

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 01, 2014

Nummer 1, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4747](#) 08-11-2013

Verzoek belanghebbenden inzake Fortis

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4745](#) 06-11-2013

Verzoek VEB inzake Fortis

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4771](#) 30-09-2013

Open universiteit/OR

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4773](#) 23-09-2013

Kelly/Phoenicia Hotel

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4772](#) 13-09-2013

Orionis/OR

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4742](#) 25-08-2013

Verzoek Nederlandse Staat inzake Fortis

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:8006](#) 11-12-2013

Dragon Crowd Garments FTY LTD / SAPPH Distribution B.V

RECHTSPRAAK

Dragon Crowd Garments FTY LTD / SAPPH Distribution B.V

Is er sprake van vereenzelviging? Vereenzelviging wordt niet aangenomen door de rechtbank

Dragon Crowd heeft sinds 2008 ondergoed geproduceerd voor Sapph Intimates. In maart 2011 heeft Dragon Crowd met Sapph Intimates een overeenkomst gesloten, op grond waarvan Dragon Crowd vier ladingen ondergoed aan Sapph Intimates zou leveren. In juli 2011 is Sapph Distribution opgericht, waarna via een activatransactie een deel van de activa Sapph Intimates wordt overgedragen aan Sapph Distribution en de werknemers van Sapph Intimates zijn overgegaan op Sapph Distribution.

Sapph Distribution verzocht vervolgens ten aanzien van de levering van de vier ladingen ondergoed: 'Pls change for this shipment the documents to new company name [...] As soon as we have received new documents, we can settle payment directly'. Omdat de eerste drie ladingen reeds onderweg waren naar Nederland, was het ten aanzien van die drie ladingen niet mogelijk om ook de leveringsdocumenten op naam van Sapph Distribution te stellen, zodat drie ladingen aan Sapph Intimates zijn geleverd. Na levering is op de drie ladingen beslag gelegd door een derde die een beweerd pandrecht tegen Sapph Intimates uitoefende. De vierde lading is geleverd aan Sapph Intimates.

Sapph Intimates wordt failliet verklaard.

Dragon Crowd vordert veroordeling van Sapph Distribution tot betaling van de drie ladingen, vermeerderd met rente en kosten. Dragon Crowd stelt daartoe dat Sapph Distribution de overeenkomst dan wel de schuld van Sapph Intimates heeft overgenomen. Subsidiair stelt Dragon Crowd dat Sapph Distribution onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door haar onjuist te informeren over de werkelijke gang van zaken rond de activatransactie. Meer subsidiair stelt Dragon Crowd dat Sapph Distribution en Sapph Intimates moeten worden vereenzelvigd.

De vordering wordt afgewezen. Hierna zal enkel worden ingegaan op de stelling dat sprake is

van een onrechtmatige daad vanwege vereenzelviging. De rechtbank overweegt dat volgens vaste rechtspraak misbruik van identiteitsverschil in het algemeen moet worden aangemerkt als onrechtmatige daad. De omstandigheden van het geval kunnen daarnaast ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is (vgl. Hoge Raad 13 oktober 2000, NJ 2000/698 en ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (Rainbow/Ontvanger) en Hoge Raad 27 februari 2009, NJ 2009/318 en ECLI:NL:HR:2009:BG6445).

Indien en voor zover Dragon Crowd heeft willen stellen dat er misbruik is gemaakt van het identiteitsverschil en dat zulks is aan te merken als onrechtmatige daad, overweegt de rechtbank als volgt. Volgens rechtspraak van de Hoge Raad dient het volgende uitgangspunt te gelden: door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen kan misbruik worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen of tussen deze rechtspersonen en hemzelf als handelend natuurlijk persoon. Hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, behoeft in rechte niet te worden gehonoreerd. Het maken van zodanig misbruik zal in de regel moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf (Hoge Raad 27 februari 2009, NJ 2009/318 en ECLI:NL:HR:2009:BG6445).

Dragon Crowd heeft ter onderbouwing van het misbruik gesteld dat 'Sapph' heeft getracht onder de betalingsverplichting uit te komen en dat 'Sapph' heeft geprofiteerd van het identiteitsverschil. Deze stellingen zijn door Sapph Distribution gemotiveerd betwist. Immers voert Sapph Distribution aan dat zij voor de activatransactie een marktconforme prijs heeft betaald, hetgeen Dragon Crowd niet heeft weersproken. Derhalve staat niet vast dat sprake is van het 'leegtrekken' van Sapph Intimates en het als gevolg daarvan duperen van de crediteuren van Sapph Intimates. Daarnaast heeft Sapph Distribution betwist dat zij profijt heeft gehad van de gang van zaken, hetgeen onvoldoende is weersproken. Ook is geen sprake van vereenzelviging in de – verderstrekkende – vorm van het volledig wegdenken van identiteitsverschil. De Hoge Raad heeft in voornoemd arrest Rainbow/Ontvanger geoordeeld 'dat vereenzelviging van twee rechtspersonen slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan worden aangenomen, en dat de door het hof genoemde omstandigheden daartoe niet kunnen volstaan' en heeft in die zaak dus geen reden voor vereenzelviging aangenomen.

In onderhavige zaak is ten eerste van belang dat – anders dan in voornoemd arrest

Rainbow/Ontvanger – de (volledige of overheersende) zeggenschap over Sapph Intimates en Sapph Distribution niet bij dezelfde (rechts)persoon of -personen lagen, nu de aandeelhouders van Sapph Intimates onbetwist geen meerderheid hebben van de aandelen in Sapph Distribution. Dat voor het overige de uiterlijke verschijningsvorm van Sapph Distribution vele gelijkenissen vertoont met Sapph Intimates is naar het oordeel van de rechtbank (met inachtneming van het oordeel van de Hoge Raad inzake Rainbow/Ontvanger, waarin die gelijkenis groot was) onvoldoende voor vereenzelviging van Sapph Distribution met Sapph Intimates, in die zin dat Sapph Distribution voor de schuld van Sapph Intimates (mede) aansprakelijk is. Daarbij speelt mede een rol dat van misbruik van het identiteitsverschil niet is gebleken.

Vereenzelviging en/of misbruik van identiteit als onrechtmatige daad kunnen dus evenmin grondslag vormen voor toewijzing van de vordering van Dragon Crowd.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 11-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:8006

Zaaknummer: C/13/527401 / HA ZA 12-1212

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek belanghebbenden inzake Fortis

Beschikking Ondernemingskamer d.d. 8 november 2013; VEB NCVB / AGEAS SA/NV. Aan de orde is het verzoek van belanghebbenden hen te machtigen gebruik te maken van de overige bijlagen in de door VEB aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure. De voorzitter van de Ondernemingskamer is van oordeel dat belanghebbenden een voldoende zwaarwegend belang bij de gevraagde machtiging hebben. Hij zal de machtiging verlenen en daaraan dezelfde beperking verbinden als in zijn beschikking van 6 november 2013 gegeven op het machtigingsverzoek van VEB

De Ondernemingskamer heeft in 2008 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Fortis N.V. over de periode vanaf 29 mei 2007. Bij beschikking van 16 juni 2010 heeft de Ondernemingskamer bepaald dat het onderzoeksverslag, tezamen met enkele bijlagen, ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor eenieder en dat de overige bijlagen ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage liggen voor belanghebbenden. Bij beschikking van 6 november 2013 (OR 2014-0442) heeft de voorzitter van de Ondernemingskamer VEB gemachtigd om uit de overige bijlagen bij het verslag mededeling te doen door daarvan, in de door haar in de bij de rechtbank Amsterdam aanhangig gemaakte procedure onder rolnummer 2011/594, tevens in hoger beroep en een (verwijzing na) cassatie, gebruik te maken voor zover zij dat gebruik ter toelichting en/of (ondersteuning van) bewijs van haar stellingen in die procedure nodig heeft, een en ander zoals nader omschreven in rechtsoverweging 2.8 en 2.9 van die beschikking. Bij beschikking van 7 november 2013 heeft de Ondernemingskamer – kort gezegd – bepaald dat het gehele onderzoeksverslag, de overige bijlagen daaronder begrepen, ter inzage van belanghebbenden ligt en dat zij daarvan afschrift ontvangen. Thans is aan de orde het verzoek van belanghebbenden hen te machtigen gebruik te maken van de overige bijlagen in de door VEB aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Hetgeen de Ondernemingskamer in haar

beschikking van 7 november 2013 onder 2.3 tot en met 2.8 heeft overwogen is mutatis mutandis ook van toepassing op hetgeen over en weer is gesteld ten aanzien van het machtigingsverzoek van belanghebbenden. De voorzitter neemt die overwegingen – ook hier: mutatis mutandis – over en maakt deze tot de zijne.

Gelet op dit een en ander is de voorzitter van de Ondernemingskamer van oordeel dat belanghebbenden een voldoende zwaarwegend belang bij de gevraagde machtiging hebben. Hij zal de machtiging verlenen en daaraan dezelfde beperking verbinden als in zijn beschikking van 6 november 2013 gegeven op het machtigingsverzoek van VEB. Hij zal derhalve bepalen dat de machtiging is beperkt tot gebruik in de aansprakelijkheidsprocedure voor zover de onderscheiden belanghebbenden ieder voor zich dat gebruik ter toelichting en/of (ondersteuning van) bewijs van hun stellingen in die procedure nodig hebben. Ook hier geldt als vanzelfsprekend dat (de advocaat van) de betrokken belanghebbenden daarbij een zekere beoordelingsvrijheid toekomt en dat het gebruikmaken daarvan met terughoudendheid dient te worden getoetst.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-11-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4747

Zaaknummer: 200.071.997/02 OK

Wetsartikelen: 2:353 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek VEB inzake Fortis

Beschikking Ondernemingskamer d.d. 6 november 2013; VEB NCVB / AGEAS SA/NV. De VEB heeft de voorzitter van de Ondernemingskamer verzocht haar op de voet van artikel 2:353 lid 3 BW machtiging te verlenen aan derden mededeling te doen uit het onderzoeksverslag, met dien verstande dat het doen van dergelijke mededelingen beperkt zal zijn tot gebruik van het verslag in de rechtszaak die thans bij de Rechtbank Amsterdam aanhangig is, met inbegrip van voortzetting van die procedure in hoger beroep en in (verwijzing na) cassatie. De voorzitter van de Ondernemingskamer verleent de gevraagde machtiging. Hij zal daarbij bepalen dat de machtiging is beperkt tot gebruik in de desbetreffende procedure voor zover VEB dat gebruik ter toelichting en/of (ondersteuning van) bewijs van haar stellingen in die procedure nodig heeft. Het spreekt vanzelf, dat (de advocaat van) VEB daarbij een zekere beoordelingsvrijheid toekomt en dat het gebruikmaken daarvan met terughoudendheid dient te worden getoetst

De Ondernemingskamer heeft in 2008 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Fortis N.V. over de periode vanaf 29 mei 2007. Bij beschikking van 16 juni 2010 heeft de Ondernemingskamer bepaald dat het onderzoeksverslag, tezamen met enkele bijlagen, ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor eenieder en dat de overige bijlagen ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage liggen voor belanghebbenden. De VEB heeft de voorzitter van de Ondernemingskamer verzocht haar op de voet van artikel 2:353 lid 3 BW machtiging te verlenen aan derden mededeling te doen uit het onderzoeksverslag, met dien verstande dat het doen van dergelijke mededelingen beperkt zal zijn tot gebruik van het verslag in de rechtszaak die thans bij de Rechtbank Amsterdam aanhangig is, met inbegrip van voortzetting van die procedure in hoger beroep en in (verwijzing na) cassatie.

De voorzitter van de Ondernemingskamer stelt voorop dat de bijlagen – en dus ook de overige bijlagen – onderdeel uitmaken van het onderzoeksverslag. Dat verslag bestaat derhalve uit het door onderzoekers geschreven deel en de bijlagen. Bij de beoordeling van de gevraagde machtiging staan het belang van openheid en het belang van vertrouwelijkheid tegenover elkaar. Enerzijds behoort tot de doeleinden van het enquêterecht het verkrijgen van opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid. Anderzijds geldt het in artikel 2:353 lid 3 BW neergelegde en strafrechtelijk beschermde uitgangspunt dat het rapport voor zover het niet voor eenieder ter inzage ligt, vertrouwelijk is. Deze vertrouwelijkheid dient de belangen van de rechtspersoon, die zelf dan ook niet aan die vertrouwelijkheid is gebonden. Overeenkomstig de met voormelde doeleinden nagestreefde openheid verkrijgt onder meer de verzoeker van de desbetreffende enquête op de voet van artikel 2:353 lid 2 BW een exemplaar van het onderzoeksverslag, zij het onder de verplichting de bedoelde vertrouwelijkheid te respecteren (art. 2:353 lid 3 BW). In verreweg de meeste gevallen bepaalt de Ondernemingskamer bij de deponering dat het verslag slechts ter inzage ligt voor belanghebbenden. Dit samenstel brengt mee dat de verzoeker enerzijds door middel van de enquête toegang krijgt tot – ook – vertrouwelijke informatie, die hij zonder de enquêteprocedure in het algemeen niet zou hebben gehad, maar anderzijds dat de aldus verkregen openheid – in de meeste gevallen – beperkt is.

Rechtstreeks in het verlengde van voormelde doeleinden van het enquêterecht ligt de mogelijkheid om de rechtspersoon en diegenen – in het bijzonder bestuurders of leden van de raad van commissarissen of raad van toezicht – die verantwoordelijk zijn voor eventueel wanbeleid in rechte aan te spreken tot vergoeding van schade. Het ligt voor de hand dat het in het kader van een enquêteprocedure uitgebrachte verslag van het onderzoek naar het beleid van de betrokken rechtspersoon doorgaans – ook al is de rechter aan de resultaten van het onderzoek niet gebonden – van nut zal zijn in zo’n op schadevergoeding gerichte procedure. Het zou strijdig met voormelde doeleinden zijn, indien de beperking van de openheid – zoals gezegd: in verreweg de meeste gevallen – zo ver gaat dat degene op wiens verzoek de openheid is verkregen het verslag vervolgens niet kan presenteren in die procedure. Anders dan onder meer Ageas bepleit, beperkt het doel van de machtiging zich niet tot (de voorbereiding van) de procedure als bedoeld in artikel 2:355 BW. Naar het oordeel van de voorzitter van de Ondernemingskamer vormt het oogmerk om het onderzoeksverslag in een dergelijke procedure in te brengen dan ook in het algemeen – en zonder dat daarvoor een nadere specificatie of toelichting vereist is – een voldoende zwaarwegend belang om degene op wiens verzoek de openheid is verkregen op de voet van artikel 2:353 lid 3 BW te machtigen om in die procedure mededeling te doen uit het verslag, ook voor zover dat niet voor eenieder ter inzage ligt. Om geen verdere inbreuk op de vertrouwelijkheid te maken dan met het oog op de verwezenlijking van voormelde doeleinden noodzakelijk is, dient de te verlenen

machtiging wel te worden beperkt tot gebruik in de desbetreffende procedure voor zover de verzoeker dat gebruik ter toelichting en/of (ondersteuning van) bewijs van zijn stellingen nodig heeft. Uitzonderingen, in het bijzonder verdere beperking van de machtiging, bijvoorbeeld door gelet op het bijzondere vertrouwelijke karakter delen van het verslag van de machtiging uit te sluiten, of gehele weigering van de machtiging, zijn denkbaar. Zoals opgemerkt: de vertrouwelijkheid dient de belangen van de rechtspersoon. Indien deze meent dat uitzonderingen als hiervoor bedoeld gerechtvaardigd zijn, dient hij de betrokken onderdelen van het verslag te specificeren en toe te lichten op grond waarvan hij meent dat het belang van de rechtspersoon in die gevallen bij vertrouwelijkheid opweegt tegen de verwezenlijking van de doeleinden van het enquêterecht. Het voorgaande betekent derhalve dat de verzoeker die gebruik wil maken van het verkregen onderzoeksverslag in een procedure tot aansprakelijkstelling als hiervoor bedoeld doorgaans een voldoende zwaarwichtig belang bij machtiging heeft en geen verdere bijzondere toelichting behoeft te geven, terwijl de rechtspersoon op zijn beurt wel eventuele bezwaren daartegen dient te specificeren en toe te lichten. Hier passen nog een tweetal opmerkingen. In de eerste plaats geldt dat de positie van (voormalige) bestuurders en leden van de raad van commissarissen of raad van toezicht van de rechtspersoon bij de beoordeling van de gevraagde machtiging niet dezelfde is als die van de rechtspersoon. De vertrouwelijkheid beoogt immers – het zij nog eens herhaald – de belangen van de rechtspersoon te beschermen. Wel worden voormelde functionarissen tot op zekere hoogte indirect door die vertrouwelijkheid beschermd. Zij kunnen – mede gelet op het bepaalde in artikel 2:8 BW – op grond van de verhoudingen binnen de rechtspersoon aanspraak erop maken dat ook met hun belangen wordt rekening gehouden. Wel stelt deze benadering die functionarissen – indien zij in rechte verantwoordelijk voor het gestelde wanbeleid worden gehouden – in die zin in een lastig parket, dat zij niet behoren tot de kring die reeds op grond van de wet recht heeft op toezending van een exemplaar van het verslag, zodat het voor hen niet zonder meer mogelijk is om hun eventuele bezwaren tegen het verlenen van een machtiging te specificeren en toe te lichten. Die functionarissen zijn in zoverre derhalve afhankelijk van de opstelling van de rechtspersoon, terwijl de belangen van de rechtspersoon en zijn (voormalige) functionarissen zeer wel uiteen kunnen lopen. Dat is echter het gevolg van de keuzen van de wetgever. Een en ander neemt niet weg dat de voorzitter van de Ondernemingskamer bij zijn beoordeling waar mogelijk rekening zal houden met de belangen van deze functionarissen. In de tweede plaats geldt het volgende. Bij de ‘vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid’ dient in de eerste plaats – naast de rechtspersoon – gedacht te worden aan voormelde (voormalige) functionarissen van de desbetreffende rechtspersoon. Daarop hebben de voorgaande overwegingen ook betrekking. Die overwegingen zijn dan ook in de eerste plaats van toepassing met het oog op een procedure waarin degene die de openheid heeft verkregen –

naast de rechtspersoon – dergelijke functionarissen tot schadevergoeding wegens het gestelde wanbeleid aanspreekt. Dat neemt niet weg dat denkbaar is dat het voorgaande tot op zekere hoogte van overeenkomstige toepassing is op anderen die bij het onderzochte beleid van de rechtspersoon betrokken zijn en mogelijk mede voor het gestelde wanbeleid aansprakelijk kunnen worden gehouden. Voor mogelijke bezwaren die deze anderen tegen het verlenen van een machtiging hebben, geldt mutatis mutandis hetzelfde als ten aanzien van bezwaren van (voormalige) functionarissen is overwogen. Hun belangen zullen echter doorgaans niet door artikel 2:8 BW worden beschermd, zodat zij geen aanspraken op grond van de verhoudingen binnen de rechtspersoon geldend kunnen maken. Hun belang bij vertrouwelijkheid lost zich daarom in beginsel op in de door degene die de machtiging verkrijgt jegens hen in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheid. Voor het hier te beoordelen verzoek betekent dit een en ander het volgende. Verweerster heeft geen toereikende toelichting gegeven op grond waarvan zou moeten worden aangenomen dat zich een uitzondering als hiervoor bedoeld ten aanzien van een of meer bijlagen voordoet. De aan de machtiging te verlenen beperking komt voldoende tegemoet aan de belangen van Ageas. De voorzitter van de Ondernemingskamer zal de gevraagde machtiging op grond van al het voorgaande verlenen. Hij zal daarbij bepalen dat de machtiging is beperkt tot gebruik in de desbetreffende procedure, voor zover VEB dat gebruik ter toelichting en/of (ondersteuning van) bewijs van haar stellingen in die procedure nodig heeft. Het spreekt vanzelf dat (de advocaat van) VEB daarbij een zekere beoordelingsvrijheid toekomt en dat het gebruikmaken daarvan met terughoudendheid dient te worden getoetst.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 06-11-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4745

Zaaknummer: 200.071.997/02 OK

Wetsartikelen: 2:353 BW

RECHTSPRAAK

Open universiteit/OR

Geschil Open Universiteit en de OR. Het enkele feit dat de ondernemingsraad en de bestuurder het niet eens zijn over de in de deeladviezen bestreken onderwerpen, kan niet leiden tot de conclusie dat het adviesrecht van de ondernemingsraad niet is gerespecteerd

In het voorjaar van 2012 is een aanvang gemaakt met wijzigingen in de organisatie van de Open Universiteit ('het verandertraject'). Aanleiding daartoe waren de prestatieafspraken met de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap ('OCW'), op grond waarvan de Open Universiteit verplicht was de totale overhead te reduceren met 50 fte. Bij brief heeft het college van bestuur van de Open Universiteit ('de bestuurder') aan de ondernemingsraad advies gevraagd over het reorganisatieplan dat hij op 2 mei 2013 voorlopig heeft vastgesteld in het kader van het verandertraject. De ondernemingsraad heeft haar adviezen gegeven. De bestuurder heeft bij brief van 16 juli 2013 zijn besluit tot vaststelling van het reorganisatie- en personeelsplan aan de ondernemingsraad meegedeeld. De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat de Open Universiteit bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het besluit van 16 juli 2013, voor zover dat afwijkt van de enkele deeladviezen.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. De ondernemingsraad stelt dat de reorganisatie organisatiebreed plaatsvindt en alle organisatie-eenheden van de Open Universiteit betreft. Daarom moet de organisatie als één geheel worden gezien. Dat blijkt ook uit artikel 9.9 van de vigerende CAO Nederlandse universiteiten ('de CAO NU'). De nieuwe organisatie-eenheden, waarbinnen volgens de bestuurder de ontslagvolgorde zou moeten worden gehanteerd, worden pas in 2014 opgericht. Er is geen regeling binnen de Open Universiteit die bepaalt dat bij reorganisaties van de reguliere ontslagvolgorde kan worden afgeweken. De bestuurder heeft aangevoerd dat hij bij het bepalen van de ontslagvolgorde handelt conform het bepaalde in het op reorganisaties toepasselijke artikel 9.9 sub a CAO NU. Die bepaling gaat expliciet uit van de afspiegeling per organisatie-eenheid.

De Ondernemingskamer stelt vast dat het verschil van inzicht over de te hanteren systematiek

voor de ontslagvolgorde dat partijen verdeeld houdt, berust op een verschil in interpretatie van CAO NU, in het bijzonder van artikel 9.9 van die cao. De Ondernemingskamer stelt voorop dat de beantwoording van de vraag of de Open Universiteit bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het onderhavige besluit heeft kunnen komen, niet noodzakelijk een oordeel vergt over de juistheid van de uitleg door de Open Universiteit van artikel 9.9 CAO NU. Van belang is of de door de Open Universiteit voorgestane uitleg van die bepaling er een is waartoe hij niet in redelijkheid heeft kunnen komen.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer kan niet worden gezegd dat de Open Universiteit onvoldoende uitleg heeft gegeven over de grondslagen van de keuze voor het betreffende systeem. De Ondernemingskamer merkt op dat de ondernemingsraad ook niet heeft geklaagd dat de grondslagen van de keuze voor hem onduidelijk waren.

Met de overige deeladviezen, die niet door de bestuurder zijn overgenomen, beoogt de ondernemingsraad een extra bezuiniging te bewerkstelligen door drie leidinggevende functies te schrappen en door vijf andere leidinggevende functies goedkoper te vervullen. De Ondernemingskamer overweegt echter dat deze oplossing niet voorhanden is.

In het licht van de hiervoor weergegeven motivering van het besluit heeft de ondernemingsraad zijn betoog dat de reorganisatie zuiniger kan worden uitgevoerd niet zodanig toegelicht dat het leidt tot de conclusie dat de bestuurder bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot (de desbetreffende onderdelen van) het besluit heeft kunnen komen. De Ondernemingskamer merkt daarbij nog op dat het enkele feit dat de ondernemingsraad en de bestuurder het niet eens zijn over de in de deeladviezen bestreken onderwerpen, niet kan leiden tot de conclusie dat het adviesrecht van de ondernemingsraad niet is gerespecteerd. De verzoeken zullen worden afgewezen.

Gelet op artikel 22a WOR, welke bepaling inhoudt dat in rechtsgedingen tussen de ondernemer en de ondernemingsraad de ondernemingsraad niet in de proceskosten kan worden veroordeeld, wijst de Ondernemingskamer het verzoek van de Open Universiteit om de ondernemingsraad te veroordelen in de kosten van het geding af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-09-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4771

Zaaknummer: 200.131.770/01 OK

Wetsartikelen: 22a WOR

RECHTSPRAAK

Kelly/Phoenicia Hotel

Verzoek tot instellen van enquête. Besluit om dochtervennootschappen te verkopen is genomen in strijd met de statuten. De AVA heeft niet unaniem ingestemd met de verkoop. Daarnaast is er mogelijk een tegenstrijdig belang. De OK stelt dat er gegronde redenen is tot twijfel aan het beleid van Phoenicia

In augustus 2007 heeft Cuffe Malta ten behoeve van aankoop en ontwikkeling van 'The Phoenicia Hotel Malta' op Malta ('het Hotel') een kredietfaciliteit met een looptijd tot augustus 2010 betrokken bij Irish Nationwide Building Society ('INBS'), waaronder Cuffe Malta tot een maximumbedrag van € 21.000.000 zou kunnen trekken. Tot zekerheid is een recht van hypotheek verstrekt op het Hotel. Tot meerdere zekerheid hebben Cuffe, Byrne, Farrel, Alistair Tidey, Wilson en Kelly (tezamen: 'de garantstellers') zich hoofdelijk garant gesteld voor het terugbetalen van het onder deze faciliteit geleende bedrag ('de garantie'). Op 21 juli 2012 heeft Kelly voor het eerst een voorstel tot aflossing van voormelde leningen en tot herfinanciering gepresenteerd van een consortium van Maltese investeerders ('het consortium'). Op 28 november 2012 heeft Teramy de rechten en verplichtingen van (oorspronkelijk) INBS onder de lening en de garantie verkregen.

Op 1 juli 2013 is zowel het gehele uitstaande aandelenkapitaal in Cuffe Malta als het gehele uitstaande aandelenkapitaal in Hotel Company door Phoenicia overgedragen aan een aan Teramy gelieerde vennootschap: Phoenicia Lux. Kelly verzoekt het instellen van een enquête naar het beleid en de gang van zaken van Phoenicia. Kelly legt hiervoor ten grondslag dat aan de juistheid van dat beleid moet worden getwijfeld. Kelly heeft geklaagd dat Phoenicia haar dochtervennootschappen heeft verkocht aan Teramy zonder de voorafgaande goedkeuring van haar algemene vergadering van aandeelhouders. Die verkoop betreft in feite haar gehele onderneming en komt derhalve neer op haar materiële liquidatie, aldus Kelly.

De OK oordeelt als volgt. Kelly is ontvankelijk in zijn verzoek. Immers, anders dan Phoenicia stelt, is er geen rechtsregel die voorschrijft dat een verzoeker in zijn algemeenheid niet in zijn enquêteverzoek kan worden ontvangen, dan nadat alle hem in de statuten gegeven

mogelijkheden om aan zijn bezwaren tegemoet te komen zijn uitgeput.

Partijen zijn het erover eens dat het Phoenicia niet vrijstond de omstreden transactie met Teramy aan te gaan zonder een besluit van haar algemene vergadering van aandeelhouders. Dit strekt de Ondernemingskamer tot uitgangspunt.

Ingevolge de bepaling: 'Voor zover de wet geen andere meerderheid voorschrijft, worden alle besluiten genomen met algemene stemmen van alle stemgerechtigde aandeelhouders' uit de statuten van Phoenicia, is voor het hierboven genoemde besluit unanimité van de stemmen vereist.

Het voorstel is echter niet unaniem aangenomen. De algemene vergadering van aandeelhouders heeft niet met algemene stemmen besloten om de transactie met Teramy aan te gaan. Desalniettemin is Phoenicia tot vervreemding van de aandelen in de dochtervennootschappen aan Teramy overgegaan. Phoenicia heeft in dat verband aangevoerd dat Cuffe Malta in een noodsituatie verkeerde, die noopte tot het aangaan van de transactie met Teramy onder terzijdestelling van het statutaire vereiste van unanimité.

De Ondernemingskamer stelt voorop dat niet kan worden uitgesloten dat zich zodanig dringende omstandigheden kunnen voordoen dat doorbreking van het vereiste van unanimité is gerechtvaardigd. De redelijkheid en billijkheid die de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn jegens elkaar in acht hebben te nemen, brengen echter mee dat het bestuur in een dergelijk geval de beslissing tot doorbreking en de dringende omstandigheden die dat rechtvaardigen aan de algemene vergadering van aandeelhouders, althans aan – ook de tegenstemmende – aandeelhouders, mededeelt, bij voorkeur voor, althans onmiddellijk na het nemen van de beslissing.

Ten eerste is naar het oordeel van de Ondernemingskamer in het onderhavige geval onvoldoende gebleken dat aan Kelly (deugdelijk) is meegedeeld dat het statutaire unanimitévereiste in verband met de gepercipieerde noodsituatie werd of zou worden doorbroken. Phoenicia heeft gesteld dat haar bestuurder, Byrne, tijdens zijn ontmoeting met Kelly heeft gezegd dat de transactie met Teramy aanstaande was. Het door Byrne opgemaakte gespreksverslag van die ontmoeting houdt die mededeling weliswaar in (imminent), maar een uitdrukkelijke waarschuwing dat het unanimitévereiste zal worden doorbroken is in het verslag niet te vinden. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer valt uit het verslag evenmin af te leiden dat Kelly begreep dat het betreffende statutaire voorschrift zou worden genegeerd.

Ten tweede is naar het oordeel van de Ondernemingskamer onvoldoende gebleken dat sprake was van een noodsituatie die het doorbreken van de statutair voorgeschreven unanimité

toen mogelijk had kunnen rechtvaardigen.

Daar komt nog bij dat Byrne als bestuurder besliste om de transactie met Teramy aan te gaan, terwijl hij als aandeelhouder een – mogelijk aan dat van Phoenicia tegenstrijdig – belang had bij die transactie, aangezien de transactie meebracht dat de garanties die hij had verleend ter zake van de verplichtingen van Cuffe Malta en Hotel Company (deels) zouden vervallen. Phoenicia heeft hierover opgemerkt dat alle aandeelhouders op dezelfde wijze van hun garantie bevrijd zouden worden. Dat neemt echter de mogelijke tegenstrijdigheid met het belang van Phoenicia niet weg, nog daargelaten dat het voorbijgaat aan de mogelijkheid dat een solvente garantsteller eerder dan andere garantstellers (of uitsluitend) zal worden aangesproken, zodat de onderscheiden aandeelhouders mogelijk niet telkens identieke of even gewichtige belangen bij de transactie hadden. Deze mogelijke belangentegenstelling draagt bij aan de twijfel aan het beleid van Phoenicia.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer rechtvaardigt de hiervoor bedoelde twijfel een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Phoenicia, zodat het daarop gerichte verzoek voor toewijzing vatbaar is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-09-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4773

Zaaknummer: 200.130.544/01 OK

Wetsartikelen: 2:19 BW

RECHTSPRAAK

Orionis/OR

Het verzoek van de ondernemingsraad is niet toewijsbaar, omdat voor zover het verzochte is gegrond op de stelling dat Orionis het besluit van 1 februari 2013 anders uitvoert dan is besloten, daarvoor niet de Ondernemingskamer, maar de gewone burgerlijke rechter de geëigende rechtsgang biedt

Orionis voert diverse sociale wetten en regelgevingen uit voor de gemeenten Middelburg, Veere en Vlissingen. Het dagelijks bestuur van Orionis en de vakorganisaties ABVAKABO FNV en CNV Publieke Zaak zijn het Sociaal Statuut Orionis Walcheren overeengekomen ('het Sociaal Statuut'), waarin afspraken zijn vastgelegd over de rechten en verplichtingen van de partijen die betrokken zijn bij de door het bestuur van Orionis voorgenomen herstructurering van de nieuwe organisatie. Er is vervolgens een besluit genomen om tot uitwerking over te gaan van het 'Formatieplan'. De ondernemingsraad heeft in het onderhavige verzoekschrift als bezwaren aangevoerd dat Orionis het Formatieplan anders uitvoert dan uit het Formatieplan volgt, dan wel dat Orionis het Formatieplan heeft gewijzigd zonder de ondernemingsraad opnieuw om advies te vragen.

De Ondernemingskamer constateert dat het onderhavige beroep zich niet richt tegen het besluit zelf, maar tegen de wijze waarop Orionis daaraan uitvoering geeft. Daarmee is gegeven dat het beroep van Orionis op de in artikel 26 lid 2 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) bepaalde termijn in zoverre niet kan slagen.

De ondernemingsraad stelt met zijn betoog dat het Formatieplan niet, althans onjuist wordt uitgevoerd en stelt de vraag aan de orde aan wie Orionis de ingevolge de reorganisatie opengevallen vacatures dient aan te bieden, of, anders gezegd, voor wie Orionis de aangevangen en nog aan te vangen sollicitatieprocedures dient open te stellen.

De Ondernemingskamer deelt de opvatting van de ondernemingsraad dat Orionis gehouden is om te handelen overeenkomstig hetgeen is afgesproken in het Sociaal Statuut, ook jegens de ondernemingsraad, hoewel hij daarbij geen partij is. Immers, de met de vakorganisaties

overeengekomen bepalingen zijn aan te merken als bedingen ten behoeve van de werknemers van Orionis, waaronder begrepen de medewerkers die op 1 januari 2012 een ambtelijke aanstelling bij Orionis hadden, waar zij – en in hun belang ook de ondernemingsraad – rechten aan kunnen ontlelen, zoals volgt uit het bepaalde in de aanhef van het Sociaal Statuut waarin de rechten en verplichtingen van de betrokken partijen zijn vastgelegd.

In deze procedure kan evenwel in het midden blijven of Orionis overeenkomstig het Sociaal Statuut handelt – waarover het oordeel is voorbehouden aan de gewone burgerlijke rechter – aangezien het niet-naleven van het Sociaal Statuut op zichzelf en zonder meer niet aan te merken is als een nieuw besluit waarover advies dient te worden gevraagd en waartegen Orionis in een procedure als de onderhavige voor de Ondernemingskamer kan opkomen. Ook in zoverre kan de in artikel 26 lid 2 WOR bedoelde termijn niet aan de orde zijn.

Ter terechtzitting heeft Orionis op vragen over het juiste aantal voorgenomen fte's binnen de formatie geantwoord dat er geen wijziging is aangebracht in het aantal fte's en dat de door de ondernemingsraad bedoelde 12,82 fte's nog steeds in de formatie zijn begrepen, zij het dat de vacatures nog niet zijn, maar wel zullen worden opengesteld. Dat is door de ondernemingsraad niet, althans niet genoegzaam, betwist. Hieruit volgt dat ook in dit opzicht geen nieuw besluit is genomen. Ook in dit verband is de termijn van artikel 26 lid 2 WOR niet aan de orde en kan het beroep daarop de ondernemingsraad niet baten. Ook in dit opzicht is naleving door Orionis van het besluit, inclusief de vervulling van bedoelde 12,82 fte, een zaak die, mocht Orionis tekortschieten, voorbehouden is aan de gewone burgerlijke rechter. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het verzoek van de ondernemingsraad niet toewijsbaar is, omdat voor zover het verzochte is gegrond op de stelling dat Orionis het besluit van 1 februari 2013 anders uitvoert dan is besloten, daarvoor niet de Ondernemingskamer, maar de gewone burgerlijke rechter de geëigende rechtsgang biedt, en voor zover het is gegrond op de stelling dat Orionis een nieuw besluit heeft genomen, dat niet is gebleken. Het verzoek dient dan ook te worden afgewezen. Gelet op artikel 22a WOR is ten slotte het verzoek van Orionis om de ondernemingsraad in de kosten van het geding te veroordelen niet voor toewijzing vatbaar.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-09-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4772

Zaaknummer: 200.125.076/01 OK

Wetsartikelen: 22a WOR en 26 WOR

RECHTSPRAAK

Verzoek Nederlandse Staat inzake Fortis

Beschikking Ondernemingskamer d.d. 25 augustus 2013. De Staat der Nederlanden/Vereniging van effectenbezitters e.a. De Ondernemingskamer concludeert dat de Staat niet als belanghebbende als bedoeld in het dictum van de beschikking van 16 juni 2010 kan worden aangemerkt. Ook overigens ziet de Ondernemingskamer geen gronden om te bepalen dat (ook) de overige bijlagen op de voet van artikel 2:353 BW voor de Staat ter inzage liggen

De Ondernemingskamer heeft in 2008 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Fortis N.V. over de periode vanaf 29 mei 2007. Bij beschikking van 16 juni 2010 heeft de Ondernemingskamer bepaald dat het onderzoeksverslag, tezamen met enkele bijlagen, ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor eenieder en dat de overige bijlagen ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage liggen voor belanghebbenden. De Staat der Nederlanden heeft de Ondernemingskamer verzocht als belanghebbende in de zin van de beschikking van 16 juni 2010 aangemerkt te worden en aan de Staat inzage te verlenen in de overige bijlagen.

De Ondernemingskamer is van oordeel dat onder 'het verslag' in de zin van artikel 2:353 e.v. BW mede de bij het verslag horende bijlagen worden verstaan. De Ondernemingskamer kan bepalen dat het verslag geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor de door haar aan te wijzen andere personen of voor eenieder. Voor zover het verslag niet voor eenieder ter inzage ligt en behoudens de in de laatste zin van artikel 2:353 lid 3 BW gemaakte uitzondering, staat het op grond van die bepaling alleen de rechtspersoon vrij aan derden mededelingen te doen uit het verslag. Anderen zijn daartoe slechts gerechtigd indien zij daartoe op hun verzoek door de voorzitter van de Ondernemingskamer zijn gemachtigd. Uit het samenstel van deze bepalingen en uit de aard en strekking van het enquêterecht vloeit voort dat het verslag – en dus ook de daarbij behorende bijlagen – in beginsel vertrouwelijk van aard zijn. Afgezien van de gevallen waarin de Ondernemingskamer bepaalt dat het verslag (geheel of gedeeltelijk) voor eenieder ter inzage ligt, pleegt zij, indien zij van de in artikel 2:353 lid 2 BW gegeven

bevoegdheid gebruikmaakt, te bepalen dat het verslag ter inzage ligt voor 'belanghebbenden'. In deze zaak heeft de Ondernemingskamer – bij beschikking van 16 juni 2010 – bepaald dat het verslag – hier dus in enge zin bedoeld: zonder de bijlagen – en de bijlagen C-97, C-98 en C-99 ter inzage liggen voor eenieder, en dat de overige bijlagen ter inzage liggen voor belanghebbenden. Het verzoek van de Staat neemt kennelijk en terecht tot uitgangspunt dat de enkele omstandigheid dat een partij in de eerste fase van de enquêteprocedure als belanghebbende tot de procedure is toegelaten niet meebrengt dat die partij als belanghebbende als bedoeld in het dictum van voormelde beschikking moet worden aangemerkt. Of dat laatste het geval is, dient de Ondernemingskamer – de doeleinden van het enquêterecht in aanmerking nemende – thans te beoordelen.

De omstandigheid dat de Staat – middellijk of onmiddellijk – door Fortis N.V. gehouden vennootschappen van Fortis N.V. heeft verworven, rechtvaardigt niet dat een uitzondering op het beginsel van vertrouwelijkheid wordt gemaakt en dat de Staat als belanghebbende in voormelde zin wordt aangemerkt.

De omstandigheid dat de onderzoekers vertegenwoordigers van de Staat hebben gehoord en de Staat inzage in het conceptverslag en de bijlagen hebben gegeven, is niet van belang omdat de wijze waarop de onderzoekers hun onderzoek hebben ingericht niet bepalend is voor de beslissing van de Ondernemingskamer op het onderhavige verzoek.

Het beroep van de Staat op de 'equality of arms' in andere procedures tegen Fortis N.V. en VEB die voortvloeien uit de overname van 'de Nederlandse onderdelen van de Fortis-groep' leidt niet tot een ander oordeel.

Op grond van het voorgaande concludeert de Ondernemingskamer dat de Staat niet als belanghebbende als bedoeld in het dictum van de beschikking van 16 juni 2010 kan worden aangemerkt. Ook overigens ziet de Ondernemingskamer geen gronden om te bepalen dat (ook) de overige bijlagen op de voet van artikel 2:353 BW voor de Staat ter inzage liggen. De Ondernemingskamer zal dan ook het verzoek afwijzen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4742

Zaaknummer: 200.015.810/01 OK

Wetsartikelen: 2:353 BW