

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 07, 2018

Nummer 7, 2018

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:470](#) 30-03-2018

TMF

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:1510](#) 10-04-2018

Vastgoed B.V./Stichting en X

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:1295](#) 27-03-2018

Bouwlust cs.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GDHA:2018:641](#) 27-03-2018

Declaraties

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:2874](#) 27-03-2018

Stichting/Estercom

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:2863](#) 27-03-2018

X en Y/A

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:465](#) 20-03-2018

Investeerders/Westplan c.s.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:2634](#) 20-03-2018

Eneco Wind/(onder)aannemer

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123](#) 10-10-2017

Ondernemingsraad Uniface B.V./Uniface B.V. en tegen M4 Global Solutions Holding B.V. en Marlin Equity Partners, LLC

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:2942](#) 11-04-2018

Aquapro

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:1353](#) 30-03-2018

Malciwi

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2018:1045](#) 28-03-2018

Ontbinding vof

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:4192](#) 28-03-2018

A/Finraad

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:2386](#) 21-03-2018

Blueshore/Sapu

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:3320](#) 14-03-2018

Garnalenhandelsbedrijf

Annotatie

[De Uniface-beschikking: de wezenlijke invloed van de ondernemingsraad op de besluitvorming](#)

C. Nekeman

ANNOTATIE

De Uniface-beschikking: de wezenlijke invloed van de ondernemingsraad op de besluitvorming

C. Nekeman

De ondernemingsraad moet tijdig door de ondernemer worden betrokken bij het besluitvormingsproces. Enkel indien dat gebeurt, kan de ondernemingsraad wezenlijke invloed uitoefenen. In de Uniface-beschikking geeft de Ondernemingskamer een aantal gezichtspunten die van cruciale betekenis zijn bij de beoordeling of de Ondernemingsraad tijdig betrokken wordt.

1 Inleiding

Dat de rol van de ondernemingsraad in een overnametraject serieus dient te worden genomen, blijkt maar weer eens uit de Uniface-beschikking van de Ondernemingskamer uit oktober 2017.[1] Omdat de verkopende rechtspersoon en de achterliggende aandeelhouders hun zorgplicht jegens de ondernemingsraad op diverse aspecten hadden veronachtzaamd, oordeelde de Ondernemingskamer dat de ondernemer in redelijkheid niet tot besluit tot verkoop had kunnen overgaan. Om die reden moest het besluit worden ingetrokken, moesten de gevolgen daarvan ongedaan worden gemaakt en mochten er geen uitvoeringshandelingen meer worden verricht. De Uniface-beschikking geeft aanleiding om nader in te gaan op het moment dat de ondernemingsraad betrokken dient te worden in het besluitvormingsproces, daar dit voor de ondernemingsraad essentieel is om daadwerkelijk wezenlijke invloed te kunnen uitoefenen.

2 Feiten

Uniface is een leverancier van bedrijfssoftware en heeft werkmaatschappijen over de hele wereld. M4 Global Solutions Holding houdt alle aandelen in Uniface en de aandelen in M4 Global Solutions Holding worden gehouden door M4 Global Solutions Holding Coöperatief. Marlin is de uiteindelijke belanghebbende achter deze coöperatie. In de loop van 2016 vraagt Uniface aan diverse externe deskundigen advies over de verkoop van de onderneming.[2] Op 26 september 2016 heeft Uniface aan de ondernemingsraad meegedeeld dat er onderzoeken plaatsvonden om de onderneming te verkopen. Op 12 december 2016 heeft de

ondernemingsraad aan Uniface een document toegestuurd waarin hij enkele gedachten en zorgen naar voren bracht met betrekking tot de door Marlin voorgenomen verkoop van Uniface. Op dit document heeft Uniface niet gereageerd. In februari 2017 heeft de ondernemingsraad positief geadviseerd over een voorgenomen besluit tot herfinanciering van de onderneming. Op 26 april 2017 hebben M4 Global Solutions Holding als verkoper en Unite HoldCo als koper een 'Signing Protocol' gesloten met betrekking tot de overdracht van aandelen in Uniface. Op 28 april 2017 heeft Uniface aan de ondernemingsraad advies gevraagd over het voorgenomen besluit, dat zag op de 'direct or indirect change of control' van Uniface en de daarmee samenhangende besluiten met betrekking tot een kredietarrangement met investeringsmaatschappijen en de vestiging van pandrechten op onder meer aandelen in Uniface. De adviesaanvraag bevatte geen onderliggende stukken. Op verzoek van de ondernemingsraad heeft Uniface nog beperkt aanvullende informatie verstrekt, maar dit heeft een negatief advies van de ondernemingsraad niet kunnen voorkomen. Als onderbouwing voor zijn advies heeft de ondernemingsraad gesteld dat

1. hij geen wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen op het voorgenomen besluit;
2. hem ten onrechte niet om advies is gevraagd met betrekking tot diverse adviesopdrachten aan derden;
3. voorafgaand aan de adviesaanvraag geen tijdig overleg op grond van artikel 24 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) heeft plaatsgevonden;
4. de adviesaanvraag niet naar behoren is gedocumenteerd en gemotiveerd;
5. hij ontoereikende informatie heeft ontvangen; en
6. het medezeggenschapstraject daardoor onzorgvuldig is verlopen.

Het negatieve advies van de ondernemingsraad heeft geen effect gehad en Uniface heeft de ondernemingsraad op 5 juli 2017 kenbaar gemaakt dat Marlin diezelfde dag nog het besluit heeft genomen tot verkoop van de aandelen van Uniface.

3 Oordeel Ondernemingskamer

Het oordeel van de Ondernemingskamer laat aan duidelijkheid niets te wensen over. Uniface heeft het medezeggenschapstraject dermate onzorgvuldig vormgegeven dat zij daarmee in redelijkheid niet tot haar besluit heeft kunnen komen, met als gevolg dat het besluit tot verkoop van de aandelen ingetrokken dient te worden. De Ondernemingskamer is van oordeel dat de ondernemingsraad geen wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen, Uniface tekort is geschoten in de zorgplicht ten aanzien van een goed verloop van het adviestraject en het

besluit bovendien onvoldoende is gemotiveerd. Volgens de Ondernemingskamer heeft Uniface een belangrijke slag in de medezeggenschap gemist door geen advies te vragen over de adviesopdrachten aan externen. Verder oordeelt de Ondernemingskamer dat Uniface geen inhoudelijke mededelingen heeft gedaan aan de ondernemingsraad gedurende de voorbereiding van een mogelijke verkoop. Op 26 september 2016 is aan de ondernemingsraad slechts meegedeeld dat Marlin de mogelijkheden voor verkoop aan het onderzoeken was, maar niet wat dat precies inhield en ook niet dat al een ‘Confidential Information Package’ was gedeeld met maar liefst 36 partijen. Toen uiteindelijk advies werd gevraagd over de verkoop was het ‘Signing Protocol’ met de kopende partij reeds getekend.

Hieronder zal ik in paragraaf 5 ingaan op het moment waarop de ondernemingsraad betrokken moet worden in het besluitvormingsproces, hetgeen samenhangt met de wezenlijke invloed die de ondernemingsraad in dat proces moet kunnen uitoefenen. Eerst zal ik in paragraaf 4 ingaan op het adviesrecht van de ondernemingsraad bij de inhuur van een deskundige en de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 24 WOR. Ik zal in paragraaf 6 afsluiten met een conclusie.

4 Het adviesrecht bij het inhuren van een deskundige

Op grond van artikel 25 lid 1 onder n WOR heeft de ondernemingsraad een adviesrecht over het verstrekken en formuleren van een adviesopdracht aan deskundigen buiten de onderneming over een aangelegenheid genoemd in artikel 25 lid 1 WOR. Zo oordeelde de Ondernemingskamer in 2016 al dat een adviesopdracht aan een zakenbank valt onder het adviesrecht.[3] De achtergrond van dit adviesrecht is dat bij de keuze van de deskundige en het vaststellen van de (probleemstelling in de) adviesopdracht vaak al gedeeltelijk richting wordt gegeven aan het daaruit voortvloeiende, eveneens adviesplichtige, voorgenomen besluit. De praktijk leert dat een ondernemingsraad niet vaak het adviesrecht bij de inhuur van een deskundige krijgt en dat evenmin opeist.[4] Dit is op zichzelf niet alleen in strijd met artikel 25 lid 1 onder n WOR, maar is ook een gemiste kans, daar het – zoals Sprengers dat ook benoemt – een goed moment is om in overleg met de ondernemingsraad te treden over het maken van procesafspraken.[5] In de Uniface-zaak stond het adviesrecht van artikel 25 lid 1 onder n WOR op zichzelf niet ter discussie, maar de Ondernemingskamer oordeelde wel dat door het niet vragen van een advies er een belangrijke slag in de medezeggenschap is gemist. Daarmee zegt de Ondernemingskamer naar mijn mening niet dat in het latere adviestraject die slag niet kan worden ingehaald. Het later vragen van een advies kan echter in de beoordeling of het adviestraject zorgvuldig is vormgegeven wel een aspect zijn dat meeweegt. Overigens is het interessant om te zien dat het erop lijkt dat de Ondernemingskamer in de Uniface-zaak het inhuren van een advocaat ook onder het adviesrecht brengt, nu expliciet de adviesopdracht aan Loyens & Loeff wordt genoemd als een adviesopdracht die aan de

ondernemingsraad had moeten worden voorgelegd. Ik meen dat dat niet het geval zal zijn, daar dat te ver zou gaan. Zoals Rood en Verburg in dit kader betogen, zal het advies aan de advocaat zich in beginsel concentreren op de juridische voorvragen die in het kader van het voorgenomen besluit spelen.[6] De advocaat draagt – zo betogen zij – op juridisch gebied de bouwstenen aan voor de interne beraadslagingen van de ondernemer en hij is niet zelf de deskundige bij het nemen van een bepaald besluit. Ook Zaal meent dat het te ver zou gaan als het advies van de advocaat onder het adviesrecht van artikel 25 lid 1 onder n WOR zou vallen.[7] Met Rood en Verburg en Zaal ben ik het eens dat dit mogelijk anders ligt, indien de advocaat zich begeeft buiten zijn eigenlijke advocatuurlijke werkzaamheden.

5 Wezenlijke invloed

5.1 Inleiding

Een van de belangrijkste aspecten van artikel 25 WOR is dat het advies van wezenlijke invloed moet kunnen zijn bij het besluitvormingsproces van de ondernemer. Indien er geen sprake is van wezenlijke invloed stelt het adviesrecht weinig meer voor en is de rol van de ondernemingsraad uitgespeeld. Het is dan ook niet voor niets dat uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer blijkt dat een goed medezeggenschapstraject er in ieder geval voor dient te zorgen dat het advies van wezenlijke invloed kan zijn.[8] Daaruit vloeit onder andere voort dat de adviesaanvraag goed beargumenteerd dient te zijn en het voorgenomen besluit kan dragen, en dat de aanvraag ook voorzien is van de relevante onderliggende documentatie. Onderdeel daarvan zou in beginsel ook moeten zijn een toelichting waarom eventuele alternatieven voor het voorgenomen besluit niet aan de orde zijn, of waarom deze alternatieven niet zijn gevolgd.[9] Volgens de Ondernemingskamer is bepalend of de ondernemingsraad daadwerkelijk invloed heeft kunnen uitoefenen, hetgeen beoordeeld wordt aan de hand van de omstandigheden van het geval.[10] Een belangrijk element bij de beoordeling of er sprake is van het kunnen uitoefenen van wezenlijke invloed zal meestal ook zijn het moment dat de ondernemingsraad betrokken is bij het besluitvormingsproces. Hoe later de ondernemingsraad wordt betrokken bij het besluitvormingsproces, hoe minder invloed het advies van de ondernemingsraad over het algemeen zal kunnen hebben. Daar doet zich gelijk wel een spanningsveld voor, omdat de ondernemer de ondernemingsraad in de adviesaanvraag wel concreet moet kunnen informeren over het voorgenomen besluit en de gevolgen die dat voorgenomen besluit zal hebben. Hoe eerder de ondernemingsraad wordt betrokken in het besluitvormingsproces, hoe minder concreet en duidelijk met name de gevolgen van het voorgenomen besluit (ook voor de ondernemer) nog zullen zijn.

5.2 Overlegvergadering artikel 24 WOR/fasering adviestraject

Juist vanwege bovengenoemd spanningsveld is de tweede zin van artikel 24 lid 1 WOR geïntroduceerd, waardoor de ondernemer in de overlegvergadering mededeling moet doen over besluiten die hij in voorbereiding heeft tot aangelegenheden als bedoeld in de artikelen 25 en 27 WOR.[11] Waar artikel 24 WOR niet altijd een prominente rol inneemt, illustreert de Uniface-beschikking dat het niet juist uitvoering geven aan de aldaar genoemde verplichting consequenties kan hebben in het latere adviestraject. Ook hier geldt wel dat schending van artikel 24 lid 1 WOR niet automatisch tot gevolg heeft dat het latere besluit kennelijk onredelijk is, maar het is wel een aspect dat meegewogen wordt bij de beoordeling of de ondernemingsraad tijdig is betrokken. Uit de rechtspraak blijkt immers dat de Ondernemingskamer heeft gekozen voor de gedachte dat het erom gaat dat de ondernemingsraad zo tijdig mogelijk betrokken raakt, zodat er nog sprake is van wezenlijke invloed.[12]

In het artikel 24 WOR-overleg kunnen ook afspraken worden gemaakt over hoe en op welke wijze de ondernemingsraad in het latere proces betrokken zal worden. Zo kan er worden gedacht om het medezeggenschapstraject in fasen op te knippen. De Ondernemingskamer heeft al diverse malen uitgemaakt dat het geoorloofd is het adviestraject in verschillende fasen op te knippen. Sterker nog, op deze wijze kan er juist voor worden gezorgd dat de ondernemingsraad op een effectieve en tijdige wijze betrokken kan worden.[13] Partijen weten dan ook in het vervolg hoe zij met elkaar moeten omgaan, waarbij wel volgens de NCRV-beschikking geldt:[14] 'Fasering mag er niet toe leiden dat de ondernemer zich in de eerste fase van de besluitvorming op het standpunt stelt dat bedenkingen van de ondernemingsraad tegen het voorgenomen besluit of vragen met betrekking tot dit besluit "te vroeg" naar voren worden gebracht en in een latere fase aan de ondernemingsraad tegenwerpt dat die bedenkingen en vragen "te laat" komen, gelet op het reeds genomen (deel)besluit in een eerdere fase.' *5.3 Informatierecht*

In de Uniface-beschikking oordeelt de Ondernemingskamer terecht dat Uniface onvoldoende informatie heeft verschaft aan de ondernemingsraad, zodat de ondernemingsraad zijn adviesrecht onvoldoende heeft kunnen uitoefenen.[15] Als gekeken wordt naar het feitenrelaas, is deze conclusie niet verrassend, nu blijkt dat de adviesaanvraag zeer summier was, Uniface nimmer heeft gereageerd op de gedachten en zorgen van de ondernemingsraad die hij al voor het adviestraject kenbaar heeft gemaakt, en de ondernemer ook gedurende het adviestraject slechts met zeer beperkte informatie is gekomen. Uniface heeft tevens – ondanks het verzoek daartoe – de concept-koopovereenkomst niet overgelegd aan de ondernemingsraad, omdat deze overeenkomst volgens Uniface geen informatie bevatte die relevant was voor de rechten van de ondernemingsraad op grond van de WOR. Hier gaat de Ondernemingskamer niet in mee en oordeelt dat deze enkele mededeling van Uniface niet

volstaat om deze te onthouden aan de ondernemingsraad. Terecht stelt Berkhout dat het de ondernemingsraad is die bepaalt welke informatie hij nodig heeft en dat zonder nadere toelichting van de ondernemer een dergelijke overeenkomst verstrekt moet worden aan de ondernemingsraad.[16]

5.4 Een voorwaardelijke bepaling

Een ander belangrijk element in de Uniface-beschikking is hoe moet worden aangekeken tegen het Signing Protocol, zoals in deze zaak was overeengekomen, en dan met name de bepaling die zag op de rol van de ondernemingsraad. De tekst was als volgt: 'If (i) the Works Council fails to render its advice in respect of the Proposed Transaction within a period of 30 (...) calendar days from the date of such request, (ii) the Works Council renders a negative advice in respect of the Proposed Transaction (...), (each, a Negative Advice), then the Seller shall, or shall procure that the Company shall (...) as soon as reasonably practicable inform the Works Council in writing that the Parties nevertheless decided to proceed with the Proposed Transaction (...).'

Er kan mijns inziens geen discussie over bestaan dat deze bepaling ervoor zorgt dat de ondernemingsraad geen wezenlijke invloed meer kan uitoefenen. Er wordt immers gesteld dat ongeacht het advies van de ondernemingsraad het besluit toch genomen zal worden. Dat er in de overeenkomst nog wel een escape is opgenomen indien de Ondernemingskamer tot een andersluidend oordeel komt, wordt door de Ondernemingskamer vanzelfsprekend aan de kant geschoven. Het gaat er immers om dat het advies van de ondernemingsraad van wezenlijke invloed is op het moment dat het besluit door de ondernemer wordt genomen. Is dan elke voorwaardelijke bepaling in een overeenkomst die inhoudt dat de ondernemingsraad nog om advies gevraagd moet worden, niet acceptabel omdat de ondernemingsraad dan geen wezenlijke invloed meer kan uitoefenen? Deze vraag kan niet met een ja of nee worden beantwoord, daar het van de feiten en omstandigheden zal afhangen. In zijn algemeenheid meen ik dat de wezenlijke invloed in het gedrang komt indien de onderhandelingen feitelijk al hebben plaatsgevonden. Een voorwaarde in de overeenkomst zal dan theoretisch nog ruimte geven aan de invloed van de ondernemingsraad, maar dat zal in de praktijk toch van mindere betekenis zijn. De drempel ligt dan immers hoog om de onderhandelingen weer open te breken, nadat er mogelijk al allerlei compromissen zijn gesloten. Zeker in situaties waarbij het besluitvormingstraject – inclusief de voorbereidingen binnen de onderneming – al wat langere tijd heeft geduurd, zal van de ondernemer verwacht mogen worden dat hij de ondernemingsraad in een eerdere fase, al dan niet via artikel 24 WOR, betreft en goede afspraken maakt hoe het medezeggenschapstraject zal worden ingevuld. Het is immers de ondernemer die primair verantwoordelijk is voor een effectieve vormgeving van het medezeggenschapstraject.[17] Er kunnen echter situaties zijn waar de omstandigheden met

zich brengen dat de ondernemingsraad niet, althans zeer beperkt, betrokken wordt bij het besluitvormingsproces en dat het haast onvermijdelijk is dat er gewerkt wordt met een voorwaardelijke clause in een overeenkomst. Dit zal wat mij betreft wel de uitzondering zijn en enkel gelden voor specifieke situaties. Henrichs en Oostwouder menen dat in bepaalde omstandigheden een voorwaardelijke bepaling mogelijk is en dat daarmee de wezenlijke invloed van de ondernemingsraad niet tekort wordt gedaan.[18] Zij geven daarvoor een aantal randvoorwaarden, te weten (1) een commerciële noodzaak dat in stilte en in beperkte kring het besluit voorbereid en vastgelegd moet worden, (2) er nog geen definitief besluit is genomen, (3) in de overeenkomst uitdrukkelijk is bepaald dat partijen afhankelijk van het advies van de ondernemingsraad te goeder trouw opnieuw overleggen ('good faith negotiating obligation'), en (4) de ondernemingsraad in de voorfase betrokken wordt. De laatste voorwaarde is wat mij betreft de belangrijkste. Er is natuurlijk niets mis met de situatie waarbij in de voorfase afgesproken wordt met de ondernemingsraad dat er onderhandeld zal worden, maar dat er een voorbehoud wordt gemaakt, en het advies van de ondernemingsraad aanleiding zal kunnen zijn om weer te gaan overleggen. Commerciële redenen zullen mijns inziens niet snel als argument kunnen worden aangevoerd om de ondernemingsraad niet, althans niet tijdig te betrekken c.q. informeren. Los van de geheimhoudingsverplichting op grond van artikel 20 WOR, kunnen er met de ondernemingsraad allerlei afspraken worden gemaakt om voor eventuele bezwaren praktische oplossingen te vinden. In zijn noot bij de Uniface-beschikking komt Sterk tot het oordeel dat indien er een 'good faith negotiating obligation'-voorwaarde zou zijn opgenomen, de voorwaardelijke bepaling mogelijk wel geldig was geweest, althans dat die de wezenlijke invloed van de ondernemingsraad niet had beperkt.[19] Ik deel deze mening niet. Uitgangspunt zou moeten zijn dat het echt om uitzonderlijke situaties gaat, waarbij eerdere betrokkenheid van de ondernemingsraad simpelweg niet tot de mogelijkheden behoorde. Dat is naar mijn oordeel in de Uniface-uitspraak zeker niet het geval. Al ruim voor de adviesaanvraag hadden maar liefst 36 partijen een 'Confidential Information Package' ontvangen en toen het advies gevraagd werd, was er nog maar één partij en daar was al een overeenkomst mee gesloten. Ik zie niet in waarom de ondernemingsraad via artikel 24 WOR, maar ook anderszins, gelet op de bepalingen in artikel 25 WOR, niet betrokken had kunnen worden en waarom er niet bepaalde procesafspraken met de ondernemingsraad konden worden gemaakt. Ook Sprengers is deze mening toegedaan, waarbij hij eveneens wijst op het feit dat het eerst betrekken van de ondernemingsraad wanneer er allerlei partijen al zijn afgevallen, te laat is.[20] Feitelijk staat in die situatie dan al vast dat met de betreffende partij een overeenkomst zal worden gesloten en zijn eventuele alternatieven niet meer mogelijk.

6 Conclusie

Een van de belangrijkste onderdelen van het adviesrecht van de ondernemingsraad is dat het door hem te geven advies van wezenlijke invloed moet kunnen zijn op het door de ondernemer te nemen besluit. Dit betekent dat de ondernemingsraad tijdig en op een zorgvuldige wijze door de ondernemer betrokken dient te worden in het besluitvormingsproces. De ondernemer zal over het algemeen niet kunnen wachten tot er een concreet uitonderhandeld (voorgenomen) besluit is. Zeker wanneer het gaat om ingrijpende beslissingen waarvoor allerlei voorbereidingen plaatsvinden, zal dit met de ondernemingsraad moeten worden gedeeld. Daarbij dienen dan ook afspraken te worden gemaakt over hoe het medezeggenschapstraject wordt vormgegeven. Artikel 24 WOR verplicht hier ook toe. Ook het moment waarop deskundigen worden ingehuurd – en waar de ondernemingsraad een adviesrecht toekomt –, is een moment waarop nadere afspraken gemaakt kunnen worden. Het niet tijdig betrekken van de ondernemingsraad hoeft niet in elke situatie fataal voor de ondernemer te zijn, maar zoals de Uniface-beschikking laat zien, kan en zal het wel meegewogen worden bij de afweging of de ondernemer in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Conclusie is dan ook dat het voor een ondernemer van groot belang is om in een vroegtijdig stadium met de ondernemingsraad in overleg te treden over hoe het medezeggenschapstraject vorm wordt gegeven en op welke wijze de ondernemingsraad daarbij betrokken wordt.

Noten

[1] Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123.

[2] Het betrof adviesopdrachten aan Baird, Deloitte, L.E.K. en Loyens & Loeff.

[3] Hof Amsterdam (OK) 19 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4156.

[4] Zie gelijke constatering van Boelhouwer en Visser in hun annotatie bij de Uniface-beschikking in TAO 2017, afl. 4, par. 3.1.

[5] L.C.J. Sprengers, Annotaties, AR Updates 2018/1 pag 42

[6] L.G. Verburg, Rood's Wet op de ondernemingsraden, Deventer: Kluwer 2013, p 304.

[7] Zie noot I. Zaal, TRA 2017/103.

[8] HR 7 oktober 1998, JAR 1998/251 (NS Reizigers); Hof Amsterdam (OK) 20 januari 2011, JAR 2011/69 m.nt. E. Knipschild; Hof Amsterdam (OK) 19 oktober 2001, JAR 2001/235.

[9] Hof Amsterdam (OK) 21 april 2010, JAR 2010/120 (Stichting Maliebaan).

[10] HR 7 oktober 1998, JAR 1998/251 (NS Reizigers).

[11] Kamerstukken II 1996/97, 24615, 52.

[12] Rood/Verburg 2013, p. 264; Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2007, ROR 2007/16 en JAR 2007/67.

[13] Hof Amsterdam (OK) 13 november 1986, ROR 1986/28; Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2335.

[14] Hof Amsterdam (OK) 19 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9689, JAR 2013/155 m.nt. I. Zaal. Hof Amsterdam (OK) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451

[15] Zie voor een nadere beschouwing over het informatierecht C. Nekeman & E. Knipschild, Het recht op informatie en de plicht tot geheimhouding van de ondernemingsraad, ArbeidsRecht 2007/49.

[16] Zie noot D.F. Berkhout bij de Uniface-beschikking in JOR 2017/292.

[17] Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2011, JAR 2011/239; Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5261.

[18] E.J. Henrichs & L.S. Oostwouder, Voorwaardelijke besluitvorming en de norm van wezenlijke invloed van artikel 25 lid 2 WOR, ArbeidsRecht 2014/3.

[19] Zie noot S.J. Sterk bij de Uniface-beschikking in JAR 2017/285.

[20] Sprengers 2018, p. 44.

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad Uniface B.V./Uniface B.V. en tegen M4 Global Solutions Holding B.V. en Marlin Equity Partners, LLC

Besluit tot verkoop van aandelen onredelijk doordat OR in voortraject geen wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen op het voorgenomen besluit.

Feiten

Uniface is een leverancier van een bedrijfssoftware-applicatietool. Zij heeft werkmaatschappijen over de hele wereld. M4 Global Solutions Holding houdt alle aandelen in Uniface. De aandelen in M4 Global Solutions Holding worden gehouden door M4 Global Solutions Holding Coöperatief. Marlin is de uiteindelijk belanghebbende achter deze coöperatie. Op 26 april 2017 hebben M4 Global Solutions Holding als verkoper en Unite HoldCo als koper een 'Signing Protocol' gesloten met betrekking tot de overdracht van de aandelen in Uniface. Op 28 april 2017 heeft Uniface aan de ondernemingsraad advies gevraagd over een voorgenomen besluit dat ziet op 'the direct or indirect change of control' van Uniface en daarmee samenhangende voorgenomen besluiten met betrekking tot een kredietarrangement met investeringspartijen en de vestiging van pandrechten op onder meer aandelen in Uniface. Uniface heeft de ondernemingsraad verzocht binnen vier weken advies uit te brengen. Bij de aanvraag zijn geen onderliggende stukken gevoegd. Op 23 juni 2017 heeft de ondernemingsraad een negatief advies uitgebracht. Aan dit advies ligt in de kern ten grondslag dat (1) de ondernemingsraad geen wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen op het voorgenomen besluit, (2) de ondernemingsraad ten onrechte niet om advies is gevraagd met betrekking tot de adviesopdrachten aan Baird, Deloitte, L.E.K. en Loyens & Loeff, (3) voorafgaand aan de adviesaanvraag geen tijdig overleg op de voet van artikel 24 lid 1 WOR met de ondernemingsraad heeft plaatsgevonden, (4) de adviesaanvraag niet naar behoren is gedocumenteerd en gemotiveerd, (5) aan de ondernemingsraad ontoereikende informatie is versterkt en (6) het medezeggenschapstraject onzorgvuldig is verlopen. Uniface heeft op 5 juli 2017 aan de ondernemingsraad bekend gemaakt dat Marlin diezelfde dag het besluit heeft

genomen.

Oordeel

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt.

Geen wezenlijke invloed kunnen uitoefenen

De ondernemingsraad heeft terecht gesteld dat hij geen wezenlijke invloed op het besluit heeft kunnen uitoefenen. Aan dit oordeel liggen de volgende overwegingen ten grondslag. Aan de ondernemingsraad is geen advies gevraagd ten aanzien van het geven van adviesopdrachten aan Baird, Deloitte, L.E.K. en aan Loyens & Loeff. Daarmee was al een belangrijke slag in de medezeggenschap gemist in het kader van de voorbereiding van een (eventuele) verkoop van Uniface. Met betrekking tot de stelling van verweersters dat de ondernemingsraad op de hoogte moet zijn geweest van de betrokkenheid van deskundigen overweegt de Ondernemingskamer nog dat wat daarvan ook zij, het aan verweersters is om het medezeggenschapstraject correct vorm te geven (zie ook hierna). Toen de ondernemingsraad in december 2016 zijn 'Assessment Points' aan Uniface heeft doen toekomen, was het veilingproces in feite al in volle gang, zonder dat de ondernemingsraad daarvan voldoende op de hoogte was gesteld. In de overlegvergadering van 26 september 2016 was aan de ondernemingsraad slechts medegedeeld dat Marlin de mogelijkheden voor een verkoop aan het onderzoeken was en dat het proces in een 'early stage' verkeerde. Uit het voorgaande blijkt dat verweersters artikel 24 lid 1 van de WOR in het kader van de advisering hebben geschonden. Niet is gebleken dat er daadwerkelijk inhoudelijke mededelingen over het besluit dat werd voorbereid in het kader van de overdracht van de zeggenschap in de genoemde overlegvergaderingen – of daarbuiten – zijn gedaan. Evenmin is gebleken dat er afspraken zijn gemaakt over het tijdstip en de wijze waarop de ondernemingsraad in de besluitvorming zou worden betrokken. Daarnaast is de Ondernemingskamer van oordeel dat verweersters ontoereikende informatie hebben verstrekt met het oog op een goed verloop van de medezeggenschap. Het achteraf geven van deze informatie en het beantwoorden van vragen was – mede gelet op de aanvankelijk gestelde reactietermijn – in dit geval niet afdoende om de gebrekkige adviesaanvraag te kunnen helen. In het onderhavige geval klemmt dat te meer nu verweersters voorafgaand aan de adviesaanvraag geen relevante informatie aan de ondernemingsraad hadden verstrekt, geen inhoudelijke reactie hebben gegeven op de 'Assessment Points' van de ondernemingsraad en bovendien het voorschrift van artikel 24 lid 1 WOR hebben geschonden. Tot slot overweegt de Ondernemingskamer dat niet duidelijk is waarom de concept-koopovereenkomst in het kader van de adviesaanvraag niet met de ondernemingsraad is gedeeld. De enkele mededeling van verweersters dat die koopovereenkomst geen informatie bevat die relevant is voor de rechten van de

ondernemingsraad op grond van de WOR volstaat in dat kader niet. De slotsom luidt dat het verzoek voor recht te verklaren dat Uniface, M4 Global Solutions Holding, M4 Global Solutions Coöperatief en Marlin bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit van 5 juli 2017, zal worden toegewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4123

Zaaknummer: 200.219.499/01 OK

Rechters: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, R.M. Beltzer, A.J. Wolfs, G. Boon en S. ten Have

Advocaten: S.F.H. Jellinghaus, K.M.J.R. Maessen, A.A. de Jong, K. Wiersma en Y. el Harchaoui

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

Aquapro

Geschil naar aanleiding van een bedrijfsovername wegens beweerdelijk onjuiste, onvolledige en/of misleidende garanties. De rechtbank oordeelt dat sprake is van een inbreuk op een aantal van de aangevoerde garanties en wijst de vorderingen gedeeltelijk toe.

Deze uitspraak heeft betrekking op twee zaken. De eerste zaak betreft een geschil tussen Aquapro B.V. ('Aquapro'), eiseres, en Ricon B.V. ('Ricon') en gedaagde sub 2 ('gedaagde 2'). De tweede zaak betreft een geschil tussen Aquapro en De Hooge Waerder Alkmaar B.V. ('DHW'), Jedo Advies & Beheer B.V. ('Jedo') en gedaagde sub 3 ('gedaagde 3').

Ricon was enig aandeelhouder in het kapitaal van Riako Compressoren B.V. ('Riako'). Gedaagde 2 is bestuurder en enig aandeelhouder in het kapitaal van Ricon. Riako hield zich, tot haar faillissement in 2016, bezig met de handel in en het uitvoeren van reparaties aan compressoren. Aquapro deed vanaf 2006 zaken met Riako, waarbij Riako drogers afnam van een dochtervennootschap van Aquapro. Gedaagde 3 is via zijn vennootschap Jedo als accountant verbonden aan Ricon en Riako. In december 2014 hebben partijen gesproken over een potentiële koop door Aquapro van de door Ricon gehouden aandelen in Riako. Vanwege deze gesprekken zijn een aantal documenten ter inzage aan Aquapro verstrekt. Uiteindelijk komt dezelfde maand nog een koopovereenkomst tot stand, waarbij de overdrachtswaarde wordt bepaald per 1 januari 2015. Voorts wordt door de verkoper een aantal garanties afgegeven. In de koopovereenkomst is opgenomen dat de verstrekte garanties een invulling vormen van het bepaalde in artikel 7:17 BW en dat de afgegeven garanties op de overdrachtsdatum juist, volledig en niet misleidend zijn. Op enig moment is Aquapro van mening dat een aantal afgegeven garanties onjuist, onvolledig en/of misleidend is.

Aquapro vordert onder meer schadevergoeding en een verklaring voor recht dat de gedragingen van Ricon en gedaagde 2 een tekortkoming, een onrechtmatige daad, dan wel een schending van artikel 2:249 BW opleveren. In de tweede zaak vordert Aquapro veroordeling van DHW tot schadevergoeding en een verklaring voor recht dat de gedragingen van gedaagde 3 een onrechtmatige daad opleveren, die aan gedaagde 3, en/of Jedo en/of DHW kan worden

toegerekend.

De rechtbank behandelt de garanties één voor één en gaat per aangevoerde garantie in op de vraag of sprake is van een inbreuk, en zo ja of een beroep daarop in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid. Uiteindelijk komt de rechtbank tot de conclusie dat sprake is van een inbreuk op een aantal van de aangevoerde garanties, in het bijzonder een inbreuk op: (i) de belastinggarantie, (ii) de garantie inzake de achterstand in de betaling van de pensioenverplichtingen van de werknemers van Riako, (iii) de garantie inzake het bestaan van leaseovereenkomsten voor compressoren en (iv) het niet noemen van een werknemer in de verkoopdocumentatie. Op basis hiervan oordeelt de rechtbank dat Ricon tekort is geschoten in de nakoming van de koopovereenkomst. De overige vorderingen in de eerste zaak worden afgewezen. De rechtbank wijst de vorderingen in de tweede zaak af omdat deze deels overlappen met de verwijten die Aquapro Ricon heeft gemaakt. Voor het overige is Aquapro er niet in geslaagd om (i) causaal verband aan te tonen van de gestelde onrechtmatige gedraging en (ii) te bewijzen dat gedaagde 3 op de hoogte was van een belastingschuld van Riako.

In de eerste zaak wijst de rechtbank de vorderingen gedeeltelijk toe en verklaart de rechtbank voor recht dat Ricon tekort is geschoten in de nakoming van de koopovereenkomst en veroordeelt Ricon tot vergoeding aan Aquapro van de door haar geleden schade. In de tweede zaak wijst de rechtbank de vordering van Aquapro af.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 11-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:2942

Zaaknummer: C/15/244741

Rechters: A.K. Korteweg, E. Kanninga-Jonker en M.E. Coenraads

Advocaten: E.J. Bink, A. de Groot en F.C.M. van der Velden

Wetsartikelen: 6:74 BW, 6:162 BW, 7:17 BW en 7:47 BW

RECHTSPRAAK

Vastgoed B.V./Stichting en X

Vordering van de verhuurder tegen een stichting en haar enig bestuurder tot betaling van achterstallige huurpenningen. Het hof wijst de vordering tegen de stichting toe, maar oordeelt dat er onvoldoende onderbouwing is voor toewijzing van de vordering jegens de bestuurder.

Geïntimeerde ('X') richt een stichting op en is enig bestuurder van die stichting. De stichting exploiteert een museum waar de privécollectie van X, bestaande uit voornamelijk objecten van het merk Mercedes, wordt tentoongesteld. Teneinde het museum te exploiteren gaat de stichting een huurovereenkomst aan met Vastgoed B.V. ter zake waarvan de stichting een bedrijfsruimte huurt. In de loop der jaren bouwt de stichting een achterstand op in de betaling van de huur. Aangezien betaling uitblijft legt Vastgoed B.V. ongeveer een jaar later conservatoir beslag op de collectie en inventaris van de Stichting en van X. In deze procedure vordert Vastgoed B.V. betaling van de onbetaalde huur van de Stichting en van X in privé.

De kantonrechter veroordeelde de stichting tot betaling van de achterstallige huurpenningen, en wees het beroep van Vastgoed B.V. op vereenzelviging van X met de Stichting, danwel op een onrechtmatige daad van X jegens Vastgoed B.V. af. Daartegen richt zich het hoger beroep. Vastgoed B.V. stelt zich op het standpunt dat X en de stichting zodanig zijn verweven dat sprake is van misbruik van identiteitsverschil door X, waardoor hij op grond van vereenzelviging aansprakelijk zou zijn jegens Vastgoed B.V. voor de onbetaalde huur.

Het hof wijst deze vordering van Vastgoed B.V. af, omdat het beroep op vereenzelviging niet met concrete feiten en/of bescheiden is onderbouwd. Meer in het bijzonder heeft Vastgoed B.V. niet gesteld dat hij bij het aangaan van de huurovereenkomst onbekend was met het feit dat de tentoongestelde objecten in eigendom waren van X of dat X de suggestie heeft gewekt dat de tentoongestelde objecten in eigendom waren van de stichting.

Vervolgens stelt Vastgoed B.V. zich op het standpunt dat X in privé aansprakelijk is voor de onbetaalde huur, omdat hem in hoedanigheid als bestuurder van de stichting een ernstig

verwijt valt te maken; hij behoorde te weten dat op het moment van aangaan van de huurovereenkomst de stichting haar verplichtingen onder deze huurovereenkomst niet kon nakomen en dat de stichting geen bezittingen had en dus geen verhaal kon bieden jegens Vastgoed B.V. X zou zich volgens Vastgoed B.V. tevens schuldig hebben gemaakt aan selectieve betaling door andere schuldeisers wel te betalen, maar de verplichtingen jegens Vastgoed B.V. onbetaald te laten.

Volgens het hof schiet Vastgoed B.V. ook op dit punt tekort in haar onderbouwing. Hoewel X en de stichting niet hebben betwist dat de stichting geen bezittingen heeft, is dat in de gegeven omstandigheden onvoldoende om persoonlijke aansprakelijkheid van X aan te nemen, aldus het hof. Over alle tentoongestelde objecten kon de stichting om niet beschikken. In die situatie hangt het verdere verloop van het museum af van het feit in hoeverre een sluitende exploitatie bereikt kan worden. Vastgoed B.V. heeft volgens het hof onvoldoende onderbouwd dat X wist of behoorde te weten dat er geen sluitende exploitatie van het museum bereikt kon worden.

Tevens heeft Vastgoed B.V. geen feitelijke gegevens over de financiële omstandigheden van de stichting vermeld, waardoor volgens het hof een beroep op selectieve wanbetaling onvoldoende is onderbouwd.

Het hof wijst de vordering van Vastgoed B.V. ten aanzien van de persoonlijke aansprakelijkheid van X af, en bekrachtigt de uitspraak van de kantonrechter voor het overige.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:1510

Zaaknummer: 200.191.139_01

Rechters: B.A. Meulenbroek, M.G.W.M. Stienissen en R.J.M. Cremers

Advocaten: L.G.M. Delahaije en H.J.M. Smelt

Wetsartikelen: 6:612 BW

RECHTSPRAAK

Malciwi

Geschil tussen een pensioenvereniging en een pensioenfonds over de benoeming van de vertegenwoordigers van de pensioengerechtigden in het bestuur. De voorzieningenrechter wijst de vordering van de vereniging tot het accepteren van de voorgedragen kandidaat toe.

Eiseres ('Vereniging') is een vereniging van gepensioneerden die de belangen behartigt van haar leden ten aanzien van pensioenaanspraken en pensioenrechten verworven bij gedaagde ('Pensioenfonds'). Artikel 9 van de statuten van het Pensioenfonds bepaalt dat het bestuur van het Pensioenfonds onder meer moet bestaan uit twee door de pensioengerechtigden gekozen bestuurders. Deze bestuursfuncties zijn op dit moment vacant. De benoeming van de vertegenwoordigers van de pensioengerechtigden door het bestuur vindt plaats na verkiezingen door de pensioengerechtigden op basis van het door het bestuur opgestelde verkiezingsreglement. Op grond van artikel 5 van het verkiezingsreglement toetst de door het Pensioenfonds benoemde verkiezingscommissie voorafgaand aan de verkiezingen of een kandidaat voldoet aan het door het bestuur opgestelde functieprofiel. De Vereniging heeft twee kandidaten voorgedragen voor de vacature van bestuurder: A en B. Het Pensioenfonds heeft laten weten de door de Vereniging voorgedragen kandidaten niet geschikt te vinden en weigert de kandidaten op de kandidatenlijst te zetten. In deze kort-gedingprocedure vordert de Vereniging onder meer dat het Pensioenfonds wordt geboden kandidaat A te accepteren.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het zittend bestuur in een Pensioenfonds in beginsel op grond van de Pensioenwet ruime vrijheid heeft bij het beoordelen of een voorgedragen kandidaat bestuurder voldoet aan het opgestelde functieprofiel. Deze vrijheid kan echter begrensd worden door de situatie waarin het oordeel dat niet aan het profiel wordt voldaan, is gebaseerd op feiten en omstandigheden die niet juist zijn of die dit oordeel naar objectieve maatstaven bezien niet kunnen dragen. Deze situatie doet zich naar het oordeel van de voorzieningenrechter in het onderhavige geval voor; het oordeel tot afwijzing van de kandidatuur van A is gebaseerd op onjuiste feiten.

De voorzieningenrechter gebiedt het Pensioenfonds A als kandidaat bestuurder te accepteren.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 30-03-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:1353

Zaaknummer: C/16/454533 / KG ZA 18-67

Rechters: F.C. Burgers

Advocaten: A.G. van Marwijk Kooy en E. Lutjens

RECHTSPRAAK

TMF

Vordering van de investeerders in een gestrand onroerendgoedproject tegen twee trustmaatschappijen tot betaling van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelt dat uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, volgt dat het beginsel van collectieve aansprakelijkheid niet geldt bij externe bestuurdersaansprakelijkheid. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat niet-naleving van wettelijke voorschriften ter bescherming van beleggers niet meebrengt dat een persoonlijk ernstig verwijt gegeven is.

Verweerster in cassatie sub 1 ('TMF'), een trustmaatschappij, was bestuurder van een aantal vennootschappen (de 'projectvennootschappen') opgericht voor een project betreffende de realisatie van een resort met hotels en appartementen in de Dominicaanse Republiek ('het project'). Van sommige projectvennootschappen was TMF enig bestuurder, van andere projectvennootschappen was TMF bestuurder samen met de betrokkene (de 'betrokkene'). De betrokkene was eveneens (indirect) aandeelhouder van de projectvennootschappen en had daardoor veel zeggenschap. De betrokkene was de geestelijk vader en initiator van het project, TMF verrichtte slechts administratieve werkzaamheden. Derde partijen konden op verschillende manieren als belegger investeren in het project. Eisers tot cassatie hebben allemaal geïnvesteerd in het project middels het kopen van aandelen in één of meer van de projectvennootschappen. Uiteindelijk is het project niet doorgegaan, waardoor eisers schade hebben geleden.

In het onderhavige geding vorderen eisers betaling van schadevergoeding door TMF voor de geleden schade op grond van artikel 6:162 BW. Eisers stellen dat TMF als (mede)bestuurder van de projectvennootschappen niet heeft voorkomen dat deze vennootschappen in strijd handelden met het bepaalde in artikel 3 en 7 (oud) Wte 1995 inzake de prospectus- en vergunningsplicht. Rechtbank en het hof hebben de vorderingen van de eisers afgewezen. De Hoge Raad heeft destijds het arrest vernietigd en terugverwezen.

Het hof heeft het geschil opnieuw beoordeeld en de vorderingen van eisers nogmaals afgewezen. Het hof was van oordeel dat geen sprake is van een aan TMF specifiek toebedeelde taak; TMF was slechts verantwoordelijk voor de registratie van de inschrijvingen en het versturen van aandeelbewijzen. TMF heeft zich in geen enkel opzicht bemoeid met de aanbidding en verkoop van de aandelen in de projectvennootschappen in Nederland, zodat het handelen van TMF volgens het hof niet kwalificeert als persoonlijk onzorgvuldig handelen jegens de eisers. In cassatie klagen eisers dat ook bij aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW geldt dat in beginsel alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan één of meer andere bestuurders zijn toebedeeld, tot de taak van iedere bestuurder behoren, en dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken.

De Hoge Raad memoreert aan de maatstaf voor externe bestuurdersaansprakelijkheid uit de arresten *Ontvanger/Roelofsen*, *HezemansAir* en *RCI*, waaruit volgt dat vereist is dat een bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, hetgeen onverkort geldt als een trustmaatschappij als bestuurder optreedt. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid, behoudens bij toepassing van artikel 2:11 BW, voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit handelen (waaronder is begrepen nalaten) aan hem kan worden toegerekend.

Eisers voeren in cassatie verder aan dat de niet-naleving van de wettelijke voorschriften ter bescherming van beleggers (art. 3 en 7 (oud) Wte 1995), eerder dan bij andere normschendingen aansprakelijkheid van iedere bestuurder met zich meebrengt en dat het persoonlijk ernstig verwijt daarmee gegeven is. Te dien aanzien overweegt de Hoge Raad dat ook als een vennootschap wettelijke voorschriften ter bescherming van het belegend publiek schendt, voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van die vennootschap jegens derden, het hiervoor genoemde vereiste van een ernstig verwijt geldt. Daarmee verdraagt zich niet, zo vervolgt de Hoge Raad, dat in dat geval de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 6:162 BW wordt aangenomen zonder dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt, of dat die aansprakelijkheid wordt aangenomen op grond van een vermoeden van een persoonlijk ernstig verwijt.

Tot slot klagen de eisers over de verwerping door het hof van de stelling dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijtbaar nalaten van TMF doordat zij niet erop heeft toegezien dat de projectvennootschappen waarvan zij (mede)bestuurder was, de toepasselijke Nederlandse regelgeving naleefden. In het specifieke geval gaat het om aansprakelijkheid voor het niet houden van voldoende toezicht op de taakuitoefening van de betrokkene, aan wie de

gewraakte taken waren toebedeeld. De Hoge Raad overweegt dat op zichzelf juist is dat ook het houden van onvoldoende toezicht op de uitoefening van een taak door een medebestuurder onder omstandigheden persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder kan meebrengen, en dat het hof dit niet heeft miskend. In aanmerking nemende dat niet gebleken is dat TMF andere dan administratieve werkzaamheden heeft verricht, heeft het hof geoordeeld dat TMF niet persoonlijk een ernstig verwijt ervan kan worden gemaakt dat zij niet actief erop heeft toegezien dat de vennootschappen de artikelen 3 en 7 (oud) Wte 1995 naleefden. Volgens de Hoge Raad geeft dat oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting noch is het onbegrijpelijk.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 30-03-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:470

Zaaknummer: 16/06014

Rechters: E.J. Numann, G. Snijders, T.H. den Tanja-van Broek, M.J. Kroeze en C.H. Sieburgh

Advocaten: D. Rijpma en B.T.M. van der Wiel

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:162 BW, 3 (oud) Wte 1995 en 7 (oud) Wte 1995

RECHTSPRAAK

A/Finraad

Uitleg van een overeenkomst inhoudende vergoedingen voor een terugtrekkende bestuurder die wel aanblijft als commissaris en adviseur.

Eiser in deze procedure ('A') vormde samen met drie anderen het bestuur van gedaagde Bureau Valstar-Simonis B.V. ('Valstar'). Tweede gedaagde Finraad II B.V. ('Finraad') is enig aandeelhouder van Valstar. Op een gegeven moment is overeengekomen dat A Valstar zal verlaten, maar nog wel betrokken zal blijven als commissaris en adviseur. Tussen partijen is een management buy-out overeengekomen. Onderdeel hiervan was de afspraak dat een deel van de uitkoopsom aan A verschuldigd blijft via een achtergestelde lening. Bovendien is overeengekomen dat A de functie van commissaris en adviseur zal blijven uitoefenen tot 2020. Voor deze functie ontving A een onkostenvergoeding bestaande uit een acquisitievergoeding voor onder meer een lidmaatschap bij een golfsociëteit, autokosten en overige te specificeren onkosten. Aan deze onkostenvergoedingen was een maximum verbonden.

A heeft tevens privé geïnvesteerd in een groep vennootschappen die hun bedrijf maakten van het opslaan van data in bunkers ('Dataprotectorgroep'). Tevens heeft A een lening verstrekt aan de Dataprotectorgroep, met als doel om meer werk voor Valstar te creëren. Facturen van Valstar aan de Dataprotectorgroep werden echter niet voldaan. Nadat A was teruggetreden als bestuurder van Valstar heeft A een volmacht verkregen om de problemen met Dataprotectorgroep op te lossen. A heeft verschillende juridische procedures gevoerd, die er – mede door het faillissement van Dataprotectorgroep – niet toe hebben geleid dat Valstar of Finraad enige opbrengst hebben ontvangen. Naderhand is discussie ontstaan tussen Valstar en A over het voldoen van onder meer de declaraties van de door A ingeschakelde advocaat, maar ook over overige onkostenposten. A vordert in deze procedure onder meer Valstar en Finraad te veroordelen tot het voldoen van de declaraties en het betalen van een vaste onkostenvergoeding omdat A stelt daar recht op te hebben. Bovendien stelt A dat de declaraties van de advocaten zien op werkzaamheden die zij ten behoeve van Valstar en Finraad hebben verricht.

De rechtbank volgt A niet in zijn uitleg van de overeenkomst en oordeelt dat de facturen die zien op de advocaatkosten niet voldoende gespecificeerd zijn om daaruit af te leiden welke werkzaamheden voor wie verricht zijn. Bovendien is tussen partijen geen vaste onkostenvergoeding overeengekomen, aldus de rechtbank.

De rechtbank wijst de vorderingen van A af.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 28-03-2018

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:4192

Zaaknummer: C/09/528681 / HA ZA 17-282

Rechters: J.S. Honée

Advocaten: J.H. Pelle en J.J. Wittekamp

Wetsartikelen: 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Ontbinding vof

Procedure tussen voormalige vennoten in een uitvaartonderneming na de beëindiging van de vof over de in het contract opgenomen opzegtermijn en het concurrentiebeding. De rechtbank leidt uit de feitelijke gedragingen van partijen af dat zij de vof niet per begin 2015 hebben willen ontbinden, zodat het concurrentiebeding niet is geschonden, en stelt tussentijds beroep open in verband met het belang van de datum van ontbinding voor de verdeling.

Eiser en gedaagden zijn in 2012 een vof aangegaan onder de naam Uitvaart XX ('de vof'). Destijds is een overeenkomst opgesteld, waarin de samenwerking is geregeld ('het contract'). In het contract zijn onder meer een concurrentiebeding en een opzegtermijn opgenomen. Eiser en gedaagde hebben op 15 januari 2015 de vof laten uitschrijven bij de Kamer van Koophandel (KvK), waar geregistreerd staat dat de vof per 1 januari 2015 is ontbonden. De samenwerking is echter doorgegaan en de gemeenschappelijke bankrekening is ook gehandhaafd. Nadat gedaagde een voorstel heeft gedaan om de samenwerking te beëindigen, heeft eiser laten weten dat het contract nooit is opgezegd en dat, indien gedaagde de samenwerking wil beëindigen, hij de opzegtermijn in acht moet nemen, eiser recht heeft op voortzetting van de onderneming en gedaagde rekening moet houden met het concurrentiebeding.

Eiser vordert kort gezegd een verklaring voor recht dat gedaagde in strijd handelt met het concurrentiebeding, te bepalen dat gedaagde daardoor schadelijc c.q. aansprakelijk is, hem te veroordelen tot betaling van verschillende openstaande bedragen en tot meewerken aan een scheiding en deling van de vof. Gedaagde betwist dat de vof na 1 januari 2015 heeft voortbestaan, dat hij het contract heeft ondertekend, dat een concurrentiebeding is overeengekomen en dat hij eenzijdig de vof zou hebben opgezegd. Gedaagde vordert in reconventie onder meer een verklaring voor recht dat de vof per 1 januari 2015 is ontbonden.

De rechtbank overweegt dat een vof wordt ontbonden door opzegging van een vennoot aan de andere vennoot (art. 7A:1863 BW), dat daarvan per vennootschapscontract kan worden

afgeweken en dat vennoten ook onderling ontbinding kunnen overeenkomen. De rechtbank constateert dat het hier gaat om de vraag of partijen gezamenlijk zijn overeengekomen de vof per 1 januari 2015 te ontbinden, zoals gedaagde stelt. De enkele omstandigheid dat de vof is uitgeschreven uit het handelsregister, is daarvoor niet bepalend. Of partijen dit zijn overeengekomen moet (onder meer) worden bepaald aan de hand van de wilsvertrouwensleer, zoals neergelegd in de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Hierbij kan het gedrag van partijen bij de uitvoering van de overeenkomst aanwijzingen bieden omtrent de wijze waarop zij hun afspraak hebben opgevat c.q. omtrent hetgeen zij met hun afspraak hebben beoogd. De rechtbank leidt uit de feitelijke gedragingen van partijen, waaronder voorzetting van de samenwerking onder dezelfde naam, waarbij gebruik werd gemaakt van hetzelfde telefoonnummer, dezelfde postbus en website, af dat partijen niet zijn overeengekomen de vof per 1 januari 2015 te ontbinden.

Omdat partijen er beiden vanuitgaan dat de vof in ieder geval per 1 januari 2016 is ontbonden, neemt de rechtbank dat ook aan. De rechtbank oordeelt voorts dat het concurrentiebeding niet is geschonden, omdat het beding voorschrijft dat er sprake dient te zijn van voortzetting van de onderneming, waarvan hier geen sprake is. Nu de vof is ontbonden, zal deze moeten worden vereffend en vervolgens worden verdeeld. De rechtbank stelt partijen in de gelegenheid een deskundige te benoemen die de omvang van de vof per 1 januari 2016 kan beschrijven en een voorstel tot verdeling kan doen. Nu de datum van de ontbinding van de vof ook bepalend is voor de verdeling, ziet de rechtbank aanleiding om alvorens tot de verdeling over te gaan en een deskundige te benoemen, partijen in de gelegenheid te stellen hoger beroep in te dienen tegen dit tussenvonnissen.

De rechtbank houdt iedere beslissing verder aan.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 28-03-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2018:1045

Zaaknummer: C/19/118162

Rechters: S.M. Schothorst

Advocaten: H. den Beesten en J.J.L.M. Johannik

Wetsartikelen: 7A:1863 BW, 3:33 BW en 3:35 BW

RECHTSPRAAK

Declaraties

Een advocatenkantoor spreekt de enig bestuurder-groootaandeelhouder van haar cliënte aan wegens onbetaald gebleven facturen op grond van verhaalsfrustratie. Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt treft, omdat hij zonder kenbare reden heeft verhinderd dat de declaraties werden betaald.

In deze zaak gaat het om de vraag of geïntimeerde ('de bestuurder') als direct dan wel indirect bestuurder van twee vennootschappen naast de vennootschappen aansprakelijk is jegens appellante ('het advocatenkantoor') voor het onbetaald en onverhaalbaar blijven van de facturen van het advocatenkantoor. Verhaal op de betrokken vennootschappen bleek tot dusver niet mogelijk, zodat het advocatenkantoor haar pijlen thans richt op de (indirect) bestuurder, in privé. De rechtbank overwoog in eerste aanleg dat de bestuurder niet heeft weersproken dat uit de gedeponeerde jaarrekening van de betrokken vennootschappen volgt dat zij niet zelfstandig in staat waren aan hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst met het advocatenkantoor te voldoen, en dat beide vennootschappen geen verhaal boden. De rechtbank heeft echter het verweer van de bestuurder gehonoreerd dat hij gegronde reden had om aan te nemen dat de vorderingen uiteindelijk zouden kunnen worden voldaan uit een reeds ingestelde miljoenenvordering op het moment van contracteren met het advocatenkantoor. Om die reden is volgens de rechtbank geen sprake van een persoonlijk ernstig verwijt. Daartegen richt zich het hoger beroep.

Het hof oordeelt dat onvoldoende vaststaat dat ten tijde van de opdrachtverlening aan het advocatenkantoor sprake was van een situatie dat betaling door de vennootschap, niet zou plaatsvinden wanneer de voornoemde procedure geen succes zou hebben, de vennootschap om die reden niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Naar het oordeel van het hof, maakt het enkele feit dat de financiële positie van de vennootschap op dat moment 'kwetsbaar' was, zoals de bestuurder zelf stelt, bij gebreken van bijkomende omstandigheden nog niet dat de bestuurder, ook een persoonlijk ernstig verwijt treft wegens het niet-voldoen van de facturen. Van een Beklamel-situatie was daarom geen sprake.

Het hof is echter met het advocatenkantoor van oordeel dat de bestuurder niettemin persoonlijk aansprakelijk is wegens verhaalsfrustratie, en overweegt dat op de bestuurder in dit geval – als degene die volledige zeggenschap over de vennootschap uitoefent – de stelplicht en bewijslast rust om te stellen en te bewijzen dat de vennootschap niet in staat is om de declaraties van het advocatenkantoor te voldoen. Een omkering van de bewijslast is in dit geval volgens het hof gerechtvaardigd, omdat de bestuurder bij uitstek degene is die inzicht heeft in, en toegang heeft tot, stukken met betrekking tot de financiële situatie van de vennootschap (HR 2 april 1992, *NJ* 1992/4111 *Van Wanning/Van der Vliet*). De bestuurder heeft in hoger beroep echter geen nadere stukken overlegd die kunnen onderbouwen dat de vennootschap geen (toegang tot) de middelen heeft om de schulden aan het advocatenkantoor te voldoen en heeft ook geen aanknopingspunten aangedragen. Integendeel, de bestuurder heeft juist expliciet de stelling van het advocatenkantoor betwist dat de financiële situatie van de vennootschap uiterst slecht is en de vennootschap geen verhaal zou bieden, terwijl hij ter zitting van het hof op dit punt ook geen helderheid wil verschaffen. Op grond hiervan oordeelt het hof dat hij zonder kenbare reden verhindert dat de vennootschap declaraties van het advocatenkantoor voldoet, waarmee sprake is van betalingsonwil. Dit levert een persoonlijk ernstig verwijt van de bestuurder op jegens het advocatenkantoor als crediteur.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 27-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GDHA:2018:641

Zaaknummer: 200.208.738/01

Rechters: M.J. van Cleef-Metselaars, M.J. van der Ven en R.F. Groos

Advocaten: I.M.C.A. Reinder Folmer en B.D.W. Martens

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bouwlust cs.

Eindarrest na tussenarrest (OR 2017-0203). Appellanten waren medewerkers van een intussen failliete vennootschap en zijn destijds ingegaan op een aanbod van geïntimeerde sub 3, voormalig DGA, om certificaten te verwerven. Nu vorderen zij terugbetaling van de koopsom. Daartoe stellen appellanten subsidiair onrechtmatig handelen doordat de DGA voorafgaand aan het faillissement aan appellanten te optimistische prognoses heeft voorgehouden alsmede rijkelijke dividenduitkeringen heeft gedaan en omvangrijke managementfees heeft uitgekeerd.

Het hof heeft in haar (tussen)arrest van 27 juni 2017 een nadere comparitie gelast (zie OR 2017-0203). Het hof is hiertoe overgegaan ter verkrijging van nadere inlichtingen over de twee juridische grondslagen van de subsidiaire vordering van appellanten ('Bouwlust c.s.'). Deze grondslagen betreffen respectievelijk dat geïntimeerden een ernstig verwijt in de zin van artikel 2:9 BW jegens de failliete vennootschap (MXS) kunnen worden gemaakt waardoor Bouwlust c.s. als certificaathouders hun afgeleide schade (geleden als gevolg van het waardeloos worden van de certificaten in MXS) kunnen verhalen op geïntimeerden en dat aan geïntimeerden in de gegeven omstandigheden tevens onrechtmatig handelen jegens de certificaathouders kan worden verweten, waardoor zij hun rechtstreeks geleden schade kunnen verhalen op geïntimeerden.

Ten aanzien van de afgeleide schade overweegt het hof dat Bouwlust c.s. als certificaathouders schadevergoeding van geïntimeerden kunnen vorderen voor de vermindering van de waarde van de door haar gehouden certificaten in MXS, in geval deze schade is geleden als gevolg van een schending door geïntimeerden van een jegens hen geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting. Hiervan zou sprake kunnen zijn als kan worden vastgesteld dat geïntimeerden de opzet hebben gehad om Bouwlust c.s. te benadelen (zie onder meer HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZO419, Tuin Beheer). Het hof overweegt hierbij nog dat, hoewel het in aangehaalde jurisprudentie om aandeelhouders gaat, de positie van een

certificaathouder gelijk is aan die van een aandeelhouder aangezien het om de waarde(vermindering) van de aandelen/certificaten gaat.

Het hof is van oordeel dat Bouwlust c.s. hun stellingen over de opzet van geïntimeerden onvoldoende hebben onderbouwd. Dit betekent dat in verband met beide grondslagen van de subsidiaire vordering doorslaggevend belang toekomt aan de al dan niet verwijtbare wijze waarop geïntimeerden in 2008/2009 certificaten in MXS hebben verkocht aan Bouwlust c.s. (de koopprijs) én de al dan niet verwijtbare wijze waarop vanaf 2008 managementfees en dividenden door MXS zijn betaald c.q. uitgekeerd aan geïntimeerden.

Het hof richt allereerst de aandacht op de kwestie van de verkoop van de certificaten in 2008/2009. Het hof stelt vast dat partijen het erover eens zijn dat de koopprijs van de certificaten uitsluitend was gebaseerd op de omzet- en winstcijfers van MXS en dat de certificaten zijn gekocht op basis van de door geïntimeerden gewekte verwachting dat de omzet en de winst van MXS in de periode 2008-2011 zouden stijgen. Bouwlust heeft gesteld dat het volgens haar accountant niet onredelijk is geweest dat de prijs aldus is bepaald, Bouwlust c.s. voeren echter aan dat zij ook veel waarde hebben gehecht aan de omzet- en winstprognoses over 2010 en 2011. Het hof overweegt dat geïntimeerden alleen een verwijt kan worden gemaakt als zou komen vast te staan dat geïntimeerden in 2008/2009 wisten of konden weten dat de prognoses over 2010 en 2011 te optimistisch waren. Dienaangaande hebben Bouwlust c.s. aangevoerd dat geïntimeerde sub 3 al vlak na de afronding van de aankoop van de certificaten de verwachtingen heeft getemperd door de uitlating dat een belangrijke opdrachtgever (het Rijk) naar verwachting drastisch minder zou gaan uitgeven. Deze uitlating van geïntimeerde sub 3 berustte echter op recente informatie die beschikbaar was gekomen naar aanleiding van Prinsjesdag en die een beperkte strekking had, omdat zij uitsluitend sloeg op twee sectoren binnen MXS, aldus geïntimeerden. Het hof acht deze stelling van geïntimeerden in overeenstemming met de inhoud van de uitlating van geïntimeerde sub 3 waarop Bouwlust c.s. zich beroepen en is door Bouwlust c.s. verder ook niet verder weersproken. Ook de andere door geïntimeerden weerlegde verwijten van Bouwlust c.s., zijn door Bouwlust c.s. niet, althans niet voldoende gemotiveerd weersproken, zodat Bouwlust c.s. hun stellingen dienaangaande onvoldoende hebben onderbouwd.

Dit betekent vervolgens ook dat in het midden kan blijven of geïntimeerden een verwijt kan worden gemaakt in verband met de vanaf 2008 door MXS aan hen betaalde c.q. uitgekeerde managementfees en dividenden. Immers, ook als zou komen vast te staan dat geïntimeerden op dit punt daadwerkelijk een verwijt kan worden gemaakt, dan komt hiermee niet vast te staan dat geïntimeerden jegens Bouwlust c.s. (toerekenbaar) onrechtmatig hebben gehandeld en dat daardoor bij Bouwlust c.s. schade is ontstaan., zodat dit niet kan leiden tot toewijzing van de subsidiaire vordering van Bouwlust c.s.

Nu alle grieven falen bekrachtigt het hof de vonnissen waarvan beroep.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 27-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:1295

Zaaknummer: 200.182.672_01

Rechters: J.A.M. van Schaik-Veltman, W.J.J. Beurskens en G.E. van Maanen

Advocaten: M. Goedhart en A.J.W. van Elk

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

X en Y/A

Geschil naar aanleiding van de ontbinding van een agrarische maatschap over de vraag of de ene maat een beroep toekomt op een van de bepalingen in de maatschapsakte. Het hof oordeelt dat op een bepaling uit de maatschapsovereenkomst die de overname van activa mogelijk maakt niet alleen een beroep kan worden gedaan in het geval van continuering van de maatschap.

De heer X ('X') en mevrouw Y ('Y') exploiteren samen met de heer A ('A') sinds 1 mei 2004 een agrarische maatschap. X heeft onder meer een gebruiksrecht ten behoeve van een boerderij met stallen en circa 28 hectare land ingebracht (het 'gebruiksrecht' en de 'activa'). In de maatschapsovereenkomst is het voor A mogelijk gemaakt om de activa over te nemen tegen de aanschafwaarde, zodra hij de wens daartoe kennen geeft en een gebruiksrecht ten behoeve van de activa verleent aan de maatschap. Om en rond november 2012 uit A de wens om zelf een agrarische onderneming met gebruik van de activa te exploiteren en stelt daartoe een ondernemersplan op.

X en Y hebben in eerste aanleg gevorderd voor recht te verklaren dat A door zijn handelen de maatschapsovereenkomst heeft opgezegd, en dat zij het aandeel van A in de maatschap tegen betaling van de economische waarde kunnen overnemen. Subsidiair vorderen X en Y de ontbinding van de maatschap. A vordert – in reconventie – veroordeling van X en Y tot medewerken aan de verkoop en levering van de activa in overeenstemming met de maatschapsovereenkomst. In haar vonnis van 1 april 2015 ontbindt de Rechtbank Noord-Nederland te Leeuwarden de maatschap per 1 oktober 2015 en verplicht X en Y mee werken aan de verkoop en levering van de activa tegen de aanschafwaarde. Daartegen richt zich het hoger beroep.

X en Y bestrijden in de eerste plaats het oordeel van de rechtbank dat de maatschap pas per 1 oktober 2015 werd ontbonden, terwijl al op 15 april 2015 volgens de rechtbank genoegzaam vaststond dat de verhoudingen tussen partijen verstoord was en van verdere samenwerking niet gesproken kon worden. De rechtbank ontbindt de maatschap pas per 1 oktober 2015 om

partijen de gelegenheid te bieden om de modaliteiten van ontbinding te regelen. Het hof volgt het standpunt van X en Y en oordeelt dat reeds op 15 april 2015 van ontbinding van de maatschap gesproken kan worden, en het niet nodig is om partijen de gelegenheid te bieden om de modaliteiten van ontbinding te regelen omdat deze, na de ontbinding, gedurende de afwikkeling afgehandeld kunnen worden.

De belangrijkste grieven van X en Y zien op de gevolgen die ontbinding teweegbrengt. Alvorens tot verdeling van het maatschapsvermogen over te gaan dient de positie van de activa bepaald te worden. Op de bepaling uit de maatschapsovereenkomst die de overname door A van de activa mogelijk maakt, kan volgens X en Y alleen een beroep worden gedaan in het geval van continuering van de maatschap. Ontbinding van de maatschap sluit volgens X en Y de verplichte medewerking aan de verkoop en levering van de activa aan A uit. Het hof oordeelt dat uit de achtergrond van de maatschapsovereenkomst volgt dat de verkrijging van de activa alleen gerechtvaardigd is in het kader van de samenwerking van partijen binnen de maatschap. Voormelde bepaling staat echter niet in de weg om na verkrijging van de activa over te gaan tot beëindiging van de maatschapsovereenkomst, aldus het hof. Nu A meermaals, gedurende de looptijd van de maatschap, aan X en Y heeft aangegeven de activa te willen overnemen en het juist X en Y waren die hebben aangestuurd tot ontbinding, is het oordeel van de rechtbank volgens het hof gerechtvaardigd.

Het hof houdt verdere beslissing aan om, eventueel door middel van een deskundige, de verschillende bestanddelen van het maatschapsvermogen te waarderen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:2863

Zaaknummer: 200.174.959/01

Rechters: J.D.S.L. Bosch, M.W. Zandbergen en J. Smit

Advocaten: P. Stehouwer en A. Kroondijk

RECHTSPRAAK

Stichting/Estercom

Vordering van de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten tegen een opvolgende vennootschap en haar bestuurder wegens het enkel oprichten van een nieuwe onderneming om te ontkomen aan verplichtingen uit hoofde van een rechterlijke veroordeling. Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat de bestuurder van de beide vennootschappen daarvoor een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Appellante, Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten ('de Stichting') houdt zich bezig met het verrichten van activiteiten die zich richten op het creëren van goede arbeidsverhoudingen in de uitzendbranche. Ter uitvoering van die taak is de Stichting in een eerdere procedure in rechte opgetreden tegen Detacheringsbureau Estercom B.V. ('het detacheringsbureau'), hetgeen is uitgemond in een onherroepelijk vonnis waarin het detacheringsbureau is veroordeeld tot nabetaling van een totaalbedrag van € 506.296 aan haar werknemers. Het detacheringsbureau heeft hier niet aan voldaan en is vervolgens uitgeschreven uit het handelsregister wegens gebrek aan baten. Geïntimeerde sub 2 ('de bestuurder') was enig bestuurder van het detacheringsbureau en ook enig bestuurder van geïntimeerde sub 1 ('Estercom'). Estercom heeft alle werknemers en klanten van het detacheringsbureau overgenomen.

De Stichting vordert van Estercom nakoming van het voornoemde vonnis. Zij stelt daartoe dat sprake is van overgang van onderneming ex artikel 7:663 BW en dat de nieuwe onderneming (Estercom) de verplichtingen uit het vonnis uit dien hoofde moet voldoen aan haar werknemers. Daarnaast vordert de Stichting schadevergoeding van de bestuurder op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW. De rechtbank heeft de vorderingen van de Stichting afgewezen. Daartegen richt zich het hoger beroep.

Aan haar vordering jegens de bestuurder legt de Stichting onder meer ten grondslag dat: (i) de bestuurder het detacheringsbureau na het vonnis niet op juiste wijze dan wel heimelijk ontbonden heeft en is gestopt met het nakomen van de betalingsverplichting uit dat vonnis en

(ii) uit de jaarstukken van het detacheringsbureau blijkt dat zij nog in zeer gunstige financiële positie verkeerde.

Het hof oordeelt dat de voornoemde feiten tot de conclusie leiden dat de bestuurder de activiteiten van het detacheringsbureau alleen heeft beëindigd teneinde te ontkomen aan de nakoming van het vonnis. Dat doel heeft hij getracht te bereiken door de uitzendactiviteiten voort te zetten in een andere rechtspersoon (Estercom), waarvan hij ook bestuurder was, door onduidelijkheid te laten bestaan over de ontbinding van het detacheringsbureau en het daarin aanwezige eigen vermogen en door op geen enkele wijze te laten blijken dat hij alsnog aan de werknemers wilde voldoen hetgeen aan hen was verschuldigd. Uit dit handelen blijkt dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de door hem mede als bestuurder van Estecom bewerkstelligde handelswijze van het detacheringsbureau tot gevolg zou hebben dat het detacheringsbureau haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en ook geen verhaal zou kunnen bieden. Dit maakt dat de bestuurder een persoonlijk en ernstig verwijt kan worden gemaakt, aldus het hof.

Volgt vernietiging van het vonnis voor zover dit strekte tot afwijzing van voornoemde vorderingen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:2874

Zaaknummer: 200.199.873/01

Rechters: W.P.M. ter Berg, M.E.L. Fikkers en O.E. Mulder

Advocaten: M.H.D. Vergouwen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Blueshore/Sapu

Procedure naar aanleiding van een beweerdelijke toezegging tot overdracht van resterende aandelen in een besloten vennootschap. Na een bewijsopdracht waarin beide partijen getuigen hebben gehoord, oordeelt de rechtbank dat eisers niet hebben kunnen bewijzen dat er van de statuten afwijkende afspraken gemaakt zijn omtrent de waardebeoordeling van aandelen.

Dit betreft een eindvonnis na een bewijsopdracht, gegeven in een (ongepubliceerd) tussenvonnis waarin de feiten uitvoeriger zijn weergegeven. Uit dit vonnis blijkt dat eisers: Blueshore B.V. ('Blueshore') en 'A' samen met een van de gedaagden, Sapu B.V. ('Sapu') de aandelen in een vennootschap ('X BV') houden. Eisers stellen dat Sapu zich bij de oprichting van X BV heeft verplicht tot overdracht van de resterende 30% van de aandelen in X BV aan Blueshore. Deze aandelen dienen tegen nominale waarde overgedragen te worden. De statuten van X BV bevatten een afspraak over de benoeming van een deskundige voor de waardebeoordeling van de aandelen. Beide partijen hebben getuigen gehoord.

De rechtbank stelt voorop dat het bij de uitleg van de tussen partijen geldende afspraak aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaring en gedragingen mochten toekennen. Indien uit die verklaringen kan worden opgemaakt dat de indirect bestuurder van Sapu (gedaagde 'C') akkoord is gegaan met de overdracht van de aandelen tegen nominale waarde, deze waarde voor alle aandelen geldt. In dat geval blijft de regeling uit de statuten van X BV welke ziet op de waardebeoordeling van de aandelen, buiten werking. De rechtbank overweegt dat anders dan Blueshore stelt en met verwijzingen naar de verklaringen, uit de verklaringen van de getuigen niet blijkt dat Sapu zich verplicht heeft de aandelen die zij hield tegen nominale waarde over te dragen aan Blueshore. Daarnaast heeft Blueshore gesteld dat X BV ten onrechte dividend aan Sapu heeft uitbetaald en vordert zij dat dit als onverschuldigd betaald terug. Aangezien eisers niet hebben gesteld dat het besluit tot dividenduitbetaling niet rechtsgeldig is, heeft X BV niet zonder rechtsgrond dividend uitbetaald en kan dit dus ook niet als onverschuldigd betaald

teruggevorderd worden. De rechtbank wijst alle vorderingen in conventie af.

In reconventie hebben gedaagden onder meer gevorderd dat de rechtbank conform de statuten van X BV een deskundige benoemt om de waarde van de aandelen te bepalen. Blueshore heeft daartegen aangevoerd dat het doorlopen van de statutaire procedure enkel zou worden gebruikt om het oordeel van de rechtbank te omzeilen. Nu de vorderingen van Blueshore in conventie zijn afgewezen, oordeelt de rechtbank dat dit argument vervalft. Eiser A zal als bestuurder van X BV medewerking aan de waardebepaling moeten verlenen. Verder heeft Sapu in reconventie gevorderd Blueshore te veroordelen tot het kopen en geleverd krijgen van de aandelen die Sapu houdt. Nu Blueshore de aandelen juist wil overnemen en de regeling uit artikel 2:343 BW bedoeld is om een weigerende aandeelhouder te dwingen een andere aandeelhouder uit te kopen, wordt deze vordering afgewezen.

De rechtbank wijst de vorderingen in conventie af en veroordeelt eiser A tot het verlenen van de voornoemde medewerking.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-03-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:2386

Zaaknummer: C/10/491637 / HA ZA 15-1285

Rechters: P. Volkert

Advocaten: H. Waling en F.L. van der Eerden

Wetsartikelen: 6:228 BW en 2:343 BW

RECHTSPRAAK

Investeerders/Westplan c.s.

Investeerders in Amerikaans vastgoed vorderen een verklaring voor recht dat de participatiemaatschappij en haar voormalig bestuurders (persoonlijk) aansprakelijk zijn voor de door hen geleden schade. Het hof wijst de vorderingen af, omdat niet is gebleken dat sprake is van een tekortkoming noch van een onrechtmatige daad.

Westplan N.V. ('Westplan'), onderdeel van het Westplan concern, biedt beleggers de mogelijkheid te participeren in Amerikaanse vastgoedprojecten. De beleggers zijn vermogende en ervaren beleggers, veelal met jarenlange ervaring op het gebied van vastgoed. In augustus 2005 hebben de voormalig bestuurders van Westplan (tezamen met Westplan: 'Westplan c.s.') een groep investeerders (hierna: 'de investeerders') benaderd over een investering in de VS via een fonds. Het fonds zou eigen vermogen verschaffen aan een Limited Partnership voor zogeheten condominium conversion projecten. In september 2005 hebben de investeerders een Limited Partnership Agreement gesloten waarbij zij, samen met nog 21 andere deelnemers, als limited partners zijn toegetreden tot het fonds. In 2006 heeft Westplan alle investeerders bericht dat de marktomstandigheden in korte tijd sterk zijn gewijzigd en dat de verkopen in de appartementencomplexen vrijwel stil zijn komen te liggen. Even later oefent Lehman Brothers de door de (groep van de) projectontwikkelaar verstrekte zekerheden uit, waaronder de executoriale verkoop van de appartementencomplexen. Uiteindelijk heeft het fonds ca. 15% van de inleg van het fonds terugbetaald aan de investeerders.

In deze procedure vorderen de investeerders onder meer een verklaring voor recht dat Westplan c.s. aansprakelijk zijn voor de door hen geleden schade. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen. In hoger beroep verwijten de investeerders Westplan dat zij in het investeringsoverzicht feiten heeft gepresenteerd die niet werden gedragen door daaraan voorafgaand onderzoek en ondanks toezeggingen daarover aan de investeerders, volstrekt ontoereikend nader onderzoek heeft uitgevoerd naar de investering.

Het hof overweegt dat Westplan de investeringen in het fonds duidelijk heeft beschreven en duidelijk heeft aangegeven dat de (groep van de) projectontwikkelaar extra zekerheden heeft

verstrekt, waaronder een hypotheek- en pandrecht, en dat Westplan de investeerders tijdig op de hoogte heeft gebracht van een aantal (belangrijke) wijzigingen. Het hof stelt vervolgens vast dat niet vastgesteld kan worden dat Westplan de investeerders onjuist heeft voorgelicht over de in het investeringsoverzicht gepresenteerde feiten, omdat de investeerders daartoe niks hebben aangevoerd.

Voor zover de investeerders Westplan verwijten dat zij zijn misleid, kan dat evenmin tot toewijzing van hun vordering leiden, omdat gesteld noch gebleken is dat grondig nader onderzoek tot een andere voorstelling van zaken zou hebben geleid, aldus het hof. Evenzo staat het ontbreken van causaal verband tussen de vermeende tekortkoming van Westplan en de door de investeerders gestelde schade aan toewijzing van de vordering van de investeerders in de weg. Het hof overweegt vervolgens dat nu niet gebleken is van een tekortkoming/onrechtmatige daad van Westplan jegens de investeerders, alleen al om die reden geen sprake kan zijn van bestuurdersaansprakelijkheid.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 20-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:465

Zaaknummer: 200.208.344

Rechters: M.J. van der Ven, M.M. Olthof en R.F. Groos

Advocaten: D.G.J. Heems en J.B.R. Regouw

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Eneco Wind/(onder)aannemer

Vordering van Eneco Wind tegen een gefailleerde hoofdaannemer en haar onderaannemer naar aanleiding van de beschadiging aan een infiltratiebron. Anders dan de rechtbank acht het hof de onderaannemer niet aansprakelijk als gevolg van onzorgvuldig verrichte heiwerkzaamheden. Volgens het hof heeft de hoofdaannemer haar onderzoeksplicht naar de ligging van kabels en leidingen geschonden, maar mocht de onderaannemer afgaan op de informatie die zij van de gemeente en de hoofdaannemer had gekregen.

Appellante sub 1 ('de aannemer') was in 2005 als hoofdaannemer betrokken bij de nieuwbouw van twee bedrijfspanden op een bedrijventerrein in Houten. In opdracht van de aannemer heeft appellante sub 2 ('de onderaannemer') ten behoeve van deze bouw heiwerkzaamheden uitgevoerd. Bij de heiwerkzaamheden is schade ontstaan aan een infiltratiebron, doordat een heipaal de infiltratieleiding heeft doorboord. Eneco Wind heeft de aannemer en de onderaannemer voor deze schade aansprakelijk gesteld. De rechtbank heeft geoordeeld dat de aannemer en de onderaannemer onrechtmatig hebben gehandeld. Daartegen richt zich het hoger beroep. De verzekeraar van de aannemer, Allianz Benelux, heeft als tussenkomende partij gevorderd dat het vonnis in de zaak tussen de aannemer en Eneco Wind wordt vernietigd en voor het geval dit gebeurt, voor recht wordt verklaard dat zij onverschuldigd aan Eneco Wind heeft betaald.

Zaaknummer 200.157.787

Nadat zij de appeldagvaarding had uitgebracht is de aannemer in staat van faillissement verklaard, welk faillissement bij gebrek aan baten is opgeheven. Eneco Wind voert daarom aan dat de aannemer niet ontvankelijk is in haar hoger beroep. Het hof oordeelt dat deze omstandigheid er niet aan in de weg staat dat de aannemer als oorspronkelijk gedaagde procespartij is blijven bestaan en dat de procedure door en tegen haar kan worden voortgezet, ook al is de vereffening van haar vermogen inmiddels geëindigd en is daarvan opgaaf gedaan

door de vereffenaar aan de registers overeenkomstig artikel 2:19 lid 6 BW.

De aannemer grieft onder meer tegen het oordeel van de rechtbank dat de aannemer niet heeft voldaan aan de op haar rustende plicht tot het verrichten van nader onderzoek naar de ligging van kabels en leidingen ter plaatse van de te verrichten heiwerkzaamheden. Het hof stelt voorop dat voor het antwoord op de vraag welke onderzoeksplicht op een aannemer rust, alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Volgens het hof is in hoger beroep echter niets nieuws aangevoerd dat tot een andere conclusie leidt. Nu er een risico bestond dat in de directe nabijheid van de uit te voeren werkzaamheden een kostbare leiding liep waarvan de horizontale en verticale ligging zonder nader onderzoek ongewis was en er dus een reële kans was dat bij heiwerkzaamheden (grote) schade zou kunnen ontstaan, terwijl het doen van navraag bij Eneco eenvoudig en weinig bezwaarlijk was, had de aannemer niet zonder meer mogen afgaan op de informatie die zij tijdens een bespreking ontving.

Verder voert de aannemer aan dat de geleden schade de eigen schuld is van Eneco Wind, aangezien de tekening waarop de aannemer is afgegaan voor het verrichten van de werkzaamheden door Eneco Wind zou zijn verstrekt. Eneco Wind heeft dit uitdrukkelijk betwist. Het hof oordeelt dat de aannemer in het licht van deze betwisting haar stelling onvoldoende heeft gemotiveerd. Daar komt bij dat nu juist voor de aannemer duidelijk was of moest zijn dat de tekeningen, die volgens haar zeggen niet in kleur waren en waarbij een legenda ontbrak, onvoldoende basis waren om op grond daarvan tot de afwezigheid van leidingen ter plaatse van de heiwerkzaamheden te mogen concluderen. Deze onvolledige tekeningen hadden de aannemer juist tot nader onderzoek en overleg met Eneco aanleiding moeten geven.

Zaaknummer 200.162.620

De onderaannemer bestrijdt in hoger beroep het oordeel van de rechtbank dat de onderaannemer onrechtmatig heeft gehandeld en haar onderzoeksplicht heeft geschonden. Het hof stelt voorop dat voor de vraag welke onderzoeksplicht op een onderaannemer rust om bij de heiwerkzaamheden schade te voorkomen, alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Het hof neemt daarbij in ogenschouw dat de aannemer een professionele opdrachtgever is. Daarnaast staat tussen partijen vast dat de AVSL gedragscode bij grondroerwerkzaamheden algemeen aanvaard was. Op grond hiervan ligt het primaat voor het onderzoek naar de aanwezigheid van ondergrondse leidingen bij de hoofdaannemer. De onderaannemer voert ook aan dat zij voorafgaande aan de uitvoering van de heiwerkzaamheden tijdens de heivergadering op de bouwplaats met de aannemer en de gemeente heeft overlegd en dat toen is meegedeeld dat er geen leidingen lagen. Het hof oordeelt dat de onderaannemer van de juistheid en volledigheid van deze informatie mocht

uitgaan. Zodoende oordeelt het hof dat de onderaannemer niet onrechtmatig heeft gehandeld.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank voor zover tussen de onderaannemer en Eneco Wind geweest.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:2634

Zaaknummer: 200.157.787

Rechters: mr. drs. F.J.P. Lock, C.G. ter Veer en M.H.F. van Vugt

Advocaten: H.M. Kruitwagen, D.P. Cras en M.C. Franken-Schoemaker

Wetsartikelen: 3:317 BW, 6:74 BW en 6:203 BW

RECHTSPRAAK

Garnalenhandelsbedrijf

Vorderingen tot vernietiging van overeenkomsten tot verkoop van in een garnalenbedrijf gehouden aandelen op grond van het bestaan van een geestelijke stoornis (art. 3:34 BW), misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) dan wel dwaling (art. 6:228 BW). De rechtbank wijst de vorderingen af, omdat niet is komen vast te staan dat er ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten sprake was van een geestesstoornis c.q. een abnormale geestestoestand.

I en II B.V. ('eisers'), X B.V. ('X') en enkele derden zijn gaan samenwerken op het gebied van de garnalenhandel en hebben daartoe Z B.V. ('Z') opgericht. De door I gehouden aandelen in Z zijn op enig moment overgedragen aan Y B.V. ('Y'). Begin 2014 hebben I en A | indirect aandeelhouder en bestuurder van X en Y | overeenstemming bereikt over de voorwaarden voor de aandelenoverdracht en de beëindiging van de samenwerking.

Eisers vorderen primair X, Y en Z ('gedaagden') hoofdelijk te veroordelen tot geldelijke vergoeding aan eisers van het nadeel dat zij hebben geleden als gevolg van het aangaan van de overeenkomsten begin 2014 (hierna: 'de overeenkomsten') en subsidiair vorderen zij vernietiging van de overeenkomsten op grond van artikel 3:34 BW, dan wel artikel 3:44 lid 1 en 4 BW. Zij stellen dat het bestaan van een geestesstoornis onder meer blijkt uit de rapportages van de door de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar ingeschakelde arbeidsdeskundige en de door de kantonrechter in de Rechtbank Noord-Holland benoemde deskundige.

De rechtbank is van oordeel dat uit de overgelegde onderdelen van de rapportages niet kan worden afgeleid wat de geestestoestand was van I ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, althans dat de geestestoestand van I op dat moment zodanig was dat sprake was van een geestelijke stoornis, dan wel een abnormale geestestoestand. De rechtbank overweegt dat eisers' stelling dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten sprake was van een geestesstoornis van I onvoldoende is onderbouwd. De rechtbank komt tot de conclusie dat het beroep van eisers op artikel 3:34 BW, dan wel artikel 3:44 lid 1 en 4 BW, niet slagen, omdat de gestelde geestesstoornis c.q. de abnormale geestestoestand niet is komen

vast te staan. Tot slot overweegt de rechtbank dat het niet voldoen aan de stelplicht ten aanzien van het geleden nadeel er voorts aan in de weg staat dat de vorderingen van eisers op een van de andere (subsidiare) grondslagen kunnen worden toegewezen.

De rechtbank wijst de vorderingen van eisers af.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 14-03-2018

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:3320

Zaaknummer: C/09/533982 / HA ZA 17-607

Rechters: H.J. Vetter

Advocaten: R.A.D. Blaauw en R. van de Klashorst

Wetsartikelen: 3:34 BW en 3:44 lid 1 en 4 BW