

Vertegenwoordiging van een CV

Het bestuur is in beginsel bevoegd een rechtspersoon te vertegenwoordigen. Bij personenvennootschappen is dat anders. Ten aanzien van een CV geldt dat elke vennoot die daarvan niet is uitgesloten, bevoegd is om namens de CV te handelen en de CV aan derden te verbinden (art. 17 lid 1 K). Handelingen die niet tot de vennootschap betrekkelijk zijn of tot welke de vennoten volgens de overeenkomst onbevoegd zijn, worden niet onder deze bepaling begrepen (art. 17 lid 2 K). Vertegenwoordigt de vennoot de CV en komt een overeenkomst tot stand, dan is ieder der behorende vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen uit die overeenkomst (art. 18 K). Dit is overigens anders bij een maatschap. De maat die bevoegdelijk namens de maatschap heeft gehandeld en aldus de gezamenlijke vennoten voor gelijke delen heeft verbonden, is zelf niet voor het geheel jegens de derde aansprakelijk.

Onbevoegde vertegenwoordiging

Een vertegenwoordiger kan de principaal slechts binden binnen de grenzen van de hem gegeven bevoegdheid. Overschrijdt de vertegenwoordiger die bevoegdheid, dan leidt dat in beginsel tot een nietige rechtshandeling. De pseudovertegenwoordiger staat in beginsel jegens de derde in voor de inhoud en omvang van zijn volmacht (art. 3:70 BW). Voor rechtspersonen geldt dat in beginsel alleen uit de wet voortvloeiende beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders inroepbaar zijn jegens derden (art. 2:130 (240) lid 2 BW)). Denk daarbij bijvoorbeeld aan een statutaire meerhandtekeningenclausule. Andere beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders hebben in beginsel slechts interne werking. Overschrijding van die bevoegdheid bindt de rechtspersoon. Dat is anders bij personenvennootschappen.

Onbevoegde vertegenwoordiging van een CV

Indien een vennoot een handeling verricht die valt buiten de haar toegekende vertegenwoordigingsbevoegdheid, wordt de vennootschap in beginsel niet gebonden. Uitzondering doet zich voor wanneer de “zaak ten voordele van de vennootschap heeft gestrekt” in de zin van art. 7A:1681 BW en/of op grond van de algemene leer van de vertegenwoordiging uit boek 3 BW (art. 1 jo. 15 K). Al hetgeen de vennootschapsovereenkomst bevat ter bepaling van de rechten van derden, waaronder begrepen beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van haar vennoten, moet worden ingeschreven in het handelsregister (art. 19 Hreg) en zijn in beginsel inroepbaar jegens derden (art. 25 Hreg). Kortom, indien een vennoot onbevoegd in de naam van de CV handelt, terwijl de CV ook niet op grond van bijzondere omstandigheden is gebonden, is alleen deze vennoot voor het geheel aan de derde gebonden (art. 7A:1681 BW). Een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, dan wel het ontbreken van die bevoegdheid, die blijkt uit het handelsregister strekt alleen ter bescherming van de CV en niet ter bescherming van de onbevoegd vertegenwoordiger van die CV. Dat is in lijn met het *Van den Broek*-arrest waarin de Hoge Raad oordeelde dat “een vennoot die tegenover een partij die met de VOF wil contracteren, in strijd met de waarheid de indruk wekt dat hij volledig bevoegd is om de vennootschap bij het aangaan van het contract te vertegenwoordigen (...) zich tegenover de wederpartij die van de beperking van de vennoots bevoegdheid om de vennootschap te verbinden niet op de hoogte is, niet erop kan beroepen dat deze die beperking uit het handelsregister te weten had kunnen komen” (HR 26 juni 1981, NJ 1982/1 (*Van Willigen Vuren/Van den Broek*)). Dat geldt temeer wanneer zijn aansprakelijkheid is gegrond op een aan hemzelf toe te rekenen en in de hand gewerkte schijn (conclusie A-G

Asser bij HR 1 november 1991, NJ 1992/27). De vennoot kan zich in dat geval tegenover de wederpartij er niet op beroepen dat de beperking van zijn bevoegdheid uit het handelsregister kenbaar is, zelfs niet als hij zichzelf bij het aangaan van die overeenkomst niet bewust was van zijn onbevoegdheid (Asser 5-V, nr. 142). In lijn daarmee oordeelt het hof dat het enkele feit dat Proximedia de gegevens in het handelsregister had kunnen controleren, niet meebrengt dat Proximedia dit had moeten doen en niet uit mocht gaan van de juistheid van de gegevens die in de overeenkomst zijn opgetekend. Dit geldt mijns inziens temeer, nu X zich niet als vertegenwoordiger van OASE CV, maar als eigenaar van de eenmanszaak OASE heeft gepresenteerd.

Conclusie

Kortom, het antwoord op de vraag of iemand bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam of als vertegenwoordiger van een ander is opgetreden, hangt af van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkander hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Een onbevoegd vertegenwoordiger kan zich tegenover de wederpartij er niet op beroepen dat de beperking van zijn bevoegdheid uit het handelsregister kenbaar is.

N.R.M. Huijben
VDB Advocaten Notarissen

180

Rechtbank Midden-Nederland
15 juli 2015, nr. C-16-393040 - KG ZA 15-357
ECLI:NL:RBMNE:2015:5500
(mr. Peterzon)
Noot E. Bagheri

Aandeelhoudersovereenkomst. Aansprakelijkheid aandeelhouder jegens vennootschap. Onrechtmatige daad. Redelijkheid en billijkheid.

Kort geding. Hoedanigheden van partijen niet (concreet) onderscheiden. Geen aandeelhoudersaansprakelijkheid jegens vennootschap waarin aandelen worden gehouden. Evenmin sprake van tekortkomingen t.a.v. aandeelhouders- en samenwerkingsovereenkomsten en OD.

[BW art. 2:8, 6:162, 6:163]

Vooropgesteld wordt dat het een aandeelhouder in beginsel vrijstaat activiteiten te ontplooiën die mogelijkerwijs concurreren met die van de vennootschap waarin hij aandelen houdt (vgl. Hof Arnhem 29 maart 2011, LJN BQ0581 en Rechtbank Midden-Nederland 1 oktober 2014; ECLI:NL:RBMNE:2014:4781). Onder omstandigheden kan dit anders zijn. Bij de beoordeling is van belang dat de toetsing van feitelijk handelen van de aandeelhouder als zodanig, al dan niet buiten de algemene vergadering van aandeelhouders, is onderworpen aan de norm van art. 2:8 BW naast de generieke onrechtmatige daadnorm van art. 6:162 BW. Feitelijk handelen van een aandeelhouder dat niet als zodanig plaatsvindt valt, gelet op de formulering daarvan, niet onder de norm van art. 2:8 BW (vgl. MvA II Parl. Gesch. InvW 2. p. 1087), maar wel onder die van art. 6:162 BW. Het in dit verband door Porc-Ex Holland Holding aangehaalde art. 2:9 BW mist toepassing omdat Porc-Ex Breeding geen be-

stuurder is van Porc-Ex Holland Holding.

Anders dan Porc-Ex Holland Holding lijkt te betogen, brengt handelen in strijd met de – al dan niet in art. 2:8 BW vervatte – eisen van redelijkheid en billijkheid, niet zonder meer mee dat sprake is van een normschending in de zin van art. 6:162 BW en daarmee van onrechtmatig handelen jegens haar. Hiervoor zijn bijkomende omstandigheden vereist die – onder meer – meebrengen dat wordt voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW. Met andere woorden is van belang of de geschonden norm zich richt op Porc-Ex Holland Holding en of deze norm haar beoogt te beschermen tegen de schade die zij stelt te lijden. Porc-Ex Holland Holding heeft op dit punt evenwel niets gesteld. Daarmee is onduidelijk welke concrete norm zou zijn geschonden en op welke wijze dit zou zijn gebeurd. Dit klemmt omdat hiervoor tot uitgangspunt is genomen dat het een aandeelhouder in beginsel vrijstaat activiteiten te ontplooiën die mogelijkerwijs concurreren met die van de vennootschap waarin hij aandelen houdt. Dit wordt niet anders indien zij deze activiteiten ontplooit met behulp van een – al dan niet gelieerde – vennootschap (zoals in dit geval Porc-Ex Netherlands).

1. de stichting

Stichting Administratiekantoor Porc-Ex Holland Holding, gevestigd te Aalten en kantoorhoudende te Bredevoort,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 2],

gevestigd en kantoorhoudende te [vestigingsplaats],

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 3],

gevestigd te [vestigingsplaats] en kantoorhoudende te [woonplaats],

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Divarma B.V.,

gevestigd en kantoorhoudende te Winterswijk,

5. de samenwerkingsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid Porc-Ex Holland Holding B.V.,

gevestigd te Aalten en kantoorhoudende te Bredevoort,

6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Porc-Ex Holland B.V.,

gevestigd en kantoorhoudende te Bredevoort, eiseressen,

advocaat: mr. G.R.A.G. Goorts te Deurne, tegen

1. de vennootschap naar Deens recht

Porc-Ex Breeding A/S,

gevestigd en kantoorhoudende te Kolding, Denemarken,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Porc-Ex Netherlands B.V.

gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te Femnes, gedaagden,

advocaten: mr. W.L. Beek en D.D. Nijkamp te Amsterdam.

Eiseres 1 zal hierna met Stak worden aangeduid. Eisers 2 tot en met 4 zullen hierna gezamenlijk Divarma c.s. genoemd worden en afzonderlijk [eiseres sub 2], [eiseres sub 3] en Divarma. Alle eisers gezamenlijk zullen Porc-Ex Holland c.s. genoemd worden. Eisers 5 en 6 zullen respectievelijk Porc-Ex Holland Holding en Porc-Ex Holland genoemd worden. Gedaagden zullen afzonderlijk respectievelijk Porc-Ex Breeding en Porc-Ex Netherlands genoemd worden en gezamenlijk Porc-Ex Breeding c.s.

Rechtbank:

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

– de dagvaarding met producties 1 tot en met 14;

– de conclusie van antwoord met producties 1 tot en met 12;

– de op voorhand toegezonden producties 15 tot en met 24 van Porc-Ex Holland c.s.;

– de mondelinge behandeling;

– de pleitnota van Porc-Ex Holland c.s.;

– de pleitnota van Porc-Ex Breeding c.s..

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Porc-Ex Breeding is een van de vijftien distributeurs die gerechtigd zijn om varkens en genetisch materiaal daarvan (in navolging van Porc-Ex Holland c.s. wordt dit hierna gezamenlijk fokmateriaal genoemd) op de markt te brengen van het Danish Pig Research Centre (hierna: VSP). Het fokmateriaal bestaat uit afgenomen varkenssperma en de levering van gelten (zeugen die nog nooit een big hebben gekregen), zeugen en beren. Het materiaal heeft betrekking op een door VSP onder het merk DanAvl op de markt gebrachte kruising van varkens van het Deense Landras en het Deense Yorkshire-ras.

2.2. Porc-Ex Holland is door Porc-Ex Breeding gerechtigd het hiervoor beschreven fokmateriaal van VSP in Nederland op de markt te brengen.

2.3. Stak houdt 51% van de aandelen in Porc-Ex Holland Holding, [eiseres sub 3], Divarma en Porc-Ex Breeding respectievelijk 19%, 10% en 20%.

2.4. Porc-Ex Holland Holding houdt op haar beurt 100% van de aandelen in Porc-Ex Holland.

2.5. In februari 2013 hebben – de hier relevante partijen – Porc-Ex Breeding, [eiseres sub 3], [eiseres sub 2], Divarma, Porc-Ex Holland en Porc-Ex Holland Holding een aandeelhoudersovereenkomst gesloten.

2.6. Eveneens in februari 2013 hebben Porc-Ex Holland, Porc-Ex Breeding en (de niet in deze procedure betrokken partij) Porc-Ex A/S een samenwerkings- en leveringsovereenkomst (hierna: de samenwerkingsovereenkomst) gesloten.

2.7. Porc-Ex Breeding is enig aandeelhouder van Porc-Ex Netherlands. Deze laatste vennootschap is op 2 februari 2015 in het handelsregister ingeschreven.

2.8. Bij brief van 22 april 2015 schreef Porc-Ex Breeding – voor zover relevant – het volgende aan Porc-Ex Holland:

“(…) Due to the fact, that cooperation between PEH and PEB (respectievelijk Porc-Ex Holland en Porc-Ex Breeding; voorzieningenrechter) is terminated, PEH is not allowed to sell or promote any DanAvl products to customers on the Dutch market, or to buy LY gilts from Dutch multipliers connected to PEB and recell these gilts to local producers. (...)”

3 Het geschil

3.1. Porc-Ex Holland c.s. vordert bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair:

I. gedaagden te gebieden om voor de duur van twee jaar na betekening van dit vonnis, hetzij direct, hetzij indirect alle met eiseres sub 6 concurrerende activiteiten te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100.000,00 ineens, alsmede op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag, een gedeelte van een dag voor een hele gerekend, waarop gedaagden in gebreke blijven aan dit gebod te voldoen;

subsidiar:

II. gedaagden te verbieden om voor de duur van twee jaar na betekening van het vonnis de met name genoemde klanten in de lijsten, die als bijlagen 13 en 14 aan de dagvaarding zijn gehecht,

hetzij direct, hetzij indirect, hetzij om vergoeding, hetzij om niet, alsook financieel in welke vorm dan ook, in contract te treden en zaken te doen zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100.000,00 ineens, alsmede op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag of ieder gedeelte van een dag, waarop gedaagden in gebreke blijven aan dit gebod te voldoen;

zowel primair als subsidiair:

III. gedaagden hoofdelijk, in die zin dat wanneer één der gedaagden (gedeeltelijk) betaalt, de anderen) (voor dat deel) zijn bevrijd, te veroordelen in de kosten van deze procedure, waaronder de gevorderde na kosten, met uitdrukkelijke bepaling dat gedaagden hoofdelijk de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd zullen zijn als zij de proceskosten niet binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis zullen hebben betaald.

3.2. Porc-Ex Breeding c.s. voert verweer en concludeert tot niet-ontvankelijkheid van Porc-Ex Holland c.s. in haar vorderingen, althans tot afwijzing daarvan.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Nu PEB een rechtspersoon is naar buitenlands recht en een deel van de vorderingen uit dien hoofde een internationaal karakter draagt, dient allereerst de vraag te worden beantwoord of de Nederlandse rechter bevoegd is van de vordering kennis te nemen.

Ten aanzien van het gestelde onrechtmatig handelen

4.2. Porc-Ex Holland c.s. legt aan haar vorderingen mede ten grondslag dat PEB onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Omdat Denemarken partij is bij Verordening (EU-Verordening nr. 1215/2012) van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verordening 2012), is deze verordening van toepassing en geldt artikel 7 lid 2 van deze verordening. Naar vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt onder 'plaats van het schadebrengende feit' zowel bedoeld op de plaats van de veroorzakende gebeurtenis als de plaats waar de schade is ingetreden. Naar de voorzieningenrechter de stellingen van Porc-Ex Holland c.s. begrijpt, heeft het gestelde onrechtmatig handelen plaatsgevonden op diverse plaatsen in Nederland, zodat de Nederlandse rechter op grond van artikel 7 lid 2 EEX-Verordening 2012 bevoegd is om van het onderhavige geschil kennis te nemen.

4.3. Op grond van artikel 6 lid 2 van de Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (hierna: Rome II-Verordening) is in het geval dat een daad van oneerlijke concurrentie uitsluitend de belangen van een bepaalde concurrent schaadt, zoals in dit geval de belangen van Porc-Ex Holland, artikel 4 van toepassing. In artikel 4 lid 1 Rome II-Verordening staat – kortgezegd – dat het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad het recht is van het land waar de schade zich voordoet. Gelet op hetgeen hiervoor ten aanzien van de relatieve bevoegdheid is overwogen, is Nederland het land waar schade zich voordoet, althans zich dreigt voor te doen. Zodoende is voorshands oordelend Nederlands recht van toepassing waar het het gestelde onrechtmatig handelen betreft.

Ten aanzien van de aandeelhoudersovereenkomst en samenwerkingsovereenkomst

4.4. Voorts dient de vraag te worden beantwoord of de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de vorderingen die zijn gebaseerd op verbintenissen uit de aandeelhoudersovereenkomst en uit de samenwerkingsovereenkomst. Zoals reeds aan de orde is gekomen, is EEX-Verordening 2012 van toepassing. Omdat de verbintenis die (mede) aan de eisen van Porc-Ex Holland c.s. ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd in Nederland, is de Nederlandse voorzieningenrechter op grond van artikel 7 lid 1 onder a EEX-Verordening 2012 bevoegd. Hier komt bij dat BEP geen exceptie van onbevoegdheid heeft opgeworpen zodat de Nederlandse voorzieningenrechter ook op grond van artikel 24 van genoemde verordening bevoegd.

4.5. Ten aanzien van dit deel van de vorderingen, gebaseerd op verbintenissen uit de aandeelhoudersovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst, en het daarop toepasselijke recht wordt het volgende overwogen. De bepaling van het toepasselijke recht dient plaats te vinden aan de hand van de Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I-Verordening), nu de aandeelhoudersovereenkomst en samenwerkingsovereenkomst zijn gesloten na 17 december 2009. De partijen bij deze overeenkomsten hebben – overeenkomstig het bepaalde in artikel 3 van de verordening – in de tussen hen gesloten overeenkomsten een expliciete keuze gedaan voor de toepasselijkheid van het Nederlands recht. Daarom is dit recht op dit deel van de vorderingen van toepassing.

Hoedanigheden

4.6. Partijen treden in dit kort geding op in verschillende hoedanigheden. Hoewel dit wel van haar mocht worden verlangd, heeft Porc-Ex Holland c.s. deze hoedanigheden niet (concreet) onderscheiden. Gelet op hetgeen Porc-Ex Holland c.s. heeft gesteld en onderbouwd, zullen de volgende hoedanigheden hierna bij de beoordeling worden gehanteerd:

i. Stak, [eiseres sub 2], [eiseres sub 3], Divarma en Porc-Ex Breeding zijn aandeelhouders van Porc-Ex Holland Holding en hebben in die hoedanigheid vorderingen ingesteld (Stak, [eiseres sub 2], [eiseres sub 3] en Divarma) en daartegen verweer gevoerd (Porc-Ex Breeding);

ii. Porc-Ex Breeding, [eiseres sub 3], [eiseres sub 2], Divarma, Porc-Ex Holland en Porc-Ex Holland Holding zijn partij bij de aandeelhoudersovereenkomst, [eiseres sub 3], [eiseres sub 2], Divarma, Porc-Ex Holland en Porc-Ex Holland Holding hebben hun vorderingen mede gegrond op deze overeenkomst;

iii. Porc-Ex Holland is net als Porc-Ex Breeding partij bij de samenwerkingsovereenkomst. Deze overeenkomst legt Porc-Ex Holland c.s. mede aan haar vorderingen ten grondslag;

iv. Porc-Ex Holland Holding treedt op als vennootschap waarin Porc-Ex Breeding (mede)aandeelhouder is. Volgens Porc-Ex Holland is sprake van onrechtmatig aandeelhoudershandelen door Porc-Ex Breeding jegens Porc-Ex Holland Holding;

v. Porc-Ex Holland c.s. treedt op in niet nader onderscheiden hoedanigheden waar zij zich beroept op onrechtmatig handelen.

Vorderingen van Divarma c.s.

4.7. Naar de voorzieningenrechter de stellingen van [eiseres sub 2], [eiseres sub 3] en Divarma (Divarma c.s.), medeaandeelhouders van Porc-Ex Breeding in Porc-Ex Holding begrijpt, leggen zij aan hun vorderingen het volgende ten grondslag.

Porc-Ex Breeding schiet volgens Divarma c.s. tekort in de nako-

ming van de aandeelhoudersovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst. Daarnaast handelt zij volgens Divarma c.s. onrechtmatig door – kort gezegd – een nieuwe vennootschap, te weten Porc-Ex Netherlands, op te richten en door middel van deze vennootschap afnemers van Porc-Ex Holland te benaderen en door onjuiste uitlatingen te doen over de beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst tussen Porc-Ex Holland en Porc-Ex Holland.

Tekortkoming samenwerkingsovereenkomst

4.8. Porc-Ex Holland c.s. heeft desgevraagd toegelicht dat zij Porc-Ex Holland als primaire eiser ziet uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst, maar heeft niet concreet te kennen gegeven haar standpunt te verlaten dat Porc-Ex Breeding c.s. tekortschiet in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst jegens de overige eisers – [eiseres sub 2], [eiseres sub 3], Divarma en Porc-Ex Holland Holding.

4.9. Omdat Stak, Divarma c.s. en Porc-Ex Holland Holding geen partij zijn bij de samenwerkingsovereenkomst, kan, zoals Porc-Ex Breeding c.s. ook aanvoert, van een tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst jegens die partijen geen sprake zijn. De primaire vorderingen van Stak, Divarma c.s. en Porc-Ex Holland Holding komen daarom niet voor toewijzing in aanmerking voor zover ze op deze grondslag zijn gebaseerd.

4.10. Hiermee resteert slechts de beoordeling van de door Porc-Ex Holland op dit punt gestelde tekortkoming.

Tekortkoming aandeelhoudersovereenkomst en onrechtmatig handelen

i. Algemeen

4.11. Voor zover Divarma c.s. haar vorderingen heeft ingesteld als aandeelhouder van Porc-Ex Holland Holding, komen deze niet voor toewijzing in aanmerking. Divarma c.s. verliest uit het oog dat, indien aan een vennootschap door een derde – in dit geval Porc-Ex Breeding c.s. – (mogelijk) vermogensschade wordt toegebracht door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens de vennootschap of door gedragingen die jegens de vennootschap onrechtmatig zijn, alleen de vennootschap het recht heeft uit dien hoofde schadevergoeding te vorderen. Dat recht komt niet aan de aandeelhouders toe, ook al heeft de door de vennootschap geleden schade ook voor hen nadeel meegebracht. Dat is slechts anders indien die derde een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens die aandeelhouders heeft geschonden (vgl. Hoge Raad 2 december 1994, NJ 1995, 288; [naam] /ABP). Dat sprake is van een dergelijke schending is gesteld noch gebleken in dit kort geding.

4.12. Divarma c.s. heeft geen concrete aanwijzingen gegeven welke bepaling uit de aandeelhoudersovereenkomst volgens haar meebrengt dat het Porc-Ex Breeding c.s. verboden is activiteiten te ontplooiën die concurreren met die van Porc-Ex Holland. Vanwege het ontbreken van een deugdelijke onderbouwing op dit punt zal haar vordering, voor zover gegrond op de aandeelhoudersovereenkomst, worden afgewezen.

ii. Schending geheimhoudingsplicht

4.13. Waar Porc-Ex Holland c.s. stelt dat Porc-Ex Breeding c.s. de uit artikel 8 van de aandeelhoudersovereenkomst voortvloeiende geheimhoudingsplicht heeft geschonden door (onder meer) in de markt te vertellen over de betrokkenheid van [eiseres sub 2] bij Porc-Ex Holland Holding, heeft zij hiermee kennelijk bedoeld toewijzing van het gevorderde gebod en verbod te bewerkstelligen. Hierin slaagt zij niet. Wat er ook zij van genoemde geheimhoudingsverplichting, de vraag of deze geschonden is en wat deze inhoudt, (dreigende) schending van genoemde verplichting rechtvaardigt geen gebod of verbod,

zoals door Porc-Ex Holland c.s. gevorderd. Deze vorderingen hebben immers geen betrekking op uitlatingen van Porc-Ex Breeding c.s. die zij volgens Porc-Ex Holland c.s. niet zou mogen doen op grond van artikel 8 van de aandeelhoudersovereenkomst, maar op het – kort gezegd – zakendoen met klanten die Porc-Ex Holland heeft bediend en ook thans nog bedient. Het verweer van Porc-Ex Breeding c.s. op dit punt slaagt dan ook.

iii. Conclusie aandeelhoudersovereenkomst

4.14. Omdat de aandeelhoudersovereenkomst geen grondslag biedt voor het primaire gevorderde gebod, uit de door Divarma c.s. gestelde feiten en omstandigheden niet blijkt dat Porc-Ex Breeding c.s. een specifiek jegens Divarma c.s. in acht te nemen specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden of dreigt te schenden, zal de primaire vordering van Divarma c.s. worden afgewezen.

4.15. Waar Stak haar primaire vordering (mede) lijkt te gronden op de aandeelhoudersovereenkomst dient deze te worden afgewezen omdat zij geen partij is bij die overeenkomst en daaraan dientengevolge geen rechten kan ontleen.

Vorderingen van Porc-Ex Holland Holding

i. Tekortkoming in de nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst en/of de samenwerkingsovereenkomst

4.16. Porc-Ex Holland Holding is geen partij bij de samenwerkingsovereenkomst en kan haar vorderingen daarom niet op deze overeenkomst baseren. Haar stellingen die van het tegenovergestelde uitgaan zijn daarom onhoudbaar.

4.17. Zoals Porc-Ex Breeding c.s. terecht aanvoert, is in de aandeelhoudersovereenkomst (tussen de bij die overeenkomst betrokken partijen) niet overeengekomen dat Porc-Ex Holland Holding op de Nederlandse markt exclusief gerechtigd is tot de verhandeling van – kort gezegd – door VSP ontwikkelde varkensgenetica en die door Porc-Ex Breeding als distributeur worden aangeboden op de Nederlandse markt. Dit brengt mee dat er geen contractuele bepaling is waarop Porc-Ex Holland Holding het gevorderde gebod of verbod kan gronden. Daarmee resteert het door Porc-Ex Holland c.s. gestelde onrechtmatig handelen, dat hierna aan de orde komt.

ii. Onrechtmatig handelen

4.18. Het gestelde onrechtmatig handelen van Porc-Ex Breeding c.s. valt in diverse onderdelen uiteen. Porc-Ex Breeding handelt volgens Porc-Ex Holland Holding onrechtmatig jegens haar door – kort gezegd – (i) Porc-Ex Netherlands op te richten, (ii) door met behulp van deze vennootschap afnemers van Porc-Ex Holland te benaderen voor de verkoop van genoemde varkensgenetica, (iii) door Porc-Ex Holland Holding te verbieden door VSP ontwikkelde varkensgenetica te verkopen in Nederland en (iv) door onjuiste uitlatingen te doen over de beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst tussen Porc-Ex Holland en Porc-Ex Breeding.

4.19. De eerste twee door Porc-Ex Holland Holding gemaakte verwijten worden gezamenlijk behandeld. Waar Porc-Ex Holland Holding (kennelijk) bedoelt te stellen dat op dit punt sprake is van aandeelhoudersaansprakelijkheid, dienen de in dat kader betrokken stellingen klaarblijkelijk te worden gelezen als onderbouwing van haar stelling dat een concurrentieverbod voor de duur van twee jaren op zijn plaats is.

4.20. Porc-Ex Breeding is niet door een non-concurrentiebeding gebonden, zodat van een contractuele beperking van haar handelen geen sprake is. De vraag die in dit verband rijst is of haar handelen in strijd komt met hetgeen gevorderd wordt door artikel 6:162 BW, zoals Porc-Ex Holland Holding (kennelijk mede) aan haar vorderingen ten grondslag legt.

4.21. Vooropgesteld wordt dat het een aandeelhouder in beginsel vrijstaat activiteiten te ontplooiën die mogelijkerwijs concurreren met die van de vennootschap waarin hij aandelen houdt (vgl. Hof Arnhem 29 maart 2011, LJN BQ0581 en Rechtbank Midden-Nederland 1 oktober 2014; ECLI:NL:RBMNE:2014:4781). Onder omstandigheden kan dit anders zijn. Bij de beoordeling is van belang dat de toetsing van feitelijk handelen van de aandeelhouder als zodanig, al dan niet buiten de algemene vergadering van aandeelhouders, is onderworpen aan de norm van artikel 2:8 BW naast de generieke onrechtmatige daadnorm van 6:162 BW. Feitelijk handelen van een aandeelhouder dat niet als zodanig plaatsvindt valt, gelet op de formulering daarvan, niet onder de norm van artikel 2:8 BW (vgl. MvA II Parl. Gesch. InvW 2. p. 1087), maar wel onder die van artikel 6:162 BW. Het in dit verband door Porc-Ex Holland Holding aangehaalde artikel 2:9 BW mist toepassing omdat Porc-Ex Breeding geen bestuurder is van Porc-Ex Holland Holding.

4.22. Anders dan Porc-Ex Holland Holding lijkt te betogen, brengt handelen in strijd met de – al dan niet in artikel 2:8 BW vervatte – eisen van redelijkheid en billijkheid, niet zonder meer mee dat sprake is van een normschending in de zin van artikel 6:162 BW en daarmee van onrechtmatig handelen jegens haar. Hiervoor zijn bijkomende omstandigheden vereist die – onder meer – meebrengen dat wordt voldaan aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW. Met andere woorden is van belang of de geschonden norm zich richt op Porc-Ex Holland Holding en of deze norm haar beoogt te beschermen tegen de schade die zij stelt te lijden. Porc-Ex Holland Holding heeft op dit punt evenwel niets gesteld. Daarmee is onduidelijk welke concrete norm zou zijn geschonden en op welke wijze dit zou zijn gebeurd. Dit klemmt omdat hiervoor tot uitgangspunt is genomen dat het een aandeelhouder in beginsel vrijstaat activiteiten te ontplooiën die mogelijkerwijs concurreren met die van de vennootschap waarin hij aandelen houdt. Dit wordt niet anders indien zij deze activiteiten ontplooit met behulp van een – al dan niet gelieerde – vennootschap (zoals in dit geval Porc-Ex Netherlands).

4.23. Het derde verwijt dat Porc-Ex Holland Holding Porc-Ex Breeding in dit kader maakt is dat deze laatste het Porc-Ex Holland Holding verbiedt door VSP ontwikkelde varkensgenetica te verkopen in Nederland. Dit verbod is volgens Porc-Ex Holland Holding opgenomen in de (hiervoor onder 2.8. gedeeltelijk geciteerde) brief van 22 april 2015.

4.24. Zoals hiervoor reeds is besproken, is Porc-Ex Breeding distributeur van fokmateriaal van VSP en is het haar als zodanig toegestaan dit materiaal op de Nederlandse markt aan te bieden. Het staat haar daarom in beginsel vrij het fokmateriaal aan te bieden aan andere afnemers dan Porc-Ex Holland Holding. Omdat niet met Porc-Ex Holland Holding is overeengekomen dat deze laatste exclusief gerechtigd is tot verhandeling van – kort gezegd – door VSP ontwikkelde varkensgenetica op de Nederlandse markt (zie ook hiervoor onder 4.17) en gelet op het distributiesysteem van VSP, kan niet gezegd worden dat Porc-Ex Breeding onrechtmatig handelt of dreigt te handelen jegens Porc-Ex Holland Holding door het (het oorspronkelijk aan Porc-Ex Holland toegekende) recht te onttrekken tot verkoop van varkensgenetica van VSP. Het door Porc-Ex Holland Holding primair gevorderde komt ook hierom niet voor toewijzing in aanmerking.

Doen van uitlatingen

4.25. Tussen partijen is de rechtsgeldigheid van de door Porc-Ex Breeding ingeroepen ontbinding van de samenwerkingsovereenkomst in geschil. Over de beëindiging van de overeenkomst (en daarmee de samenwerking) tussen Porc-Ex Holland en

Porc-Ex Breeding heeft deze laatste zich uitgelaten tegenover (voormalige) klanten van Porc-Ex Holland. Een aantal klanten heeft een brief gekregen waarin de beëindiging van de samenwerking is medegedeeld en verder is vermeld dat Porc-Ex Holland vanaf 27 april 2015 geen vertegenwoordiger meer is van Porc-Ex Breeding.

4.26. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter dient de primaire vordering van Porc-Ex Holland Holding te worden afgewezen waar het het doen van uitlatingen betreft. Zij is geen partij bij de samenwerkingsovereenkomst en wordt in de als productie 8 overgelegde brieven niet vermeld. Zonder onderbouwing op dit punt, die geheel ontbreekt, valt niet in te zien dat (schriftelijke) uitlatingen van Porc-Ex Breeding over de beëindiging van de samenwerking onrechtmatig zijn jegens Porc-Ex Holland Holding en toewijzing van het primair gevorderde gebod op zijn plaats is.

iii. Conclusie

4.27. Omdat uit het voorgaande volgt dat (dreigend) onrechtmatig handelen niet aannemelijk is geworden en Porc-Ex Holland Holding voor het overige onvoldoende argumenten heeft aangevoerd die toewijzing van het door haar gevorderde gebod kunnen rechtvaardigen, komt dit niet voor toewijzing in aanmerking.

Vorderingen van Porc-Ex Holland

4.28. Porc-Ex Holland stelt weliswaar dat Porc-Ex Breeding tekortschiet in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst, maar laat na concreet te stellen en onderbouwen waaruit deze tekortkoming bestaat en waarom deze (vermeende) tekortkoming toewijzing van het gevorderde gebod rechtvaardigt. Haar stellingen op dit punt zijn daarom onhoudbaar en kunnen diensgevolge niet leiden tot toewijzing.

4.29. Porc-Ex Holland en Porc-Ex Breeding twisten over de rechtsgeldigheid van de door Porc-Ex Breeding ingeroepen ontbinding van de samenwerkingsovereenkomst. Dit brengt mee dat niet zonder meer gezegd kan worden dat iedere uitlating van Porc-Ex Breeding over de ontbinding, en daarmee beëindiging van de samenwerking met Porc-Ex Holland, onrechtmatig is. Porc-Ex Holland heeft in het bestek van dit kort geding niet concreet geduid op welke wijze Porc-Ex Breeding in strijd handelt met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is en daarom onrechtmatig is jegens Porc-Ex Holland. Dit brengt mee dat het gevorderde gebod ook hierom niet voor toewijzing in aanmerking komt.

4.30. Voor zover bedoeld is te stellen dat uitlatingen van Porc-Ex Breeding c.s. over de deelneming van [eiseres sub 2], door middel van Stak, in Porc-Ex Holland Holding kunnen deze uitlatingen, mochten deze al onrechtmatig zijn, niet tot toewijzing van het gevorderde gebod leiden.

Vorderingen jegens Porc-Ex Netherlands

4.31. Porc-Ex Holland c.s. heeft geen concrete feiten en omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat Porc-Ex Netherlands onrechtmatig handelt of dreigt te handelen. De vorderingen jegens Porc-Ex Netherlands zullen vanwege het ontbreken van deze onderbouwing worden afgewezen.

Slotsom primaire vorderingen

4.32. Omdat de primaire vordering van Porc-Ex Holland c.s. zal worden afgewezen is de gevorderde dwangsom eenzelfde lot beschoren.

Subsidiaire vordering van Porc-Ex Holland c.s.

4.33. Omdat Porc-Ex Holland c.s. ter onderbouwing van haar subsidiaire vordering geen andere gronden heeft aangevoerd dan zij heeft gedaan ten aanzien van het primair gevorderde, ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding om op het punt van de subsidiaire van het daar gegeven oordeel af te wijken. De subsidiaire vordering, alsmede de in dit verband gevorderde dwangsom, zal daarom eveneens worden afgewezen.

Overige

4.34. Porc-Ex Holland c.s. zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Porc-Ex Breeding c.s. worden begroot op € 1.429,00, bestaande uit € 613,00 aan griffierecht en € 816,00 aan salaris advocaat.

4.35. De nakosten, waarvan Porc-Ex Breeding c.s. betaling vordert, zullen op de in het dictum weergegeven wijze worden begroot.

*5 De beslissing**De voorzieningenrechter*

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Porc-Ex Holland c.s. in de proceskosten, aan de zijde van Porc-Ex Breeding c.s. tot op heden begroot op € 1.429,00,

5.3. veroordeelt Porc-Ex Holland c.s., onder de voorwaarde dat zij niet binnen veertien dagen na aanschrijving door volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft 5.2. en 5.3. uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT*Feiten*

Porc-EX Holland Holding B.V. ('Porc-EX Holland Holding') houdt 100% van de aandelen in Porc-EX Holland B.V. ('Porc-EX Holland').

De aandelen in Porc-EX Holland Holding worden gehouden door (i) Stichting Administratiekantoor Porc-EX Holland Holding ('STAK'), (ii) eiseres sub 2 die ik hierna 'A' noem, (iii) eiseres sub 3 die ik hierna 'B' noem, (iv) Divarma B.V. ('Divarma') en (v) Porc-EX Breeding A/S ('Porc-EX Breeding'). Of A daadwerkelijk aandeelhouder is, is mij niet duidelijk geworden. In sub 2.3 van het vonnis waarin de aandelenpercentages worden weergegeven, wordt A niet genoemd. Op andere plaatsen in het vonnis wordt A wel als aandeelhouder genoemd.

Porc-EX Breeding is een van de vijftien distributeurs die gerechtigd zijn om varkens en genetisch materiaal daarvan ('Fokmateriaal') op de markt te brengen van het Danish Pig Research Centre. Porc-EX Breeding heeft Porc-EX Holland als (niet exclusieve) sub-distributeur aangesteld om het Fokmateriaal in Nederland te distribueren.

Tussen Porc-EX Breeding, A, B, Divarma, Porc-EX Holland en Porc-EX Holland Holding is in februari 2013 een aandeelhoudersovereenkomst ('Aandeelhoudersovereenkomst') tot stand gekomen.

In diezelfde periode is tussen Porc-EX Holland, Porc-EX Breeding en de niet in deze procedure betrokken partij Porc-EX A/S een samenwerkings- en leveringsovereenkomst

('Samenwerkingsovereenkomst') gesloten (over de distributie van het Fokmateriaal).

Porc-EX Breeding is enig aandeelhouder van Porc-EX Netherlands B.V. ('Porc-EX Netherlands'). Deze vennootschap bestaat sinds begin februari 2015.

De Samenwerkingsovereenkomst is op enig moment door Porc-EX Breeding beëindigd waarna zij bij brief van 22 april 2015 Porc-EX Holland heeft laten weten dat gezien de beëindiging van de samenwerking, het Porc-EX Holland niet meer is toegestaan het Fokmateriaal op de Nederlandse markt te verkopen.

Inzet van de procedure

Porc-EX Holland, Porc-EX Holland Holding, A, B, STAK en Divarma ('Porc-EX Holland c.s.') vorderen in deze procedure Porc-EX Breeding en Porc-EX Netherlands te gebieden om voor de duur van twee jaar de met Porc-EX Holland concurrerende activiteiten te staken alsmede haar te verbieden om in contact te treden met de klanten van Porc-EX Holland en zaken met hen te doen.

De door Divarma c.s. aangevoerde grondslagen

Divarma c.s. hebben zich op het standpunt gesteld dat Porc-EX Breeding de Aandeelhoudersovereenkomst en de Samenwerkingsovereenkomst heeft geschonden. Daarnaast zou zij onrechtmatig handelen door Porc-EX Netherlands op te richten, door middel van deze vennootschap afnemers van Porc-EX Holland te benaderen en onjuiste uitlatingen te doen over de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst.

Voor zover de grondslag van de vordering een tekortkoming in de nakoming van de Samenwerkingsovereenkomst is, wordt die, begrijpelijkerwijs, afgewezen omdat Divarma c.s. geen partij zijn bij de Samenwerkingsovereenkomst. Divarma c.s. hebben erkend dat Porc-EX Holland de primaire eiser is uit hoofde van de Samenwerkingsovereenkomst (zie sub 4.8 vonnis). Onbegrijpelijk is waarom zij desondanks de Samenwerkingsovereenkomst aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd.

Voor zover de vordering is gebaseerd op de schending van de Aandeelhoudersovereenkomst, wordt die eveneens afgewezen. Kennelijk bevatte de Aandeelhoudersovereenkomst geen concurrentiebeperkende afspraken. Overigens was ook niet concreet gesteld welke bepaling uit de Aandeelhoudersovereenkomst is geschonden. Gevalletje schending van de stelplicht.

De vordering van de STAK, voor zover gegrond op de Aandeelhoudersovereenkomst, wordt ook afgewezen omdat zij geen partij is bij de Aandeelhoudersovereenkomst.

De grondslag onrechtmatige daad wordt gepasseerd op grond van de ABP/Poot-doctrine. Niet gesteld noch gebleken is dat een bijzondere zorgvuldigheidsnorm jegens Divarma c.s. is geschonden, aldus de voorzieningenrechter.

Volgens mij had de voorzieningenrechter de vordering al kunnen afwijzen omdat Divarma c.s. geen aandeelhouders van Porc-EX Holland zijn. Als er al sprake zou zijn van een onrechtmatige daad en schending van een bijzondere zorgvuldigheidsnorm, dan is het de aandeelhouder van Porc-EX Holland jegens wie de onrechtmatige daad zou zijn gepleegd, zijnde Porc-EX Holland Holding, die kan ageren en niet Divarma c.s. Eventuele schade van Divarma c.s. wordt dan gecompenseerd doordat Porc-EX Holland Holding een schadevergoeding ontvangt en die schadevergoeding aan haar aandeelhouders als dividend uitkeert. Er is verder gesteld dat Porc-EX Breeding het geheimhoudingsbeding uit de Aandeelhoudersovereenkomst heeft geschonden door onder meer in de markt te vertellen over de betrokkenheid van A bij Porc-EX Holland. De voorzieningenrechter overweegt terecht dat die vermeende

schending of dreigende scheiding, wat daar ook van zij, niet tot toewijzing van de vordering kan leiden omdat de vordering niet gaat over ontoelaatbare uitlatingen over A die gestaakt moeten worden maar over het benaderen van en zaken doen met de klanten van Porc-EX Holland, ten aanzien waarvan een gebod en verbod wordt gevorderd. Het geheimhoudingsbeding kan niet als een grondslag voor (toewijzing) van het gevorderde gebod en verbod dienen.

De door Porc-EX aangevoerde grondslagen

Ook Porc-EX Holland Holding heeft zich op de Samenwerkingsovereenkomst beroepen zonder dat zij partij is bij die overeenkomst. Deze grondslag wordt terecht gepasseerd. Wat betreft de Aandeelhoudersovereenkomst overweegt de voorzieningenrechter terecht dat die overeenkomst geen afspraken over exclusieve verhandeling van het Fokmateriaal op de Nederlandse markt door Porc-EX Holland Holding bevat, zodat ook die overeenkomst niet als grondslag voor de vordering kan dienen.

Porc-EX Holland Holding stelt voorts dat Porc-EX Breeding onrechtmatig handelt door (i) Porc-EX Netherlands op te richten, (ii) door met behulp van deze vennootschap afnemers van Porc-EX Holland te benaderen voor de verkoop van Fokmateriaal, (iii) Porc-EX Holland Holding (bedoeld zal zijn Porc-EX Holland) te verbieden het fokmateriaal in Nederland te verkopen en (iv) door onjuiste uitlatingen te doen over de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst.

De voorzieningenrechter behandelt deze grondslag inhoudelijk maar volgens mij had de voorzieningenrechter dat niet hoeven te doen. Het gaat hier immers om een vordering van Porc-EX Holland Holding in hoedanigheid van aandeelhouder van Porc-EX Holland voor gedragingen van Porc-EX Breeding jegens Porc-EX Holland die beweerdelijk schade hebben toegebracht. Niet gesteld is dat er een bijzondere zorgvuldigheidsnorm jegens Porc-EX Holland Holding is geschonden. De vordering had volgens mij afgewezen kunnen worden op grond van de ABP/Poot-doctrine gelijk de voorzieningenrechter dat heeft gedaan met de vordering van Divarma c.s.

De door Porc-EX Holland aangevoerde grondslagen

Porc-EX Holland heeft gesteld dat Porc-EX Breeding tekort is geschoten in de nakoming van de Samenwerkingsovereenkomst maar heeft volgens de voorzieningenrechter nagelaten dat concreet te stellen en te onderbouwen, zodat die grondslag wordt gepasseerd. Opnieuw een gemiste kans door schending van de stelplicht.

Wat betreft de uitlatingen van Porc-EX Breeding overweegt de voorzieningenrechter dat partijen over de rechtsgeldigheid van de ontbinding twisten en dat daarom niet elke uitlating van Porc-EX Breeding over de beëindiging van de samenwerking onrechtmatig is. Volgens de voorzieningenrechter heeft Porc-EX Holland niet concreet geduid op welke wijze Porc-EX Breeding in strijd handelt met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is.

Dat laatste volg ik niet. Porc-EX Holland heeft gesteld dat Porc-EX Breeding de relaties heeft geïnformeerd over de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst en heeft enkele van hen daarover brieven gestuurd. Het spreekt voor zich dat als de ontbinding onterecht blijkt te zijn, die handelwijze aan Porc-EX Holland schade toebrengt. Daarmee is volgens mij voldoende gesteld op welke wijze wordt gehandeld in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. Wellicht bedoelt de voorzieningenrechter dat de stelling dat de relaties zijn benaderd niet voldoende is

onderbouwd, maar dat lijkt mij niet waarschijnlijk omdat in sub 4.26 wordt verwezen naar de brieven die zijn overgelegd.

Over de toelaatbaarheid van de uitlatingen overweegt de voorzieningenrechter dat nu partijen over de rechtsgeldigheid van de ontbinding twisten, niet elke uitlating van Porc-EX Breeding over de beëindiging onrechtmatig is. Dat kan ook anders benaderd worden; als de ontbinding ten onrechte blijkt te zijn ingeroepen, is Porc-EX Breeding mogelijk wel onrechtmatig bezig. Of er over de ontbinding wordt geprocedeerd blijkt niet uit de uitspraak. Als dat zo is, dan had de voorzieningenrechter er ook voor kunnen kiezen om een verbod op te leggen voor de duur van dat geding om eventuele schade voor Porc-EX Holland te beperken. Het tijdelijk achterwege laten van de uitlatingen brengt Porc-EX Breeding geen schade toe maar het doen van uitlatingen berokkent Porc-EX Holland mogelijk wel schade als de ontbinding niet rechtsgeldig blijkt te zijn. Haar belang had hier mijns inziens moeten prevaleren.

Wat mij verbaast is dat Porc-EX Holland onrechtmatige daad niet als grondslag voor haar vordering heeft opgevoerd. De stellingen die Porc-EX Holland Holding heeft geponeerd waarvan ik hiervoor aangaf dat die gepasseerd konden worden op grond van de ABP/Poot-doctrine, hadden door Porc-EX Holland moeten worden geponeerd. De uitkomst van de procedure was daardoor waarschijnlijk niet anders geworden. Ook dan had de vordering moeten worden afgewezen. Zoals de voorzieningenrechter heeft overwogen, mag een aandeelhouder in principe met zijn vennootschap concurreren tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die dat ontoelaatbaar maken. Die bijzondere omstandigheden zijn mijns inziens aanwezig als het gaat om, bijvoorbeeld, een joint venture die door de partners is opgericht op basis van een gezamenlijk plan met het doel het drijven van een gezamenlijke onderneming. In dat soort gevallen brengt de *commitment* die de partners zijn aangegaan mijns inziens een verplichting met zich mee om zich te blijven inzetten voor het voortbestaan, de bloei en groei van die gezamenlijke onderneming. De partners dragen immers in gelijke mate de verantwoordelijkheid voor die onderneming.

In casu was een dergelijke situatie niet aan de orde. Porc-EX Holland is door een van de indirect aandeelhouders tot sub-distributeur aangewezen. Of dat haar enige activiteit was, is niet duidelijk. Aan die aanwijzing ligt een overeenkomst ten grondslag. Een contractuele verhouding kan uit haar aard worden beëindigd. Porc-EX Holland en de andere (indirect) aandeelhouders zijn zich daarvan bewust geweest, althans hadden zich daarvan bewust moeten zijn bij het aangaan van de samenwerking. Daarbij komt dat er geen exclusiviteit was afgesproken. Porc-EX Breeding had dus sowieso de bevoegdheid ook zelf het Fokmateriaal te verkopen op de Nederlandse markt. Zij mocht Porc-EX Holland van meet af aan 'concurrentie aandoen' door zelf het Fokmateriaal te distribueren of door andere distributeurs aan te wijzen. De contractuele relatie tussen partijen verschieft niet van kleur omdat Porc-EX Breeding toevallig indirect aandeelhouder is van Porc-EX Holland. Was de Samenwerkingsovereenkomst met een derde gesloten, dan had die derde ook zelf de markt mogen bewerken en had die derde ook in geval van een geschil de overeenkomst mogen beëindigen. Een verbod aan Porc-EX Breeding om zich te onthouden van concurrentie zou tot gevolg hebben dat zij – in geval van een geschil over de uitvoering van de Samenwerkingsovereenkomst en beëindiging daarvan – niet meer in staat zou zijn de desbetreffende activiteiten aan een andere distributeur over te dragen of die zelf uit te voeren met alle gevolgen van dien voor haar eigen onderneming. Dat gaat te ver en dat is klaarblijkelijk ook niet de bedoeling geweest bij het aangaan van de samenwerking, anders waren er concurrentiebeperkende

afspraken gemaakt. Onder deze omstandigheden is er geen sprake van onrechtmatige concurrentie. Tot slot de vordering tegen Porc-EX Netherlands. Men had geen concrete feiten en omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat Porc-EX Netherlands onrechtmatig handelt. Ook met die vordering maakt de voorzieningenrechter korte metten vanwege de niet-naleving van de stelplicht.

E. Bagheri
AKD advocaten en notarissen

181	
Rechtbank Midden-Nederland 12 augustus 2015, nr. C/16/382723 / HA ZA 14-951 ECLI:NL:RBMNE:2015:5571 (mr. Gaertman) Noot F. el Houzi en J.R. Everhardus	
Aansprakelijkheid van bestuurder. Beklamel-norm. Selectieve betaling.	
Peeters Gatzén-vordering: ontvankelijkheid en belang van de gezamenlijke schuldeisers. Doel is dat de boedel wordt hersteld in de staat waarin zij zou hebben verkeerd zonder de onrechtmatige benadeling.	
	[BW art. 6:162]

1126

De rechtbank stelt voorop dat aan bestuurders van een rechtspersoon in beginsel de vrijheid toekomt om bij het doen van betalingen aan schuldeisers te handelen naar eigen inzicht. Dit wordt anders vanaf het moment dat een rechtspersoon heeft besloten zijn activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om alle schuldeisers te voldoen, dan wel vanaf het moment dat de insolventie van de rechtspersoon onvermijdelijk blijkt. Het staat de bestuurders van de rechtspersoon dan niet langer onverkort vrij om bepaalde schuldeisers, anders dan op grond van de wettelijke regels, met voorrang te voldoen boven andere schuldeisers. In een dergelijke situatie is selectieve betaling in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt jegens de schuldeisers, tenzij die voorkeursbehandeling van bepaalde schuldeisers kan worden gerechtvaardigd door bijzondere omstandigheden.

Naar het oordeel van de rechtbank stond het de bestuurders van [bedrijf 1] in ieder geval vanaf 21 december 2011 niet meer onverkort vrij selectieve betalingen te doen. Op die datum werd door de aandeelhouders van de vennootschap besloten tot aangifte van het eigen faillissement. Mede gezien de ontwikkelingen in de dagen daaraan voorafgaand (waarover aan het slot van deze alinea meer), was de situatie van de vennootschap vanaf die dag aldus, dat de insolventie van [bedrijf 1] onvermijdelijk bleek. Of dit besluit werd genomen voorafgaand aan de betalingen op diezelfde dag of daarna, doet hierbij niet ter zake. Niet is gesteld of gebleken – en het is ook niet aannemelijk – dat gedurende die dag in de financiële situatie van [bedrijf 1] een verandering is opgetreden van dien aard dat het omslagpunt juist op die dag lag. Bij het vaststellen van deze datum heeft de rechtbank namelijk, conform vaste jurisprudentie, gekozen voor een moment aan de veilige kant, ten gunste van de aangesproken bestuurders. Al eerder, op 9 december 2011, maakte [gedaagde sub 2] aan het UWV kenbaar dat “allerm minst zeker [is] dat het bedrijf niet failliet gaat” (productie 8 bij dagvaarding). Op

14 december 2011 deed [bedrijf 1] melding van betalingsonmacht voor omzetbelasting en premies bij de Belastingdienst (productie 11 bij dagvaarding). In een overleg op 19 december 2011 heeft [bedrijf 1] de aannemingsovereenkomst met de gemeente Stichtse Vecht beëindigd (productie 19 tijdens Hendriks c.s., ten behoeve van de comparitie van partijen). Op 21 december 2011 resulteert de financiële situatie van [bedrijf 1] in voornoemd besluit tot aangifte van het faillissement.

De betalingen op 21, 22 en 23 december 2011 zijn gedaan in strijd met de geleverde maatschappelijke zorgvuldigheid jegens de schuldeisers van [bedrijf 1] en zijn om die reden onrechtmatig, nu zij niet gerechtvaardigd worden door bijzondere omstandigheden. Het is juist dat de bestuurder van een rechtspersoon aansprakelijk kan zijn wegens het aangaan namens de rechtspersoon van een verplichting, terwijl hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de rechtspersoon niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade ten gevolge van die wanprestatie. Dit is de ‘Beklamel-norm’. Dit argument levert echter geen bijzondere omstandigheid op die de selectieve betaling aan [bedrijf 2] rechtvaardigt. Voor zover met de schikking al een nieuwe verplichting werd aangegaan – [bedrijf 2] maakte ook voordien aanspraak op betaling van dit bedrag – had de Beklamel-norm [gedaagde sub 3] en [gedaagde sub 2] dienen te weerhouden van het aangaan daarvan. Dit geldt temeer nu met het bereiken en uitvoeren van de schikking primair werd bewerkstelligd dat een eerder ten laste van [gedaagde sub 3] en [gedaagde sub 2] gestelde contragarantie kwam te vervallen. [gedaagde sub 3] en [gedaagde sub 2] hadden derhalve een persoonlijk belang bij betaling door [bedrijf 1] van het schikkingsbedrag aan [bedrijf 2].

1. in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [bedrijf 1]

Hans Carel Marcar Hendriks,
kantoorhoudende te Utrecht,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon

De ontvanger van de Belastingdienst,
zetelend te Hoofddorp,

eisers,

advocaat mr. E.S.H. Wolfkamp,
tegen

1. [gedaagde sub 1],
wonende te [woonplaats],

gedaagde,
advocaat mr. drs. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

2. [gedaagde sub 2],
wonende te [woonplaats],

gedaagde,
advocaat mr. drs. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

3. [gedaagde sub 3],
wonende te [woonplaats],

gedaagde,
advocaat mr. Y. Benjamins te Amsterdam.

Eisers zullen hierna ieder voor zich worden genoemd: Hendriks en de Ontvanger. Gezamenlijk worden zij Hendriks c.s. genoemd.

Gedaagden zullen ieder voor zich respectievelijk worden genoemd: [gedaagde sub 3], [gedaagde sub 2] en [gedaagde sub 1]. Gezamenlijk worden zij [gedaagden] genoemd.

Rechtbank:

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit: