

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 06, 2013

Nummer 6, 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:BY6533](#) 08-02-2013

All Options / Euronext

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ0739](#) 29-01-2013

Bedrijfswagens

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY9028](#) 03-12-2012

ML Investments / Curator BCC Holding

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845](#) 30-01-2013

Dooh & Milieudefensie / Royal Dutch Shell Plc

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850](#) 30-01-2013

Fidelis Ayoro Oguru & Alali Efanga & Milieudefensie / Royal Dutch Shell Plc

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ1016](#) 07-11-2012

A/ATAL Stichting

Uitspraken zonder ECLI

[- onbekend -](#)

A / BV X

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[- onbekend -](#)

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

All Options / Euronext

Artikel 81 lid 1 RO. Onrechtmatige daad. Aanpassing optiecontracten door beurshoudster in verband met samenvoeging van aandelen onrechtmatig? Uitleg reglement (Corporate Actions Policy)

Deze zaak gaat over de vraag of beurshoudster Euronext onrechtmatig heeft gehandeld door bepaalde optiecontracten op basis van door haar opgestelde beleidsregels (Corporate Actions Policy) aan te passen. Dit gebeurde naar aanleiding van een door de uitgevende onderneming (Getronics) tot stand gebrachte samenvoeging van onderliggende aandelen. All Options betoogt dat Euronext de optiecontracten niet had mogen aanpassen, althans dat zij de markt eerder via een publieke mededeling over de wijze van aanpassing had moeten informeren, alsmede dat Euronext maatregelen had moeten treffen om schade voor marktpartijen te voorkomen.

De rechtbank heeft de vordering van All Options bij tussenvonnis van 18 februari 2009 in beginsel toewijsbaar geoordeeld. Euronext is van het tussenvonnis in hoger beroep gekomen.

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bij arrest van 16 augustus 2011 vernietigd en de vordering van All Options afgewezen. Naar het oordeel van het hof was Euronext niet gehouden af te wijken van de wijze van aanpassing die volgde uit de toepasselijkheid van bepaalde artikelen van de Policy. Evenmin was Euronext gehouden tot doorhaling van de verkopen van de opties die op 27 april 2005 hebben plaatsgevonden of tot schorsing van de handel in de optie op die dag, nu dit bevoegdheden van Euronext betrof ten aanzien waarvan haar beleidsvrijheid toekwam. Op Euronext rustte volgens het hof ook geen verplichting om te bepalen dat aan All Options vergoedingen in geld moesten worden betaald teneinde te voorkomen dat All Options door de afronding nadeel zou ondervinden. All Options is tijdig van dit arrest in cassatie gekomen. De conclusie van A-G Timmerman strekt tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad: oordeelt dat de in het middel aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 08-02-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:BY6533

Zaaknummer: 11/05156

Wetsartikelen: 81 lid 1 RO

RECHTSPRAAK

Dooh & Milieudefensie / Royal Dutch Shell Plc

Eindvonnis van de rechtbank Den Haag over de gestelde maar betwiste aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van Shell-vennootschappen voor schade door een olie lekkage in 2005 bij het dorp Oruma in Nigeria. Vervolg op LJN nummers BK8616 en BU3535. Zie ook NJB 2012, p. 400-406. Zie ook LJN BY9845 en LJN BY9854

Gedaagden, Shell Petroleum Development Company of Nigeria (hierna: SPDC) en Royal Dutch Shell (hierna: RDS) zijn rechtspersonen die tot het Shell-concern behoren. RDS houdt hoofdkantoor in Den Haag en staat sinds 20 juli 2005 aan het hoofd van het Shell-concern. SPDC is de Nigeriaanse rechtspersoon die zich voor het Shell-concern bezighoudt met de oliewinning in Nigeria. RDS houdt via dochtervennootschappen alle aandelen in haar kleindochtervennootschap SPDC.

Deze twee procedures gaan kort gezegd over een specifieke olie lekkage die op 10 oktober 2004 bij het toen door Dooh, eiser in deze procedure, bewoonde dorp Goi in Ogoniland, deelstaat Rivers State in Nigeria heeft plaatsgevonden uit de ondergrondse oliepijpleiding waarvan SPDC de operator is.

Milieudefensie c.s. verwijten SPDC dat zij niet heeft voldaan aan haar zorgplicht om op zorgvuldige wijze olie te winnen en daarbij te voorkomen dat olie lekkages plaatsvinden. SPDC zou volgens Milieudefensie c.s. meer en betere preventieve maatregelen tegen het ontstaan van olie lekkages moeten nemen, zowel tegen olie lekkages door gebrekkig en/of verouderd materiaal als door sabotage als rechtstreekse oorzaak.

De rechtbank blijft bij haar eerdere bindende beslissing dat de rechtbank Den Haag op grond van artikel 7 Rv bevoegd is om kennis te nemen, niet alleen tegen de rechtspersoon RDS in Den Haag maar ook tegen de Nigeriaanse rechtspersoon SPDC ingestelde vorderingen. De Nederlandse rechtbank is daarmee bevoegd en de vorderingen worden naar Nigeriaans recht beoordeeld. Aan het ontvankelijkheidsverweer van Shell c.s., dat Milieudefensie niet-ontvankelijk zou zijn in het starten van de collectieve actie in de zin van artikel 3:305a BW,

gaat de rechtbank voorbij nu het niet louter om individuele belangen van de boeren gaat.

Met betrekking tot de vorderingsgerechtigdheid van Dooh oordeelt de rechtbank dat voldoende vaststaat dat Dooh de medebezitter was van in ieder geval twee door deze olie lekkage vervuilde visvijvers en de omringende grond

Ten aanzien van de oorzaak van de lekkage komt de rechtbank tot het oordeel dat definitief vaststaat dat deze olie lekkage in oktober 2004 bij Goi feitelijk veroorzaakt is door sabotage. Uit de rechtsregel naar Nigeriaans recht dat men geen algemene duty of care heeft om te voorkomen dat derden schade toebrengen aan anderen, volgt dat ook moederverenootschappen zoals RDS naar Nigeriaans recht in het algemeen geen verplichting hebben om te voorkomen dat hun (klein)dochterverenootschappen zoals SPDC door hun bedrijfsactiviteiten schade toebrengen aan anderen. Aan moederverenootschap RDS kan hooguit worden verweten dat zij haar (klein)dochterverenootschap SPDC er niet toe heeft bewogen en/of er niet toe in staat heeft gesteld om schade door sabotage voor omwonenden te voorkomen en te beperken. Er is daarom niet sprake van een naar het Nigeriaanse recht 'tort of negligence' jegens Milieudefensie en Dooh. Van aansprakelijkheid vanuit SPDC jegens Dooh is ook geen sprake, naar Nigeriaans recht volgt als hoofdregel dat SPDC aansprakelijk is voor schade van Dooh door de olie lekkage in oktober 2004 bij Goi, tenzij die lekkage is veroorzaakt door de schuld van Dooh of door sabotage door derden. Deze lekkage is door sabotage veroorzaakt en valt daardoor buiten de aansprakelijkheid van SPDC. Ook is er geen sprake van een 'tort of nuisance' vanuit SPDC jegens Dooh. Naar het oordeel van de rechtbank kan het nalaten om sabotage te voorkomen niet worden aangemerkt als een tort of nuisance die is veroorzaakt door het uitoefenen van de vergunningsrechten die de Nigeriaanse overheid aan SPDC heeft verstrekt. Het niet- adequaat reageren op een olie lekkage of het niet goed saneren daarvan kan evenmin worden aangemerkt als een tort of nuisance door het uitoefenen van de vergunningsrechten door SPDC. Naar het oordeel van de rechtbank zijn er in dit specifieke geval echter geen bijzondere omstandigheden gesteld en/of gebleken die een specifieke duty of care van SPDC jegens Dooh zouden rechtvaardigen. De rechtbank wijst alle door Milieudefensie en Dooh ingestelde vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 30-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845

Zaaknummer: C/09/337058 / HA ZA 09-1581

Wetsartikelen: 3:305a BW

RECHTSPRAAK

**Fidelis Ayoro Oguru & Alali Efanga &
Milieudefensie / Royal Dutch Shell Plc**

Eindvonnis van de rechtbank Den Haag over de gestelde maar betwiste aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van Shell-vennootschappen voor schade door een olie lekkage in 2005 bij het dorp Oruma in Nigeria. Vervolg op LJN nummers BK8616 en BU3535. Zie ook NJB 2012, p. 400-406. Zie ook LJN BY9845 en LJN BY9854

Gedaagden, Shell Petroleum Development Company of Nigeria (hierna: SPDC) en Royal Dutch Shell (hierna: RDS) zijn rechtspersonen die tot het Shell-concern behoren. RDS houdt hoofdkantoor in Den Haag en staat sinds 20 juli 2005 aan het hoofd van het Shell-concern. SPDC is de Nigeriaanse rechtspersoon die zich voor het Shell-concern bezighoudt met de oliewinning in Nigeria. RDS houdt via dochtervennootschappen alle aandelen in haar kleindochtervennootschap SPDC.

Deze procedure gaat kort gezegd over een specifieke olie lekkage uit een ondergrondse oliepijpleiding waarvan SPDC de operator is. Deze olie lekkage is op 26 juni 2005 ontstaan bij het door Oguru en Efanga bewoonde dorp Oruma.

Milieudefensie c.s. verwijten SPDC dat zij niet heeft voldaan aan haar zorgplicht om op zorgvuldige wijze olie te winnen en daarbij te voorkomen dat olie lekkages plaatsvinden. SPDC zou volgens Milieudefensie c.s. meer en betere preventieve maatregelen tegen het ontstaan van olie lekkages moeten nemen, zowel tegen olie lekkages door gebrekkig en/of verouderd materiaal als door sabotage als rechtstreekse oorzaak.

De rechtbank blijft bij haar eerdere bindende beslissing dat de rechtbank Den Haag op grond van artikel 7 Rv bevoegd is om kennis te nemen, niet alleen tegen de rechtspersoon RDS in Den Haag maar ook tegen de Nigeriaanse rechtspersoon SPDC ingestelde vorderingen. De Nederlandse rechtbank is daarmee bevoegd en de vorderingen worden naar Nigeriaans recht beoordeeld. Aan het ontvankelijkheidsverweer van Shell c.s., dat Milieudefensie niet ontvankelijk zou zijn in het starten van de collectieve actie in de zin van artikel 3:305a BW,

gaat de rechtbank voorbij nu het niet louter om individuele belangen van de boeren gaat.

Met betrekking tot de vorderingsgerechtigdheid van Oguru en Efanga oordeelt de rechtbank dat voldoende vaststaat dat Oguru en Efanga de bezitters zijn van de door de lekkages vervuilde grond en visvijvers en daarom vorderingsgerechtigd zijn.

Ten aanzien van de oorzaak van de lekkage komt de rechtbank tot het oordeel dat definitief vaststaat dat deze olie lekkage in 2005 bij Oruma feitelijk veroorzaakt is door sabotage.

Uit de rechtsregel naar Nigeriaans recht dat men geen algemene duty of care heeft om te voorkomen dat derden schade toebrengen aan anderen, volgt dat ook moederverennootschappen zoals RDS naar Nigeriaans recht in het algemeen geen verplichting hebben om te voorkomen dat hun (klein)dochterverennootschappen zoals SPDC door hun bedrijfsactiviteiten schade toebrengen aan anderen. Aan moederverennootschap RDS kan hooguit worden verweten dat zij haar (klein)dochterverennootschap SPDC er niet toe heeft bewogen en/of er niet toe in staat heeft gesteld om schade door sabotage voor omwonenden te voorkomen en te beperken. Er is daarom niet sprake van een naar het Nigeriaanse recht 'tort of negligence' jegens Milieudefensie, Oguru en Efanga. Van een 'tort of negligence' van SPDC tegen Milieudefensie is geen sprake volgens de rechtbank. Ook is er geen sprake van een 'tort of nuisance' vanuit SPDC jegens Oguru en Efanga. In de Nigeriaanse rechtspraak bestaat er tot dusver geen precedent waarin een operator zoals SPDC aansprakelijk is gehouden voor schade als gevolg van een olie lekkage op grond van een tort of negligence, omdat de operator een algemene duty of care had geschonden om sabotage door derden aan haar oliepijpleiding of olie-installatie te voorkomen. Naar het oordeel van de rechtbank zijn er in dit specifieke geval echter geen bijzondere omstandigheden gesteld en/of gebleken die een specifieke duty of care van SPDC jegens Oguru en Efanga zouden rechtvaardigen. De rechtbank wijst alle door Milieudefensie, Oguru en Efanga ingestelde vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 30-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850

Zaaknummer: C/09/330891 / HA ZA 09-0579

Wetsartikelen: 3:305a BW

RECHTSPRAAK

Bedrijfswagens

Persoonlijke aansprakelijkheid van indirect bestuurder (art. 6:162 BW)

Het Hof 's-Hertogenbosch doet een uitspraak in twee zaken die samengevoegd zijn. De ene zaak ziet op de aansprakelijkheid van X als indirect bestuurder van Bedrijfswagens. In de andere zaak staat de aansprakelijkheid van A als bestuurder van Bedrijfswagens centraal. Naast X en A wordt ook de moederverenootschap Y aansprakelijk gehouden.

Z verwijt primair dat X (indirect bestuurder van Bedrijfswagens) en A als bestuurder van Bedrijfswagens persoonlijk onrechtmatig handelen doordat zij als (in)direct bestuurders van Bedrijfswagens hebben bewerkstelligd dat Bedrijfswagens de aan Z toekomende ontbindingsvergoeding niet aan Z heeft voldaan en daarvoor geen verhaal heeft geboden - een vordering op grond van artikel 6:162 BW naar de maatstaf als gegeven in het arrest Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, NJ 2006, 659). Subsidiair verwijt Z Y onrechtmatig handelen op grond van artikel 6:162 BW zoals aan de orde in het arrest Coral/Stalt (HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727) doordat Y als bestuurder van een centraal geleid concern het ertoe heeft geleid dat Bedrijfswagens voor de vordering van Z geen verhaal meer bood en zij evenmin heeft voorkomen dat normalisatie van de arbeidsrelatie met Z illusoir werd doordat voor zijn functie een ander was aangenomen. De subsidiaire vordering van Z tegen Y komt alleen aan de orde indien de grieven tot afwijzing alsnog van de primaire vordering zouden leiden.

Het hof is, evenals de rechtbank, van oordeel dat de feiten en omstandigheden steun geven aan de stelling van Z dat er bij Bedrijfswagens sprake is geweest van onwil om de aan Z bij de beschikking van de kantonrechter van 7 januari 2010 toegekende ontslagvergoeding te betalen. Aan de (indirect) bestuurders die aldus namens Bedrijfswagens hebben gehandeld kan van dat handelen een voldoende ernstig verwijt worden gemaakt om hen naast de rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk te houden voor de door Z ten gevolge van dat - onrechtmatig - handelen geleden schade.

X stelt nog dat er bij Bedrijfswagens geen sprake was van betalingsonwil maar van

betalingsonmacht. Naar door Z terecht is betoogd sluit het enkele feit dat de vennootschap niet kan betalen echter niet uit dat sprake is van betalingsonwil en dat betalingsonmacht gepaard kan gaan aan en zelfs haar oorzaak kan vinden in betalingsonwil (HR 3 april 1992, NJ 1992, 411). Naar het oordeel van het hof hebben X en Y c.s. tegenover de verschillende feiten en omstandigheden waaruit, in onderling verband en samenhang bezien, blijkt van betalingsonwil van (de bestuurders van) Bedrijfswagens onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die afbreuk kunnen doen aan die conclusie. Het hof acht in dit verband in het bijzonder van belang dat niet, althans onvoldoende gemotiveerd is weersproken dat zonder opeising door Exploitatiemaatschappij B.V. (bestuurder en enig aandeelhouder van Bedrijfswagens) van haar vordering in rekening-courant het voortbestaan van Bedrijfswagens niet in het geding zou zijn geweest en dat niet is gesteld of gebleken dat Exploitatiemaatschappij B.V. de bedrijfsvoering van Bedrijfswagens na de overname van de activa niet rendabel heeft kunnen voortzetten. Op grond van het voorgaande verwerpt het hof de grieven voor zover deze betrekking hebben op het aan de (indirect) bestuurders van Bedrijfswagens persoonlijk te verwijten onrechtmatig handelen jegens Z.

Nu het bij de primaire vordering niet gaat om de aansprakelijkheid van de moeder vennootschap (zoals aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral/Stalt)) behoeven deze grieven geen bespreking voor zover X daarin die aansprakelijkheid van de moeder vennootschap aan de orde stelt. Het hof heeft het opeisen door Exploitatiemaatschappij B.V. van haar vordering in rekening-courant alleen meegewogen als een van de feiten en omstandigheden waaruit tot betalingsonwil van de (bestuurders van) Bedrijfswagens moet worden geconcludeerd. Ook de andere gronden waarop X de aansprakelijkheid van Y betwist, kunnen om dezelfde reden onbesproken blijven.

Z heeft aan zijn primaire vordering jegens X en de bestuurder van Bedrijfswagens als (indirect) bestuurders van Bedrijfswagens een groot aantal feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd die alleen van toepassing zijn op X. Ten aanzien van A als bestuurder van Bedrijfswagens stelt Z in feite niet meer dan dat A naast Exploitatiemaatschappij B.V. zelfstandig bevoegd bestuurder van Bedrijfswagens was. Ook door de rechtbank wordt enig concreet persoonlijk handelen van A als bestuurder waarvan A een ernstig verwijt moet worden gemaakt door de rechtbank niet genoemd. De rechtbank verwijt A in r.o. 4.2.4 van het vonnis, waarvan beroep alleen concreet, dat hij niets heeft gedaan om een andere oplossing jegens Z te bevorderen - een verwijt dat door Z niet aan zijn vordering ten grondslag is gelegd - en dat zijn passieve houding hem mede als een tekortschieten in zijn formeel/juridisch gelijkwaardige bestuurstaak valt te verwijten (slot 4.2.4).

Naar het oordeel van het hof heeft Z ten aanzien van A onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan tot de conclusie kan worden gekomen dat

hem ter zake de niet-betaling van Z persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat A persoonlijk onrechtmatig handelen jegens Z kan worden verweten. Op grond van het voorgaande zal het vonnis waarvan beroep, voor zover gewezen tussen Z en A, worden vernietigd. De primaire vordering van Z zal jegens A alsnog worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-01-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ0739

Zaaknummer: HD 200.092.168/01 en 200.094.128/01

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Veroordeling tot nakoming van de maatschapsovereenkomst

Eiser en gedaagde zijn een maatschap aangegaan. De maatschap exploiteert een kookboek. Op enig moment ontstaat wrijving tussen de maten. Gedaagde trekt op enig moment de autorisaties verband houdende met de bedrijfsvoering van eiser in en leidt de maatschap in haar eentje. Eiser vordert kort gezegd dat alle autorisaties worden hersteld en dat de bij maatschapsovereenkomst geregelde bevoegdheden worden nageleefd. Gedaagde heeft aangevoerd dat eiser zich besluiteloos en incompetent toonde en ontwijkingsgedrag vertoonde, waardoor een onwerkbaar situatie was ontstaan. Gedaagde heeft aangevoerd dat zij op grond van een vorm van zaakwaarneming vervolgens het roer van de maatschap heeft overgenomen. De maatschapsovereenkomst is door geen van beide partijen opgezegd en ook niet in onderling overleg beëindigd.

De maatschapsovereenkomst bevat een forumkeuze: partijen zijn overeengekomen dat geschillen die uit de maatschapsovereenkomst zouden mogen voortvloeien, zullen worden beslecht door een viertal scheidslieden.

De voorzieningenrechter oordeelt ten aanzien van zijn bevoegdheid als volgt. De voorzieningenrechter acht zich op grond van artikel 1022 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevoegd van de vordering kennis te nemen. Partijen zijn niet expliciet overeengekomen dat het scheidsgerecht bevoegdheid heeft om binnen de grenzen van artikel 254 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vonnis te wijzen. Eiseres heeft ook betwist dat partijen dat met de forumkeuze in de maatschapsovereenkomst niet hebben beoogd te regelen. Voor een verwijzing naar een arbitraal kort geding bestaat geen grond.

In de verdere beoordeling staat voorop dat een maatschap een overeenkomst is tot samenwerking van twee of meer personen die is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel van alle vennoten door middel van inbreng van iedere vennoot. De vennoten zijn daarbij verplicht tot samenwerking en moeten zich tegenover elkaar gedragen zoals een goed vennoot betaamt.

Wat betreft de stelling dat sprake is van zaakwaarneming overweegt de voorzieningenrechter, dat vooropgesteld zij dat uit de omstandigheden blijkt, en dat gedaagde dat ook had moeten begrijpen, dat eiseres er niet mee akkoord was dat gedaagde de bedrijfsvoering alleen zou gaan voeren en alle autorisaties van eiseres zou intrekken. Aan de voorwaarden voor zaakwaarneming als bedoeld in artikel 6:198 BW is daarom niet voldaan. Belangenbehartiging tegen de wil van degene wiens belang wordt behartigd, kan niet gelden als zaakwaarneming in de zin der wet, behoudens uitzonderlijke omstandigheden die zich in deze zaak niet voordoen. Van een noodsituatie van de maatschap waarin direct gehandeld moest worden, is niet gebleken. De omstandigheid dat eiseres, zoals gedaagde stelt, door de handelwijze van gedaagde alleen maar bevoordeeld is, doet daar niet aan af. Ook al zou dit handelen van gedaagde eiseres materiële voordelen opleveren, toch kan van zaakwaarneming in de zin van artikel 6:198 BW geen sprake zijn omdat daartoe geen redelijke grond bestond. Het lijkt er echter op dat gedaagde met het begrip 'zaakwaarneming' op een ruimer begrip doelt dan zaakwaarneming in de zin van artikel 6:198 BW. Zij lijkt daarmee (ook) te bedoelen dat zij de 'zaak' in de zin van 'het bedrijf' waarneemt. Dat kan, gezien de maatschapsovereenkomst, echter alleen als daar een grondslag voor bestaat. Gedaagde kan niet eenzijdig bepalen dat zij voortaan alleen de exploitatie van het boek zal verrichten, behoudens wellicht uitzonderlijke omstandigheden. De omstandigheden die gedaagde naar voren heeft gebracht, zijn naar het voorshands oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende zwaarwegend.

Instantie: Rechtbank Oost-Nederland

Datum uitspraak: 23-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBONE:2013:BZ1092

Zaaknummer: C/05/237588 / KG ZA 12-679

Wetsartikelen: 1022 lid 2 Rv en 6:198 BW

RECHTSPRAAK

Media Master

Feitelijk en gewezen bestuurders aansprakelijk voor tekort in faillissement. Onbehoorlijk bestuur. Niet voldaan aan publicatieplicht

Op 11 januari 2006 heeft deze rechtbank het faillissement uitgesproken van de besloten vennootschap Media Master Special Interest Media B.V. (hierna: Media Master). De curator stelt primair dat gedaagden X, Y en Z hoofdelijk aansprakelijk zijn (ex art. 2:248 BW jo. 2:10 BW en/of 2:394 BW) voor het tekort in het faillissement van Media Master.

Z heeft te gelden als opvolgend (feitelijk) bestuurder van Media Master op de datum van haar faillissement. Z heeft zich tegen de stellingen van de curator niet verweerd, zodat is komen vast te staan dat hij als opvolgend (feitelijk) bestuurder van Media Master niet heeft voldaan aan zijn verplichting een inzichtelijke administratie en boekhouding bij te houden en om de jaarrekeningen over 2003 en 2004 te publiceren op de wijze zoals de wet dat voorschrijft. Daarmee heeft hij zijn taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld en staat bij gebreke van een betwisting vast dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hij is dan ook in beginsel (hoofdelijk) aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van de vennootschap.

Bij de beoordeling van de primair door de curator gevorderde verklaring voor recht dat X en Y hun taken als gewezen bestuurders van Media Master kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, stelt de rechtbank het volgende. De rechtbank is van oordeel dat genoegzaam in rechte is komen vast te staan dat Y op enig moment in de tweede helft van 2004 doch voor 1 februari 2005 feitelijk bestuurder is geworden/geweest van Media Master. Het voorgaande betekent dat ook op Y als feitelijk bestuurder op enig moment voor 1 februari 2005 dus de wettelijke verplichting is gaan rusten om de jaarrekeningen over 2003 en 2004 te publiceren, aan welke verplichting dus niet is voldaan. Duidelijk is dat dit verzuim niet als onbelangrijk kan worden aangeduid. Derden, waaronder bestaande en aanstaande schuldeisers, moeten immers op de inhoud daarvan acht kunnen slaan, alvorens de commerciële beslissing te nemen met Media Master (verder) afspraken te maken. De rechtbank stelt vervolgens vast dat door X en Y niet met behulp van eventueel te bewijzen feiten adequaat is gesteld dat voormelde kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hen te wijten is en dat zij niet nalatig

zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Thans moet op basis van het hiervoor overwogene worden vermoed dat X en Y hun taak als (feitelijk) bestuurder van Media Master kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en wordt wettelijk vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het later op 11 januari 2006 uitgesproken faillissement van Media Master.

Door de curator is gemotiveerd weersproken dat het samenstel van deze door X en Y gestelde 'van buiten komende' feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De belangrijke oorzaak van dat faillissement is nu juist de onbehoorlijke taakvervulling van X en Y inhoudende dat zij nu juist afstand hebben gedaan van een van verdien capaciteit en kapitaal beroofde Media Master, die kansloos, met zeer aanmerkelijke schulden en zonder redelijk zicht op herstel van de hand is gedaan, zonder daarvoor nog een bedrag te ontvangen en met geen andere bedoeling dan dat Media Master geen nieuw leven meer werd ingeblazen en dat deze rechtspersoon uiteindelijk werd geliquideerd met de minste risico's voor X en Y persoonlijk. Deze tegenspraak snijdt naar het oordeel van de rechtbank in die zin hout dat terecht door de curator is aangevoerd dat X en Y zich hier ter ontkrachting van voormeld wettelijk vermoeden niet kunnen beroepen op feiten en omstandigheden die mede oorzaak van het faillissement van Media Master zijn geweest, maar die zij nu juist zelf hebben bewerkstelligd.

In een situatie als deze gaat het niet aan om zonder opgave van concrete feiten en omstandigheden aan te voeren dat het aan Z is te wijten dat Media Master het niet heeft gered. Het is juist hier dat X en Y tekortschieten in hun stelplicht. Zij hadden op zijn minst ondersteund met concrete feiten moeten stellen dat Media Master indachtig reële doorstartplannen met bijbehorende nieuwe financiering een reële kans op overleven is geboden en dat het vervolgens aan Z is te wijten dat dat toch is mislukt. X en Y hebben zulks niet adequaat gesteld en laten het in feite bij blote niet gestaafde algemene beschuldigingen aan het adres van Z.

Nu gesteld, noch aannemelijk is geworden dat het faillissement een andere belangrijke oorzaak heeft dan het onbehoorlijk bestuur, zijn X en Y ingevolge het bepaalde in artikel 2:248 leden 1 en 2 van het Burgerlijk Wetboek hoofdelijk - met Z - aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van Media Master. De door de curator gevorderde verklaring voor recht dat X, Y en Z op grond van de artikelen 2:394 en 2:248 leden 1 en 2 van het Burgerlijk Wetboek hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement van Media Master zal dan ook worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Nederland

Datum uitspraak: 23-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBONE:2013:BZo638

Zaaknummer: C/o8/124315 HA ZA 11-689

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

TenneT c.s./ABB c.s.

Europees recht. De EC veroordeelt een rechtspersoon voor kartelafspraken in de tijd dat zij nog niet bestond. De nationale rechter moet de EC hierin volgen en die rp veroordelen tot schadevergoeding o.g.v. een OD die zij niet zelf kan hebben gepleegd. Als de EC een kartel voor de hele EER aanneemt zonder een specifiek nationaal project onderzocht te hebben, kan (volgens ons) behoudens aanwijzingen voor het tegendeel ervan worden uitgegaan dat ook dat lokale project is beheerst door het kartel. Verzwaaarde stelplicht bij de inbreukmaker. In het Europees recht wordt beschermd met economische eenheden. In het nationaal sv-recht kan dat niet volgens ons. Hier moet de verschillende rechtspersonen een eigen OD kunnen worden aangerekend en een zelfstandig verwijt kunnen worden gemaakt. Passing-on verweer. In Europees recht gangbaar, wordt beschreven in het zogenoemde Witboek van EC maar weinig (of geen) duidelijke jurisprudentie gevonden. Wij gaan daar niet in mee. Nationaal sv-recht: schade geleden toen teveel betaalde, later doorberekenen aan klanten doet daar niet aan af. Wel eventueel voordeelverrekening, maar dat struikelt op de redelijkheidseis. Verder: Wetenschap enig aandeelhouder wordt toegerekend aan de vennootschap. Van een gedaagde wordt gevergd dat hij zich stellig uitlaat over zijn eigen wetenschap of onwetendheid. De partij wordt op dit punt opgehangen aan zijn niet-persoonlijke verschijning ter cvp. Hoofdelijke aansprakelijkheid rechtspersonen ex artikel 6:166 BW (groepsverband), criteria. Rechtsovergang bij fusie/inbreng: vordering uit nog niet bekende OD hoeft niet geconcretiseerd in 2:334f-beschrijving. Verjaring: bekendheid/lichte onderzoeksplicht. Uitgebreide overwegingen m.b.t. schadeomvang ondanks verwijzing

naar schadestaat (ter voorbereiding)

Begin jaren negentig hebben de NV Samenwerkende elektriciteitsbedrijven (Sep) en ABB T&D BV een overeenkomst gesloten op grond waarvan ABB T&D aan Sep een GGS-installatie heeft verkocht en geleverd. GGS staat voor gasgeïsoleerd schakelmaterieel en wordt gebruikt om de energiestroom in elektriciteitsnetwerken te controleren. ABB BV is sinds een fusie in 1996 de rechtsopvolger van ABB T&D. ABB Ltd. houdt via een tussenliggende houdstermaatschappij (ABB Holdings BV) alle aandelen in ABB BV. Tot 1998 was Sep zowel eigenaar als beheerder van het hoogspanningsnet waarvan de GGS-installatie deel uitmaakte. In dat jaar heeft Sep TenneT als netbeheerder aangewezen. Bij akte van splitsing heeft Sep Saranne BV opgericht. De juridische eigendom van een aantal vermogensbestanddelen is onder algemene titel overgegaan naar Saranne. TenneT houdt alle aandelen in Saranne. In 2007 is door een beschikking van de Europese Commissie vastgesteld dat een aantal ondernemingen, waaronder ABB Ltd. inbreuk heeft gemaakt op artikel 81 van het EG-verdrag door gedurende een bepaalde periode deel te nemen in een complex van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de GGS-sector in de EER. TenneT c.s. hebben ABB BV, ABB Holdings BV en ABB Ltd. aansprakelijk gesteld voor de schade die zij hebben geleden als gevolg van de mededingingsbeperkende kartelafspraken. TenneT c.s. baseren de hoofdvordering op inbreuk op het mededingingsrecht, waarbij aan Sep schade is berokkend. De rechtbank oordeelt met betrekking tot de inbreuk op het mededingingsrecht als volgt. Ten aanzien van ABB Ltd. staat met de voor haar onherroepelijk geworden EC-beschikking onweerlegbaar vast dat zij ten tijde van de aanbesteding deelnam in een wereldwijd kartel, waarin tussen de deelnemers mededingsbeperkende afspraken werden gemaakt en uitgevoerd inzake de onderlinge verdeling van opdrachten en vaststelling van prijzen op de GGS-markt. De rechtbank dient de EC hierin te volgen en gaat er onder meer aan voorbij dat ABB Ltd. nog niet bestond ten tijde van de vastgestelde kartelafspraken. De EC stelt in de beschikking vast dat de kartelafspraken in het bijzonder gelding hebben voor de landen van de EER. Daarmee kan ervan worden uitgegaan dat in het bijzonder ook de onderhavige financieel belangwekkende aanbesteding van Sep in Nederland werd bestreken door de mededingingsbeperkende afspraken die de kartelleden onderling hadden gemaakt. Van ABB c.s. kan worden gevergd dat zij begrijpelijke en realistische indicaties aanleveren en feiten en omstandigheden stellen (en bij betwisting bewijzen) waaruit zou kunnen worden geconcludeerd dat de alomvattende en voor de gehele EER geldende kartelafspraken bij uitzondering niet golden voor dit specifieke project in Nederland. De rechtbank oordeelt met betrekking tot de aansprakelijke entiteiten als volgt. De door TenneT c.s. ingestelde vorderingen dienen te worden beoordeeld naar Nederlands recht. Het samenstel van de

verboden kartelafspraken kwalificeert als een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW. De vraag is dan wie van ABB c.s. aansprakelijk gehouden kan worden voor de schade die daardoor is veroorzaakt. Daarvoor is beslissend aan wie die onrechtmatige daad kan worden toegerekend. Dat is in elk geval ABB Ltd. zelf, die heeft deelgenomen in de verboden kartelafspraken en die afspraken middels ABB T&D heeft geïmplementeerd. Daarnaast oordeelt de rechtbank dat ook ABB BV aansprakelijk is voor die schade in haar hoedanigheid van rechtsopvolger van ABB T&D. ABB T&D heeft zich als instrument laten gebruiken en de verboden kartelafspraken feitelijk uitgevoerd. Ter zake treft haar voldoende verwijt om de schade aan ABB BV toe te rekenen. ABB T&D moet geacht worden zich bewust te zijn geweest of bewust te hebben moeten zijn van de onrechtmatigheid van het gezamenlijk handelen. Nodig, maar ook voldoende, is dat die bekendheid aanwezig was bij hogere personen of organen wier wetenschap aan ABB T&D kan worden toegerekend. Bij ABB T&D was die wetenschap in elk geval aanwezig bij haar hoogste orgaan, haar (indirect) enig aandeelhouder ABB Ltd., die immers zelf de kartelafspraken maakte. Daarnaast oordeelt de rechtbank dat die wetenschap ook aanwezig geacht kan worden bij het formele statutair bestuur van ABB T&D. Van de gedaagde kan in redelijkheid worden gevergd dat zij zich met stelligheid kan uitlaten over de vraag of zij iets wel of niet weet. De rechtbank gaat aan de betwisting van de gedaagde voorbij en gaat ervan uit dat het bestuur van ABB BV wel degelijk bekend was of bekend had moeten zijn met het kartel waarin het bedrijf participeerde. Naast ABB Ltd. is ook ABB BV hoofdelijk aansprakelijk voor de schade van Sep die het gevolg is van hun gezamenlijk gepleegde onrechtmatige daad. Anders ligt dit voor ABB Holdings. ABB Holdings is geen adressaat van de EC-beschikking en ABB Holdings bestond nog niet ten tijde van het onrechtmatig handelen jegens Sep. De rechtbank oordeelt met betrekking tot de rechthebbenden als volgt. Het recht om ter zake van deze onrechtmatige daad schadevergoeding te vorderen is in economische zin overgegaan op TenneT en in juridische zin op Saranne. Tezamen zijn TenneT en Saranne de volledig gerechtigden als bedoeld in artikel 3:296 BW. Zij kunnen in hun vordering worden ontvangen. De tegenwerping dat de beschrijving van artikel 2:334f BW onvoldoende nauwkeurig is bepaald, faalt. Het kartel was nog niet bekend ten tijde van de fusie en splitsing en de op dat kartel gebaseerde vordering uit onrechtmatige daad kon en behoefde daarom niet concreet beschreven te worden. De rechtbank oordeelt met betrekking tot de toelating tot de schadestaat als volgt. De tussenconclusie is dat ABB Ltd. en ABB BV aansprakelijk zijn voor de schade van Sep en dat zij die schade aan TenneT c.s. moeten vergoeden. De rechtbank acht het zeer aannemelijk dat daadwerkelijk schade is geleden. De aard en strekking van de gewraakte kartelafspraken is nu juist, bijkans per definitie, afnemers zoals Sep meer te kunnen laten betalen voor het product dan het geval zou zijn geweest bij vrije mededinging op de desbetreffende markt. De rechtbank gaat niet mee in het zogenaamde passing-on verweer van ABB c.s. (TenneT c.s.

hebben in het geheel geen schade geleden, omdat zij de kosten van de GGS-installatie hebben doorberekend aan hun afnemers). ABB Ltd. en/of ABB BV dienen de volledige schade (nader op te maken bij staat) te vergoeden aan TenneT c.s. Indien TenneT deze schadevergoeding in de resterende afschrijvingsperiode ten goede laat komen aan haar afnemers door afboeking van deze vergoeding op de desbetreffende balanspost en navenante vermindering van de toekomstige energieprijzen, dan zijn ABB c.s. niet verrijkt en zijn de afnemers niet verarmd.

Instantie: Rechtbank Oost-Nederland

Datum uitspraak: 16-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBONE:2013:BZo403

Zaaknummer: 208812

Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:166 BW

RECHTSPRAAK

curator/bestuurder c.s.

Vervolg op LJN BWo636. Gedaagden niet geslaagd in het bewijs dat zij de storting op de door haar genomen aandelen daadwerkelijk hebben uitgevoerd en dat dit in de boekhouding van de vennootschap is ingevoerd. Verklaring voor recht dat gedaagde sub 1 haar taak als bestuurder van de gedaagde vennootschap onbehoorlijk heeft vervuld en dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de gedaagde vennootschap

De curator stelt zich op het standpunt dat de aandelen nooit zijn volgestort. De grondslag van de vordering tot volstorting is dat het oprichtingskapitaal niet reëel en uitsluitend door Signus aan de vennootschap ter beschikking is gesteld en dat Signus op grond van artikel 2:178 lid 2 BW gehouden is om dat alsnog te doen. Ter comparitie heeft de curator gesteld dat gedaagde sub 2, naast gedaagde sub 1, op grond van artikel 2:11 BW ook aansprakelijk is voor de volstorting van de aandelen. De bestuurder en moedervernootschap van de failliete vennootschap (hierna gezamenlijk: 'Signus') stellen zich op het standpunt dat deze evenwel meteen bij de oprichting zijn volgestort.

De rechtbank is van oordeel dat niet kan worden aangenomen dat Signus gehouden is om nogmaals te voldoen aan haar stortingsplicht.

De curator heeft tevens hoofdelijke veroordeling van Signus gevorderd op grond van schending van de administratieplicht van artikel 2:10 BW. De curator beroept zich op de wettelijke vermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW ten aanzien van de onbehoorlijkheid van het bestuur en de oorzaak van het faillissement, terwijl, naar de rechtbank begrijpt, tevens een beroep op artikel 2:180 lid 2 BW wordt gedaan.

De rechtbank overweegt wat dat betreft dat vastgesteld is dat Signus niet uiterlijk op de dag van oprichting van de vennootschap heeft voldaan aan haar stortingsplicht. Daarbij heeft Signus ten onrechte in de akte van oprichting laten opnemen dat zij wel aan die verplichting had voldaan, waarbij zij zich heeft bediend van een onjuiste en valse bankverklaring. Dit was

zeker onbehoorlijk, en onrechtmatig, maar dit deed Signus als oprichter van de vennootschap en dus nog niet in haar hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap, zodat dit gegeven, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet leidt tot bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW.

De curator lijkt de aansprakelijkstelling van Signus ook te baseren op artikel 2:180 lid 2 BW, maar deze grondslag faalt. De curator heeft geen inzicht gegeven om welke rechtshandelingen tussen de oprichting en de later doorgevoerde kapitaalstorting het zou moeten gaan en de curator heeft ook niet aangegeven waarom hij gerechtigd zou zijn om namens de desbetreffende individuele crediteuren op te treden.

Voorts is vastgesteld dat mag worden aangenomen dat Signus nadien alsnog aan haar stortingsplicht heeft voldaan. In de tussentijd echter, en dus wel tijdens het bestuur van Signus, kunnen de administratie en de daartoe behorende boeken en bescheiden niet zodanig ingericht zijn geweest dat de vermogenstoestand van de vennootschap correct was weergegeven en dat de rechten en verplichtingen van de vennootschap daaruit te allen tijde konden worden gekend. In het bijzonder moet daar de vermelding van een vordering op Signus ter hoogte van het geplaatste aandelenkapitaal hebben ontbroken. Dit kwalificeert in beginsel als een ernstige tekortkoming.

Hoewel geen van beide partijen zich hierop heeft beroepen – de curator stelt zich op het standpunt dat nooit is volgestort en Signus B.V. c.s. stellen zich op het standpunt dat meteen bij de oprichting is volgestort – stelt de rechtbank ambtshalve de vraag aan de orde of de tijdelijke tekortkoming in de administratie ten aanzien van de vordering op Signus in de periode tussen de oprichting en de uitvoering van de volstorting kan worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim, dat ingevolge de derde zin van artikel 2:248 lid 2 BW niet in aanmerking wordt genomen voor het onweerlegbaar aannemen van een kennelijk onbehoorlijke taakuitoefening van het bestuur en voor het wel weerlegbare vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak was van het faillissement. Signus werd, kort gezegd, in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat binnen een maand de aandelen werden volgestort en dat dit ondubbelzinnig en voor een buitenstaander zichtbaar in de boekhouding van de vennootschap was ingevoerd. De rechtbank is van oordeel dat dit bewijs niet is geleverd en dat er in onderhavige casus dus geen sprake is van een onbelangrijk verzuim.

Signus stelt nog dat de jaarrekening 2006 pas op 28 januari 2008 was gedeponereerd. De rechtbank ontgaat wat het doel van die stelling is. De omstandigheid dat buitenstaanders doorgaans pas na de publicatie van de eerste jaarrekening kunnen kennisnemen van de vermogenspositie van een vennootschap doet niet af aan de wettelijke verplichting van artikel 2:10 BW om ook voordien reeds een deugdelijke en inzichtelijke administratie te voeren en te

bewaren.

Bij conclusie na enquête beriep Signus zich nog op een uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 20 juni 2012, LJN BW8973. De rechtbank is van oordeel dat die zaak niet vergelijkbaar is, omdat het daar ging om een zogenaamd kasrondje, terwijl in de onderhavige zaak bij de oprichting in het geheel niet is gestort op de aandelen en, nog ernstiger, een misleidende bankverklaring aan de akte is gehecht. Hierop strandt ook de verwijzing naar het Biggles-arrest (HR 18 november 1988, NJ 1989, 699).

De schending van de boekhoudplicht wordt niet gezien als een onbelangrijk verzuim, terwijl de schending als een belangrijke oorzaak van het faillissement kan worden gekwalificeerd. Deze schending van de boekhoudplicht was, naar kan worden aangenomen, niet de belangrijkste oorzaak van het faillissement, maar de moedervervennootschap treft evenzeer verwijt ten aanzien van die andere oorzaak, de (gestelde) malversaties van haar medebestuurders.

Instantie: Rechtbank Oost-Nederland

Datum uitspraak: 16-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBONE:2013:BZo445

Zaaknummer: C/05/218269 / HA ZA 11-1113

Wetsartikelen: 2:178 lid 2 BW, 2:10 BW, 2:11 BW, 2:248 BW, 2:180 lid 2 BW en 164 lid 2 Rv

RECHTSPRAAK

ML Investments / Curator BCC Holding

Toelaatbaarheid van het door de curator gevoerde beleid

In januari 2009 richten Hagebosch Beheer B.V. en ML Investments Hama Rent B.V. (hierna: Hama Rent) op. Elke oprichter neemt voor 50% in haar aandelenkapitaal deel. ML Investments wordt benoemd tot bestuurder van HAMA Rent.

Hagebosch Beheer B.V. en ML Investments dragen de aandelen Hama Rent over aan BCC Holding. Ten aanzien van deze aan ML Investments te betalen koopprijs wordt tussen alle betrokkenen overeengekomen dat BCC Holding het desbetreffende bedrag verklaart schuldig te zijn aan ML Investments uit geldlening. Aflossing zal in zestig maandelijkse termijnen plaatsvinden. De aandelen Hama Rent worden aan ML Investments verpand tot zekerheid van haar vordering uit de koopovereenkomst op BCC Holding. Vervolgens wordt BCC Holding failliet verklaard. De curator kondigt direct aan dat hij overweegt de faillissementen van dochtervennootschappen van BCC Holding, waaronder Body Control Franchise B.V. en Hama Rent, aan te vragen omdat hun inkomsten wegvallen, terwijl zij wel verplichtingen hebben.

ML Investments vordert een verklaring voor recht dat de curator ten aanzien van haar onrechtmatig heeft gehandeld door openlijk te overwegen het faillissement van Hama Rent aan te vragen. Hierdoor zijn de aandelen van Hama Rent in waarde gedaald. ML Investments vordert veroordeling van de curator om de door haar geleden schade aan ML Investments te voldoen.

De rechtbank overweegt als volgt. De curator geniet de nodige vrijheid: hij dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. De norm van het Maclou-arrest (HR 19 april 1996, NJ 1996/727, m.nt. WMK), die hier moet worden toegepast, ziet op de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator wegens een onjuiste taakuitoefening in een geval waarin de hier bedoelde vrijheid voor hem bestond. Bij de toepassing van deze norm heeft de rechter de vraag te beantwoorden of, uitgaande van bedoelde vrijheid, een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn zou

hebben kunnen komen. Bij deze toetsing past, zoals uit de norm van het arrest naar haar aard volgt, terughoudendheid. Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien.

De vraag in de onderhavige zaak is echter of de curator, gelet op het Maclou-criterium en de noodzaak terughoudend te zijn bij de toepassing daarvan, een persoonlijk verwijt valt te maken van zijn besluit met spoed te trachten tot het faillissement van Hama Rent te komen. Hierbij weegt mee dat de behandeling van een faillissementsaanvraag onrust veroorzaakt die de waarde van de aandelen van de vennootschap wier faillissement wordt aangevraagd, ernstig kan beïnvloeden.

De rechtbank acht het gelet op dit criterium en deze omstandigheden, niet onzorgvuldig dat de curator het faillissement van Hama Rent wilde aanvragen met het uiteindelijke doel de apparaten binnen het concern te kunnen verkopen. Uit de aard der zaak eiste de situatie voortvarend optreden van de curator. De vraag of de curator er zonder nader onderzoek van uit mocht gaan dat de rechtbank zou oordelen dat Hama Rent in een toestand verkeerde van te hebben opgehouden te betalen, beantwoordt de rechtbank op grond van het voorgaande bevestigend.

De rechtbank sluit zich verder aan bij de redenering van het Hof te Arnhem (LJN BW3806) die tot de conclusie leidt dat de curator in het faillissement van BCC Holding niet bevoegd was het faillissement van Hama Rent aan te vragen. Dit komt erop neer dat de curator als curator van BCC Holding wel de rechten en verplichtingen van BCC Holding als aandeelhouder Hama Rent toekwam, maar niet de rechten en verplichtingen van een bestuurder van Hama Rent. De aandelen Hama Rent behoorden immers tot het vermogen van de gefailleerde BCC Holding en daarvoor geldt dat de curator bij het vervullen van zijn taak in het algemeen dezelfde vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen heeft als de schuldenaar voor zijn faillissement toekwamen. Weliswaar was BCC Holding tot bestuurder van Hama Rent benoemd, maar deze functie vormt een onderdeel van de zelfstandige organisatie van de rechtspersoon Hama Rent, niet van het vermogen van BCC Holding.

De rechtbank volgt het hof wat betreft het oordeel over de bevoegdheid van de curator dit hoger beroep in te stellen. Dat het instellen van hoger beroep op zichzelf schade heeft toegebracht aan ML Investments, wordt in zoverre onderbouwd door ML Investments, dat zij stelt dat het ten onrechte ingestelde hoger beroep de uitwinning van het pandrecht heeft vertraagd. De rechtbank ziet echter niet in hoe deze vertraging de waarde van de aandelen nog beïnvloed kan hebben.

De slotsom is dat de enige van de gewraakte beslissingen van de curator die werkelijk de waarde van de aandelen Hama Rent had kunnen beïnvloeden wanneer zij uitgevoerd werd, namelijk de beslissing tot het aanvragen van haar faillissement, toelaatbaar was, ook tegenover de pandhouder ML Investments, omdat zij binnen de beleidsvrijheid viel die de curator als curator toekwam. Dit betekent dat de vorderingen moeten worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-12-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BY9028

Zaaknummer: 230354 / HA ZA 12-374

RECHTSPRAAK

A/ATAL Stichting

Ontslag bestuurder stichting, besluit rechtsgeldig genomen en op voldoende zorgvuldige wijze tot stand gekomen. Schending van vertrouwen raad van toezicht. Wanbeleid in de zin van artikel 2:9 BW

A vordert in conventie o.a. dat (i) het besluit van ATAL tot zijn ontslag als bestuurder wordt vernietigd en stelt dat (ii) ATAL door de schorsing en het ontslag van A en de interne en externe berichtgeving daarover onzorgvuldig en onrechtmatig jegens A heeft gehandeld en vordert veroordeling van ATAL tot vergoeding van de daardoor geleden schade. In reconventie stelt ATAL dat zij door het wanbeleid (in de zin van art.2:9 BW) van A schade heeft geleden waarvoor A aansprakelijk is.

De rechtbank oordeelt als volgt. Een besluit van een orgaan van een rechtspersoon is op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW vernietigbaar indien het naar inhoud of totstandkoming in strijd is met de in artikel 2:8 BW neergelegde gedragsregel. A stelt zich op het standpunt dat het ontslagbesluit zowel naar inhoud als gezien de wijze van totstandkoming de toets der kritiek niet kan doorstaan. Vaststaat dat A op 15 april 2009 ATAL een lening (later omgezet in een rekening-courantverhouding) van € 500.000,- heeft laten verstrekken aan STAT zonder de raad van toezicht hiervoor goedkeuring te vragen of hierover zelfs te informeren. Naar het oordeel van de rechtbank levert het verstrekken van deze lening door A – buiten de raad van toezicht om – een zodanige schending op van het vertrouwen dat de raad van toezicht in hem als bestuurder moet kunnen stellen dat dit het besluit tot ontslag van A rechtvaardigt. A miskent in zijn verweer dat hij als bestuurder te allen tijde moet handelen in het belang van de stichting waarvan hij bestuurder is en dat onvoldoende duidelijk is geworden wat het belang van ATAL was bij het verstrekken van deze lening. Het enkele feit dat ATAL en STAT ook in 2009 al samenwerkten met het oog op uiteindelijk een mogelijke bestuurlijke fusie, is hiertoe onvoldoende. Het had daarom – zelfs als A van mening was dat hij daartoe op grond van zijn arbeidsovereenkomst en de statuten van ATAL niet was verplicht – op zijn weg gelegen met de raad van toezicht te overleggen alvorens op het verzoek van STAT in te gaan. Nu hij dat niet heeft gedaan, heeft hij het vertrouwen dat de raad van toezicht in hem moet kunnen stellen en dat de basis is voor zijn functioneren als zelfstandig bestuurder, ernstig beschaamd.

Het voorgaande betekent dat de andere ontslaggronden in beginsel geen verdere bespreking behoeven. Wel wordt opgemerkt dat ook het overige handelen van A, dat voor de raad van toezicht (mede) reden was om hem te ontslaan, dat ontslag kon rechtvaardigen.

Vervolgens is de vraag aan de orde of het ontslagbesluit op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen. De raad van toezicht heeft zorgvuldig gehandeld door een gedegen onderzoek te laten uitvoeren door een extern bureau. In dat onderzoek is een aantal zaken aan het licht gekomen (of bevestigd) die voor de raad van toezicht onaanvaardbaar waren en reden voor de raad waren om A te ontslaan. A stelt voorts dat onvoldoende gelegenheid is geweest voor hoor en wederhoor. Ook hierin wordt A niet gevolgd. De raad van toezicht heeft ook in dit opzicht voldoende zorgvuldig gehandeld. Al het voorgaande betekent dat het ontslagbesluit rechtsgeldig is genomen.

In het licht van hetgeen hiervoor is overwogen moge duidelijk zijn dat ATAL niet onrechtmatig heeft gehandeld door A te schorsen en vervolgens te ontslaan. Ook de interne en externe berichtgeving hierover kan – zeker gezien het zakelijke karakter van die mededelingen – niet als onzorgvuldig en onnodig beschadigend voor A worden aangemerkt. Van onrechtmatig handelen van ATAL jegens A is dan ook geen sprake. Het voorgaande betekent dat de vorderingen van A onder (i) en (ii) zullen worden afgewezen.

In reconventie is thans de vraag aan de orde of en in hoeverre het handelen van A dat aanleiding was voor de raad van toezicht om hem te ontslaan tevens wanbeleid oplevert in de zin van artikel 2:9 BW. Naar het oordeel van de rechtbank heeft A als redelijk handelend bestuurder deze lening niet aan STAT kunnen verstrekken op de wijze waarop hij dat heeft gedaan en kan hem hiervan een ernstig verwijt worden gemaakt. A heeft de lening verstrekt zonder voorafgaand overleg met de raad van toezicht terwijl hij in het licht van (de strekking van) de bepalingen in zijn arbeidsovereenkomst (en de statuten van ATAL) hiervoor de goedkeuring van de raad diende, althans behoorde, te vragen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-11-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ1016

Zaaknummer: 501334 / HA ZA 11-2575

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:9 BW en 2:15 lid 1 sub b BW

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid voor boedeltekort o.g.v. artikel 2:248 BW; gedaagde sub 1 heeft haar bestuurstaak onbehoorlijk vervuld; gedaagde sub 2 hoofdelijk medeaansprakelijk o.g.v. artikel 2:11 BW; vernietiging betalingen aan gedaagde sub 3 o.g.v. artikel 42 Fw

De heer Van Ewijk is indirect, via MX Beheer BV, bestuurder en aandeelhouder van Van Ewijk Detachering & Intermediair BV. Deze laatste vennootschap is op 18 mei 2010 failliet verklaard met benoeming van mr. Van der Meeren tot curator. Mevrouw Sikma is de partner van de heer van Ewijk. De curator spreekt Van Ewijk en MX Beheer aan op grond van onbehoorlijke taakvervulling als (indirect) bestuurder van de vennootschap door schending van onder meer de publicatieplicht (art. 2:394 BW). De primaire vordering jegens mevrouw Sikma betreft het saldo van de door haar aan de vennootschap betaalde bedragen en door haar van de vennootschap ontvangen bedragen en horloges. Subsidiar baseert de curator zijn vordering jegens mevrouw Sikma op paulianeuze betalingen (niet- opeisbare aflossing op een lening). De rechtbank oordeelt dat de jaarrekeningen 2004 tot en met 2008 niet op tijd zijn gedeponereerd. De overschrijdingen zijn dusdanig dat dit niet kan worden afgedaan als een onbelangrijk verzuim. Hiermee staat onweerlegbaar vast dat MX Beheer de bestuurstaak onbehoorlijk in de zin van artikel 2:248 heeft vervuld. Voorts wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Dit bewijsvermoeden is weerlegbaar. De door MX Beheer genoemde andere oorzaak, het uitblijven van voldoende opdrachten in 2009, is te algemeen om het vaststaande kennelijk onbehoorlijk bestuur als een belangrijke oorzaak van het faillissement terzijde te schuiven. Gedaagden hebben bijvoorbeeld niet uitgelegd waarom en uit welke vrij beschikbare middelen de vennootschap, na die gestelde teruggang, ruim € 30.000 aan mevrouw Sikma heeft betaald, gedeeltelijk in natura en met erg dure horloges. De slotsom is dat MX Beheer aansprakelijk is voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. De heer Van Ewijk is hoofdelijk medeaansprakelijk op grond van artikel 2:11 BW. Gedaagden hebben de primaire vordering van de curator jegens mevrouw Sikma voldoende weersproken. Volgens gedaagden is niet ruim € 34.000 maar slechts ruim € 40 teveel betaald aan mevrouw Sikma. De primaire vordering wegens onverschuldigde betaling wordt afgewezen. De curator had nog als

subsidiare eis toegevoegd dat de betalingen aan mevrouw Sikma in december 2009 paulianeus zijn verricht in de zin van artikel 42 Fw. Uit de stukken blijkt dat de leningen van mevrouw Sikma aan de vennootschap voor onbepaalde tijd en aflossingsvrij zijn verstrekt. De betalingen die strekten tot aflossing van de leningen, waren dus wel degelijk onverplicht in de zin van artikel 42 Fw. De betaling van een niet-opeisbare schuld is immers steeds onverplicht. De betalingen hebben binnen een jaar voor de faillietverklaring plaatsgevonden. Mevrouw Sikma is een natuurlijk persoon als bedoeld in artikel 43 lid 1 sub 4 (jo. lid 2) Fw. De curator kan zich derhalve beroepen op het in deze wetsbepaling neergelegde bewijsvermoeden van wetenschap aan beide zijden. Gedaagden hebben onvoldoende gesteld om tot bewijs van het tegendeel te kunnen worden toegelaten. Dit betekent dat de betalingen van de vennootschap aan mevrouw Sikma door de curator vernietigd kunnen worden op grond van artikel 42 Fw.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

A / BV X

Bevoegdheid van de rechtbank ex artikel 2:241 BW

A is statutair bestuurder, tevens aandeelhouder van (de rechtsvoorgangster van) BV X. Tijdens de algemene aandeelhoudersvergadering van BV X is besloten om A als statutair bestuurder te ontslaan. A neemt het standpunt in dat door voornoemd ontslagbesluit de arbeidsovereenkomst niet automatisch tot een einde is gekomen terwijl er daarnaast sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst voor de functie van directeur met de besloten vennootschap Y BV. Bij dagvaarding vordert A primair te verklaren voor recht dat de arbeidsovereenkomst tussen hem en de BV X is blijven voortduren. Subsidiair vordert A te verklaren voor recht dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door BV X kennelijk onredelijk is met veroordeling van BV X tot betaling van inkomstenschade en pensioenschade. BV X verzoekt de rechtbank zich onbevoegd te verklaren om kennis te nemen van het onderhavige geschil en de zaak te verwijzen naar de sector kanton, locatie Enschede. BV X stelt daartoe dat niet rechtbank Almelo, sector civiel bevoegd is maar de sector kanton, locatie Enschede nu de vordering van A rechtsvragen betreft die worden beheerst door het arbeidsrecht en niet door het vennootschapsrecht. A stelt immers een vordering in uit hoofde van artikel 7: 681 BW, hetgeen niet kan worden aangemerkt als een rechtsvordering betreffende de overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder als bepaald in artikel 2: 241 BW.

De rechtbank overweegt als volgt. Artikel 2:241 BW bepaalt dat de rechtbank kennis neemt van alle rechtsvorderingen betreffende de overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder, waaronder tevens begrepen de vordering uit hoofde van artikel 7: 685 BW. Ook nadat de vennootschapsrechtelijke relatie is beëindigd door een ontslagbesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders, blijft de rechtbank bevoegd om van vorderingen met betrekking tot de arbeidsovereenkomst kennis te nemen (zie onder meer Hoge Raad 17 november 1995, NJ 1996, nr. 142). Anders gezegd, in die gevallen waarin het ontslagbesluit wel heeft geleid tot beëindiging van de vennootschapsrechtelijke betrekking maar niet van de arbeidsovereenkomst, blijft de rechtbank bevoegd om te oordelen over geschillen die uit die arbeidsovereenkomst voortvloeien. Bovendien blijft de bevoegdheid van de rechtbank in

stand, zelfs in die gevallen waarin ook de arbeidsovereenkomst tot een einde is gekomen maar de (voormalig) bestuurder bijvoorbeeld een beroep doet op kennelijk onredelijke opzegging zoals in het onderhavige geschil. Voor de bevoegdheid is bepalend het antwoord op de vraag of de eisende partij heeft gesteld dat hij bestuurder was. In het onderhavige geschil staat dat niet ter discussie.

Gelet op het vorenstaande is de rechtbank derhalve bevoegd om van de onderhavige vorderingen van A kennis te nemen. Nadrukkelijk voegt de rechtbank daaraan toe dat A kennelijk mede het standpunt inneemt dat hij ook een arbeidsovereenkomst heeft met BV Y. De laatstgenoemde vennootschap is geen partij in dit geding. De beweerdelijke arbeidsovereenkomst met BV Y is derhalve niet bepalend voor de bevoegdheid van de rechtbank in dit geschil. De vordering van BV X tot niet-ontvankelijkheid van de rechtbank zal derhalve worden afgewezen.

Datum uitspraak:

Zaaknummer: