

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 09, 2013

Nummer 9, 2013

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2603](#) 26-02-2013

Bedrijf X/X

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2703](#) 13-02-2013

Selectica en Diversica

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2574](#) 06-02-2013

curator/A

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2691](#) 06-02-2013

Y B.V., A en B / X

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2599](#) 30-01-2013

Deltatech Simulator

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ2159](#) 22-01-2013

X c.s./VvE

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BY8909](#) 13-11-2012

OR/gedaagden

Raad van State

[Raad van State, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265](#) 25-02-2013

VEB/Minister van Financiën inzake Onteigening SNS REAAL

Uitspraken zonder ECLI

[- onbekend -](#)

Beleggingsadvies buiten dienstverband om

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[- onbekend -](#)

Sama / X

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

- onbekend -

Kliniek Rijnmond c.s./AIC B.V

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Bedrijf X/X

Bestuurder heeft het vermoeden dat zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement niet weten te ontzenuwen

In de onderhavige procedure vordert de curator – kort gezegd – dat de rechter voor recht zal verklaren dat X zijn taak als bestuurder van bedrijf X onbehoorlijk heeft vervuld en dat X zal worden veroordeeld tot betaling van het gehele tekort in het faillissement van bedrijf X. Hij grondt zijn vordering primair op artikel 2:248 BW, stellende dat nu X niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 BW en 2:394 BW gegeven is dat hij zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Vaststaat dat X, als bestuurder van bedrijf X, in de drie jaren voorafgaande aan het faillissement van bedrijf X, niet heeft voldaan aan zijn verplichting uit artikel 2:394 BW, te weten (tijdige) openbaarmaking van de jaarrekeningen van de vennootschap. Immers, over de boekjaren van 2000 tot en met 2003 heeft bedrijf X in het geheel geen jaarrekeningen openbaar gemaakt. Ingevolge het bepaalde in artikel 2:248 lid 2 BW moet dan ook als vaststaand worden aangenomen dat X zijn bestuurstaak (ook voor het overige) onbehoorlijk heeft vervuld, en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Het is derhalve aan X aannemelijk te maken dat andere (externe) feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van bedrijf X zijn geweest. De rechtbank heeft klaarblijkelijk geoordeeld dat X aannemelijk heeft gemaakt dat niet zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling doch de met de fiscus gemaakte afspraken een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De curator komt tegen dat oordeel op.

Het hof overweegt dat X niet aannemelijk heeft weten te maken dat het faillissement voor een belangrijk deel is veroorzaakt door een externe factor (te weten de met de belastingdienst gemaakte afspraken). Daarmee komt het hof toe aan de vraag of X aannemelijk heeft gemaakt dat andere (externe) feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke

taakvervulling en de afspraken met de fiscus een belangrijke oorzaak van het faillissement van bedrijf X zijn geweest. Dat de slechte resultaten van bedrijf X te wijten zijn aan een dal in de tweedehands autobranche in de jaren voorafgaand aan het faillissement, is door X niet gemotiveerd gesteld en valt ook niet zonder meer af te leiden uit de door hem overgelegde resultaatrekeningen. X heeft ook niet voldoende concreet en onderbouwd gesteld dat (en hoe) hij de autohandel op last van de gemeente heeft afgebouwd en op welke wijze dat (mede) tot slechte resultaten zou hebben geleid. Bovendien kan een eventuele afbouw ook niet zonder meer als een externe omstandigheid worden gekwalificeerd, omdat die afbouw zijn oorzaak vindt in de illegale vestiging van zijn autohandel. Datzelfde geldt voor zijn (evenmin voldoende onderbouwde) stelling dat het faillissement mede te wijten is aan naheffingsaanslagen en procedurekosten voortvloeiende uit zijn illegale cd-handel. Tot slot heeft hij evenmin voldoende concreet inzichtelijk gemaakt op welke wijze de afpersing/beroving van hem heeft geleid tot verliezen binnen bedrijf X, en hoe die verliezen op hun beurt weer een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De conclusie van het voorgaande luidt dat X niet aannemelijk heeft gemaakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest en dat hij het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW dus niet heeft weten te ontzenuwen. X is derhalve jegens de boedel aansprakelijk voor het tekort in het faillissement.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-02-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2603

Zaaknummer: 200.095.304

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

RECHTSPRAAK

VEB/Minister van Financiën inzake Onteigening SNS REAAL

Onteigeningsbesluit minister van Financiën inzake SNS Reaal. De Raad van State doet een aanzet met betrekking tot schadeloosstelling en vernietigt de bepaling in het onteigeningsbesluit waarin de minister ook alle vorderingen heeft onteigend die voormalige aandeel- en obligatiehouders in de toekomst zouden kunnen instellen. De overige bepalingen van het onteigeningsbesluit worden in stand gehouden

Bij besluit van 1 februari 2013 heeft de minister een besluit tot onteigening van effecten en vermogensbestanddelen van de naamloze vennootschap SNS REAAL N.V. (hierna: SNS REAAL) en de naamloze vennootschap SNS Bank N.V. (hierna: SNS Bank) en tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen bij SNS REAAL (hierna: het onteigeningsbesluit) genomen. Tegen dit besluit hebben de VEB en natuurlijke en rechtspersonen (hierna gezamenlijk: appellanten) beroep ingesteld.

De Raad van State oordeelt als volgt. Ingevolge artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: het Eerste Protocol) heeft iedere natuurlijke of rechtspersoon recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM vereist artikel 1 van het Eerste Protocol dat elke inbreuk door de Staat op het ongestoorde genot van eigendom bij de wet voorzien en in overeenstemming met het nationale recht is. Dit nationale recht moet voldoende toegankelijk en nauwkeurig zijn en de toepassing daarvan moet voldoende voorzienbaar zijn (arresten van 25 juni 1996 inzake Amuur tegen Frankrijk, nr. 19776/92, par. 50 en 9 november 1999 inzake Špaček tegen Tsjechië, nr. 26449/95, par. 54; www.echr.coe.int). De inbreuk moet voorts een legitiem in het

algemeen belang gelegen doel dienen. Ten slotte is een inbreuk op het ongestoord genot van eigendom slechts toegestaan als de gebruikte middelen evenredig zijn aan het daarmee nagestreefde doel. Dit vereist een evenwicht tussen het nagestreefde doel en de bescherming van individuele rechten. Bij de beoordeling van wat het algemeen belang vergt en de keuze van de middelen om dit te bereiken komt de nationale wetgever 'a wide margin of appreciation' toe.

Het onteigeningsbesluit berust op artikel 6:2 van de Wft. Deze bepaling is voldoende toegankelijk, nu zij is neergelegd in een wet in formele zin. Het criterium om tot onteigening over te gaan, te weten dat de situatie waarin een in Nederland gevestigde financiële onderneming zich bevindt een ernstig en onmiddellijk gevaar vormt voor de stabiliteit van het financiële stelsel, is voldoende nauwkeurig. De omschrijving van hetgeen onteigend kan worden, te weten vermogensbestanddelen van deze onderneming en door of met medewerking van deze onderneming uitgegeven effecten, is dit eveneens. Gelet daarop is de toepassing van artikel 6:2 van de Wft ook voldoende voorzienbaar. Derhalve is voldaan aan het vereiste dat de inbreuk op het ongestoord genot van de eigendom bij de wet is voorzien. De Wft biedt de toezichthouders DNB en de Autoriteit Financiële Markten verscheidene instrumenten die kunnen worden toegepast indien zich tekortkomingen voordoen bij financiële ondernemingen. Deze instrumenten richten zich op preventie dan wel op een tijdige en ordentelijke afwikkeling van een financiële onderneming in problemen. Met de inwerkingtreding van de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (Stb. 2012, 241) is aan de Wft een deel 6 toegevoegd dat een ander karakter heeft. Dit deel voorziet in vergaande bevoegdheden voor de minister om maatregelen te nemen met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel. Daartoe is aan de minister de bevoegdheid toegekend om in te grijpen in de interne bevoegdheden van een financiële onderneming (art. 6:1 van de Wft) en de bevoegdheid om, als 'ultimum remedium', tot onteigening van een financiële onderneming over te gaan (art. 6:2 van de Wft).

Vooropgesteld zij dat uit de tekst van deel 6 van de Wft, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming ervan (Kamerstukken II 2011/2012, 33 059, nr. 3, blz. 29-36) volgt dat, alvorens gebruik kan worden gemaakt van de in de artikelen 6:1 en 6:2 neergelegde bevoegdheden, eerst minder vergaande maatregelen tevergeefs moeten zijn toegepast. Daarbij is van belang dat het nemen van even bedoelde minder vergaande maatregelen niet tot de bevoegdheid van de minister behoort, maar tot die van de toezichthouders. De minister is slechts bevoegd tot toepassing van de in voormelde twee bepalingen omschreven maatregelen. Daartoe dient hij van oordeel te zijn dat er ernstig en onmiddellijk gevaar dreigt voor de stabiliteit van het financiële stelsel en dient er een rechtstreeks verband te bestaan tussen de situatie van de betrokken onderneming en het dreigende gevaar voor het financiële stelsel. Bij de beoordeling

of deze uitzonderlijke omstandigheid zich voordoet, is niet van belang wie verantwoordelijk kan worden gehouden voor de situatie waarin de betrokken financiële onderneming zich bevindt.

Nu de bevoegdheid van artikel 6:2, eerste lid, van de Wft als 'ultimum remedium' geldt, diende de minister zich ervan te vergewissen dat er geen andere mogelijkheid dan aanwending van die bevoegdheid was om het als gevolg van de problemen bij SNS REAAL en SNS Bank ontstane gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel af te wenden.

Naar het oordeel van de Afdeling geeft het onteigeningsbesluit, gelezen in verbinding met de daaraan ten grondslag liggende stukken, er voldoende blijk van dat de minister zich ervan heeft vergewist of er andere mogelijkheden waren om het als gevolg van de problemen bij SNS REAAL en SNS Bank ontstane gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel af te wenden. De Afdeling is dan ook van oordeel dat de minister zich op het standpunt heeft mogen stellen dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar was door de situatie waarin SNS REAAL en SNS Bank zich bevonden en de minister derhalve bevoegd was om met het oog op de stabiliteit van dat stelsel te besluiten tot onteigening van vermogensbestanddelen van SNS REAAL en SNS Bank en onteigening van door of met medewerking van die ondernemingen uitgegeven effecten.

Artikel 6:2 van de Wft verplicht de minister niet om in geval van onteigening alle effecten en andere vermogensbestanddelen van de desbetreffende financiële onderneming te onteigenen. De minister kan er ook voor kiezen om slechts een deel van de effecten en vermogensbestanddelen te onteigenen. Bij het maken van deze keuze komt de minister beleidsvrijheid toe. Bij de nadere uitwerking van het onteigeningsbesluit heeft de minister voorts in aanmerking genomen dat zonder overheidsingrijpen een faillissement van SNS Bank en SNS Reaal onafwendbaar zou zijn geweest. In dat licht heeft hij bij de keuze van de te onteigenen effecten en vermogensbestanddelen aansluiting gezocht bij de positie die de houders van deze effecten en vermogensbestanddelen bij een faillissement zouden hebben ingenomen in de uit de Faillissementswet voortvloeiende rangorde van schuldeisers, in de stukken ook wel de 'faillissementsladder' genoemd. Dit heeft de minister ertoe gebracht om de aandelen, achtergestelde obligaties en achtergestelde onderhandse leningen van beide vennootschappen wel te onteigenen, maar de effecten en vermogensbestanddelen die bij faillissement een concurrente vordering zouden hebben opgeleverd in beginsel niet. Aan die keuze heeft de minister tevens ten grondslag gelegd dat het onteigenen van concurrente schulden een schokeffect in de markt teweeg zou kunnen brengen die de stabiliteit van de Nederlandse financiële sector veeleer verder in gevaar zou brengen dan bevorderen. Tot slot heeft de minister bij de nadere uitwerking ervoor gekozen om bij de onteigening van de aandelen, achtergestelde obligaties en achtergestelde onderhandse leningen geen onderscheid

te maken tussen verschillende partijen binnen die categorieën. Ook deze door de minister gemaakte keuzes acht de Afdeling niet onredelijk. Dat de minister de niet-achtergestelde obligaties niet heeft onteigend, vloeit voort uit zijn keuze om aan te sluiten bij de positie die de houders van die effecten bij een faillissement zouden innemen in de faillissementsladder. Nu een niet-achtergestelde obligatiehouder in dat verband een andere positie heeft dan een achtergestelde obligatiehouder, betreft het geen gelijke gevallen en faalt het betoog over de gestelde ongelijke behandeling. Dat het primair de problemen bij SNS Bank zijn geweest die voor de minister aanleiding hebben gegeven tot aanwending van zijn bevoegdheid tot onteigening, laat onverlet dat hij bij de uitwerking daarvan ook de achtergestelde obligaties van SNS REAAL heeft mogen onteigenen. Daartoe acht de Afdeling van belang dat de minister dat noodzakelijk heeft mogen achten met het oog op het toereikend afwenden van de bedreiging van de stabiliteit van het financiële stelsel, gelet op de sterke onderlinge financiële verwevenheid van beide vennootschappen.

Zoals hiervoor is overwogen, heeft de minister bij de uitwerking van de onteigening, in aansluiting op de bij een faillissement geldende rangorde van schuldeisers, ervoor gekozen om alle achtergestelde vorderingen te onteigenen, maar de concurrente vorderingen in beginsel niet. De in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, van het onteigeningsbesluit bedoelde verplichtingen en aansprakelijkheden jegens onteigende aandeel- en obligatiehouders, voor zover die verplichtingen of aansprakelijkheden verband houden met het (voormalige) bezit van de onteigende effecten, leveren bij een faillissement evenwel concurrente vorderingen op. Door evenbedoelde verplichtingen en aansprakelijkheden toch te onteigenen, heeft de minister niet in overeenstemming gehandeld met de door hem gemaakte keuze om concurrente vorderingen in beginsel buiten de onteigening te houden. Met de onteigening van voormelde verplichtingen en aansprakelijkheden maakt de minister bovendien binnen de concurrente vorderingen een onderscheid tussen de vorderingen van de onteigende aandeel- en obligatiehouders en die van anderen, hetgeen evenmin in overeenstemming is met zijn keuze om binnen een bepaalde categorie geen onderscheid tussen verschillende partijen te maken. Dat dit volgens de minister noodzakelijk is om te voorkomen dat de onteigende aandeel- en obligatiehouders hun koersverlies en beleggersrisico alsnog zouden kunnen afwentelen op de Staat of SNS REAAL, noopt niet tot een ander oordeel. Een vordering uit hoofde van verplichtingen en aansprakelijkheden, onder meer uit onrechtmatige daad, heeft een wezenlijk ander karakter dan een aanspraak op schadeloosstelling wegens onteigening van effecten.

In aanvulling op het voorgaande wordt overwogen dat de in hoofdstuk 6.3 van de Wft neergelegde regeling van schadeloosstelling zich slecht verdraagt met de onteigening van verplichtingen en aansprakelijkheden, als hiervoor bedoeld. De regeling veronderstelt

namelijk dat de minister in staat is om op voorhand dan wel binnen de in artikel 6:10, tweede lid, van de Wft genoemde termijn van zeven dagen nadat het besluit tot onteigening onherroepelijk is geworden, een aanbod tot schadeloosstelling te doen. De hoogte van de schadeloosstelling voor een vordering uit hoofde van voormelde verplichtingen en aansprakelijkheden is evenwel afhankelijk van de individuele situatie van degene die de vordering instelt. Nog daargelaten de vraag of het de minister binnen de hem gegunde korte termijn kenbaar kan zijn om welke vorderingen het in dit verband gaat, zal het doen van een aanbod tot schadeloosstelling waarbij de individuele situatie van de betrokkene is meegewogen binnen die termijn nauwelijks mogelijk zijn. Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat de minister in redelijkheid niet tot onteigening van de vermogensbestanddelen, vermeld in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, van het onteigeningsbesluit, heeft kunnen besluiten. Nu de aangevoerde betogen reeds op grond van het vorenoverwogene slagen, behoeft hetgeen overigens is aangevoerd geen bespreking meer.

De Afdeling vernietigt het besluit van de minister van Financiën voor zover dat strekt tot onteigening van alle verplichtingen en aansprakelijkheden van SNS REAAL of SNS Bank, als vermeld in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, van dat besluit. Voor zover de minister ook alle vorderingen heeft onteigend die voormalige aandeel- en obligatiehouders in de toekomst zouden kunnen instellen, wordt dit dus door de Raad van State vernietigd. De onteigening van deze vorderingen, die concurrente vorderingen zijn, is niet in overeenstemming met zijn eigen keuze om die vorderingen juist buiten de onteigening te houden. Bovendien verdraagt onteigening van deze toekomstige vorderingen zich slecht met het stelsel van schadeloosstelling zoals opgenomen in de Wet op het financieel toezicht. Verder veroordeelt de Raad van State de minister tot vergoeding. De onteigening van de overige zaken wordt door de Raad van State in stand gehouden.

Instantie: Raad van State

Datum uitspraak: 25-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265

Zaaknummer: 201301173/1

Wetsartikelen: 6:1 Wft, 6:2 Wft, 6:4 Wft, 6:8 Wft, 6:10 Wft en 3:41 Awb

RECHTSPRAAK

Selectica en Diversica

Aansprakelijkheid beleggingsadviseurs en bestuurders/feitelijk-leidinggevend van hedge funds. Aansprakelijkheid op grond van niet-tijdige terugbetaling na redemption notice. Onrechtmatige daad. Vermogensschade. Toepasselijk recht. Artikel 3 Wcod (Wet conflictenrecht corporaties onrechtmatige daad). Bestuurdersaansprakelijkheid Wcc (Wet conflictenrecht corporaties) mist toepassing

Een zeer vermogende man (eiser 1), wonende te Genève, heeft in 2007 met zijn beleggingsmaatschappij (eiser 2) 10 miljoen euro geïnvesteerd in het hedge fund Diversica Financial Group BV (gevestigd te Rotterdam) en het hedge fund of hedge funds Selectica Fund Ltd., een rechtspersoon naar het recht van de Kaaimaneilanden en gevestigd op de Kaaimaneilanden. In onderhavige procedure worden zowel deze twee hedge funds, als hun bestuurders/feitelijk leidinggevend en beleggingsadviseurs aangesproken. In 2008 heeft eiser 2 te kennen gegeven zijn investering terug te willen trekken door middel van een redemption notice. Selectica heeft ongeveer 6 miljoen euro terugbetaald, waarna nog een vordering resteert van ruim 4 miljoen euro. In totaal zijn in deze procedure zeven gedaagden. De rechtbank dient per gedaagde vast te stellen welk bedrag eventueel toewijsbaar is. Gedaagde 1 is Selectica. Gedaagde 2 is Diversica. Gedaagde 3 heeft beleggingsadvies verstrekt aan eiser 1, hij heeft eiser 1 geïntroduceerd bij Diversica, in de personen van gedaagde 4 en gedaagde 5. Gedaagde 4 was bestuurder van Selectica. Gedaagde 6 was dat ook. Gedaagde 7 was eveneens bestuurder van Selectica, alsmede van TMF Fund Administrators BV, welke vennootschap als administrateur van Selectica optrad. De rechtbank begint met het oordelen over twee ontvankelijkheidsverweren. In de eerste plaats is sprake van een ontvankelijkheidsverweer ten aanzien van eiser 1. De rechtbank oordeelt dat niet is komen vast te staan dat eiser 1 een zelfstandig vorderingsrecht heeft. De rechtbank zal enkel nog eiser 2 als procespartij aanmerken. Het tweede ontvankelijkheidsverweer ziet op de stelling van enkele gedaagden dat de bank Citco als procespartij moet optreden, omdat deze de eigenaar van de aandelen in de hedge funds zou zijn ten behoeve van eiser 2. De rechtbank is van

oordeel dat eiser 2 vorderingsgerechtigd is, nu de bank de aandelen voor hem heeft gehouden en, nadat de bank op zijn verzoek de redemption notice aan Selectica heeft gericht, geen zelfstandig belang heeft om deze procedure te voeren. Eiser 2 wordt in haar vorderingen ontvangen. Vervolgens stelt de rechtbank per rechtsverhouding het toepasselijk recht vast.

Eiser 2 – Selectica: tussen deze partijen is een overeenkomst gesloten. De rechtbank stelt vast dat op grond van een rechtskeuze het recht van de Kaaimaneilanden op de overeenkomst van toepassing is. Eiser 2 – Diversica: er is geen sprake van een overeenkomst tussen eiser 2 en Diversica. Aan de vordering tegen Diversica ligt onrechtmatig handelen ten grondslag. De Rome II-Vo is niet temporeel toepasselijk. De investering is gedaan in 2007, terwijl de verordening pas in 2009 in werking is getreden. De rechtbank past de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad toe (WCOD). De rechtbank is van oordeel dat de gestelde onrechtmatige gedragingen, bestaande uit uitlatingen, gesprekken, e-mails, enzovoorts, hebben plaatsgevonden vanuit Nederland. De twee statutaire bestuurders, gedaagde 4 en 5, oefenden het statutair bestuurderschap vanuit Nederland uit. Volgens de hoofdregel van artikel 3 lid 1 WCOD (lex loci delicti) is Nederlands recht van toepassing.

Eiser 2 – gedaagde 3: eiser 2 stelt dat tussen gedaagde 3 en eiser 2 een overeenkomst van opdracht (het geven van beleggingsadviezen) tot stand is gekomen. Eiser 2 was CEO Benelux van Credit Suisse, een in Zwitserland gevestigde bank. De rechtbank gaat er veronderstellenderwijs van uit dat gedaagde 3 niet als werknemer van Credit Suisse is opgetreden. In dat geval zou er immers geen sprake zijn van een overeenkomst tussen eiser 2 en gedaagde 3. Eiser 2 is gevestigd te Luxemburg, gedaagde 3 is woonachtig in Nederland. De Rome I-Vo is niet temporeel toepasselijk. Op grond van artikel 4 EVO volgt dat Nederlands recht op de overeenkomst van toepassing is. Gedaagde 3 had zijn gewone verblijfplaats in Nederland.

Eiser 2 – gedaagde 4: Gedaagde 4 wordt aangesproken in zijn hoedanigheid van bestuurder van Diversica en Selectica. Omdat gedaagde 4 niet wordt aangesproken door de 'corporatie', maar door een derde, is de Wet conflictenrecht corporatie en boek 10 BW niet relevant voor het bepalen van het toepasselijk recht. De WCOD komt voor toepassing in aanmerking. Nederlands recht is van toepassing.

Eiser 2 – gedaagde 5: het maakt geen verschil of gedaagde 5 wordt aangesproken in zijn hoedanigheid van feitelijk bestuurder of op grond van zijn gestelde hoedanigheid van feitelijk leidinggever van Selectica. Ook deze aansprakelijkheid dient te worden beoordeeld naar Nederlands recht.

Eiser 2 – gedaagde 6: gedaagde 6 voerde zijn werkzaamheden uit vanuit zijn woonplaats in

Engeland. Engels recht is van toepassing op de rechtsverhouding tussen gedaagde 6 en eiser 2.

Eiser 2 – gedaagde 7: de rechtbank gaat ervan uit dat gedaagde 7 zijn werkzaamheden verrichtte vanuit zijn woonplaats Zwitserland. Zwitsers recht is van toepassing op deze rechtsverhouding. De rechtbank wijst erop dat gedaagde 6 en gedaagde 7 alsnog kunnen opteren voor de toepasselijkheid van Nederlands recht, op grond van de rechtskeuze die eiser 2 voor Nederlands recht heeft gedaan. Tot slot van deze procedure oordeelt de rechtbank nog over een artikel 22 Rv verzoek van gedaagde 3. Gedaagde 3 heeft de rechtbank verzocht om eiser 2 te bevelen alle overeenkomsten tussen eiser 1 en/of 2 en Credit Suisse over te leggen. De rechtbank oordeelt dat er gewichtige redenen in de zin van artikel 22 Rv zijn om eiser 2 te bevelen deze stukken over te leggen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2703

Zaaknummer: 343223 / HA ZA 09-3431

Wetsartikelen: 4 EVO, Wet conflictenrecht onrechtmatige daad en Rome II-Vo

RECHTSPRAAK

curator/A

Voortzetting van bedrijf failliet na faillietverklaring. Vraag met wie opdrachtgever zaken heeft gedaan. Aan opdrachtgever wordt bewijs opgedragen dat hij niet met de failliet maar met derde heeft gecontracteerd

A, h.o.d.n. Onderhoudsbedrijf TP, wordt in juli 2010 in staat van faillissement verklaard. In december 2010 schrijft de echtgenote van A, B, een rechtspersoon in bij de KvK.

Gedaagde is eigenaresse van huurwoningen en voert de exploitatie van koopwoningen. Voorafgaande aan de faillietverklaring heeft A in opdracht en voor rekening van gedaagde onderhoudswerkzaamheden aan de woningen verricht. Na het faillissement is zonder medewerking van de curator tussen A als opdrachtgever en gedaagde als opdrachtnemer een overeenkomst van aanneming tot stand gekomen, terwijl gedaagde tevens op enig moment A de opdracht heeft gegeven om onderhoudswerkzaamheden te verrichten.

Op het moment dat gedaagde bekend wordt met het faillissement van A, bericht gedaagde in juli 2011 aan A dat de werkzaamheden van A enkel onder de verantwoording van de rechtspersoon van B dienen te vallen.

De curator bericht in februari 2012 aan gedaagde dat zij gebruikmaakt van de diensten van A, terwijl A failliet is verklaard. De curator vordert betaling voor verrichte diensten van A: gedaagde is in weerwil van het faillissement van A gebruik blijven maken van zijn diensten en heeft daarvoor niet aan de faillissementsboedel betaald.

Gedaagde voert verweer. Gedaagde betwist dat A steeds onder eigen naam de ondernemingsactiviteiten heeft voortgezet, aangezien A na zijn faillissement als werknemer bij een andere entiteit is gaan werken (de rechtspersoon van B), zodat eventuele openstaande facturen aan die entiteit betaald moeten worden. Gedaagde stelt voorts (onder meer) dat weliswaar uit de Faillissementswet volgt dat zij een zelfstandige verplichting heeft om zich ervan te vergewissen dat haar opdrachtnemer niet failliet is, maar dat dit niet wegneemt dat gedaagde niet begrijpt om welke reden de curator haar niet eigener beweging heeft

geïnformeerd over het faillissement nu zij een van de belangrijkste debiteuren van A moet zijn geweest. Door het verzaken van deze inspanning heeft de curator het risico vergroot dat gedaagde niet bevrijdend zou betalen. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is dit onaanvaardbaar.

De rechtbank oordeelt als volgt. Op grond van artikel 20 Fw is de boedel gerechtigd tot de inkomsten die de failliet gedurende de looptijd van het faillissement verwerft uit welke hoofde dan ook. Als A inkomsten heeft uit werkzaamheden, dan dienen deze dus aan de curator te worden afgedragen. Van belang is dat beoordeeld dient te worden of A als contractspartij van gedaagde heeft te gelden of dat een ander haar opdrachtnemer is en A voor deze persoon (in opdracht of in dienstbetrekking of anderszins) de werkzaamheden ten behoeve van gedaagde heeft verricht. Als dat laatste het geval is, dan moet de opdrachtnemer de door hem aan A verschuldigde vergoeding aan de curator afdragen en moet gehandeld worden in overeenstemming met artikel 21 onder 2 Fw; de rechter-commissaris moet bepalen welk bedrag in de boedel valt en welk gedeelte van de inkomsten door A mogen worden behouden. De rechtbank is van oordeel dat gedaagde in het jaar 2010 met A heeft gecontracteerd en dat de aan A verschuldigde vergoedingen niet aan de curator zijn afgedragen, zodat dit alsnog zal moeten worden gedaan. Voor andere perioden terzake geldt het volgende. Indien vast komt te staan dat A werkzaamheden voor gedaagde heeft verricht, betekent dit niet zonder meer dat gedaagde aan de boedel de voor deze werkzaamheden verschuldigde bedragen moet afdragen. Dat is alleen zo als gedaagde met A heeft gecontracteerd. Indien komt vast te staan dat gedaagde met de entiteit van B heeft gecontracteerd, dient die entiteit het salaris van A aan de curator af te dragen. De rechtbank geeft enkele bewijsopdrachten.

De rechtbank onderschrijft ten slotte niet dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de curator niet eerder gedaagde van het faillissement in kennis heeft gesteld. De curator heeft te kennen gegeven geen dan wel verkeerde inlichtingen van A te hebben ontvangen. Bovendien gaat de wet uit van de fictie dat na publicatie de faillietverklaring bekend kan worden geacht, nog daargelaten dat gedaagde natuurlijk het handelsregister had kunnen raadplegen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2574

Zaaknummer: C/10/399060 / HA ZA 12-311

Wetsartikelen: 20 FW, 21 FW en 52 FW

RECHTSPRAAK

Y B.V., A en B / X

Bindend advies op basis van een vaststellingsovereenkomst die tot stand is gekomen in een procedure voor de Ondernemingskamer van Hof Amsterdam. Vernietiging. Waardering aandelen. Geschillenbeslechting

X houdt 45% van de aandelen in de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Y B.V. A houdt eveneens 45% van die aandelen en B 10 %. A en B zijn broers. X is hun zwager. Tussen X enerzijds en A en B anderzijds is op enig moment een geschil ontstaan. Tussen partijen is afgesproken dat X op termijn uitgekocht zou worden. Partijen zijn op dit punt bij de Ondernemingskamer een minnelijke regeling overeengekomen. A, B (en Y B.V.) (hierna: eisers) zijn van mening dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om eisers vast te houden aan het op basis daarvan uitgebrachte bindende advies.

De rechtbank acht de vorderingen van eisers ongegrond. De rechtbank stelt voorop dat de beslissing van een bindend adviseur slechts vernietigbaar is indien gebondenheid van A en B aan die beslissing in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 7:904 lid 1 BW). Uitsluitend ernstige gebreken kunnen tot vernietigbaarheid leiden. Indien de grenzen waarbinnen redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen niet zijn overschreden, is de beslissing onaantastbaar. De rechtbank constateert dat beide partijen niet aan de deskundigheid of aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de deskundige twijfelen. Van strijd met fundamentele beginselen van procesrecht is derhalve geen sprake. Beide partijen zijn door de bindend adviseur voldoende in de gelegenheid gesteld om hun standpunten kenbaar te maken en te onderbouwen. De bindend adviseur heeft een grondig onderzoek verricht en op basis daarvan uiteindelijk gemotiveerde beslissingen genomen. De bindend adviseur wijst er in zijn bindend advies op dat het conglomeraat van BV's waarvan A en B aandeelhouder dan wel medeaandeelhouder zijn of waren, een niet eenvoudig te doorgronden complex vormde, hetgeen het beoordelen van onderlinge leveringen en de daarmee samenhangende prijsstelling vrijwel onmogelijk maakte zonder diepgaande

recherche. Bij dit alles is mede van belang dat de deskundige naar de bedoeling van partijen niet was gebonden aan de formele regels van het burgerlijk procesrecht en bewijsrecht en dat hij juist werd ingeschakeld omdat het wenselijk werd geacht dat hij zijn eigen deskundigheid rechtstreeks zou toepassen in het kader van de finale beslechting van het geschil. De aangevoerde grieven van eisers falen. De rechtbank wijst de vorderingen van eisers af. Eisers worden als de in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten veroordeeld.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2691

Zaaknummer: C/10/389067 / HA ZA 11- 2012

Wetsartikelen: 7:904 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Deltatech Simulator

Drie vennoten hebben met elkaar samengewerkt ten behoeve van de ontwikkeling, marketing en verkoop van apparatuur en software voor medische toepassingen. De samenwerking vond aanvankelijk plaats in de vorm van een vof en nadien van een bv. De vennoten hebben met elkaar gesproken over de beëindiging van de tripartiete samenwerking. In dat kader is op hoofdlijnen overeenstemming bereikt. Vervolgens zijn de verhoudingen verstoord. In het kader van enerzijds de afwikkeling van de samenwerking en anderzijds de voortzetting van de werkzaamheden door twee van de drie vennoten zijn over en weer verschillende vorderingen ingesteld. De vorderingen hebben in conventie onder meer betrekking op managementfee/onkosten, overname van aandelen en schadevergoeding ter zake van het gebruik van de software en het woordmerk. In reconventie hebben de vorderingen onder meer betrekking op niet-afgedragen omzet, het liquidatiesaldo en schadevergoeding wegens winstderving

De samenwerking tussen X en Y is in 2002 ondergebracht in de vennootschap onder firma Deltatech (hierna: vof). X en Y bundelen krachten ten behoeve van de ontwikkeling, marketing en verkoop van apparatuur en software voor medische toepassingen. In 2005 is Z als vennoot toegetreden. De tripartiete samenwerking zag voornamelijk op de ontwikkeling en exploitatie van een zogenoemde 'X-simulator' (hierna: simulator). De simulator is een 'virtual reality'-simulator waarmee medici hun chirurgische vaardigheden kunnen trainen. De geschilpunten in deze zaak hebben betrekking op de volgende onderwerpen: de software van de simulator, het woordmerk van de simulator, de beëindiging van de samenwerking tussen partijen en het door Y gestelde frauduleuze handelen door X (Holding).

De rechtbank gaat achtereenvolgens op de hierboven genoemde geschilpunten in. X stelt dat

Z, in ruil voor zijn toetreding tot de vof, de door hem ontwikkelde software voor de simulator heeft ingebracht in de vof. De rechtbank overweegt dat de vof. gerechtigd was gebruik te maken van de software. De rechtbank gaat echter voorbij aan de stellingen van partijen over de vraag of (ook) de eigendom van de software is ingebracht in de vof. Toewijzing van de vorderingen ter zake van de software is namelijk niet afhankelijk van de vraag of de software eigendom is geworden van de vof.

Ten aanzien van het woordmerk vordert X de rechtbank Y te veroordelen het woordmerk van de simulator weer op naam van de vof te zetten. X voert daarbij aan dat Y medio 2010 onrechtmatig zichzelf in plaats van de vof als rechthebbende van het gemeenschapsmerk heeft laten registreren bij het BHIM. X wordt door de rechtbank verzocht de juridische grondslag van zijn thans ingestelde vordering te onderbouwen met inachtneming van het Europees Merkenrecht, waarbij hij zich tevens dient uit te laten over de bevoegdheid van de Rechtbank Rotterdam. Ten aanzien van de beëindiging van de samenwerking overweegt de rechtbank dat als algemeen uitgangspunt geldt dat partijen al maanden hebben zien aankomen dat aan de tripartiete samenwerking een einde zou komen en dat zij op hoofdlijnen overeenstemming hebben bereikt over de wijze waarop dat in de praktijk uitvoering zou moeten krijgen. Vaststaat dat partijen niet tot overeenstemming hebben kunnen komen over de verdeling van de gemeenschap vanwege escalatie en hun onvermogen daarna de draad weer op te pakken. Voor zover partijen niet tot overeenstemming komen over de verdeling van de gemeenschap, bepaalt artikel 3:185 lid 1 BW dat de rechter de wijze van verdeling gelast of de verdeling zelf vaststelt. Het komt de rechtbank geraden voor dat een onafhankelijke registeraccountant een eindbalans zal opstellen die de waarde van de vof per de datum van ontbinding (1 december 2009) weergeeft, met inachtneming van de oordelen met betrekking tot de software van de simulator en het woordmerk. De rechtbank ziet geen aanleiding een nader onderzoek in te stellen naar de vraag of met de door Y bedoelde facturen is gefraudeerd. De rechtbank bepaalt in conventie en reconventie dat de zaak weer op de rol zal komen van 13 maart 2013 voor het nemen van een conclusie aan de zijde van beide partijen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2599

Zaaknummer: 379940 / HA ZA 11-1332

Wetsartikelen: 3:185 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

X c.s./VvE

Wijziging splitsingsakte door Vereniging van Eigenaren (VvE). Om tot wijziging van de splitsingsakte te komen zijn twee wegen mogelijk: die van artikel 5:139 lid 1 Bw en die van artikel 5:139 lid 2 BW. In casu heeft de VvE gekozen voor de weg van artikel 5:139 lid 2 BW en met een meerderheid van 4/5 van de appartementseigenaren tot wijziging besloten. Een (toestemming weigerende) appartementseigenaar heeft vervolgens vernietiging van dit besluit gevorderd op grond van artikel 5:140a BW. Deze vordering is zowel door de kantonrechter als het hof afgewezen. Omdat bij wege van artikel 5:139 lid 2 BW de splitsingsakte door het bestuur rechtsgeldig gewijzigd kan worden zonder dat nog enige medewerking van de weigerende appartementseigenaar noodzakelijk is, heeft de VvE geen belang bij een verzoek tot vervangende toestemming van de weigerende appartementseigenaar op grond van artikel 7:140 BW. Zij heeft immers al de bevoegdheid om de wijziging in de splitsingsakte rechtsgeldig te bewerkstelligen. De kantonrechter verleent de VvE wel een vervangende machtiging voor de rechtshandeling tot het notarieel vastleggen van de gewijzigde akte, met bepaling dat deze uitspraak in de plaats komt van de medewerking daaraan door de weigerende appartementseigenaar. Tevens machtiging tot vervangende toestemming verleend ten aanzien van de toestemming weigerende hypotheekhouders

Op 14 maart 2007 heeft X het appartementsrecht ('de woning') gekocht van R en S.

Het bestuur van de Vereniging van Eigenaren ('VvE') heeft X uitgenodigd voor een vergadering van eigenaren op 20 april 2009. Tijdens deze vergadering zal gestemd worden over een voorstel tot wijziging splitsing in appartementsrechten in verband met het creëren van een

opgang vanaf de derde verdieping naar de zolderverdieping.

X en X sr. (tezamen 'X c.s.') hebben aan Y, op dat moment beoogd bestuurder van de VvE, meegedeeld dat X niet instemt met de voorgestelde wijziging in de splitsingsakte, alsmede dat X sr. als tweede hypotheekhouders evenmin toestemming daartoe zullen geven.

In de notulen van de op 20 april 2009 gehouden vergadering van de VvE staat vermeld dat het voorstel onder nr. 7 met 9 stemmen voor en één stem tegen is aangenomen. X heeft vervolgens vernietiging gevorderd van het besluit van de VvE. Bij vonnis van 23 december 2009 heeft de rechtbank te Amsterdam de vordering van X afgewezen. Het Gerechtshof te Amsterdam heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

In de onderhavige procedure verzoekt de VvE onder meer om een vervangende machtiging te verlenen.

De kantonrechter begrijpt de verzoeken van de VvE aldus dat zij op grond van artikel 5:121 dan wel artikel 5:140 BW ten aanzien van X vervangende machtiging verzoekt tot het wijzigen van de splitsingsakte in de hierboven genoemde zin, alsmede dat zij op grond van artikel 5:140 BW een machtiging verzoekt die de toestemming van de hypotheekhouders X sr. vervangt tot het wijzigen van de splitsingsakte in voormelde zin.

Er zijn sinds 1 maart 2005 twee manieren om tot wijziging van de splitsingsakte te komen, welke zijn neergelegd in artikel 5:139 lid 1 en 2 BW. Het eerste 'spoor' volgt uit lid 1: 'De akte van splitsing kan worden gewijzigd met medewerking van alle appartementseigenaars'. Wanneer voor de toepassing van het eerste spoor wordt gekozen en niet alle appartementseigenaren medewerking verlenen, kan op grond van artikel 5:140 BW een vervangende machtiging van de kantonrechter worden verzocht. In de verzoekschriftprocedure bij de kantonrechter wordt in een dergelijk geval beoordeeld of er zonder redelijke grond wordt geweigerd medewerking of toestemming te verlenen. Het tweede 'spoor' staat in lid 2. Wanneer daarvoor gekozen wordt, kan de appartementseigenaar, die niet vóór het besluit tot wijziging van de akte van splitsing heeft gestemd, in een dagvaardingsprocedure vernietiging van dit besluit vorderen. Blijkens artikel 5:140a lid 2 BW kan een dergelijke vordering alleen worden afgewezen als de appartementseigenaar geen schade lijdt of een redelijke schadeloosstelling is aangeboden en voor de betaling hiervan voldoende zekerheid is gesteld.

In de onderhavige situatie heeft de VvE voor het tweede 'spoor' gekozen en heeft X op grond van artikel 5:140a BW vernietiging van het besluit van de VvE gevorderd. Uit de hierboven genoemde uitspraken van de rechtbank Amsterdam en het Gerechtshof Amsterdam blijkt dat de gevorderde vernietiging in twee instanties is afgewezen. Nu niet gebleken is dat X cassatie

heeft ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof, moet het ervoor gehouden worden dat dit arrest in kracht van gewijsde is gegaan.

Thans is de vraag aan de orde of, nadat op grond van de in artikel 5:140a BW neergelegde procedure bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak de vernietiging van het besluit van de VvE is afgewezen, op grond van de in artikel 5:140 lid 1 BW neergelegde procedure opnieuw zou moeten worden beoordeeld of het besluit van de VvE in stand kan blijven. De kantonrechter is van oordeel dat een dergelijke beoordeling na de uitspraken op grond van artikel 5:140a BW niet meer aan de orde is op grond van het volgende.

Het in artikel 5:139 lid 2 BW bepaalde vormt een uitzondering op de regel van artikel 5:139 lid 1 BW dat wijziging van de splitsingsakte alleen kan geschieden met medewerking van alle appartementseigenaren. Indien de weg van artikel 5:139 lid 2 BW wordt gevolgd, heeft de weigerende appartementseigenaar de bevoegdheid om op grond van artikel 5:140a BW vernietiging van dit besluit te vorderen. Indien een vordering tot vernietiging als voormeld wordt afgewezen, volgt uit artikel 5:139 lid 2 BW in feite dat de splitsingsakte rechtsgeldig kan worden gewijzigd 'met medewerking van het bestuur', zoals in artikel 5:139 lid 2 BW staat vermeld en zonder dat daartoe de medewerking van de weigerende appartementseigenaar is vereist.

In het onderhavige geval is bij in kracht van gewijsde gegaan arrest van het Gerechtshof Amsterdam de vordering tot vernietiging van X afgewezen. Het gevolg daarvan is aldus dat de splitsingsakte door het bestuur rechtsgeldig gewijzigd kan worden op de in artikel 5:139 lid 2 BW aangewezen wijze, zonder dat nog enige medewerking van X noodzakelijk is. Gelet daarop heeft de VvE geen belang bij het verzoek op grond van artikel 5:121 dan wel 5:140 lid 1 BW om ten aanzien van X vervangende machtiging met betrekking tot het besluit tot wijziging van de splitsingsakte te verkrijgen. Zij heeft immers al de bevoegdheid om de wijziging in de splitsingsakte rechtsgeldig te bewerkstelligen. De kantonrechter zal de VvE wél een vervangende machtiging verlenen voor de rechtshandeling tot het notarieel vastleggen van de gewijzigde akte van splitsing en bepalen dat deze uitspraak in de plaats komt van de medewerking van X daaraan. Met het bovenstaande wordt eveneens recht gedaan aan de uitgangspunten van rechtszekerheid en proceseconomie, te weten dat, indien op grond van de procedure ex artikel 5:139 jo. artikel 140a BW, een – inmiddels in kracht van gewijsde gegane –

uitspraak is gedaan over de vernietiging van een besluit van de VvE, het niet de bedoeling van voormelde wetsartikelen kan zijn dat een andere rechter opnieuw een inhoudelijk oordeel gevraagd kan worden over de rechtsgeldigheid van het desbetreffende besluit. Dat in artikel 5:140 en artikel 5:140a BW mogelijk verschillende toetsingsmaatstaven worden gehanteerd doet daaraan niet af. Het voorgaande leidt ertoe dat het verzoek van de VvE tot het verlenen

van een vervangende machtiging ten aanzien van door X te verlenen medewerking aan het notarieel vastleggen van de wijziging van de splitsingsakte zal worden toegewezen.

De VvE verzoekt de kantonrechter tevens op grond van artikel 5:140 BW om een machtiging te verlenen die de toestemming tot het wijzigen van de splitsingsakte in voormelde zin van de hypotheekhouders X sr. vervangt. Op grond van artikel 5:140 lid 1 BW kan de verzochte vervangende machtiging worden verleend indien wordt vastgesteld dat de hypotheekhouders zonder redelijke grond hun toestemming aan de wijziging van de splitsingsakte onthouden. De kantonrechter is van oordeel dat X sr. zonder redelijke grond hun toestemming aan de wijziging van de splitsingsakte onthouden.

De kantonrechter acht een verklaring voor recht in een verzoekschriftprocedure toewijsbaar, mits deze blijft binnen de grenzen van de hier aan de orde zijnde wetsbepalingen en zich beperkt tot de vaststelling van de rechtsverhouding in geschil tussen partijen (vgl. HR 31 maart 2000, NJ 2000, 497). De kantonrechter is van oordeel dat de verzochte verklaring voor recht toewijsbaar is, nu op grond van een in kracht van gewijsde gegaan arrest van het Gerechtshof Amsterdam vaststaat dat de splitsingsakte gewijzigd kan worden conform het besluit van de VvE op 20 april 2009.

De verzochte doorhaling van de hypotheek wordt afgewezen, nu X c.s. terecht hebben gesteld dat daarvoor geen gronden zijn indien de vervangende machtiging wordt verleend en evenmin als deze wordt geweigerd. De hypotheek rust op het in eigendom aan X's behorende appartementsrecht: indien dit appartementsrecht door de wijziging van de splitsingsakte in enigerlei mate verminderd wordt, rust de hypotheek vanzelf enkel en alleen op het daarna bestaande appartementsrecht.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 22-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ2159

Zaaknummer: EA12-1642

Wetsartikelen: 5:139 lid 1 BW, 5:139 lid 2 BW, 5:140a BW en 7:140 BW

RECHTSPRAAK

OR/gedaagden

Een ondernemingsraad vordert in kort geding gedaagden te veroordelen c.q. te verbieden om tot uitvoering van de voorgenomen besluiten over te gaan door taken en handelingen te verrichten of anderszins, in het bijzonder het verhandelen van de landingsrechten door gedaagde sub 2 ten koste van gedaagde sub 1 en het sluiten van de (vlieg)basis Eindhoven

In 2012 heeft X de ondernemingsraad ('OR') geïnformeerd over een aanstaand voornemen, gevolgd door een adviesaanvraag, waarin onder meer advies is gevraagd met betrekking tot het stopzetten van de route Eindhoven-London City en het opheffen van Eindhoven als basis voor activiteiten van X.

X is onderdeel van de Citygroep, die op haar beurt onderdeel uitmaakt van de Air France/KLM groep. Y is nagenoeg enig aandeelhouder van X Airlines N.V. De OR brengt een negatief advies uit. X zet het besluit door.

De OR heeft bij wege van een voorlopige voorziening gevorderd X en Y te verbieden om tot uitvoering van de voorgenomen besluiten over te gaan door taken en handelingen te verrichten of anderszins, in het bijzonder het verhandelen van de landingsrechten door Y ten koste van X en het sluiten van de (vlieg)basis Eindhoven.

De OR stelt het volgende. Op grond van artikel 25 lid 6 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) is de ondernemer verplicht de uitvoering van zijn besluit op te schorten tot een maand na de dag waarop de ondernemingsraad van het van haar advies afwijkende besluit heeft kennisgenomen. Het betreft zowel het besluit van Y tot het verhandelen van landingsrechten als het besluit van X tot het stopzetten van de vliegroute en het opheffen van de basis Eindhoven. Tot uitvoering van die besluiten overgaan wordt Y en X bij wet verboden. Het besluit de landingsrechten te verhandelen grijpt rechtstreeks en onmiddellijk in de onderneming van X en moet om die reden worden toegerekend aan X. Y moet dan ook beschouwd worden als medeondernemer van X. Het besluit tot verhandeling van de

landingsrechten had daarom op grond van artikel 25 lid 1 sub c WOR aan de ondernemingsraad van X voor advies moeten worden voorgelegd.

X en Y voeren verweer. Als preliminair verweer is allereerst aangevoerd dat voor de ondernemingsraad enkel de route via artikel 26 WOR openstaat bij de Ondernemingskamer, die eveneens een voorlopige voorziening kan treffen. Als inhoudelijk verweer is aangevoerd dat X niet van plan is gedurende de periode van een maand uitvoering te geven aan haar besluit. X heeft kort gezegd een eigen bedrijfsvoering, een eigen entiteit en identiteit: er is geen sprake van mede-ondernemerschap.

De voorzieningenrechter oordeelt, dat het beroep op niet-ontvankelijkheid van de ondernemingsraad op de grond dat deze niet de daarvoor geëigende procedure ex artikel 26 WOR heeft gevolgd, niet kan slagen. Ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding had X nog geen besluit genomen zoals bedoeld in artikel 25 lid 5 van de WOR, zodat de ondernemingsraad op dat moment zonder meer de kantonrechter kon benaderen. Immers op dat moment stond nog geen beroep open bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Dat inmiddels wel zo'n besluit is genomen (waartegen geen beroep is ingesteld), is onvoldoende grond om anders te oordelen.

De vordering tegen X kan worden toegewezen, in die zin dat X erkent dat zij gedurende de opschortingstermijn geen uitvoering kan geven aan haar besluit. Het geschil tussen partijen spitst zich echter toe op de vraag of de landingsrechten van Eindhoven in die periode verhandeld mogen worden. De kantonrechter begrijpt de vordering van de ondernemingsraad zo dat in die periode wordt verboden handelingen te verrichten terzake de verhandeling van die landingsrechten.

Vaststaat dat er bij verhandeling van die rechten buiten het concern geen vluchten meer kunnen plaatsvinden door X vanuit Eindhoven. Aannemelijk is dat dit tot gevolg heeft dat aan de werkzaamheden van X op de basis Eindhoven in feite de grondslag komt te ontvallen. Indien dit zou gebeuren, wordt een procedure ex artikel 26 WOR tegen het besluit van X in feite zinloos, waarmee tekort wordt gedaan aan de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad tegen X terzake dat besluit. Er is dan ook een duidelijk en groot belang voor de ondernemingsraad bij de gevraagde beslissing.

Wat betreft het verweer dat geen sprake is van mede-ondernemerschap overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Voor het aannemen van mede-ondernemerschap van Y is vereist dat Y een positie inneemt die haar stelselmatig zodanig invloed binnen de onderneming verschaft, dat gezegd kan worden dat zij die onderneming mede in stand houdt, tenzij het besluit door zijn aard valt buiten de sfeer van de aan organen van X toekomende

bevoegdheden. (Zie Hoge Raad 26 januari 1994, NJ 1994, 545 en HR 26 januari 2000, NJ 2000, 223 en 224). Het hoeft dan niet te gaan om een stelselmatig uitgeoefende bevoegdheid. Ook een zelfstandig werkend besluit van een moedermaatschappij kan zo rechtstreeks ingrijpen in de onderneming van de dochter dat, indien aan de overige eisen voldaan is, de moeder voor dat ingrijpen als mede-ondernemer van de dochter moet worden aangemerkt, omdat anders de medezeggenschapsrechten tekort zouden worden gedaan. Het antwoord op deze vragen is in sterke mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de beslissingsstructuur binnen het concern in het algemeen en ten aanzien van het in geding zijnde besluit in het bijzonder. Zoals partijen terecht hebben aangevoerd, is de Ondernemingskamer specifiek aangewezen voor beslissingen over deze materie. Bovendien leent een kort geding zich niet voor een vergaand onderzoek daarnaar. De kantonrechter volstaat met het voorlopig oordeel dat niet valt uit te sluiten dat sprake is van mede-ondernemerschap van Y. De kantonrechter is van oordeel dat de mogelijkheid bestaat dat de OR door het verhandelen van de landingsrechten op dit moment tekort wordt gedaan in de voor haar bestaande medezeggenschapsrechten ten opzichte van gedaagden. Een voorziening wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-11-2012

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2012:BY8909

Zaaknummer: 1394761

Wetsartikelen: 50 RV, 254 lid 4 RV, 25 WOR en 26 WOR

RECHTSPRAAK

Beleggingsadvies buiten dienstverband om

Aansprakelijkheid beleggingsadviseur. Onrechtmatige daad. Vermogensschade. Toepasselijk recht. Artikel 3 Wcod (Wet conflictenrecht onrechtmatige daad)

In deze casus draait het om dezelfde feiten als in LJN BZ2703, met dit verschil dat eisers in die zaak zeven gedaagden aanspraken (waaronder de gedaagde in deze procedure) en in onderhavige procedure alleen de gedaagde die volgens eisers zelfstandig (buiten zijn dienstverband met Credit Suisse) beleggingsadviezen heeft gegeven over het investeren in de hedge funds Selectica en Diversica. De rechtbank oordeelt als volgt. Eiser 2 stelt dat tussen gedaagde en eiser 2 een overeenkomst van opdracht (het geven van beleggingsadviezen) tot stand is gekomen. Eiser 2 was CEO Benelux van Credit Suisse, een in Zwitserland gevestigde bank. De rechtbank gaat er veronderstellenderwijs van uit dat gedaagde niet als werknemer van Credit Suisse is opgetreden. In dat geval zou er immers geen sprake zijn van een overeenkomst tussen eiser 2 en gedaagde 3. Eiser 2 is gevestigd te Luxemburg, gedaagde is woonachtig in Nederland. De Rome I-Vo is niet temporeel toepasselijk. Op grond van artikel 4 EVO volgt dat Nederlands recht op de overeenkomst van toepassing is. Gedaagde had zijn gewone verblijfplaats in Nederland. Voor zover de vordering is gebaseerd op onrechtmatig handelen van gedaagde jegens eiser 2, is op grond van de hoofdregel van artikel 3 lid 1 WCOD (lex loci delicti) eveneens Nederlands recht van toepassing. Tot slot van deze procedure oordeelt de rechtbank nog over een artikel 22 Rv-verzoek van gedaagde. Gedaagde heeft de rechtbank verzocht om eiser 2 te bevelen alle overeenkomsten tussen eiser 1 en/of 2 en Credit Suisse over te leggen. De rechtbank oordeelt dat er gewichtige redenen in de zin van artikel 22 Rv zijn om eiser 2 te bevelen deze stukken over te leggen.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Kliniek Rijnmond c.s./AIC B.V

Opheffen beslag. Beslagen gelegd louter op basis van contractuele verhouding. Geen vereenzelviging

AIC B.V. en Kliniek Moshe Yemin hebben op 17 februari 2012 een samenwerkingsovereenkomst getekend waarin de tussen deze vennootschappen reeds bestaande samenwerking is vastgelegd. Kliniek Moshe Yemin is (op vordering van de fiscus) in januari 2013 failliet verklaard. Bij verzoekschrift van 11 januari 2013 heeft AIC B.V. aan de voorzieningenrechter van deze rechtbank verzocht om uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst tot zekerheid van verhaal voor haar beweerdelijke vorderingen beslag te mogen leggen. Op 23 januari 2013 is daadwerkelijk ten laste van (onder andere) Kliniek Rijnmond c.s. conservatoir beslag gelegd. Kliniek Rijnmond c.s. vordert om AIC B.V. te veroordelen om de beslagen op te heffen

Vooropgesteld zij dat tussen partijen niet in geschil is dat AIC B.V. de beslagen heeft doen leggen op basis van louter de contractuele rechtsverhouding voortvloeiende uit de samenwerkingsovereenkomst. Vaststaat dat de samenwerkingsovereenkomst is gesloten tussen AIC B.V. en Kliniek Moshe Yemin en niet met (een van) Kliniek Rijnmond c.s. (Een van) Kliniek Rijnmond c.s. heeft de samenwerkingsovereenkomst ook niet overgenomen of zich daarvoor garant gesteld o.i.d. De beslagen kunnen derhalve in beginsel enkel deugdelijk en nodig ten laste van (een van) Kliniek Rijnmond c.s. zijn gelegd indien en voor zover sprake zou zijn van vereenzelviging tussen (een van) Kliniek Rijnmond c.s. en Kliniek Moshe Yemin. Vereenzelviging is een methode van rechtsvinding, waarbij wordt voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen twee rechtssubjecten. Vereenzelviging kan leiden tot een vorm van doorbraak van aansprakelijkheid, maar de Hoge Raad is zeer terughoudend in de toepassing ervan. De kwestie van vereenzelviging doet zich in het algemeen voor wanneer men zich bij de toepassing van een rechtsregel afvraagt of mag worden voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen een bij het geval betrokken rechtspersoon en een of meer andere bij die rechtspersoon betrokken (rechts)personen in dier voege dat handelen of nalaten van de een aan de ander als eigen handelen of nalaten mag worden toegerekend.

De stelling van AIC B.V. dat voorbij moet worden gegaan aan het identiteitsverschil, omdat

aangenomen mag worden dat Kliniek Rijnmond c.s. onderling en met Kliniek Moshe Yemin in een groep verkeert (art. 2:24b BW) nu zij (indirect) dezelfde bestuurders hebben en Kliniek Rijnmond c.s. zich presenteert als één entiteit, is door Kliniek Rijnmond c.s. gemotiveerd betwist. De voorzieningenrechter acht de stelling van AIC B.V., in de gegeven omstandigheden en mede gelet op de gemotiveerde betwisting van Kliniek Rijnmond c.s., voorshands niet aannemelijk geworden. Nu niet aannemelijk is geworden dat sprake is van een zodanige verbondenheid tussen Kliniek Moshe Yemin en (een van) Kliniek Rijnmond c.s. dat grond bestaat voor vereenzelviging dienen de beslagen te worden opgeheven.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Sama / X

Vennoot vof o.g.v. artikel 18 WvK aangesproken tot nakoming gestelde kredietovereenkomst

Sama is een aannemersbedrijf. Sama Holding B.V. (verder Sama Holding) is bestuurder en enig aandeelhouder van Sama. De broers A en B zijn bestuurder en grootaandeelhouder van Sama Holding.

Sama Holding is tevens enig aandeelhouder en bestuurder van de vennootschap Gebroeders B.V. (verder: Gebroeders).

Eveneens heeft Gebroeders samen met X de vennootschap onder firma Sama Bouwservice Zuid Holland v.o.f. (verder: Sama vof) opgericht. In de periode vanaf de oprichting van Sama vof tot 2008 heeft Sama bedragen overgeboekt naar de bankrekening van Sama vof.

Op 19 september 2008 hebben A, namens Sama, aangeduid als kredietgever, enerzijds en B, namens Gebroeders als vennoot van Sama vof, aangeduid als kredietnemer, anderzijds een 'rekening-courantovereenkomst met kredietfaciliteiten' getekend. X heeft geweigerd de rekening-courantovereenkomst (mede) te ondertekenen. In november 2008 tekenden Gebroeders en X een ontbindingsbesluit voor Sama vof. In deze procedure vordert Sama betaling van de schuld uit rekening-courant van Sama met Sama vof.

De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis de vorderingen van Sama afgewezen. De rechtbank overwoog daartoe dat X het bestaan van een kredietovereenkomst heeft betwist en dat zij in de oprichtingsakte aanwijzingen zag voor de juistheid van de stelling van X dat niet Sama de financier was van Sama vof, maar dat ervoor is gekozen Gebroeders te laten optreden als financier. Sama heeft, in het licht daarvan, aldus de rechtbank, onvoldoende onderbouwd dat wel sprake was van een kredietfaciliteit.

In hoger beroep komt Sama op tegen bovengenoemd oordeel. Zij vordert de vernietiging van het bestreden vonnis in conventie, de toewijzing van haar vorderingen en de veroordeling van X tot terugbetaling.

Het hof oordeelt als volgt. Gelet op het ook al in eerste aanleg gevoerde verweer van X heeft Sama onvoldoende gesteld voor het oordeel dat (X had moeten begrijpen dat) de betalingen van Sama aan Sama vof een andere grondslag hadden dan het namens Gebroeders voldoen aan de inbrengafpraak uit de akte van oprichting. Hierop stranden zowel de primaire als de subsidiair aangevoerde grond voor de hoofdvordering van Sama.

Dit betekent dat de nevenvorderingen evenmin kunnen worden toegewezen. Bij gebreke van stellingen die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, wordt aan bewijslevering niet toegekomen.

Dit betekent dat het bestreden vonnis in conventie zal worden bekrachtigd met veroordeling van Sama in de kosten van het hoger beroep.

Datum uitspraak:

Zaaknummer: