevolgde opleiding en onjuiste voorlichting over de toekomstperspectieven na het met succes afsluiten van de opleiding. B is geen statutair bestuurder van BBS, maar volgens De Bruijn q.q. is B (mede) beleidsbepaler van BBS. BBS is bij vonnis failliet verklaard. De Bruijn q.q. vordert dat A en B hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het totale tekort in het faillissement van BBS en A en B hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een voorschot op het na afwikkeling van het faillissement bekend te worden verschuldigde bedrag.

De rechtbank oordeelt ten aanzien van B als volgt.

Voor wat betreft de aansprakelijkheid van B beroept De Bruijn q.q. zich uitsluitend op artikel 2:248 lid 1 jo. lid 7 BW. Artikel 2:248 lid 1 BW bepaalt dat in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In artikel 2:248 lid 7 BW is bepaald dat met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder.

De rechtbank overweegt dat voor zover de door De Bruijn q.q. opgesomde werkzaamheden van B als bestuurstaken zouden kunnen worden beschouwd – wat door B wordt betwist – dat niet genoeg is om B als (mede) beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW aan te merken. Daarvan is alleen sprake als B door haar beleidsbepalende handelingen het formele bestuur feitelijk terzijde stelde en dus als het ware op de plaats van dat bestuur ging zitten, of dat door het formele bestuur wordt gedoogd dat de feitelijke bestuurder (mede) het beleid bepaalt. Er dient sprake te zijn van een zodanige machtspositie dat B het beleid (mede) kon bepalen en dat haar handelingen moeten worden geacht te zijn gedaan in het kader van het door haar zelf bepaalde beleid in plaats van conform instructies van het formele bestuur of onder de paraplu van het formele bestuur. Uit de stellingen van De Bruijn q.q. volgt echter niet meer dan dat B mogelijk bestuurstaken verrichtte. De Bruijn q.q. heeft op dit punt niet aan de op haar rustende stelplicht voldaan.

Ten aanzien van A oordeelt de rechtbank als volgt. In artikel 2:248 lid 2 BW is neergelegd dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 of 2:394 BW, het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De rechtbank concludeert dat nu de jaarstukken over 2007 en 2008 niet tijdig zijn gedeponereerd, niet aan de verplichting uit artikel 2:394 BW is voldaan. Daarmee staat vast dat het bestuur (lees: A) zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

Het bestuur kan het vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur – wat vaststaat – een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest trachten te weerleggen. Het is aan de bestuurder om aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Volgens A is BBS ten onder gegaan aan de mediahetze die in gang is gezet door een vijftal ontevreden cursisten. In plaats van het gesprek met BBS aan te gaan, hebben de cursisten

ervoor gekozen om de media in te schakelen. Als gevolg van de negatieve publiciteit kwamen reeds ingeschreven studenten geen onderwijs meer volgen en betaalden geen collegegeld meer. De vraag is of de terugval in studenten is aan te merken als een externe oorzaak van het faillissement die te wijten is aan iets anders dan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

De Bruijn q.q. stelt dat geen sprake is van een externe oorzaak in de hier bedoelde zin: het wegvallen van de inkomstenbron naar aanleiding van de aandacht in de media is volgens haar te wijten aan de wijze waarop A zijn bestuurstaak heeft vervuld. Volgens De Bruijn q.q. was er sprake van misleidende voorlichting aan nieuwe studenten en waren de opleidingen niet goed ingericht en van gebrekkige kwaliteit. De aandacht in de media had voorkomen kunnen worden als A zijn taak als bestuurder op behoorlijke wijze had vervuld, aldus De Bruijn q.q.

Bij betwisting door de curator van de externe oorzaak van het faillissement is het aan de bestuurder om feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig aannemelijk te maken waaruit blijkt dat van onbehoorlijke taakvervulling ter zake de gestelde externe oorzaak van het faillissement geen sprake is.

De rechtbank is van oordeel dat de bestuurder van een onderwijsinstelling dient zorg te dragen voor heldere, eenduidige informatieverstrekking aan studenten omtrent de al dan niet erkenning door het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van de opleiding die zij wensen te volgen. Is dat niet het geval, dan loopt de onderwijsinstelling het risico dat reeds betaalde lesgeldes moeten worden terugbetaald wanneer studenten zich met succes op vernietiging van de onderwijsovereenkomst wegens onjuiste voorlichting kunnen beroepen. Tevens bestaat dan het risico dat zich geen (of minder) nieuwe studenten zullen aanmelden omdat berichtgeving in de media omtrent een kwestie als hier aan de orde zich snel kan verspreiden en een kettingreactie op gang kan brengen die niet of slechts met veel moeite tot stilstand kan worden gebracht. Beide hiervoor bedoelde gevaren hebben zich in het onderhavige geval gemanifesteerd. Aangezien BBS voor wat betreft haar inkomsten volledig afhankelijk was van lesgeldes en verder blijkbaar niet over enig actief beschikte, moet het voor iedere weldenkende bestuurder duidelijk zijn dat het risico op een faillissement onder vorenstaande omstandigheden allesbehalve denkbeeldig is. De omstandigheden rechtvaardigen de conclusie dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling doordat de informatieverstrekking niet op orde was, tenzij A alsnog het tegendeel aannemelijk weet te maken. De Bruijn q.q. heeft aangevoerd dat A heeft verzwegen dat de opleiding SRH niet erkend is. De rechtbank ziet aanleiding om A, in het kader van het leveren van tegenbewijs tegen het vermoeden dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak was van het faillissement, toe te laten te bewijzen dat de studenten er bij de intakegesprekken op werden gewezen dat de opleiding SRH niet door het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap was erkend.

Wanneer A er niet in slaagt het hiervoor bedoelde tegenbewijs te leveren, staat vast dat de studenten onvoldoende zijn geïnformeerd. Gelet op wat hiervoor is overwogen, is de rechtbank dan met De Bruijn q.q. van oordeel dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door A. Wanneer A erin slaagt het tegenbewijs te leveren, is het bewijsvermoeden ontzenuwd. Als vast komt te staan dat BBS de studenten tijdens de intakegesprekken op de hoogte heeft gesteld van het niet-erkende karakter van de opleiding SRH, dan is de berichtgeving in de media die van het tegendeel uitgaat onjuist geweest. Van de terugval in studenten valt A dan geen verwijt te maken.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 27-11-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:6700

Zaaknummer: 253887 / HA ZA 12-890

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Quality Planning Holding B.V

Bestuurder(s) heeft de vennootschap zich niet laten verweren jegens een vordering wegens te weinig baten in de vennootschap. Na toewijzing van de vordering houdt eiser de bestuurder(s) aansprakelijk voor de niet-nakoming ervan. De rechtbank oordeelt dat het niet mogelijk is dat een (oud-)bestuurder een aanspraak tegen de door hem bestuurde vennootschap zonder verweer laat toewijzen maar dat hij daarna, wanneer de schuldeiser bij de (oud)bestuurder persoonlijk verhaal zoekt, alsnog de verweren namens de vennootschap voert. De rechtbank komt uiteindelijk tot de conclusie dat de bestuurder(s) deels aansprakelijk is

Bestuurder X is indirect bestuurder van Quality Planning Holding B.V. ('QPH'). Eiser en QPH sluiten een overeenkomst voor een periode van negen jaar waarin eiser elk jaar een concert dient te verzorgen. Op enig moment ontbindt eiser de overeenkomst en vordert in rechte betaling op grond van die ontbinding. QPH wordt bij verstek veroordeeld. Het vonnis is in kracht van gewijsde geraakt. QPH biedt evenwel geen verhaal.

Eiser zoekt daarom verhaal op de (oud)bestuurders van QPH, stellende dat zij onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld. Gedaagden zouden hebben bewerkstelligd of bewust toegelaten dat QPH haar contractuele verplichtingen jegens eiser niet is nagekomen. Gedaagden wisten of hadden redelijkerwijs behoren te begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van QPH tot gevolg zou hebben dat QPH haar verplichtingen jegens eiser niet zou (kunnen) nakomen en dat QPH geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

Gedaagden voeren verweer. Onder meer stellen zij dat QPH geen baten had en zich daarom niet in rechte kon verweren, terwijl zij niet was tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst. De overeenkomst zou zijn vervallen, althans deze zou zijn gewijzigd in die zin dat eiser geen concerten meer zou verzorgen, maar dat hij 'leads' zou genereren voor een

andere vennootschap.

De rechtbank stelt voorop dat door het in kracht van gewijsde gaan van het verstekvonnis vaststaat dat QPH de in dat vonnis bepaalde schadevergoeding verschuldigd is aan eiser wegens het niet-nakomen van haar verplichtingen onder de Overeenkomst. Het verweer van gedaagden dat QPH onvoldoende financiële middelen had om zich te verweren kan gedaagden niet baten. Gedaagden, allen (oud-)bestuurders van QPH, hebben de mogelijkheid gehad om hetzij de thans door hen gevoerde verweren in naam van QPH te voeren, hetzij QPH wegens gebrek aan baten te liquideren voordat eiser zijn vordering instelde. Het gaat niet aan dat een (oud-)bestuurder een aanspraak tegen de door hem bestuurde vennootschap zonder verweer laat toewijzen en dat hij daarna, wanneer de schuldeiser bij de (oud)bestuurder persoonlijk verhaal zoekt, alsnog de verweren namens de vennootschap voert.

Het verweer dat de verbintenissen van QPH onder de overeenkomst zijn vervallen, vormt bovendien een bevrijdend verweer. Gedaagden hebben, echter, geen enkel feit gesteld ter onderbouwing van die stelling. Ook het verweer dat de overeenkomst zou zijn gewijzigd slaagt niet.

Vervolgens overweegt de rechtbank ten aanzien van de aansprakelijkheid van beide bestuurders als volgt. Kennelijk heeft eiser op het oog de aansprakelijkheid van een bestuurder (ieder van de gedaagden) van een vennootschap (QPH) wegens benadeling van een schuldeiser van de vennootschap (eiser) door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Aan de arresten van de Hoge Raad van 8 februari 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AD7326) 8 juli 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AT7328), 8 december 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AZ0758; NJ 2006/ 659) en 18 februari 2000 (ECLI:NL:HR:2000:AA4873; NJ 2000/295) ontleent de rechtbank de volgende maatstaf.

Ter zake van deze benadeling kan de bestuurder, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, naast de vennootschap aansprakelijk zijn op de grond dat hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In het algemeen kan alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld indien hem persoonlijk, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:9, respectievelijk 2:11 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van de oorzaak van het onbetaald en onverhaalbaar blijven van de vordering van de schuldeiser op de vennootschap. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot

gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.

Waar het derhalve op aankomt is de vraag of een (of meer) van gedaagden op grond van de hem (hen) als bestuurder(s) van QPH bekende omstandigheden ten tijde van de hem (hen) verweten gedraging rekening had(den) moeten houden (a) met de mogelijkheid dat QPH haar verbintenissen jegens eiser onder de Overeenkomst niet zou nakomen en (b) met de mogelijkheid dat in zodanig geval QPH niet in staat zou zijn het aan eiser verschuldigde te betalen.

De rechtbank is van oordeel dat het bestuur van QPH er niet voor heeft gezorgd dat eiser in 2008 betaald werd, terwijl QPH naar de stellingen van gedaagden toen wel haar andere crediteuren betaalde. De enige (indirect) bestuurder van QPH diende redelijkerwijze te begrijpen dat, doordat hij niet bewerkstelligde dat de overeenkomst tussen QPH en eiser werd afgewikkeld (al dan niet door afkoop) en evenmin bewerkstelligde dat QPH haar verbintenissen onder de overeenkomst nakwam, terwijl voor hem zichtbaar werd dat QPH haar verplichtingen later niet meer zou kunnen nakomen en geen verhaal meer zou bieden, zijn gedrag tot gevolg zou hebben dat bij eiser schade zou optreden. Door zich aldus jegens eiser te gedragen maar intussen toe te laten dat QPH andere schuldeisers wel betaalde, treft de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt aan het ontstaan van de verhaalschade bij eiser.

De vordering wordt jegens twee bestuurders gedeeltelijk toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-11-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:9467

Zaaknummer: C/10/399379 / HA ZA 12-327

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X BV en Semax BV / Y NV

Financieel recht. Uitleg begrip waarschuwen voor risico's

In het tussenvonnis van 16 mei 2012 is aan eisers, X BV en Semax BV, opgedragen te bewijzen dat gedaagde, Y NV, hen niet heeft gewaarschuwd voor de specifieke risico's die verbonden zijn aan perpetuals en steepeners. Eisers hebben in dit kader een aantal getuigen doen horen. De rechtbank dient de vraag te beantwoorden of het aan eisers opgedragen bewijs al dan niet is geleverd, hetgeen neerkomt op de vraag hoe het begrip 'waarschuwen' moet worden uitgelegd.

De rechtbank oordeelt als volgt. Het woordenboek Van Dale kent twee relevante betekenissen toe aan dit begrip: 1) als (mogelijk) schadelijk afraden en 2) opmerkzaam maken op het gevaar of nadeel dat men uit zekere oorzaak zou kunnen ondervinden.

Indien op een financiële instelling een bijzondere zorgplicht rust om een klant te waarschuwen voor risico's, dan wordt daarmee in het algemeen bedoeld op de tweede betekenis van het opmerkzaam maken op die risico's. Een waarschuwing in de zin van ontraden is alleen aan de orde onder bijzondere omstandigheden, als de risico's dermate groot zijn dat het accepteren van die risico's onverantwoord zou zijn. Dat is hier niet aan de orde, omdat de keuze voor complexe obligaties in dit geval niet onverantwoord was. Het gaat er slechts om dat eisers zich bewust dienden te zijn van de aan complexe obligaties verbonden risico's, zodat zij een verantwoorde keuze konden maken tussen het hogere rendement van complexe obligaties of de grotere veiligheid van traditionele obligaties.

Om eisers opmerkzaam te maken op de aan complexe obligaties verbonden risico's, hoefde gedaagde het woord waarschuwing niet te noemen. Voldoende is dat zij uitleg gaf over die risico's en dat zij zich ervan vergewiste dat eisers begrepen wat die risico's inhielden. In verband daarmee heeft getuige B verklaard dat eisers de indruk maakten dat zij begrepen waar B het over had vanwege de duur van de urenlange gesprekken, omdat eisers altijd het naadje van de kous wilden weten en om nadere uitleg bleven vragen totdat zij het snapten, en omdat eisers zelf spreadsheets bijhielden waarin precies terugkwam wat zij met B hadden besproken. Daarmee bevestigt B het standpunt van gedaagde en juist niet dat van eisers. De afgelegde

getuigenverklaringen leveren daarom niet het van eisers verlangde bewijs op. De vorderingen van eisers moeten worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 27-11-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:6704

Zaaknummer: 202943 / HA ZA 09-2705

Wetsartikelen: Wft

RECHTSPRAAK

Fairstar/Bestuurders

Een rechtspersoon dient te kunnen beschikken over de door haar bestuurders of commissarissen in de uitoefening van hun functie met betrekking tot de onderneming van de rechtspersoon gevoerde correspondentie

Fairstar vordert in dit incident, op straffe van verbeurte van een dwangsom bij wijze van provisionele vordering op de voet van artikel 223 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ('Rv') voor de duur van dit geding, althans op de voet van artikel 843a of artikel 843 b Rv, A, Cadenza, B en C te veroordelen om binnen vijf werkdagen bepaalde informatie aan Fairstar af te geven. Fairstar stelt dat een rechtspersoon dient te kunnen beschikken over de door haar bestuurders of commissarissen in de uitoefening van hun functie met betrekking tot de onderneming van de rechtspersoon gevoerde correspondentie.

De rechtbank concludeert allereerst dat Fairstar een rechtmatig belang heeft bij de afgifte van bepaalde bescheiden (en dat het hier gaat om bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarbij Fairstar partij is). Een rechtspersoon dient immers te kunnen beschikken over de door haar bestuurders of commissarissen in de uitoefening van hun functie met betrekking tot de onderneming van de rechtspersoon gevoerde correspondentie.

Anders dan A, B en C hebben aangevoerd, zijn de e-mails voldoende bepaald. Allereerst gaat het uitsluitend om e-mails die zijn verzonden of ontvangen in de periode dat A, B en C bestuurder respectievelijk commissaris waren van Fairstar. Verder is de vordering beperkt tot e-mails die aan A, B en C zijn verzonden naar óf het domein [...], óf die zijn doorgestuurd aan de specifiek genoemde (privé) e-mailadressen. Daarmee zijn de e-mails voldoende concreet omschreven om te worden aangemerkt als bepaald in de zin van artikel 843a Rv (vergelijk HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2013:BW9244).

Met A, Cadenza, B en C is de rechtbank van oordeel dat zij ingevolge het derde en vierde lid van artikel 843a Rv niet gehouden kunnen worden afschrift te verstrekken van de met hun advoca(a)t(en) of notaris(sen) gevoerde correspondentie. Dit geldt evenwel niet voor de door hen uit hoofde van hun functie met de advoca(a)t(en) of notaris(sen) van Fairstar gevoerde

correspondentie. De toe te wijzen vordering zal in zoverre beperkt worden.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 30-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:7983

Zaaknummer: HA ZA 13-97

Wetsartikelen: 223 Rv en 843a Rv

RECHTSPRAAK

Fortis

Enquêterecht inzake het wanbeleid bij Fortis. De Hoge Raad verwerpt de klachten van Fortis tegen oordeel van de Ondernemingskamer dat sprake was van wanbeleid bij Fortis na de overname van ABN AMRO: welbewust selectieve en onevenwichtige informatieverstrekking in het kader van aandelenemissie; ernstige tekortkomingen in (uitvoering van) solvabiliteitsbeleid; tekortschietend (overig) communicatiebeleid. Geen 'hindsight bias'; bijzondere en aangescherpte zorgplicht systeembank. Samenloop tussen maatstaf wanbeleid enquêteprocedure en de normen Richtlijn Marktmisbruik en Wft. Vernietiging dechargebesluit. Ontvankelijkheid 'Stichting Investor Claims against Fortis'. Maatstaf belanghebbende. Artikel 282 Rv

Op 20 juli 2007 hebben Fortis (en de rechtspersoon naar Belgisch recht Fortis S.A./N.V.), de Royal Bank of Scotland Group PLC en Banco Santander S.A. (hierna: het consortium) een gezamenlijk openbaar bod uitgebracht op de aandelen in ABN AMRO. Met het aandeel van Fortis in de overname van ABN AMRO was een bedrag van circa € 24 miljard gemoeid, destijds ongeveer 50% van de beurswaarde van Fortis. De overname zou gepaard gaan met een splitsing van ABN AMRO in drie delen, gevolgd door verdere deelverkopen. Fortis zou de onderdelen ABN AMRO Nederland (met uitzondering van enkele daaronder ressorterende activiteiten), ABN AMRO Private Clients en ABN AMRO Asset Management overnemen. De algemene vergadering van aandeelhouders van Fortis heeft op 6 augustus 2007 haar goedkeuring verleend aan de deelname van Fortis aan voormeld openbaar bod en de beoogde wijze van financiering. Op 10 oktober 2007 heeft het consortium haar bod op de aandelen in ABN AMRO gestand gedaan, gevolgd door de betaalbaarstelling ervan op 17 oktober 2007. Op 2 november 2007 heeft het consortium laten weten dat in totaal 98,8% van de aandelen was aangemeld. Op 29 april 2008 heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van Fortis besloten aan het bestuur decharge voor het in 2007 gevoerde beleid te verlenen. Fortis is er niet in geslaagd volledige financiering te vinden voor het door haar bij de overname te

investeren bedrag. Begin oktober 2008 is Fortis, inclusief haar toenmalige aandeel in ABN AMRO, genationaliseerd. Zij heeft hierbij een boekhoudkundig verlies geleden van € 24 miljard. Op 11 april 2007, anderhalve maand voordat het openbare bod op ABN AMRO bekend werd gemaakt, bedroeg de koers van het aandeel Fortis op de beurs van Euronext te Amsterdam € 35,57. Op 29 mei 2007, de dag waarop het consortium het bod bekendmaakte, was de slotkoers van het aandeel Fortis € 31,21. Eind april 2011, vlak voor de mondelinge behandeling bij de Ondernemingskamer, bedroeg de slotkoers € 0,87.

Bij beschikking van 24 november 2008 heeft de Ondernemingskamer op verzoek van onder meer VEB c.s. een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken bij Fortis over de periode vanaf 29 mei 2007. Bij beschikking van 5 april 2012 (hierna: de eindbeschikking) heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid van Fortis in de periode vanaf september 2007 tot en met september 2008 ter zake van de uitvoering van de solvabiliteitsplanning in 2008, de informatieverstrekking omtrent haar subprime-portefeuille in het op 24 en 25 september 2007 gepubliceerde emissieprospectus en de daarin opgenomen trading update (hierna: het prospectus, respectievelijk de trading update) en haar communicatiebeleid in de genoemde periode. De Ondernemingskamer heeft het genoemde dechargebesluit vernietigd voor zover de decharge het gevoerde beleid betreft ten aanzien van de informatieverstrekking omtrent (de risico's verband houdende met) de subprime-portefeuille van Fortis in het prospectus en de trading update. Fortis klaagt dat het oordeel van de Ondernemingskamer blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot hindsight bias (onderdeel A) en met betrekking tot Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (hierna: Richtlijn Marktmissbruik) en de daarop gebaseerde normen in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) (onderdeel B).

De onderdelen I-VII behelzen klachten met betrekking tot oordelen van de Ondernemingskamer omtrent:

- I. informatieverstrekking door Fortis over subprime;
- II. uitvoering door Fortis van het solvabiliteitsplan en desinvesteringen;
- III. informatieverstrekking door Fortis over de verkoop van de EC-remedies;
- IV. informatieverstrekking door Fortis over de transactie met Ping An;
- V. informatieverstrekking door Fortis over solvabiliteit in mei en juni 2008;
- VI. informatieverstrekking door Fortis over solvabiliteitsversterkende maatregelen op 26 juni

2008;

VII. het hiervoor in 3.1 onder (iv) genoemde dechargebesluit.

Onderdeel VIII van het middel is gericht tegen het oordeel van de Ondernemingskamer in de beschikking van 16 maart 2011 dat SICAF als belanghebbende kan worden aangemerkt.

De conclusie van A-G Timmerman strekt tot verwerping van het beroep. Ten aanzien van de hindsight bias (onderdeel A) vindt de A-G dat de OK niets meer (en niets minder) overweegt dan dat van banken wat de (ontwikkelingen op de) financiële markten betreft over het algemeen meer kennis en inzicht mag worden verwacht dan van (de meeste) niet-banken. Het oordeel maakt niet duidelijk op welke wijze de OK zich in haar overwegingen schuldig heeft gemaakt aan hindsight bias. De in onderdeel B vervatte klacht loopt stuk op het feit dat de OK terecht heeft geoordeeld dat de norm die in de onderhavige procedure centraal staat, een andere is dan de normen die te vinden zijn in de Wft en de daaraan ten grondslag liggende richtlijnen. De middelen I-VII treffen evenmin doel. Onderdeel VIII klaagt over de ontvankelijkheid van SICAF. De in het middel geciteerde passages zien op het entameren van een enquêteprocedure, terwijl SICAF de OK alleen heeft verzocht zich als belanghebbende te mogen uitdrukken in de procedure. Voor het opkomen in een enquêteprocedure als belanghebbende vormen de drempels van artikel 2:346-7 BW in principe geen barrière.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De Ondernemingskamer heeft met juistheid vooropgesteld dat het handelen en nalaten van Fortis dient te worden beoordeeld naar de maatstaven die golden ten tijde van het te beoordelen beleid en de kennis en ervaring die Fortis toen had of behoorde te hebben. Met haar overweging dat 'wat voor de één slechts een hindsight inzicht is, onder omstandigheden voor de ander tot op zekere hoogte foresight inzicht behoort te zijn', heeft de Ondernemingskamer tot uitdrukking gebracht dat van Fortis als systeembank, gelet op haar bijzondere zorgplicht, meer kennis en inzicht (en meer inspanningen ter verkrijging daarvan) mag worden verwacht dan van een partij in een andere positie. Het gaat dus om kennis en inzicht die zij – niet achteraf beoordeeld, maar beoordeeld naar de omstandigheden ten tijde van haar handelen en besluitvorming – 'behoorde te hebben' teneinde daarop haar handelen en besluitvorming te kunnen baseren. Onderdeel A faalt. De Ondernemingskamer heeft met juistheid in aanmerking genomen dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is geweest van wanbeleid, aan de hand van inhoud, doel en strekking van de enquêteregeling van Boek 2 BW (vgl. daaromtrent HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466, rov. 4.1) moet worden bepaald welke betekenis toekomt aan (andere) civielrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke normen, waaronder die van de Richtlijn Marktmissbruik en de daarop gebaseerde regels in de Wft. Laatstgenoemde normen strekken, anders dan de enquêteregeling, er niet toe de gezonde verhoudingen tussen aandeelhouders, bestuur en

commissarissen van een vennootschap te stimuleren en het beleid en de gang van zaken binnen de vennootschap te beoordelen. Dit betekent dat, anders dan Fortis betoogt, voor de beoordeling of sprake is geweest van wanbeleid, niet beslissend is of bepaalde gedragingen van Fortis volgens de Richtlijn Marktmissbruik en daarop gebaseerde regels in de Wft al dan niet toelaatbaar waren. De klachten van onderdeel B stuiten op het voorgaande af. In verband met de informatieverstrekking in het prospectus en de trading update met het oog op de claimemissie eind september/begin oktober 2007 heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat sprake is van strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap en dat haar tekortschieten op dit punt daarom wanbeleid oplevert. Daarbij heeft de Ondernemingskamer acht geslagen op (a) het belang dat gemoeid is met correcte informatieverstrekking in een prospectus in het algemeen, alsmede (b) de omstandigheid dat de verstrekte informatie op hoog niveau en terdege was voorbereid, maar niettemin tekortschoot. Anders dan onderdeel I.1.1 betoogt, kan niet worden gezegd dat de Ondernemingskamer daarbij lichtvaardig of te snel tot het oordeel is gekomen dat sprake is van wanbeleid. De klachten over het oordeel van de Ondernemingskamer dat Fortis ernstig is tekortgeschoten in (de uitvoering van) haar solvabiliteitsbeleid falen voor zover zij veronderstellen dat de Ondernemingskamer bij de beoordeling van de geschilpunten over het solvabiliteitsbeleid een ander uitgangspunt had moeten kiezen dan dat op Fortis in dit geval een bijzondere en aangescherpte zorgplicht rustte. Ten aanzien van het onderdeel dat gericht is tegen de vernietiging door de Ondernemingskamer van het dechargebesluit oordeelt de Hoge Raad dat het onderdeel miskent dat de Ondernemingskamer het dechargebesluit heeft vernietigd op de grond dat Fortis in verband met de claimemissie in september 2007 misleidende informatie had verstrekt, waardoor een onjuist beeld kon worden opgeroepen van de risico's verband houdende met de subprime-portefeuille, en aan de aandeelhouders bij het nemen van het dechargebesluit op 29 april 2008 niet bekend was dat de informatie, die Fortis destijds had verstrekt, misleidend was. Ten aanzien van SICAF als belanghebbende oordeelt de Hoge Raad dat de wijziging van artikel 2:346 lid 1, aanhef en onder c, BW, waarop Fortis zich beroept nog niet in werking was getreden op het moment dat het enquêteverzoek is ingediend en SICAF bovendien niet een enquête heeft verzocht, maar verzocht heeft als belanghebbende haar standpunt uiteen te zetten over het reeds door VEB c.s. ingediende enquêteverzoek.

De Hoge Raad verwerpt dan ook het cassatieberoep van Fortis.

Datum uitspraak:

Zaaknummer: