

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 02, 2012

Nummer 2, 2012

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW6001](#) 15-05-2012

X/Architect A

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5445](#) 08-05-2012

The Old Tree

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARN:2012:BW5216](#) 08-05-2012

Ongo BV

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6048](#) 27-04-2012

Eneco/Greenchoice

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW3510](#) 17-04-2012

Age2Age

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW3225](#) 17-04-2012

JP Holding

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW3222](#) 10-04-2012

Leuvass Assurantiën

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991](#) 05-04-2012

Wanbeleid Fortis

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW4132](#) 03-04-2012

GO Acquisition/Gamma Holding

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5404](#) 09-05-2012

Carovi/Kwik-Fit

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5326](#) 09-05-2012

directeur X/Kwik-Fit

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBALM:2012:BW6005](#) 04-05-2012

BV A/BV B

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW4453](#) 25-04-2012

ABN AMRO/Echtgenote

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BW5691](#) 25-04-2012

Konings Beheer en VDL/voormalig statutair directeur

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW2998](#) 18-04-2012

Rochdale/X

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW3458](#) 11-04-2012

Stichting W&P/SNS Bank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BW2448](#) 04-04-2012

X/Y (vereffening maatschap)

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW3128](#) 04-04-2012

Aanneming Maatschappij HA

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

Econcern/Ecobuildings

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

X/Architect A

Bestuurdersaansprakelijkheid van directeur B.V. na voortzetting activiteiten in een andere B.V. zonder binnen de eerste B.V. een voorziening voor pretense crediteur te treffen op grond van art.6:162 BW? Vordering afgewezen

Architect A is kort gezegd enig bestuurder en 100% aandeelhouder van Astra B.V. X en Astra B.V. sluiten een overeenkomst van opdracht voor het bouwen van een woonhuis. X laat op enig moment een deskundigenrapport opmaken waaruit blijkt dat Astra B.V. niet deugdelijke werkzaamheden heeft verricht. Astra B.V. biedt aan deugdelijk na te komen. X gaat daar niet op in, maar wenst wel schadevergoeding. A zet op enig moment twee nieuwe vennootschappen op. Die vennootschappen verwerken nieuwe opdrachten, terwijl de activiteiten van Astra B.V. worden gestaakt.

X heeft A gedagvaard en gevorderd te verklaren voor recht dat A heeft nagelaten voorzieningen te treffen voor de schuldeisers van Astra B.V. X heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat A in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die hij als bestuurder van Astra B.V. jegens X in acht had moet nemen door de binnen Astra B.V. gedreven ondernemingsactiviteiten over te hevelen naar twee andere vennootschappen, zonder gelijktijdig een voorziening te treffen in verband met de vordering van X op Astra B.V., wetende dat X als gevolg hiervan nadeel ondervindt ter zake van zijn verhaalsmogelijkheden op Astra B.V. X vordert tevens schade nader op te maken bij staat.

De rechtbank wijst de vordering af. Naar het oordeel van de rechtbank was de feitelijke grondslag van de vordering aldus niet komen vast te staan zodat de vordering werd afgewezen.

Het hof stelt voorop dat, bij benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaald blijven van diens vordering, naast de aansprakelijkheid van de vennootschap ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan

worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld indien hem een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. In een geval als het onderhavige geldt als maatstaf of het handelen of nalaten van de betrokken bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof komt echter tot de conclusie dat in casu daar geen sprake van is. Door Astra is destijds wel degelijk een voorziening getroffen terwijl de vordering van A nog niet vast stond (en nog steeds niet vaststaat). Naar het oordeel van het hof gaat A er ten onrechte van uit dat de getroffen voorziening (volledig) uitgewonnen moet kunnen worden zodra A een voor executie vatbare titel verkrijgt. Aldus lijkt A veeleer het oog te hebben op (een vorm van) zekerheid die Astra zou moeten stellen voor de pretense vordering van A. Dat Astra tot het stellen van een dergelijke zekerheid verplicht is en waarom dat het geval zou zijn, is evenwel niet door A gesteld noch is dit anderszins gebleken. Het hof wijst derhalve de vordering van X af.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BW6001

Zaaknummer: HD 200.075.416

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Konings Beheer en VDL/voormalig statutair directeur

Verjaring art. 3:310 BW. Rechtsverwerking. Art. 2:9 BW onbehoorlijk bestuur. Art. 6:74 BW. Art. 6:162 BW. Art. 7:611 BW, goed werkgeverschap jo. Art. 2:8 BW

Van 1992 tot 16 november 2005 is X statutair directeur van Konings Beheer. Konings Beheer heeft in de loop van de jaren negentig van de vorige eeuw een verzekering tegen bestuurdersaansprakelijkheid afgesloten. Op 19 april 2005 is Konings Beheer overgenomen door VDL. Ten tijde van de overname van de aandelen van Konings Beheer door VDL is een arbitrageprocedure aanhangig tussen Konings Rubber Technology (hierna: Technology), een dochtermaatschappij van Konings Beheer, en een klant van haar, Granuband. Op 30 juni 2005 wordt de aansprakelijkheidsverzekering geroyeerd, met een uitlooptekking van drie jaar. Op 16 november 2005 ontslaat de ava van Konings Beheer X als statutair directeur en wordt de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opgezegd. In een arbitraal vonnis uit 2006 wordt beslist dat Technology de op haar rustende verplichten uit de overeenkomst met Granuband nog niet is nagekomen en dat zij derhalve op zich schadeplichtig is jegens Granuband. Konings Beheer is op grond van een '403-verklaring' hoofdelijk aansprakelijk voor schulden van Technology. Technology gaat in 2007 failliet. Granuband dagvaardt Konings Beheer voor de rechtbank Roermond. In hoger beroep bij hof 's-Hertogenbosch wordt Konings Beheer veroordeeld de schade van Granuband voortvloeiende uit de overeenkomst met Technology te vergoeden. In de onderhavige procedure vordert Konings Beheer in conventie dat X op grond van art. 2:9/6:74/6:162 BW/schending van het geheimhoudingsbeding uit zijn arbeidsovereenkomst aansprakelijk is voor de schade die Konings Beheer lijdt uit de gevoerde en te voeren procedures met Granuband. VDL baseert haar vordering jegens X van schade wegens gevoerde en te voeren gerechtelijke procedures met Granuband op 6:162 BW.

X vordert in reconventie dat Konings Beheer en VDL ieder hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle schade die hij heeft geleden en nog zal lijden ten gevolge van het beëindigen van de ten behoeve van hem gesloten bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering en voor de gemaakte kosten van rechtsbijstand. Daarnaast vordert hij opheffing van alle door Konings Beheer en

VDL ten laste van hem gelegde beslagen.

De rechtbank:

Verjaring en rechtsverwerking

Het beroep van X op verjaring dan wel rechtsverwerking als verweer tegen de vorderingen van Konings Beheer en VDL wordt afgewezen. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis uit 3:310 lid 1 BW dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat. Deze verjaringstermijn begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen (vgl. HR 9 oktober 2009, NJ 2012, 193, HR 9 juli 2010, NJ 2012, 194, HR 10 september 2010, NJ 2012, 195 en HR 3 december 2010 NJ 2012, 196). De rechtbank is van oordeel dat de verjaringstermijn pas op 30 maart 2011 – vast staat dat Konings Beheer toen heeft kennisgenomen van het arrest inzake het geschil met Granuband – is gaan lopen. Volgens vaste rechtspraak moet de nodige terughoudendheid worden betracht bij het honoreren van een beroep op rechtsverwerking. Enkel tijdsverloop of stilzitten is op zichzelf onvoldoende voor het aannemen van rechtsverwerking of het verlies van de aanspraak op de ingestelde vordering. X heeft geen bijzondere omstandigheden gesteld op grond waarvan bij hem het gerechtvaardigd vertrouwen zou zijn gewekt dat Konings Beheer of VDL hun vorderingen niet meer geldend zouden maken. Bovendien is niet van feiten of omstandigheden gebleken waaruit volgt dat Konings Beheer of VDL de voor hun kenbare belangen van X op onaanvaardbare wijze hebben veronachtzaamd.

In conventie

Art. 2:9 BW

Konings Beheer baseert de vordering jegens X op grond van art. 2:9 BW/6:74/6:162 BW op drie stellingen: (i) X is als bestuurder met Granuband overeengekomen dat Konings Beheer zich jegens Granuband aansprakelijk stelt voor de verplichtingen van Technology uit overeenkomst met Granuband, terwijl de rvc daarvoor niet de op grond van de statuten vereiste goedkeuring heeft gegeven, (ii) Met deze handelswijze heeft X Konings Beheer aan een onacceptabel groot risico blootgesteld en (iii) X heeft zijn toezegging aan Granuband niet op schrift gesteld of anderszins intern kenbaar gemaakt en hierover ook gezwegen bij het due diligence-onderzoek in het kader van de overname van Konings Beheer door VDL.

(i) Goedkeuring raad van commissarissen

De rechtbank oordeelt dat ervan moet worden uitgegaan dat de rvc de aan Granuband afgegeven garantstelling heeft goedgekeurd. Niet is komen vast te staan dat X in strijd met enige statutaire bepaling heeft gehandeld op grond waarvan hem enig verwijt kan worden gemaakt.

(ii) Risicovol handelen

De rechtbank oordeelt dat niet kan worden gezegd dat geen redelijk handelend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – gehandeld zou hebben als X heeft gedaan. X heeft niet een onacceptabel groot risico genomen op grond waarvan hem enig verwijt kan worden gemaakt.

(iii) Zwijgen over de garantstelling De rechtbank overweegt dat de aan de vorderingen ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden niet vast zijn komen te staan en oordeelt dat – met inachtneming van hetgeen onder (i) en (ii) overwogen, niet valt in te zien dat deze verwijten tot aansprakelijkheid van X jegens Konings Beheer kunnen leiden.

Geheimhoudingsbeding

Konings Beheer stelt dat X het geheimhoudingsbeding in zijn arbeidsovereenkomst heeft geschonden door ten behoeve van Granuband onderhandse verklaringen en een verklaring als getuige te hebben afgelegd. De door X aan Granuband afgelegde verklaringen hebben zonder uitzondering betrekking op de tussen Konings Beheer en Granuband overeengekomen garantstelling. Gesteld noch gebleken is dat de door X afgelegde verklaringen informatie bevatten die niet al bekend was bij Granuband, terwijl de omstandigheid dat X zich heeft geleend om de kennis van Granuband te versterken met de zijne de geheimhouding op zich niet raakt. Het enkele feit dat X drie onderhandse verklaringen aan Granuband heeft afgelegd – waar daarvan verder ook zij – is daarom onvoldoende voor het oordeel dat X zijn geheimhoudingsverplichting niet is nagekomen. Zonder concrete toelichting, die ontbreekt, valt dan ook niet in te zien dat X aan Granuband geheime of vertrouwelijke informatie heeft toevertrouwd. Er bestaat om die reden geen aanleiding om aan te nemen dat X het geheimhoudingsbeding in zijn arbeidsovereenkomst heeft geschonden, laat staan dat dit is komen vast te staan. De vordering op dit onderdeel moet derhalve worden afgewezen.

Vorderingen VDL

De stelling dat X in het kader van het due diligence-onderzoek opzettelijk onjuiste mededelingen heeft gedaan, althans relevante feiten heeft verzwegen met betrekking tot de

mogelijke aansprakelijkheid van Konings Beheer jegens Granuband, is niet onderbouwd, terwijl VDL ter onderbouwing van de stelling dat X zich jegens haar onrechtmatig heeft gedragen geen andere feiten en omstandigheden ten grondslag heeft gelegd dan die welke Konings Beheer ten aanzien van haar vorderingen heeft gesteld. De aan de vorderingen van Konings Beheer ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden zijn echter niet komen vast te staan, althans kunnen niet de aansprakelijkheid van X vestigen. Daarom kan ook VDL X niet aansprakelijk houden voor de aan X gemaakte verwijten. De vorderingen dienen dan ook te worden afgewezen.

In reconventie

Art. 6:74 BW

X stelt dat hij er steeds op mocht vertrouwen dat schadevoorvallen die zich hebben voorgedaan in de periode dat hij bestuurder was van Konings Beheer en die tot een mogelijke aansprakelijkheid van X als bestuurder zouden kunnen leiden door de verzekering gedekt zouden zijn. Door de beëindiging van de verzekering is dit niet het geval terwijl bij instandhouding van de verzekering volgens X zonder meer dekking bestond. Daarom stelt X dat Konings Beheer jegens hem ex artikel 6:74 BW toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de afspraak hem te verzekeren en verzekerd te houden tegen bestuurdersaansprakelijkheid voor de periode dat hij bestuurder was van Konings Beheer. Naast Konings Beheer is ook VDL jegens X aansprakelijk, omdat zij formeel, materieel en feitelijk er de hand in heeft gehad dat er geen dekking meer is.

De rechtbank oordeelt dat X zijn stellingen niet voldoende onderbouwd of geconcretiseerd heeft. De rechtbank zal hem daarvan ook geen bewijs opdragen. Nu niet is komen vast te staan dat Konings Beheer of VDL jegens X aansprakelijk is op grond van artikel 6:74 BW, zullen de vorderingen op deze grondslag worden afgewezen.

Art. 7:611, 2:8 en 6:162 BW

In de kern komen de stellingen van X erop neer dat Konings Beheer en VDL de zorgplicht hebben geschonden die zij jegens X hadden moeten betrachten. Er is geen regel op grond waarvan een rechtspersoon-werkgever kan worden verplicht zijn bestuurder te verzekeren of verzekerd te houden tegen bestuurdersaansprakelijkheid. Het ligt ook niet in de rede een dergelijke verplichting aan te nemen, nu bestuurdersaansprakelijkheid slechts aan de orde is

als een bestuurder op grond van zijn eigen gedragingen een ernstig verwijt valt te maken. Het enkele feit dat de aansprakelijkheidsverzekering met ingang van 30 juni 2005 is beëindigd, levert dan ook geen verwijtbaar onzorgvuldig handelen van Konings Beheer of VDL jegens X op. De door X gestelde omstandigheid dat de verzekering zonder zijn medeweten is beëindigd, maakt dit niet anders. Bovendien kende de aansprakelijkheidsverzekering vanaf de beëindigingsdatum een uitlooptekking gedurende drie jaar. Nu X voor het overige geen feiten of omstandigheden aan zijn beroep op de artikelen 7:611 BW, 2:8 BW en 6:162 BW ten grondslag heeft gelegd, kunnen de vorderingen niet op grond van deze artikelen worden toegewezen.

Beslagen

De rechtbank heeft geoordeeld dat de vorderingen van Konings Beheer en VDL jegens X worden afgezien. Daarmee is gegeven dat de beslagen ten onrechte zijn gelegd. De vordering tot opheffing van de beslagen zal daarom worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 25-04-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BW5691

Zaaknummer: 216646 / HA ZA 11-874

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:9 BW, 6:162 BW, 3:310 BW, 6:74 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

BV A/BV B

Bestuurder niet zelfstandig bevoegd om besloten vennootschap zonder instemming medebestuurder te vertegenwoordigen

BV A en BV B zijn bestuurders van M BV en gezamenlijk bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen. BV A vordert om de vennootschap alleen te mogen vertegenwoordigen.

De rechtbank oordeelt dat BV B onweersproken gesteld heeft dat BV A en BV B vennootschapsrechtelijk slechts gezamenlijk bevoegd zijn om M BV (indirect) al dan niet in rechte te vertegenwoordigen. Deze gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid brengt met zich mee dat BV A niet zelfstandig bevoegd is om deze vennootschappen zonder medeweten en/of instemming van BV B (indirect) in rechte te vertegenwoordigen. Dit kan anders zijn indien en voorzover BV B door het onthouden van instemming de belangen van de vennootschappen onnodig zou benadelen of de redelijkheid en billijkheid tot een ander oordeel zouden moeten leiden. Feiten en omstandigheden die rechtvaardigen dat BV A de vennootschap M BV toch zelfstandig zou mogen vertegenwoordigen, zijn echter onvoldoende gesteld of gebleken.

De voorzieningenrechter wijst de vordering van BV A af.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 04-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBALM:2012:BW6005

Zaaknummer: 128702 / KG ZA 12-96

Wetsartikelen: 2:240 BW

RECHTSPRAAK

Eneco/Greenchoice

De bevindingen van de NMa houden in dat de vennootschap jarenlang een beleid heeft gevoerd dat erop gericht was om geen eindafrekening te verzenden aan (voormalige) klanten aan wie zij volgens die eindafrekening nog geld verschuldigd was en dat dit beleid mede werd uitgevoerd door “directieleden” van de vennootschap. Er is sprake van gegronde redenen om te twijfelen aan de juistheid van het beleid van de vennootschap. Een onderzoek wordt bevolen. Tevens zijn er redenen voor schorsing van de bestuurder van de vennootschap en dienen de door de meerderheidsaandeelhouder gehouden aandelen ten titel van beheer te worden overgedragen aan een onafhankelijke derde

Greenchoice heeft jarenlang een beleid gevoerd dat erop gericht was om geen eindafrekening te verzenden aan (voormalige) klanten aan wie Greenchoice volgens die eindafrekening nog geld verschuldigd was en dat dit beleid mede werd uitgevoerd door “directieleden” van Greenchoice, dat wil zeggen Rexwinkel, Appeldoorn en/of Van Rees. Deze handelwijze doet, mede gelet op de lange duur daarvan en de vergaande mate waarin deze was georganiseerd, ernstig twijfelen aan de integriteit van degenen die functioneerden als feitelijke bestuurders van Greenchoice. Eneco heeft de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Greenchoice.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. De ernst en omvang van de malversaties, de betrokkenheid van (feitelijke) bestuursleden daarbij en de wetenschap dat een en ander voorwerp was van onderzoek door de NMa bracht mee dat Greenchoice daarover openheid diende te betrachten jegens haar aandeelhouders, in het bijzonder jegens Eneco omdat de andere aandeelhouder, Energie Concurrent, daarvan reeds op de hoogte was gegeven het feit dat Rexwinkel en Appeldoorn (evenals Van Rees tot begin 2011) feitelijk de bestuurders waren van zowel Greenchoice als Energie Concurrent. De verplichting tot het geven van openheid van zaken klemmt te meer omdat er een evident tegenstrijdig belang bestaat tussen Energie Concurrent, Rexwinkel, Van Rees en Appeldoorn enerzijds en Greenchoice anderzijds bij de

beantwoording van de voor de hand liggende vraag of Energie Concurrent op de voet van artikel 2:9 BW jegens Greenchoice aansprakelijk is voor de door Greenchoice geleden en te lijden schade als gevolg van de malversaties. De vennootschap heeft deze openheid van zaken stelselmatig niet verschaft. De wijze waarop Greenchoice haar aandeelhouders, in het bijzonder Eneco, heeft geïnformeerd over de gang van zaken rondom het onderzoek van de NMa levert gegronde redenen op om te twijfelen aan de juistheid van haar beleid.

Ernstig te betwijfelen valt of het aanblijven van de bestuurder van de vennootschap en het recente - na indiening van het verzoekschrift - aantreden van de levenspartner van een van de (voormalig) feitelijk bestuurders als enige (indirecte) bestuurder van de vennootschap strookt met de toezegging aan de NMa dat de (voormalig) feitelijk bestuurders “per 1 januari 2012 hun functie als directeur van de vennootschap” neerleggen. De vennootschap en haar bestuurder hebben niet de vraag onder ogen gezien of de bestuurder jegens de vennootschap aansprakelijk is voor de door haar geleden schade als gevolg van genoemde malversaties. Aannemelijk is dat de omstandigheid dat de bestuurder tot op heden niet is afgetreden samenhangt met het genoemde tegenstrijdige belang. De Ondernemingskamer oordeelt dat de omstandigheid dat Energie Concurrent tot op heden is aangebleven als bestuurder van Greenchoice een gegronde reden is om aan de juistheid van het beleid van Greenchoice te twijfelen.

De Ondernemingskamer is van oordeel dat het negeren door Greenchoice van de wens van Eneco om de mogelijke aansprakelijkheid van Energie Concurrent jegens Greenchoice te laten onderzoeken, de omstandigheid dat de jaarrekening van Greenchoice over 2010 nog altijd niet is vastgesteld en de verstoorde verhoudingen tussen de aandeelhouders die leiden tot een impasse in de aandeelhoudersvergadering bijdragen aan het oordeel dat aan de juistheid van het beleid van Greenchoice moet worden getwijfeld.

De Ondernemingskamer beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Greenchoice. Voorts is het gelet op het tegenstrijdige belang tussen de vennootschap en haar bestuurder, en op de omstandigheid dat de levenspartner van een van de (voormalige) feitelijk bestuurders thans de enige (indirecte) bestuurder is van de vennootschap, noodzakelijk om bij wijze van onmiddellijke voorziening de bestuurder van de vennootschap te schorsen en een onafhankelijke derde tot bestuurder te benoemen. De genoemde redenen voor schorsing van de bestuurder van de vennootschap, de thans op diverse belangrijke punten bestaande impasse in de algemene vergadering van aandeelhouders en de consequenties van die impasses maken het voorts noodzakelijk om de door de meerderheidsaandeelhouder gehouden aandelen ten titel van beheer over te dragen aan een onafhankelijke derde.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-04-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6048

Zaaknummer: 200.102.055/01 OK

Wetsartikelen: 2:349a BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Rochdale/X

Beweerdelijk onbehoorlijke taakvervulling en/of onrechtmatig handelen van directeur van woningcorporatie. Gedaagde wordt in de gelegenheid gesteld te reageren op eisvermeerdering

X treedt in dienst bij Woningstichting Rochdale (hierna: Rochdale) als voorzitter van de raad van bestuur. Na een publicatie in een landelijk dagblad over onrechtmatige gedragingen van X, wordt hij ontslagen.

Rochdale stelt een eisvermeerdering in. Blijkens het memorandum is X aansprakelijk wegens onbehoorlijke taakvervulling als bestuurder (art. 2:9 BW). Daarnaast kan de aansprakelijkheid ook worden gegrond op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en/of aansprakelijkheid als werknemer op de voet van artikel 7:661 BW, althans is sprake geweest van ongerechtvaardigde verrijking van X. X heeft opzettelijk laakbaar gehandeld door financiële gunsten aan te nemen, waardoor Rochdale is benadeeld.

X heeft bezwaar gemaakt tegen de eisvermeerdering, stellende dat die vermeerdering in strijd is met een goede procesorde dan wel misbruik van procesrecht oplevert.

De kantonrechter heeft geoordeeld dat de vermeerdering niet in strijd is met een goede procesorde, nu X door die vermeerdering niet onredelijk in zijn verdediging wordt bemoeilijkt. Daarbij heeft de kantonrechter mede van belang geacht, dat X in het verdere verloop van de procedure zo nodig nog gelegenheid geboden zal kunnen worden om zijn standpunt met betrekking tot de vermeerderde vordering nader uiteen te zetten.

De rechtbank is van oordeel dat partijen inderdaad de gelegenheid moet worden geboden om zich nader over de zeer substantiële vermeerdering van eis uit te laten.

Rochdale zal zich bij conclusie kunnen uitlaten over de antwoordakte van X. Voorts zal Rochdale nader mogen toelichten op welke grond zij voor wat betreft haar schade (gedeeltelijk) aanknoopt bij het door X beweerdelijk genoten voordeel en op welke grond zij naast dat gestelde voordeel tevens het door haar geleden nadeel vordert.

X zal bij conclusie van antwoord op de conclusie van Rochdale mogen reageren.

De rechtbank bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen voor het nemen van een conclusie als vermeld. X zal op deze conclusie bij conclusie van antwoord mogen reageren.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-04-2012

ECLI: ECLI:NL:RBZLY:2012:BW2998

Zaaknummer: 189456 / HL ZA 11-926

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:162 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

Age2Age

Verplichting tot volstorting op aandelen. Geen kasrondje. Vordering (failliete) vennootschap uit hoofde van de rekening-courantschuld is overdraagbaar

G heeft eind 2006 een bedrag van € 18.250 van zijn ouders geleend. Op 20 december 2006 heeft hij, als oprichter en enig aandeelhouder/directeur van Age2Age B.V., van zijn bankrekening een bedrag van € 18.000 overgeboekt naar de bankrekening van Age2Age B.V. i.o. ter voldoening aan zijn verplichting tot storting op de door hem te nemen aandelen bij de oprichting van Age2Age B.V. Op of omstreeks 23 december 2006 is Age2Age B.V. opgericht. Op 7 februari 2007 heeft G een bedrag van € 18.380 van de bankrekening van Age2Age B.V. overgemaakt naar zijn privébankrekening. G heeft met dat geld de lening van zijn ouders terugbetaald. De accountant van Age2Age B.V. heeft deze opname in de boeken van de vennootschap verwerkt als een rekening-courantschuld van G. Age2Age B.V. is in december 2007 in staat van faillissement verklaard. Op het moment van het faillissement had G aan de vennootschap een schuld in rekening-courant van € 18.821. G had op zijn beurt een niet in de rekening-courantverhouding verwerkte vordering op de vennootschap ter zake (niet betaald) salaris van € 9.000. De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat G niet aan zijn verplichting tot volstorting heeft voldaan en G gesommeerd om alsnog aan zijn stortingsplicht te voldoen. Nadat G geen gevolg aan de sommatie had gegeven, heeft de curator de door hem gestelde vordering van de vennootschap G van € 18.000 in oktober 2008 verkocht en geleverd aan appellant (hierna: A) voor een bedrag van € 2.000. A heeft G in rechte betrokken en gevorderd veroordeling van G tot betaling aan A van een bedrag van 18.904 (de hoofdsom van € 18.000 aangevuld met de buitengerechtelijke kosten), te vermeerderen met wettelijke rente over de hoofdsom.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de vordering uit hoofde van de volstortingsplicht op aandelen niet overdraagbaar is en dat A daarom niet in deze vordering kan worden ontvangen. De rechtbank heeft voorts geoordeeld dat A evenmin kan worden ontvangen in zijn vordering voor zover deze is gebaseerd op onverschuldigde betaling of op de schuld van G in rekening-courant. De grieven richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de betreffende

vordering van de vennootschap op G tot volstorting op aandelen en uit hoofde van de rekening-courantschuld niet overdraagbaar is.

Het hof overweegt, dat met het op 20 december 2006 overmaken van een bedrag van € 18.000 van zijn privérekening op de rekening van Age2Age B.V. i.o. G voldaan heeft aan zijn verplichting als bedoeld in artikel 2:191 lid 1 BW. Nu de op 23 december 2006 opgerichte vennootschap overeenkomstig het bepaalde in artikel 2:203a BW de beschikking heeft gekregen over het op de aandelen gestorte bedrag en gesteld noch gebleken is dat aan deze ter beschikkingstelling restricties waren verbonden, is het hof van oordeel dat in beginsel ervan moet worden uitgegaan dat G aan zijn stortingsplicht heeft voldaan. Nu A geen bijkomende omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de “teruglening” (de privé-opname van € 18.000, die boekhoudkundig is verwerkt als rekening-courant schuld) niet op zakelijk verantwoorde wijze heeft plaatsgevonden of dat anderszins van een reële storting geen sprake is geweest, dient te worden geoordeeld dat aan de vennootschap een rechtsgeldige kapitaalstorting is gedaan. Dit betekent dat de vordering op de primaire grondslag reeds hierom niet toewijsbaar is. De vraag of een vordering tot volstorting op aandelen voor cessie vatbaar is, behoeft derhalve geen bespreking. De vennootschap had een vordering op G uit hoofde van een op 7 februari 2007 aan G verstrekte geldlening van € 18.380. De vordering ten tijde van het faillissement was € 18.821 groot. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat het hier niet gaat om eenzelfde materiële vordering als de vordering tot volstorting op aandelen, doch om een vordering uit andere hoofde, die voor cessie vatbaar is. Nu de curator deze vordering in oktober 2008 rechtsgeldig aan A heeft overgedragen, kan A hiervan in rechte nakoming vorderen. De grieven van A slagen in zoverre. A heeft in rechte betaling gevorderd van een bedrag van € 18.000, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 13 oktober 2008, zodat de vordering in hoofdsom slechts toewijsbaar is tot een bedrag van € 18.000 en niet tot voormeld bedrag van € 18.821. Tussen partijen is niet in geschil dat G een verrekenbare tegenvordering heeft van € 9.000. Nu G zich op verrekening heeft beroepen, is de vordering van A aldus toewijsbaar tot een bedrag van (€ 18.000 minus € 9.000 is) € 9.000. Het verweer van G dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat A de onderhavige vordering van de curator heeft gekocht voor een bedrag van € 2.000, althans dat A door die transactie ongerechtvaardigd is verrijkt, wordt verworpen. Het enkele feit dat A de vordering van de vennootschap op G voor een relatief laag bedrag heeft gekocht, is daartoe onvoldoende. G miskent met zijn verweer ook dat A door deze koop het geenszins ondenkbare en inmiddels ook gerealiseerde risico heeft gelopen dat de vordering niet althans niet voor het volledige bedrag zou worden toegewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-04-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BW3510

Zaaknummer: HD 200.093.291

Wetsartikelen: 2:191 lid 1 BW en 2:203a BW

RECHTSPRAAK

JP Holding

Bestuurdersaansprakelijkheid; onderzoek naar huurovereenkomsten vereist?

AH B.V. heeft, vertegenwoordigd door bestuurder AH, op 9 mei 2005 als verhuurder een huurovereenkomst getekend voor een bedrijfsruimte waarin Pinball Beheer B.V. (hierna: Pinball) als huurder wordt genoemd. AH heeft een samenwerkingsovereenkomst met P en V. P en V regelen huurders voor de bedrijfsruimte en staan persoonlijk garant voor eventuele leegstand en daarop misgelopen huurpenningen.

AH schrijft op 20 juni 2005 een brief aan P, waarin hij kort gezegd zijn twijfels uit over de handelswijze van V en dat zijn vertrouwen in P en V op de proef is gesteld.

AH B.V. heeft na bemiddeling door P en V de bedrijfsruimte verkocht aan JP Holding B.V. (hierna: JP Holding). De bedrijfsruimte wordt volgens de leveringsakte van 6 juli 2005 geleverd in verhuurde staat. JP Holding heeft de bedrijfsruimte vervolgens, wederom in verhuurde staat, verkocht aan T.

In een procedure over achterstallige huur bij de kantonrechter tussen T en Pinball is – na inschakeling van een schriftdeskundige – komen vast te staan dat een huurovereenkomst met Pinball niet tot stand is gekomen.

De rechtbank heeft in de procedure tussen AH (B.V.) en JP Holding overwogen dat AH B.V. toerekenbaar tekort is geschoten door ondanks twijfel over de juistheid van de huurovereenkomst met Pinball daarnaar geen nader onderzoek te doen en de bedrijfsruimte aldus zonder geldige huurovereenkomst te verkopen aan JP Holding. Ten aanzien van AH oordeelt de rechtbank dat het niet onderzoeken van het bestaan van de huurovereenkomst een onvoldoende ernstig persoonlijk verwijt oplevert. JP Holding heeft AH gedagvaard in hoger beroep. JP Holding legt aan haar dagvaarding ten grondslag dat AH als bestuurder van AH B.V. persoonlijk aansprakelijk is voor haar schade. AH was volgens JP Holding, blijkens de brief aan P, voor levering van de bedrijfsruimte aan JP Holding op de hoogte van fraude en bewuste benadeling van zakelijke partners en had daarom niet (zonder nader onderzoek of JP

Holding te informeren) met de transactie kunnen doorgaan.

Het hof overweegt dat het in een geval als het onderhavige gaat om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, LJN: AA4873, NJ 2000, 295, New Holland Belgium/Oosterhof). Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen (Hoge Raad 8 december 2006, LJN AZO758, NJ 2006/659, Ontvanger Roelofsen).

AH is vooral passief betrokken geweest bij de verhuur en verkoop aan JP Holding. Het regelen van een huurder was een taak, en is daadwerkelijk geregeld door P en V. P en V hebben ook de verkoop aan JP Holding geregeld. Ten tijde van de verkoop aan JP Holding bestond een ondertekende huurovereenkomst, voor de geldigheid waarvan P en V krachtens de samenwerkingsovereenkomst jegens AH instonden. Het hof oordeelt dat, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en omvang van de vennootschap, er onvoldoende concrete aanknopingspunten zijn om aan te nemen dat AH een ernstig

persoonlijk verwijt gemaakt kan worden door geen onderzoek te doen naar de geldigheid van de huurovereenkomst met Pinball noch JP Holding te waarschuwen. Weliswaar volgt uit de brief aan P dat bij AH twijfels waren ontstaan over V en dat zijn vertrouwen in P en V op de proef was gesteld, maar anderzijds is geen concrete wetenschap van fraude betrekking hebbend op de huurovereenkomst met Pinball aangetoond. Omstandigheden die maken dat AH in redelijkheid diende te twijfelen aan het bestaan van de huurovereenkomst zijn door JP Holding niet gesteld. Zoals AH heeft toegelicht, heeft hij de gebruikelijke onderzoeken (bij de Kamer van Koophandel) naar bijvoorbeeld de financiële gegoedheid en antecedenten van de huurder laten verrichten. Dat AH geen onderzoek heeft gedaan naar de echtheid van de handtekening op de huurovereenkomst, kan hem niet worden verweten. Dit is immers niet een gangbaar onderzoek dat van hem zou mogen worden verwacht. Bijzondere omstandigheden die dat in dit geval anders maken zijn niet gesteld. Ten slotte is van belang dat de brief diverse aansporingen bevat aan het adres van P om zaken netjes en legaal te regelen. AH mocht er, zoals in het algemeen gebruikelijk is, vanuit gaan dat dergelijke aansporingen een positief effect zouden hebben op de legitimiteit van het handelen van P (en V). Het hof wijst de vordering jegens AH derhalve af.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 17-04-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSGR:2012:BW3225

Zaaknummer: 200.087.057/01

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Stichting W&P/SNS Bank

Zorgplicht bank. Bank niet opgetreden als effectenbemiddelaar. Bank niet aansprakelijk voor de gevolgen van door derde verstrekte beleggingsadviezen. Bank wist niet dat derde geen vergunning had voor het verstrekken van de beleggingsadviezen. Verwijt dat bank een op haar rustende onderzoeks- en waarschuwingsplicht heeft geschonden is ongegrond. Beroep op Safe Haven-arrest verworpen. Om te kunnen beoordelen of sprake is van schending door bank van haar plicht om onverantwoorde kreditering te vermijden, zijn alle individuele omstandigheden van cedenten van belang. Slechts voor één cedent zijn die persoonlijke omstandigheden uitgewerkt. Het – ook ter zake die casus – door bank gedane beroep op verjaring slaagt

De Stichting W&P heeft blijkens haar statuten tot doel het behartigen van de gelijksoortige belangen van (voormalige) klanten van X & Partners (“X”), die schade hebben ondervonden van de door X geadviseerde financiële constructies. De Stichting W&P heeft 288 vorderingen van gedupeerden in behandeling. Daarvan hebben 171 vorderingen betrekking op gedupeerden waaraan SNS Bank een hypothecaire geldlening heeft verstrekt. Van die 171 gedupeerden hebben er 113 een regeling getroffen met SNS Bank.

De Stichting W&P heeft de vorderingen van de 171 genoemde particulieren aan zich doen cederen.

X is op 20 januari 2009 failliet verklaard. W&P vindt dat SNS bank zelf verwijtbaar tekort is geschoten in de uitoefening van de op diverse nader genoemde gronden op haar rustende zorgplicht en/of in de op haar rustende taak van financiële advisering aan haar cliënten tevens gedupeerden van X.

De Rechtbank: overweegt dat het verweer van SNS Bank is dat van de 171 vorderingen, die zijn gecedeerd aan de Stichting W&P en in deze procedure zijn ingesteld, er 113 teniet zijn gegaan

als gevolg van een tussen deze cedenten en SNS Bank getroffen regeling. Met de Stichting W&P is de rechtbank het echter eens dat de getroffen regelingen geen schikkingen tegen finale kwijting betreffen. Gesteld noch gebleken is dat de cedenten hierbij afstand hebben gedaan van hun eventuele vorderingsrechten jegens SNS Bank.

De rechtbank overweegt echter dat de beleggingsadviezen afkomstig waren van X en de effectentransacties niet via SNS Bank zijn geëffectueerd. Van enige handeling als effectenbemiddelaar (in de zin van de Wte 1995) door SNS Bank is de rechtbank dan ook niet gebleken. Nu SNS Bank niet is opgetreden als effectenbemiddelaar (in de zin van de Wte 1995) kan van schending van een zorgplicht voortvloeiend uit de Wte 1995 door SNS Bank geen sprake zijn.

Het verwijt van de Stichting W&P dat SNS Bank een op haar rustende onderzoeks- en waarschuwingsplicht heeft geschonden, is volgens de rechtbank tevens ongegrond. Voor het mogen verstrekken van beleggingsadviezen had X een vergunning nodig. Onder bepaalde omstandigheden rust er op een bancaire instelling, die beleggingsactiviteiten van een andere instelling faciliteert, een bijzondere zorgplicht ten opzichte van beleggers bij die instelling op het moment dat zij zich heeft gerealiseerd dat de beleggingsactiviteiten van die instelling mogelijk in strijd zijn met effectenrechtelijke regelgeving (waaronder de vergunningplicht van die instelling). De reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval (Safe Haven-arrest en ook HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285). Gesteld noch gebleken is dat SNS Bank hiervan destijds op de hoogte was. Voorts zijn geen feiten en omstandigheden gesteld of gebleken waarin SNS Bank destijds aanleiding had behoren te vinden om te controleren of X een vergunning had voor het verstrekken van de onderhavige beleggingsadviezen: X behoorde tot een van de grootste tussenpersonen in Nederland, de beleggingsproducten riepen op het eerste gezicht geen vraagtekens op en ook overigens was er geen reden om aan te nemen dat X mogelijk zonder vergunning zou handelen.

W&P beschuldigt voorts SNS Bank van overkreditering, wat een schending oplevert van de zorgplicht van SNS Bank uit hoofde van de Wet toezicht kredietwezen 1992. Teneinde te kunnen beoordelen of sprake is van het – onrechtmatig of toerekenbaar tekort schietend – schenden van de plicht door SNS Bank, zijn alle individuele omstandigheden van de cedenten van belang. Alleen voor A zijn die persoonlijke omstandigheden uitgewerkt. De rechtbank kan dan ook alleen dit specifieke geval beoordelen in het kader van de primair op grond van de cessies ingestelde vorderingen, waarbij thans zal worden ingegaan op het – ook ter zake deze casus – door SNS Bank gedane beroep op verjaring.

Naar het oordeel van de rechtbank is de verjaringstermijn ex artikel 3:310 BW van de vordering van A gaan lopen toen duidelijk werd dat het ‘financiële plan’ niet verliep zoals aan A was

voorgespiegeld en A zijn financiële verplichtingen uit hoofde van de hypothecaire geldlening niet meer, althans steeds moeilijker kon voldoen zodanig dat A zich genoodzaakt zag zich te wenden tot SNS Bank voor overleg. Het zou in strijd zijn met de rechtszekerheid wanneer de aanvang van de verjaring afhankelijk zou zijn van het tijdstip waarop de benadeelde besluit uit te zoeken hoe de situatie juridisch beoordeeld dient te worden.

De rechtbank wijst de vorderingen van de Stichting W&P gelet op het bovenstaande af.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-04-2012

ECLI: ECLI:NL:RBUTR:2012:BW3458

Zaaknummer: 299865 / HA ZA 11-95

RECHTSPRAAK

Leuvass Assurantiën

Participatieve lening; verplichte levering aandelen

In deze procedure staat de vraag centraal of X gehouden is om 25% van de aandelen in Leuvass Assurantiën B.V. te leveren aan Y. Tussen partijen is niet in geschil dat A en B via Pilov B.V. voor het opzetten van het bedrijf van X f 160.000,- hebben gefourneerd in ruil voor 50% van de aandelen in Leuvass B.V. Voorts is overwogen dat vast staat dat toen Y f 80.000,- stortte het de bedoeling was dat hij 25% van de aandelen in Leuvass B.V. zou krijgen. De (financiële) omstandigheden wijzen erop dat Y wat betreft de lening en de rentevergoeding geen andere positie had dan de andere aandeelhouders van Leuvass B.V.

Het gerechtshof overweegt dat in 1990 aan A en B aandelen in Leuvass B.V. in eigendom zijn overgedragen en geleverd. Zoals X erkent, was Y gerechtigd tot 25% van de aandelen en was het de bedoeling dat de aandelen aan hem geleverd zouden worden. Het gaat daarbij om een zogenoemde participatieve lening, hetgeen betekent dat Y, evenals A en B (via Pilov BV) en X (via X Beheer B.V.) voor f 80.000,- zou deelnemen in Leuvass B.V. Een deel van genoemde bedragen is gebruikt om de aandelen vol te storten en de rest van het geld is Leuvass B.V. verstrekt als lening. De participatie van Y van f 80.000,- werd geheel in de vorm van een lening geboekt, terwijl X (Beheer B.V.) voor zijn bijdrage 50% van de aandelen ontving en Y een optie verleende voor levering van 25% van de aandelen tegen nominale waarde. Onvoldoende concreet gesteld is dat met Y in of na 1994 nadere afspraken zijn gemaakt, waarbij Y akkoord is gegaan met het prijs geven van zijn recht op levering van 25% van de aandelen in Leuvass B.V. tegen nominale waarde op het moment van het aflossen van de lening. Wegens het ontbreken van zulke (nadere) afspraken was X niet in de positie om Y zijn rechten op zijn deel van de aandelen te ontzeggen. De positie van Y was vergelijkbaar met die van A en B die naast terugbetaling van geleende bedragen, ook de waarde van hun aandelen vergoed hebben gekregen (ten tijde van de verkoop van die aandelen aan X). Door alleen de geleende bedragen terug te betalen, heeft X Y (de waardestijging van) diens deel van de aandelen ten onrechte ontzegd.

Uit het voorgaande volgt dat – ondanks de (gestelde) terugbetaling van f 80.000,- (met rente) – het recht van Y op levering van 25% van de aandelen in Leuvass B.V. tegen de nominale

waarde niet teniet is gegaan en dat Y derhalve nog steeds rechthebbende is op die aandelen. Voor zover X heeft willen aanvoeren dat enkel hij het bedrijfsrisico heeft gelopen en derhalve recht heeft op de aandelen van Y, is dit onjuist. Y heeft (evenals de andere aandeelhouders) een bedrag van f 80.000,- ter beschikking gesteld aan Leuvass B.V. en daarmee het risico gelopen dat de lening niet zou worden terugbetaald en/of de aandelen waarop hij rechthebbende was, hun waarde op enig moment zouden verliezen. Dat de lening ieder moment opeisbaar was, doet hieraan niet af, omdat vaststaat dat Y niet eerder dan de andere aandeelhouders om terugbetaling van de lening heeft verzocht en dus op dezelfde wijze risico heeft gelopen. Ook wat betreft de rentevergoeding over de lening, is gesteld noch gebleken dat Y in een andere positie verkeerde dan de andere aandeelhouders.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 10-04-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSGR:2012:BW3222

Zaaknummer: 200.056.942/01

RECHTSPRAAK

Wanbeleid Fortis

De OK heeft geoordeeld dat uit het onderzoeksverslag blijkt van wanbeleid van Fortis N.V. in de periode vanaf september 2007 tot en met september 2008 met betrekking tot de uitvoering van haar solvabiliteitsplanning in 2008, de informatieverschaffing over haar subprime-portefeuille in het emissieprospectus van 20 september 2007 en de trading update van 21 september 2007, alsmede met betrekking tot haar communicatiebeleid in deze periode. De OK heeft voorts het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van Fortis N.V. van 29 april 2008 tot het verlenen van decharge aan het bestuur voor het in 2007 gevoerde beleid gedeeltelijk vernietigd

(Hieronder volgt eerst de 'korte' samenvatting. Zie onderaan voor een uitgebreidere samenvatting)

Bij de beschikking van 24 november 2008 heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Fortis, thans Ageas N.V. geheten, over de periode vanaf 29 mei 2007. Het onderzoek ziet in het bijzonder op het beleid en de gang van zaken vanaf die datum met betrekking tot de financiering van de deelname van Fortis in de overname van ABN Amro, het beleid en de gang van zaken wat betreft de verschillende door haar gegeven publieke verklaringen en het beleid en de gang van zaken met betrekking tot de in dit geding aan de orde gestelde, door onderscheidenlijk met toezichthouders en overheden geïnitieerde onderscheidenlijk uitgevoerde transacties die hebben plaatsgevonden in de periode van 26 september 2008 tot en met 7 oktober 2008.

Bij de beschikking van 5 december 2008 heeft de OK dr. F.J.G.M. Cremers, mr. C.E. Drion en drs. C.J.M. Scholtes aangewezen als onderzoekers.

Na het deponeren van het onderzoeksverslag hebben VEB c.s. bij op 16 augustus 2010 aan de OK verzocht (i) te verstaan dat er bij Fortis in de periode vanaf 20 september 2007 tot en met

29 september 2008 sprake is geweest van wanbeleid, (ii) bij wijze van voorziening het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van Fortis van 29 april 2008 tot het verlenen van decharge aan het bestuur voor het in 2007 gevoerde beleid te vernietigen en (iii) Fortis te veroordelen in de kosten van het geding.

Fortis heeft aan de OK verzocht het verzoek van VEB c.s. af te wijzen met veroordeling van hen in de kosten van het geding.

Stichting Investor Claims Against Fortis (hierna: Stichting Investor Claims) schaart zich als belanghebbende achter VEB c.s.

Wanbeleid

De OK stelt wanbeleid bij Fortis vast op grond van de volgende overwegingen:

- i. Door bij de beoordeling van de te nemen maatregelen om de (toekomstige) solvabiliteit op peil te brengen en te houden onvoldoende rekening te houden met relevante onzekerheden heeft Fortis haar solvabiliteitsbeleid op te optimistische cijfers afgestemd en heeft zij aldus gekoerst op een niet toereikende solvabiliteit. Daardoor, en door zich onvoldoende in te spannen voor, respectievelijk aandacht te besteden aan de realisering van voor de (toekomstige) solvabiliteit essentiële desinvesteringen en voorts door te lang te wachten met (het concretiseren van voldoende) alternatieven en additionele maatregelen, is Fortis ernstig tekortgeschoten in (de uitvoering van) haar solvabiliteitsbeleid. Dit levert wanbeleid op.
- ii. Door in het op 24 en 25 september 2007 gepubliceerde prospectus en de trading update welbewust over de subprime-portefeuille selectieve, niet evenwichtige informatie te verschaffen waardoor een onjuist of onzuiver beeld werd opgeroepen, is Fortis ernstig tekortgeschoten en heeft zij gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Dit levert wanbeleid op.
- iii. Door haar welbewuste keuze niet bekend te maken dat zij vanaf 21 mei 2008 – althans vanaf 14 juni 2008 – in het kader van de verkoop van de EC-remedies ernstig rekening hield met een substantiële tegenvaller ter grootte van € 0,8 miljard, was misleiding van het publiek te duchten en is Fortis ernstig tekortgeschoten.
- iv. Door niet bekend te maken dat zij vanaf 19 september 2008 – en te sterker vanaf 24 september 2008 – ernstig rekening hield met de overwegende kans dat de transactie met Ping An niet zou doorgaan, was misleiding van het publiek te duchten en is Fortis ernstig tekortgeschoten.
- v. Door op 13 mei 2008, 22 mei 2008, 23 mei 2008, 5 juni 2008 en 10 juni 2008 openbare

mededelingen te doen die de onjuiste indruk wekten, dat Fortis aan haar vermogensdoelstellingen (per eind 2008 en/of 2009) kon voldoen althans dat een aandelenemissie of het niet uitkeren van dividend daartoe niet nodig waren en ook niet als reële mogelijkheden werden overwogen, is Fortis ernstig tekortgeschoten.

vi. Door het voornemen tot de aandelenemissie en de dividendmaatregelen niet onmiddellijk na de vergadering van 18-19 juni 2008 bekend te maken, maar dit pas op 26 juni 2008 te doen, is Fortis ernstig tekortgeschoten.

vii. Door op 26 september 2008 – misleidend – haar "solide positie" te benadrukken en ook overigens in hoofdzaak – voor zover het Fortis betreft – gunstige berichten te geven, zonder tegelijkertijd gewag te maken van, althans inzicht te verschaffen in (de gevolgen van) omstandigheden op grond waarvan moest worden aangenomen dat de liquiditeits- en solvabiliteitspositie in direct gevaar waren, althans aanmerkelijk minder gunstig waren dan het persbericht suggereerde, is Fortis ernstig tekortgeschoten.

De OK stelt vast dat het handelen/nalaten bedoeld onder i en ii, elk op zichzelf beschouwd, wanbeleid oplevert. De OK is voorts van oordeel dat het handelen/nalaten als bedoeld onder iii tot en met vii nauw met elkaar samenhangt aldus, dat het steeds gaat om de communicatie van Fortis met bij haar betrokkenen en/of met het belegend publiek en/of met de financiële markt, en dat Fortis ook met dit handelen/nalaten in strijd is gekomen met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Ook het hier (onder iii tot en met vii) bedoelde handelen/nalaten – tezamen – levert wanbeleid op. De OK laat daarbij in het midden of het handelen als bedoeld onder iii tot en met vii telkens ook afzonderlijk beschouwd als wanbeleid moet worden aangemerkt.

Naar het oordeel van de OK versterken de hier getrokken conclusies ten aanzien van het tekortschieten in (de uitvoering van) het solvabiliteitsbeleid en ten aanzien van het communicatiebeleid elkaar – gelet op hun samenhang – over en weer.

De OK voegt ten aanzien van het communicatiebeleid nog toe, dat dit beleid ook als zodanig ernstig tekort schoot. Ten slotte rekent de OK in verband met het communicatiebeleid Fortis zwaar aan dat zij, door te communiceren zoals zij heeft gedaan, steeds weer het voor een bank essentiële vertrouwen in haar op het spel heeft gezet.

Decharge

De OK overweegt (i) dat Fortis ernstig is tekortgeschoten door in het prospectus van 20 september 2007 en de trading update van 21 september 2007 (beide gepubliceerd op 24 en 25 september 2007) welbewust over de subprime-portefeuille selectieve, niet evenwichtige

informatie te verschaffen waardoor een onjuist of onzuiver beeld kon worden opgeroepen, (ii) dat Fortis daarmee het risico heeft genomen dat het – juist voor een bank zo belangrijke – vertrouwen in haar werd ondermijnd, (iii) dat zij aldus heeft gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap en dat dit wanbeleid oplevert.

De OK is van oordeel dat het besluit van 29 april 2008 van de algemene vergadering van aandeelhouders van Fortis tot het verlenen van decharge, dat geen rekening met dit wanbeleid hield, in het licht hiervan niet op goede gronden is genomen. De OK acht het daarom geboden om – in zoverre de gevolgen van het wanbeleid ongedaan makend – overeenkomstig het verzoek van VEB c.s. dat besluit op de voet van artikel 2:355 te vernietigen voor zover de decharge het beleid betreft, dat is gevoerd ten aanzien van de informatieverstopping omtrent (de risico's verband houdende met) de subprime-portefeuille van Fortis in het op 24 en 25 september 2007 gepubliceerde prospectus en de daarin opgenomen trading update.

De OK overweegt vervolgens nog dat in het midden kan blijven of de aandeelhouders ten tijde van de algemene vergadering van aandeelhouders van 29 april 2008 afdoende geïnformeerd waren over de ontwikkelingen ten aanzien van de subprime portefeuille die zich hadden voorgedaan na publicatie van het prospectus en trading update. Bekendheid achteraf met die informatie betekent immers niet, dat de aandeelhouders zich – net als het bestuur respectievelijk de bestuurders – toen tevens hebben moeten realiseren, dat de op 24 en 25 september 2007 verschaft informatie bij het uitbrengen daarvan misleidend was. Het had op de weg van Fortis gelegen om in deze procedure op dat punt stelling te nemen. Uit haar stellingen blijkt echter slechts, dat de door haar bedoelde "elementen waren (...) aangepast aan de situatie ten tijde van publicatie van deze informatie", en dat die aangepaste informatie "verschilde van de situatie ten tijde van publicatie van het Prospectus en de Trading Update". Op grond hiervan gaat de OK ervan uit, dat de aandeelhouders zich er ten tijde van de besluitvorming op 29 april 2008 niet van bewust waren, dat de op 24 en 25 september 2007 in prospectus en trading update verschaft informatie bij het uitbrengen daarvan misleidend was, dat Fortis met het uitbrengen daarvan het risico heeft genomen dat het vertrouwen in haar werd ondermijnd en dat Fortis daarvan een ernstig verwijt kon worden gemaakt. Niet is ten slotte ook gebleken, dat het bestuur ter gelegenheid van de vergadering ten aanzien van dit misleidende karakter opheldering heeft verschaft. Op grond van dit een en ander verwerpt de OK het betoog van Fortis.

De OK overweegt ten slotte dat voor deze beslissing niet is vereist dat aan individuele leden van de Raad van Bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De jurisprudentie waar Fortis naar verwijst heeft betrekking op de aansprakelijkheid van bestuurders. Deze is hier niet aan de orde. Het bestuur is als zodanig verantwoordelijk voor het door de vennootschap gevoerde wanbeleid.

VEB c.s. hebben verzocht het dechargebesluit dat verleent is aan het bestuur te vernietigen. Het verzoek betreft derhalve niet de decharge van individuele bestuurders. De Ondernemingskamer acht het verzoek tot gedeeltelijke vernietiging van het besluit tot decharge toewijsbaar.

De Ondernemingskamer zal Fortis als de overwegend in het ongelijk gestelde partij verwijzen in de kosten van het geding.

Deze beschikking is gegeven door mr. P. Ingelse, voorzitter, mr. E.F. Faase en mr. A.C. Faber, raadsheren, prof. dr. J. Klaassen RA en mr. G.H.O. van Maanen, raden, in tegenwoordigheid van mr. R. Verheggen, griffier, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 5 april 2012.

Uitgebreidere samenvatting overwegingen OK

Algemene overwegingen

De OK dient te beoordelen of uit het onderzoeksverslag is gebleken dat het door VEB c.s. gestelde handelen of nalaten van Fortis, van haar organen of van degenen die daarvan deel uitmaakten wanbeleid oplevert. Dat zal het geval zijn indien Fortis onzorgvuldig dan wel laakbaar heeft gehandeld/nagelaten en wel zo ernstig dat moet worden geoordeeld dat dat handelen of nalaten in strijd was met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.

De OK overweegt dat op zichzelf juist is dat de OK niet geroepen is om te beoordelen of het handelen of nalaten van Fortis leidt tot civielrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkheid of – bestuursrechtelijk – tot de vaststelling dat de Wet op het financieel toezicht (Wft) is overtreden. Dat betekent bijvoorbeeld dat de antwoorden op de vraag of binnen Fortis informatie als bedoeld in artikel 5:53 lid 1 Wft, koersgevoelige informatie, bekend was en op de vraag of Fortis die informatie gelet op artikel 5:25i lid 2 Wft algemeen verkrijgbaar had moeten stellen, voor het oordeel van de Ondernemingskamer weliswaar kunnen meewegen maar niet (steeds) van doorslaggevende betekenis (hoeven te) zijn. Dit neemt echter niet weg dat de civiel-, straf- en bestuursrechtelijke normen een – al dan niet indirecte – rol kunnen spelen bij de beoordeling of Fortis heeft gehandeld in strijd met voormelde beginselen en of zich op die grond wanbeleid heeft voorgedaan.

In dit verband merkt de Ondernemingskamer tevens op dat de omstandigheid, dat VEB c.s. en Stichting Investor Claims de vaststelling van wanbeleid nastreven (mede) met het oog op door hen (eventueel) bij de burgerlijke rechter in te stellen vorderingen tot schadevergoeding, niet van belang is. Dit motief doet er immers niet aan af, dat VEB c.s. het verkrijgen van openheid

van zaken, één van de doeleinden van het enquêterecht, nastreeft.

Taken bestuur

Bij de beoordeling geldt als uitgangspunt dat het bestuur bij de vervulling van zijn bij wet of statuten opgedragen taken het belang van Fortis en de aan haar verbonden onderneming voorop behoort te stellen en de belangen van alle betrokkenen bij zijn besluitvorming in aanmerking behoort te nemen. Tot die belangen behoren in deze zaak, naast die van – onder meer – de aandeelhouders, ook die van degenen die hun belangen aan Fortis hebben toevertrouwd, zoals spaarders, depositohouders en polishouders.

Bij de beoordeling geldt voorts – vanzelfsprekend – als uitgangspunt dat ondernemen risico's meebrengt. De beoordeling en afweging van die risico's is voorwerp van beleid van het bestuur. De vrijheid die het bestuur daarbij heeft wordt mede beïnvloed door de aard van de onderneming en de mate waarin de diverse stakeholders en – in sommige gevallen – de samenleving als geheel bij de resultaten van dat beleid belang hebben. Gelet op de aard van de door Fortis gedreven onderneming, (onder meer) een bank, en gelet op de voormelde daarbij betrokken belangen rust op het bestuur een bijzondere zorgplicht die risico's steeds zorgvuldig en adequaat in het oog te houden, te beoordelen en bij zijn beleidsafwegingen, besluitvorming en optreden te betrekken.

Bijzondere zorgplicht bank

Daarbij valt nog op te merken dat banken in het bijzonder afhankelijk zijn van het vertrouwen dat de spaarders, de depositohouders, andere (systeem)banken, de aandeelhouders en het publiek in het algemeen in hen stellen. Ondermijning van dat - voor een goed functioneren van een bank - essentiële vertrouwen brengt grote en onmiddellijke risico's mee voor dat functioneren en daarmee voor de continuïteit van de bank. Dit kenmerk scherpt de zorgplicht van de bank aan, ook op het punt van een zorgvuldig communicatiebeleid.

Bij een bank als Fortis komt daar nog het volgende bij. Door de omvang van haar activiteiten was Fortis diep geworteld in het financieel en economisch verkeer van Nederland en vervulde zij daarin een nutsfunctie. Men noemt een dergelijke bank (thans) ook wel systeembank. De mogelijkheid dat een dergelijke bank onder bepaalde omstandigheden haar rol niet naar behoren kan vervullen, respectievelijk de (dreigende) ondergang van een dergelijke bank, houdt het risico in dat zeer ernstige schade wordt toegebracht aan het financiële systeem en de reële economie. Dit betekent dat het bestuur van Fortis bij zijn beleidsafwegingen en besluitvorming – uiteraard zonder de eerder genoemde bij Fortis betrokken belangen uit het oog te verliezen – ook het algemeen maatschappelijk belang dat gemoeid is met Fortis' instandhouding diende te betrekken. Dat gold te meer toen Fortis participeerde in de

overname van ABN Amro, eveneens een systeembank. Aldus ook de toenmalige president van De Nederlandsche Bank, dr. A.H.E.M. Wellink, in zijn advies van 17 september 2007 aan de minister van Financiën ten aanzien van de verlening van een Verklaring van geen bezwaar:

"In dit verband zij opgemerkt dat dit advies wordt afgegeven onder bijzondere omstandigheden. Niet alleen is sprake van een nog niet eerder voorgekomen casuspositie waarin een consortium van drie banken een systeemrelevante bank wenst over te nemen en op te delen, maar sinds enkele weken ook van grote onzekerheden op de financiële markten. Deze bijzondere omstandigheden brengen een bijzondere verantwoordelijkheid voor alle betrokken partijen met zich mee."

Hindsight bias of foresight

Herhaaldelijk waarschuwt Fortis voor het risico van hindsight bias. Zij verwijt onderzoekers regelmatig uitspraken te doen with the benefit of hindsight. Onderzoekers zijn zich van dit risico bewust geweest en hebben zich daarvan voortdurend rekenschap gegeven. De OK zal het handelen en nalaten van Fortis, van haar organen en van degenen die daarvan deel uitmaakten beoordelen naar de maatstaven die golden ten tijde van dat handelen of nalaten en aan de hand van de kennis en ervaring die Fortis, haar organen en degenen die daarvan deel uitmaakten toen hadden of behoorden te hebben.

Dit laatste leidt nog tot de volgende opmerking. Naarmate op een (rechts)persoon (op een bepaald terrein) een zwaardere verantwoordelijkheid rust, zal hij ook scherper moeten opletten, opdat hem geen voor het voeren van een verantwoord beleid relevante feiten en omstandigheden ontgaan, en zal hij zijn besluitvorming – dan ook – moeten doen berusten op een zorgvuldige informatievoorziening, analyse en beoordeling. Dat betekent dat wat voor de één slechts een hindsight inzicht is, onder omstandigheden voor de ander tot op zekere hoogte foresight inzicht behoort te zijn. Het hiervoor genoemde maatschappelijk belang dat Fortis bij haar besluitvorming in aanmerking dient te nemen scherpt de norm voor hetgeen op dit punt van haar en haar organen in het kader van zorgvuldig bestuur en beheersing van risico's kon worden verwacht, belangrijk aan.

Het "staartrisico"-verweer

Het staartrisico, ook wel black swan, is een risico op financieel onheil waarvan de kans dat het werkelijkheid wordt, statistisch gezien uiterst klein is, maar waarvan de gevolgen (alsdan) zeer ernstig kunnen zijn. Men kan de vraag stellen of het bij de financiële crisis die geleid heeft tot – onder meer – de in het onderzoeksverslag beschreven gevolgen voor Fortis wel om een staartrisico ging en of Fortis – ook al ging het mogelijk om een geringe, maar niettemin niet te verwaarlozen kans – geen rekening had moeten houden met de mogelijkheid van

dergelijke gevolgen en, zo ja, of zij dat voldoende heeft gedaan. Onderzoekers hebben echter (kennelijk) geen aanwijzingen gezien voor een van het standpunt van Fortis afwijkende beantwoording van deze vragen en zijn daarom niet (nader) op die vragen ingegaan. Zij hebben tot uitgangspunt genomen dat "de ineensstorting van het wereldwijde vertrouwen in financiële markten na de ondergang van Lehman Brothers niet echt te voorspellen was", en dat "deze crisis als een uiterst onwaarschijnlijk 'staartrisiko' beschouwd" moest worden, zodat Fortis niet kan worden verweten dat zij met dat risico geen rekening hield.

De OK zal het uitgangspunt van onderzoekers, dat Fortis niet kan worden verweten dat zij met voormeld risico geen rekening hield, volgen.

Het beleid van Fortis SA/NV

In haar verweerschrift voert Fortis aan dat de OK niet bevoegd is een oordeel uit te spreken over het beleid en de gang van zaken van Fortis SA/NV. De OK zal dat ook niet doen, doch slechts het beleid en de gang van zaken van Fortis beoordelen. Dat het beleid en de gang van zaken van de beide vennootschappen samenvallen, doet daaraan niet af. Dat is – zo overwoog de Ondernemingskamer hiervoor reeds – immers het gevolg van de gekozen vennootschappelijke structuur.

Verdere opmerkingen

De Ondernemingskamer verwierpt de opvatting van VEB c.s., (i) dat Fortis haar verweer niet mag "doseren" door bevindingen van onderzoekers pas in de tweede fase procedure te bestrijden, alsmede (ii) dat het Fortis niet vrij staat "geheel nieuwe feiten (aan te dragen) die geen steun vinden in het verslag en die overigens voor de VEB nauwelijks te verifiëren zijn", nu zij dat reeds eerder, hangende het onderzoek, had kunnen doen. De OK stelt dat een dergelijke, algemene, regel niet kan worden aanvaard. Het is op zichzelf wel denkbaar dat zich omstandigheden voordoen op grond waarvan de onderzochte rechtspersoon of een andere belanghebbende door zijn houding in de onderzoeksfase het recht verspeelt bepaalde verweren (alsnog) te voeren. Van dergelijke omstandigheden is hier echter niet gebleken.

Nu VEB c.s. niet hebben verzocht vast te stellen wie voor het door hen gestelde wanbeleid verantwoordelijk is, zal de Ondernemingskamer bij haar beoordeling in het navolgende in de regel zonder nadere aanduiding naar Fortis verwijzen en geen onderscheid maken tussen personen respectievelijk organen van Fortis, die al of niet namens haar besluiten hebben genomen of anderszins handelend zijn opgetreden dan wel nalatig zijn geweest of die bepaalde kennis of informatie, toe te rekenen aan Fortis, hadden of behoorden te hebben.

Deelname aan het openbaar bod op ABN Amro

Volgens VEB c.s. moet wanbeleid worden vastgesteld, omdat Fortis heeft besloten deel te nemen in het openbaar bod op ABN Amro.

De OK concludeert dat de uit het onderzoeksverslag blijkenende feiten en omstandigheden naar het oordeel van de OK niet leiden tot de gevolgtrekking, dat Fortis, door te besluiten tot deelname in het bod tegen de geboden prijs en te financieren overeenkomstig de in het biedingsbericht opgenomen financieringsplannen, heeft gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Daarbij heeft de Ondernemingskamer mede in aanmerking genomen, dat het hier ging om een strategische beslissing waarbij Fortis naar het oordeel van de Raad van Bestuur een groot belang had. Een dergelijke beslissing toetst de OK terughoudend.

Geen besluit om de participatie in het bod te staken

Volgens VEB c.s. moet wanbeleid worden vastgesteld, omdat Fortis niet heeft besloten de participatie in het openbaar bod op ABN Amro te staken, toen bleek dat de financiering daarvan te riskant was respectievelijk werd. Daarbij doelen zij op het niet inroepen van de MAC-clausule (MAC staat voor 'Material Adverse Change'). Dit was de aan het bod verbonden voorwaarde dat "met betrekking tot ABN AMRO, Fortis, RBS of Santander geen nadelige verandering van materieel belang (is) opgetreden, met uitzondering van enige nadelige verandering als gevolg van de situatie LaSalle".

De OK acht het aannemelijk dat Fortis niet alleen de juridische haalbaarheid van een beroep op de MAC-clausule heeft beoordeeld, maar ook de toen bekende risico's, waaronder die in verband met de subprime-crisis, onder ogen heeft gezien, deze heeft gewogen en heeft geconcludeerd dat zij de MAC-clausule niet zou inroepen. In het licht van het voorgaande kan niet worden gezegd, dat Fortis daarmee onjuist handelde. Die beslissing behoort tot de beleidsvrijheid van de ondernemer. Zij doorstaat de te dezen door de OK aan te leggen marginale toetsing.

De OK concludeert dat niet kan worden gezegd, dat Fortis onjuist handelde door vóór de gestanddoening van het bod geen beroep te doen op de MAC-clausule.

Onvoldoende prioriteit voor de uitvoering van de solvabiliteitsplanning

Volgens VEB c.s. moet wanbeleid ook worden vastgesteld, omdat Fortis in de periode na het slagen van het openbaar bod geen of onvoldoende prioriteit heeft gegeven aan de uitvoering van de solvabiliteitsplanning.

Het solvabiliteitsbeleid, de uitgangspunten ervan: een vertekend, te optimistisch beeld

De OK concludeert dat Fortis bij de beoordeling van de te nemen maatregelen om de solvabiliteit op peil te brengen en te houden onvoldoende rekening hield met relevante onzekerheden ten aanzien van de uitvoering van bepaalde voorgenomen, essentiële solvabiliteitsmaatregelen en dat zij daardoor van te optimistische look through cijfers uitging. De Ondernemingskamer acht het aannemelijk (i) enerzijds dat, zou Fortis – hypothetisch – zijn uitgegaan van realistische cijfers en daarmee van een hoger tekort, eerder zou zijn gebleken van de noodzaak tot het opvoeren van de inspanningen, tot het formuleren van alternatieven of anderszins tot aanpassing van het solvabiliteitsbeleid en (ii) anderzijds dat Fortis – nu zij in werkelijkheid van voormelde te optimistische cijfers uitging – haar solvabiliteitsbeleid op die cijfers heeft afgestemd en aldus koerste op een niet toereikende solvabiliteit.

Dit effect werd versterkt doordat de Raad van Bestuur, die zijn besluitvorming voor dat beleid op diezelfde cijfers baseerde, niet voldoende tijdig op de hoogte was van informatie die tot een voorzichtiger gebruik van die cijfers had kunnen leiden. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer is Fortis aldus ernstig tekortgeschoten in haar solvabiliteitsbeleid.

Het solvabiliteitsbeleid: Ping An en Interparking

De Ondernemingskamer gaat nader in op de voor het solvabiliteitsplan zeer belangrijke desinvesteringen Ping An en Interparking. Noch de transactie met Vinci betreffende Interparking noch die met Ping An is uiteindelijk gerealiseerd. Dat is echter niet waar het om draait. Het gaat er om, enerzijds dat Fortis – zoals hiervoor besproken – onvoldoende met die mogelijkheid heeft rekening gehouden en uitging van een te optimistisch beeld en anderzijds dat zij – en dat komt thans aan de orde – er daadwerkelijk onvoldoende aan heeft gedaan om die transacties te verwezenlijken althans daaraan onvoldoende aandacht heeft besteed.

Interparking

Met betrekking tot Interparking overweegt de OK dat gelet op de omstandigheden en ontwikkelingen er van moet worden uitgegaan, dat Fortis in de periode tussen begin juli en begin september 2008 weliswaar – enerzijds – streefde naar een 100% overname of joint venture met Vinci, maar tevens – anderzijds – kennelijk te veel aarzelde en daardoor niet tijdig en niet met voldoende urgentie op (een van beide) opties afkoerste. De OK deelt dan ook de conclusie van onderzoekers dat Fortis met betrekking tot Interparking "strategisch zwalkend heeft geopereerd". De OK komt derhalve tot de conclusie dat Fortis onvoldoende druk heeft gezet op realisering van de Interparking transactie.

Ping An

Op 19 maart 2008 kwamen Fortis en Ping An een Memorandum of Understanding overeen tot het aangaan van een joint venture door verkoop van 50% van Fortis' vermogensbeheeractiviteiten voor € 2,15 miljard aan Ping An. Op 2 april 2008 kondigde Fortis aan dat het Memorandum of Understanding was omgezet in een "definitief" contract. Definitief was deze overeenkomst echter niet in die zin dat er een long-stop of drop-dead date aan verbonden was: indien op 31 oktober 2008 niet aan alle voorwaarden voor afronding van de overeenkomst zou zijn voldaan, zou het contract – zonder boete (break up fee) – worden ontbonden. Dit betekende dat het risico bestond, dat de transactie niet zou doorgaan en dat daardoor een gat van € 2,15 miljard in de solvabiliteitsprognose zou worden geslagen.

Het ging hier om een niet te verwaarlozen risico. Zo was voorwaarde dat de Chinese overheid haar goedkeuring zou verlenen. Daar kwam bij, dat de waardering van het voorwerp van de transactie – de vermogensbeheeractiviteiten van Fortis, daarin begrepen de te integreren activiteiten van ABN Amro – en daarmee de aantrekkelijkheid van die transactie voor de koper, in hoofdzaak afhankelijk was van de betrokken portefeuilles en daarmee van de aandelenkoersen. Gelet op de daling van die koersen versterkte dit het risico in belangrijke mate.

De verantwoordelijkheid van Fortis om de transactie destijds spoedig tot een succesvolle afronding te brengen althans om alternatieve maatregelen te nemen, weegt naar het oordeel van de Ondernemingskamer extra zwaar, omdat de transactie ook in de externe communicatie als zeker werd gepresenteerd.

De OK is van oordeel dat Fortis onvoldoende aandacht heeft gehad voor de Ping An transactie. Het is niet ondenkbaar dat extra inspanningen – bijvoorbeeld meer druk op de Chinese overheid – niet tot een beter resultaat zouden hebben geleid, maar dat neemt niet weg dat meer aandacht eerder tot het noodzakelijke inzicht zou hebben geleid dat alternatieve maatregelen noodzakelijk waren en/of buffers in de look through berekeningen moesten worden ingebouwd.

Net zoals de OK dat hiervoor bij Interparking heeft overwogen, geldt dat deze conclusie komt naast en is te onderscheiden van – maar uiteraard wel samenhangt met – de hiervoor in het kader van de uitgangspunten van het solvabiliteitsbeleid, mede naar aanleiding van Ping An getrokken conclusie, dat Fortis bij de beoordeling van de te nemen maatregelen om de (toekomstige) solvabiliteit op peil te brengen en te houden, onvoldoende rekening heeft gehouden met relevante onzekerheden.

Het solvabiliteitsbeleid: (verdere) additionele maatregelen

De Ondernemingskamer is met betrekking tot (verdere) additionele maatregelen met

onderzoekers van oordeel dat Fortis te lang heeft gewacht met het nemen respectievelijk concretiseren van additionele maatregelen en dat die maatregelen onvoldoende waren.

Slotopmerking en conclusie met betrekking tot de solvabiliteit

De OK wil met Fortis – mede gelet op het onder de algemene opmerkingen naar aanleiding van het staatrisico overwogene – wel aannemen dat Fortis de uiteindelijke ernst van de ontwikkelingen niet voorzag en niet hoefde te voorzien, dat deze dus (ook) haar "overkwamen" en dat zij vervolgens steeds door die ontwikkelingen werd "ingehaald". Dat leidt volgens de OK echter niet tot een ander oordeel. Daarbij neemt de OK mede in aanmerking, dat niet bij voorbaat onaannemelijk is, dat Fortis de loop der dingen ten goede had kunnen keren, althans de gevolgen zou hebben kunnen beperken, indien zij de solvabiliteitsvooruitzichten realistischer zou hebben gecalculeerd en indien zij zich meer had ingespannen om – op basis van de aldus gevonden realistische cijfers – de solvabiliteit op peil te brengen en te houden.

Al het voorgaande leidt tot de volgende conclusies ten aanzien van de uitvoering van het solvabiliteitsbeleid:

- (i) Fortis heeft bij de beoordeling van de te nemen maatregelen om de (toekomstige) solvabiliteit op peil te brengen en te houden onvoldoende rekening gehouden met relevante onzekerheden ten aanzien van de uitvoering van bepaalde voorgenomen, essentiële solvabiliteitsmaatregelen en zij is daardoor van te optimistische look through cijfers uitgegaan. Zij heeft haar solvabiliteitsbeleid op die cijfers afgestemd en heeft aldus gekoerst op een niet toereikende (toekomstige) solvabiliteit.
- (ii) In het bijzonder heeft zij zich onvoldoende ingespannen voor realisering van de Interparking transactie en in dat verband strategisch zwalkend geopereerd en voorts onvoldoende aandacht besteed aan de realisering van de Ping An transactie.
- (iii) Fortis heeft te lang heeft gewacht met (het concretiseren van voldoende) alternatieven en additionele maatregelen.

Door dit alles is Fortis naar het oordeel van de OK – mede gelet op het grote belang ervan – ernstig tekortgeschoten in (de uitvoering van) haar solvabiliteitsbeleid. Zij heeft aldus gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Dit levert wanbeleid op.

Communicatie Fortis

Emissieprospectus van 20 september 2007 misleidend en niet gecorrigeerd

Volgens VEB c.s. moet wanbeleid worden vastgesteld, omdat Fortis op 20 september 2007 een emissieprospectus heeft gepubliceerd dat op het punt van de blootstelling van Fortis aan de risico's, verbonden aan de zogeheten subprime crisis, onjuist en onvolledig en daardoor misleidend was, alsmede omdat zij dat prospectus in de periode nadien niet heeft gecorrigeerd.

De OK overweegt met betrekking tot het prospectus en de trading update

dat Fortis niet verplicht was gedetailleerde informatie te verschaffen en precieze bedragen te noemen. Beslissend is dat Fortis ervoor koos om informatie over de subprime-portefeuille te verschaffen. Nu zij echter die keus maakte, behoorde zij die informatie evenwichtig en volledig te verschaffen en dit in ieder geval niet – zoals hier geschiedde – zodanig selectief te doen dat daardoor een onjuist of onzuiver beeld kon ontstaan.

De OK oordeelt dat door in het prospectus en de trading update welbewust over de subprime-portefeuille selectieve, niet evenwichtige informatie te verschaffen waardoor een onjuist of onzuiver beeld werd opgeroepen, Fortis ernstig tekortgeschoten is. Fortis heeft daarmee het risico genomen dat het vertrouwen in de bank werd ondermijnd. Dat brengt naar het oordeel van de OK mee dat dit tekortschieten niet slechts kan worden aangemerkt als een incidentele beleidsfout. De OK is van oordeel dat Fortis – gelet op de betrokken belangen, waaronder de belangen van diegenen die in Fortis belegden of dat overwogen te doen of te beëindigen – gehandeld heeft in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap en dat haar tekortschieten op dit punt daarom wanbeleid oplevert. Daarbij heeft de Ondernemingskamer acht geslagen op (i) het belang dat gemoeid is met correcte informatieverschaffing in een prospectus in het algemeen alsmede (ii) de omstandigheid dat de verstrekte informatie op hoog niveau en – zoals uiteraard ook vereist is – terdege is voorbereid maar niettemin tekort schoot als overwogen.

Niet tijdige (uiterlijk 21 mei 2008) openbaarmaking condities verkoop HBU

Ook moet volgens VEB c.s. wanbeleid worden vastgesteld, omdat Fortis niet uiterlijk op 21 mei 2008 de condities van de verkoop van HBU aan Deutsche Bank openbaar heeft gemaakt.

De OK is van oordeel dat er van uit moet worden gegaan dat Fortis er vanaf 21 mei 2008 althans vanaf 14 juni 2008 zodanig ernstig rekening mee hield althans had moeten houden dat zich in het kader van de verkoop van de EC-remedies een substantiële tegenvaller ter grootte van € 0,8 miljard ten aanzien van de solvabiliteit zou voordoen, dat die informatie – als koersgevoelige informatie – niet langer aan het belegend publiek kon worden onthouden zonder dat misleiding van dat publiek te duchten was. Door het interne deskundig advies terzijde te leggen en door welbewust te kiezen de informatie niet openbaar te maken is Fortis

ernstig tekortgeschoten. Zoals hierna zal blijken draagt dit bij aan het oordeel dat zich bij Fortis wanbeleid heeft voorgedaan.

Niet tijdige (uiterlijk 19 september 2008) bekendmaking niet doorgaan verkoop aan Ping An

Volgens VEB c.s. moet wanbeleid worden vastgesteld, omdat Fortis niet uiterlijk op 19 september 2008 bekend heeft gemaakt dat de verkoop van 50% van haar vermogensbeheeractiviteiten aan Ping An geen doorgang zou vinden.

De OK concludeert dat hoewel Fortis vanaf 19 september 2008 – en te sterker vanaf 24 september 2008 – ernstig rekening hield met de overwegende kans dat de transactie met Ping An niet zou doorgaan, Fortis, ondanks het met de transactie gemoeide belang (een desinvestering van € 2,15 miljard die van grote betekenis voor de solvabiliteit was), deze informatie toen niet openbaar heeft gemaakt. Gelet op de geruststellende mededeling van 7 augustus 2008 kon het achterhouden van deze informatie het belegend publiek misleiden. Aldus is Fortis ernstig tekortgeschoten. Zoals hierna zal blijken draagt dit bij aan het oordeel dat zich bij Fortis wanbeleid heeft voorgedaan.

Misleidende mededelingen op 13, 22 en 23 mei en 5 en 10 juni 2008

Volgens VEB c.s. moet wanbeleid verder worden vastgesteld, omdat Fortis op 13, 22 en 23 mei en 5 en 10 juni 2008 misleidende mededelingen heeft gedaan omtrent haar solvabiliteit en haar voornemen om aandelen uit te geven.

De OK overweegt dat niet in discussie is, dat Fortis in de onderzoeksperiode steeds heeft voldaan aan de voor haar geldende actuele solvabiliteitseisen. Het gaat hier echter om de vraag of Fortis op de genoemde data misleidende mededelingen heeft gedaan met name ten aanzien van haar prognose van de solvabiliteit op basis van de meer genoemde look through methode. Bij toepassing van die methode maakte Fortis zoals eerder overwogen onderscheid tussen twee scenario's: een base case en een stress case scenario. Sterk negatieve scenario's (worst case scenario's) werden daarbij echter niet in de beschouwing betrokken. In het navolgende heeft de OK steeds de solvabiliteit, geprognosticeerd op basis van de look through methode, op het oog.

De OK concludeert dat Fortis op 13 mei 2008, 22 mei 2008, 23 mei 2008, 5 juni 2008 en 10 juni 2008 openbare mededelingen gedaan heeft die de onjuiste indruk wekten, dat Fortis aan haar vermogensdoelstellingen (per eind 2008 en/of 2009) kon voldoen, dat een aandelenemissie noch het schrappen van dividend daartoe nodig was en dat die maatregelen ook niet als reële mogelijkheden werden overwogen. Deze zonder (voldoende) voorbehoud gedane mededelingen konden toen geen rechtvaardiging meer vinden in de binnen Fortis bekende

feiten en waren daardoor misleidend. Aldus is Fortis ernstig tekortgeschoten. Zoals hierna zal blijken draagt dit bij aan het oordeel dat zich bij Fortis wanbeleid heeft voorgedaan.

Bekendmaking 26 juni 2008 emissie en schrappen dividend

Volgens VEB c.s. moet wanbeleid tevens worden vastgesteld, omdat Fortis pas op 26 juni 2008 haar voornemen tot het uitgeven van aandelen en het schrappen van dividend bekend heeft gemaakt, terwijl het besluit daartoe reeds op 19 juni 2008 was genomen alsmede omdat zij bij de publicatie van dat voornemen op 26 juni 2008 de werkelijke achtergronden ervan verzwegen.

Naar het oordeel van de OK was de besluitvorming van de Raad van Bestuur op 18-19 juni 2008 ten aanzien van onder meer de aandelenemissie en de dividendmaatregelen in die zin voltooid, dat de Raad van Bestuur met die maatregelen instemde en de formele vaststelling van het desbetreffende besluit slechts om buiten de besluitvorming zelf gelegen redenen uitstelde tot de speciaal voor die formele vaststelling uitgeschreven volgende vergadering van 25 juni 2008 van de Raad van Bestuur. Fortis had het voornemen tot de aandelenemissie en de dividendmaatregelen onverwijld na de vergadering van 18-19 juni 2008 moeten bekendmaken. Door dit pas op 26 juni 2008 te doen is zij ernstig tekortgeschoten. Zoals hierna zal blijken draagt dit bij aan het oordeel dat zich bij Fortis wanbeleid heeft voorgedaan.

Geruststellende mededelingen van 26 september 2008

Volgens VEB c.s. moet ook wanbeleid worden vastgesteld, omdat Fortis op 26 september 2008 geruststellende mededelingen over haar liquiditeit en haar solvabiliteit heeft gedaan.

De OK concludeert dat het persbericht van 26 september 2008 misleidend was, doordat Fortis daarin haar "solide positie" benadrukte en ook overigens in hoofdzaak – voor zover het Fortis betreft – gunstige berichten gaf, zonder tegelijkertijd gewag te maken van, althans inzicht te verschaffen in (de gevolgen van) omstandigheden, op grond waarvan moest worden aangenomen dat de liquiditeits- en solvabiliteitspositie in direct gevaar waren, althans aanmerkelijk minder gunstig waren dan het persbericht suggereerde. Door het persbericht in deze vorm en met deze inhoud uit te geven is Fortis andermaal ernstig tekortgeschoten. Zoals hierna zal blijken draagt dit bij aan het oordeel dat zich bij Fortis wanbeleid heeft voorgedaan.

Openbaarmaking afschrijvingen ad € 5 miljard op 29 september 2008

Ten slotte moet volgens VEB c.s. wanbeleid worden vastgesteld, omdat Fortis pas op 29 september 2008 de afschrijvingen ad € 5 miljard openbaar heeft gemaakt terwijl de noodzaak daarvan haar in ieder geval voor een belangrijk deel reeds voordien bekend was.

De OK verwerpt echter het standpunt dat gebleken is dat Fortis tekort is geschoten door het niet eerder uitbrengen van het persbericht van 29 september 2008.

Gezien het bovenstaande komt de OK tot het volgende dictum.

De OK verstaat dat uit het verslag van het onderzoek in deze zaak blijkt van wanbeleid van Ageas N.V., voorheen Fortis N.V., gevestigd te Utrecht, in de periode vanaf september 2007 tot en met september 2008 ter zake van de uitvoering van haar solvabiliteitsplanning in 2008, de informatievervalsing omtrent haar subprime-portefeuille in het emissieprospectus van 20 september 2007 en de trading update van 21 september 2007 en haar communicatiebeleid in deze periode, (zie met name 6.129 en 6.130).

vernietigt het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van Fortis N.V. van 29 april 2008 tot het verlenen van decharge aan het bestuur voor het in 2007 gevoerde beleid voor zover de decharge het gevoerde beleid betreft ten aanzien van de informatievervalsing omtrent (de risico's verband houdende met) de subprime-portefeuille van Fortis in het op 24 en 25 september 2007 gepubliceerde emissieprospectus en de daarin opgenomen trading update,

verwijst Fortis N.V. in de kosten van het geding, aan de zijde van VEB c.s. en Stichting Investor Claims tot op heden begroot op elk € 2.996.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-04-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991

Zaaknummer: 200.071.997

Wetsartikelen: 2:355 BW

RECHTSPRAAK

X/Y (vereffening maatschap)

Opzegging maatschap. Bewijsopdracht. Vereffening tussen vader en kinderen is een andere dan tussen kinderen onderling. Eis van de redelijkheid en billijkheid zorgt ervoor dat het niet tot liquidatie mag komen als daarmee niet een significant hoger bedrag gemoeid is ten opzichte van de geboden overname som

De rechtbank draagt X op te bewijzen dat zij en Y hebben bedoeld in de maatschapsakte 1998 dezelfde waarderingsgrondslagen voor het geval van opzegging door de ene en voortzetting door de andere maat op te nemen als opgenomen waren in de maatschapsakte 1996.

De rechtbank overweegt dat de verhouding tussen vader en kinderen, zoals speelde bij het opstellen van de maatschapsakte 1996, ook wanneer het om een agrarisch bedrijf gaat, een geheel andere is dan die tussen broer en zus. Bij de maatschap met vader immers is de voor de hand liggende beëindigingsgrond het uitreden van vader op grond van zijn leeftijd gevolgd door voortzetting door een of meer van de kinderen. Tussen broer en zus ligt meer voor de hand dat beëindiging van de maatschap en voortzetting door de één betekent dat de ander een nieuw bestaan moet opbouwen. Het gemeenschappelijke belang van voortzetting door een volgende generatie zal daarbij geheel of ten dele moeten wijken voor het belang van de niet voortzettende partij die simpelweg geld nodig heeft dat in het bedrijf zit. Dat dit hier het geval is, is het standpunt van Y. Het beroep op de eisen van redelijkheid en billijkheid houdt voorts in dat Y het in redelijkheid niet tot liquidatie van het bedrijf mag laten komen als hij daardoor niet een significant hoger bedrag ontvangt dan de door X aangeboden overnamesom. De beoordeling van dit beroep is zozeer afhankelijk van en verweven met de uitkomst van de bewijslevering en berekeningen die in het kader van de procedure nog niet vaststaan, dat de rechtbank hierover nog niet kan oordelen. Slaagt X niet in haar bewijsopdracht, dan komt ook haar beroep op dwaling aan de orde. Het voorgaande betekent dat de rechtbank thans bewijs zal opdragen aan X. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 04-04-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BW2448

Zaaknummer: 219466 / HA ZA 11-1209

RECHTSPRAAK

Aanneming Maatschappij HA

Niet gepubliceerde jaarrekeningen, bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:248 BW. Geen aansprakelijkheid indirect (art. 2:11 BW) bestuurder, in verband met andere oorzaak van het faillissement. Geen kennelijk onbehoorlijk bestuur op basis van Panmo criterium

Aanneming Maatschappij H. A. B.V. ("de vennootschap") is failliet verklaard. Vanaf de oprichting op 15 maart 2009 is A Beheer BV enig bestuurder van de vennootschap. Vanaf de oprichting is X enig bestuurder van A Beheer BV.

De vennootschap heeft haar jaarrekeningen (voor oprichting) over de jaren 2003, 2004 en 2005 niet tijdig, dat wil zeggen niet binnen de wettelijke (uiterste) termijn van 13 maanden na afloop van het boekjaar, gedeponereerd. De curator vordert een verklaring voor recht dat gedaagden, hoofdelijk, aansprakelijk zijn voor het bedrag van de schulden van de vennootschap, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten voldaan kunnen worden.

De rechtbank overweegt dat de curator het gestelde kennelijk onbehoorlijk bestuur zowel baseert op het niet tijdig deponeren van de jaarrekeningen 2003 tot en met 2005, alsmede op het feit dat de administratie van de vennootschap niet aan de vereisten van artikel 2:10 BW voldoet. Tegen dat laatste verwijt verweert X zich, tegen het eerste verwijt niet. Daarmee staat vast dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 2:248 lid 1 BW.

X voert aan dat het faillissement van de vennootschap is veroorzaakt doordat de zeer aanzienlijke vordering van circa € 1.100.000,- op Hogeboom (klant van X) onvoldaan is gebleven. De curator heeft dit niet bestreden, zodat moet worden geconcludeerd dat X erin is geslaagd het wettelijk vermoeden als bedoeld in artikel 2:248 lid 2 te ontzenuwen.

De curator voert echter gemotiveerd aan dat X een verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van deze situatie, dat wil zeggen van de niet-betaling door opdrachtgever Hogeboom van een zeer aanzienlijke schuld en de daardoor veroorzaakte liquiditeitsproblemen die de vennootschap fataal zijn geworden.

De rechtbank stelt voor alle duidelijkheid voorop dat bij de beantwoording van de vraag of X een in dit kader relevant verwijt gemaakt kan worden voor het ontstaan van deze "externe oorzaak" van het faillissement het criterium dient te worden gehanteerd of X hierdoor zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Van onbehoorlijk bestuur zal slechts sprake zijn als wordt geoordeeld dat geen redelijk denkend bestuurder - onder dezelfde omstandigheden - aldus gehandeld zou hebben (HR 8 juni 2001, LJN AB2021 (Panmo)).

De enkele omstandigheid dat het bestuur van de vennootschap een situatie heeft laten ontstaan waarin de vennootschap in grote mate afhankelijk was van één grote opdrachtgever is niet zonder meer een omstandigheid die dwingt tot het oordeel dat het bestuur van de vennootschap onverantwoord heeft gehandeld. Gesteld noch gebleken is dat het bestuur van de gefailleerde vennootschap die afhankelijkheid heeft laten voortbestaan nadat evident was dat de vennootschap hierdoor zo kwetsbaar was geworden dat haar continuïteit in gevaar dreigde te komen.

De curator verwijt X dat hij heeft nagelaten voor of bij het sluiten van de overeenkomst met Hogeboom schriftelijk vast te leggen wat de inhoud van hun relatie was. De curator heeft echter niet gesteld wat het nadelige gevolg van dat nalaten voor de vennootschap is geweest. Dat de inhoud van een contractuele relatie niet schriftelijk wordt vastgelegd of niet uitputtend wordt geregeld kan, althans in de relatie tussen de vennootschap als aannemer en haar opdrachtgever Hogeboom, niet als verwijt gelden dat moet worden gekwalificeerd als zo onverantwoord dat dit nalaten onbehoorlijk bestuur oplevert. Dat het bestuur de afspraken pas in een contract met Hogeboom is gaan vastleggen op een moment dat de vennootschap zich in een dwangpositie bevond, doet hier niets aan af, aldus de rechtbank.

Voorts lijkt de curator X ook te verwijten dat er sprake is geweest van wanprestatie aan de zijde van de vennootschap, op grond waarvan Hogeboom heeft geweigerd haar betalingsverplichtingen jegens de vennootschap na te komen. De rechtbank is van oordeel dat de enkele stelling dat de vennootschap wanprestatie heeft gepleegd niet tot de conclusie voert dat haar bestuur op die grond kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten. Het is zeker niet ondenkbaar dat een enkele toerekenbare tekortkoming van een vennootschap die later failliet aanleiding kan geven tot het oordeel dat zich kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft voorgedaan, maar daarvoor zijn dan wel bijzondere omstandigheden vereist die dwingen tot het oordeel dat het bestuur evident onverantwoord heeft geopereerd. Daarvan is in dit geval niets gebleken.

Tegen A Beheer BV is verstek verleend. De tegen haar gerichte vorderingen dienen te worden toegewezen mits deze de rechtbank niet onrechtmatig of ongegrond voorkomen, aldus artikel 139 Rv. De rechtbank is van oordeel dat in dit geval aanleiding bestaat de vorderingen tegen de

niet verschenen gedaagde ook af te wijzen. X is immers ex artikel 2:248 BW aansprakelijk gesteld via de bijzondere aansprakelijkheidsgrondslag van artikel 2:11 BW. Deze wettelijke regeling verhindert dat door de benoeming van een rechtspersoon tot bestuurder, de natuurlijke persoon die feitelijk de scepter zwaait, aan een in boek 2 BW geregelde bestuurdersaansprakelijkheid zou kunnen ontkomen. X is derhalve, krachtens wetsbepaling, gelijkgesteld aan X Beheer BV.

De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af en veroordeelt de curator in de kosten van het geding.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 04-04-2012

ECLI: ECLI:NL:RBSGR:2012:BW3128

Zaaknummer: 390270 / HA ZA 11-921

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Econcern/Ecobuildings

De vraag of bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld kan onbeantwoord blijven, aangezien de vordering strandt vanwege het ontbreken van causaal verband tussen de gevorderde schade en het vermeend onrechtmatig handelen van de bestuurders

Om een nieuw energiezuinig hoofdkantoor voor Econcern N.V. te doen realiseren is Ecobuildings C.V. opgericht voor de bouw en ontwikkeling van het project. De bedoeling was dat het gebouw uiteindelijk grotendeels door Econcern gehuurd zou worden. De vennoten van Ecobuildings zijn op zoek gegaan naar een of meerdere koper(s) van het gebouw. Onderhandelingen met LSI Properties B.V. hebben geresulteerd in de ondertekening van een intentieovereenkomst op 6 juni 2007, waarbij werd voorzien in de verkoop van het gebouw voor een verkoopsom van € 36,8 miljoen. Een concept huurovereenkomst tussen Econcern en Ecobuildings is tot stand gekomen onder de voorwaarde dat uiterlijk per 1 december 2007 een definitieve bouwvergunning werd verkregen, bij gebreke waarvan de huurovereenkomst niet gold. Die voorwaarde is niet vervuld, als gevolg waarvan Econcern niet meer gebonden was aan de huurovereenkomst.

Econcern is vervolgens als “groen” bedrijf meer kostbare “groene” eisen aan het te huren gebouw gaan stellen. Ecobuildings heeft daarop getracht LSI te bewegen tot instemming met een hogere koopprijs. LSI was echter niet bereid (en mogelijk ook niet in staat) om de hogere vraagprijs van € 39,5 miljoen te betalen.

Econcern heeft toen aan Ecobuildings voorgesteld voor LSI als koper in de plaats te treden. Een huurovereenkomst is tot stand gekomen tussen Ecobuildings en Econcern en een turnkey-koopovereenkomst tussen Ecobuildings en Econcern Nieuwegein Beleggingen B.V. (een dochtervennootschap van Econcern) is ondertekend waarin de verkoopsom is bepaald op € 39,75 miljoen. Het bankensyndicaat van Econcern heeft echter geweigerd haar goedkeuring aan de totstandkoming van de koopovereenkomst te geven. Econcern heeft laten weten voornemens te zijn zich terug te trekken als huurder van het gebouw. Vervolgens heeft Ecobuildings de overeenkomsten ontbonden en vervangende schadevergoeding gevorderd.

Econcern en Econcern Nieuwegein Beleggingen B.V. zijn inmiddels failliet verklaard.

In casu beoogt Ecobuildings kennelijk dat, als jegens haar niet de indruk was gewekt dat Econcern Nieuwegein Beleggingen B.V. gesteund door haar moeder Econcern een koopovereenkomst van € 39,75 miljoen gestand zou kunnen doen, zij LSI aan de in de intentieovereenkomst overeengekomen koopprijs had kunnen houden (en dat ook zou hebben gedaan), ook al zou Econcern vanwege het niet vervuld worden van de ontbindende voorwaarde en vanwege het feit dat haar “groene” eisen niet werden ingewilligd blijvend als huurder zijn weggevallen.

De rechtbank oordeelt dat de stelling van Ecobuildings onvoldoende is onderbouwd. Uitgangspunt bij het sluiten van de intentieovereenkomst was immers dat Econcern het gebouw zou gaan huren. Ook is hier van belang dat de intentieovereenkomst als zelfstandige voorwaarde voor oplevering van het gebouw aan LSI verbindt dat het gehuurde door Econcern is geaccepteerd. De (voortgang van de) intentieovereenkomst was daarom kennelijk afhankelijk van de daadwerkelijke positie van Econcern als huurder. De conclusie van het voorgaande is dat, nu Econcern met ingang van 1 december 2007 vanwege het ontbreken van een definitieve bouwvergunning niet langer contractueel verplicht was het gebouw te huren en LSI niet gehouden was het gebouw zonder dat dit aan Econcern werd verhuurd af te nemen maar ook niet akkoord ging met een hogere koopprijs als gevolg van de extra “groene” eisen van Econcern, LSI hoe dan ook losgelaten had moeten worden. Met andere woorden: het causale verband tussen het loslaten van LSI en de verweten gedragingen (het doen voorkomen dat Econcern(s) (dochter) in staat was om de verplichtingen uit de koopovereenkomst na te komen) ontbreekt. Voorzover in de stellingen van Ecobuildings ligt besloten dat ook los van het loslaten van LSI de handelwijze van bestuurders van Econcern als onrechtmatig jegens Ecobuildings moet worden gekwalificeerd, overweegt de rechtbank als volgt. Als het onder de gegeven - financiële - omstandigheden bewegen van Ecobuildings tot het aangaan van de overeenkomst in december 2008 al als onrechtmatig handelen van bestuurders van Econcern jegens Ecobuildings kan worden gekwalificeerd, dan heeft deze onrechtmatige handelwijze niet tot de gevorderde schade geleid. De gevorderde schade ziet volgens Ecobuildings immers op de door haar met het oog op de met LSI gesloten intentieovereenkomst gemaakte kosten en de winst die zij had kunnen realiseren als die intentieovereenkomst was uitgevoerd. Slechts indien zou komen vast te staan dat, als de bestuurders van Econcern Econcern Nieuwegein Beleggingen B.V. niet naar voren zouden hebben geschoven als koper, Ecobuildings het gebouw aan een andere partij dan LSI zou hebben kunnen verkopen, zou sprake kunnen zijn van schade. Dit is niet, althans onvoldoende gemotiveerd, gesteld. De rechtbank veroordeelt Ecobuildings als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Carovi/Kwik-Fit

De rechtbank oordeelt in conventie dat Kwik-Fit gerechtigd was betaling van facturen op te schorten totdat zij van Carovi meer duidelijkheid had gekregen over de verschuldigdheid daarvan. De rechtbank oordeelt in reconventie dat de gegeven omstandigheden onvoldoende aanleiding bieden om te kunnen concluderen dat Carovi wist of moest weten dat er sprake was van doeloverschrijding van Kwik-Fit

Voormalig, inmiddels wegens malversaties ontslagen statutair directeur van Kwik-Fit sluit met Carovi buiten medeweten van het Central Management van Kwik-Fit nieuwe overeenkomsten voor autoruitreparaties en -vervangingen in 2005 en 2007 met hoge boetes in het geval Kwik-Fit de samenwerking verbreekt. Afrekenen op factuurbasis: pas na ontvangst factuur ontstaat betalingsverplichting en kan Kwik-Fit in verzuim raken met de voldoening daarvan. Na ontvangst facturen vraagt Kwik-Fit om toelichting. Carovi geeft niet de gevraagde informatie maar legt beslag onder Kwik-Fit. Naar aanleiding van de resultaten van haar onderzoek naar gepleegde malversaties schort Kwik-Fit betaling op, maar biedt wel zekerheid aan, ook voor mogelijke toekomstige betalingen. Carovi ontbindt de overeenkomsten en maakt aanspraak op schadevergoeding en de contractueel bedongen boetes. Kwik-Fit vordert in reconventie vernietiging van de overeenkomsten uit 2005 en 2007 op grond van doeloverschrijding.

De rechtbank oordeelt als volgt. Uit correspondentie blijkt dat Kwik-Fit Carovi heeft meegedeeld dat zij haar betalingen opschort in afwachting van de uitkomst van het onderzoek naar de (wijze van) totstandkoming van de overeenkomsten voor autoruitreparaties en -vervangingen uit 2005 en 2007 en naar de rol van de (inmiddels voormalig) statutair directeur van Kwik-Fit bij fraude. Hieruit kan niet worden afgeleid dat Kwik-Fit expliciet te kennen heeft gegeven geen enkele factuur van Carovi te zullen betalen, ook toekomstige niet. Integendeel, uit het aanbod ook een bankgarantie te verstrekken voor toekomstige vorderingen van Carovi kan worden afgeleid dat Kwik-Fit bereid was te betalen als de verschuldigdheid en opeisbaarheid van de facturen duidelijk zouden zijn geworden. Het had

op de weg van Carovi gelegen nadere informatie te verstrekken over onder meer de contracten van 2005 en 2007. Kwik-Fit heeft onweersproken verklaard dat zij - herhaalde malen - om die informatie gevraagd heeft maar dat Carovi deze informatie niet wenste te verstrekken. In een dergelijke situatie moet gelet op alle hiervoor geschetste feiten en omstandigheden van het geval geoordeeld worden dat Carovi als schuldeiser in verzuim is geraakt. Kwik-Fit was derhalve gerechtigd betaling van de facturen op te schorten totdat zij meer duidelijkheid had gekregen over de verschuldigdheid daarvan. Het geslaagde beroep van Kwik-Fit op opschorting en schuldeisersverzuim brengt voorts met zich dat er geen sprake kan zijn geweest van een tekortkoming aan de zijde van Kwik-Fit die ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, en waardoor Kwik-Fit contractuele boetes en schade aan Carovi verschuldigd zou zijn.

Artikel 2:7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling vernietigbaar is, indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten; slechts de rechtspersoon kan een beroep op deze grond tot vernietiging doen. Bij de beantwoording van de vraag of het doel van Kwik-Fit is overschreden is niet alleen beslissend de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven, maar dienen alle omstandigheden daarbij in aanmerking te worden genomen. Daarbij moet met name in aanmerking worden genomen of het belang van Kwik-Fit is gediend met de betrokken rechtshandeling (Hoge Raad 20 september 1996, NJ 1997, 149, LJN: ZC2144). Of Carovi wist of zonder eigen onderzoek moest weten dat met de contracten van 2005 en 2007 het doel van Kwik-Fit werd overschreden, moet beantwoord worden aan de hand van de omstandigheden die zich ten tijde van het sluiten van de contracten voordeden. Geconcludeerd wordt dat werkzaamheden op het gebied van (auto)ruitreparaties en vervangingen passen binnen het statutaire doel van Kwik-Fit. Onder omstandigheden zal van doeloverschrijding sprake kunnen zijn, als de rechtshandeling - ondanks de omstandigheid dat deze op zichzelf valt onder de doelomschrijving - in redelijkheid niet gericht kan zijn op het belang van Kwik-Fit dan wel dit belang op onaanvaardbare wijze schaadt. Kwik-Fit heeft onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd om te kunnen concluderen dat Carovi wist of behoorde te weten dat de (inmiddels voormalig) statutair directeur van Kwik-Fit niet bevoegd was deze overeenkomsten met haar aan te gaan. Ook het enkele feit dat de contracten van 2005 en 2007 voor langere tijd zijn aangegaan, is onvoldoende om te kunnen concluderen dat Carovi wist of moest weten dat er sprake was van doeloverschrijding. Dat betekent dat de vorderingen van Kwik-Fit zullen worden afgewezen en dit leidt ertoe dat de vordering van Carovi om de nog openstaande facturen te voldoen voor toewijzing vatbaar is.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 09-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5404

Zaaknummer: 114860/HA ZA 10-1560

Wetsartikelen: 2:7 BW

RECHTSPRAAK

directeur X/Kwik-Fit

Ontslag statutair directeur. (On)geldigheid van de besluiten tot volmachtverlening, de schorsingsbesluiten, de oproepingen voor de AVA's/ALV en de ontslagbesluiten.

Directeur X is kort gezegd bestuurder in het Kwik-Fit concern. Op enig moment wordt door Kwik-Fit opheldering gevraagd over een aantal transacties. Directeur X wordt voorts geschorst en daarna op staande voet ontslagen. Directeur X roept succesvol in een kort geding de nietigheid van het ontslagbesluit in. Directeur X wordt opnieuw bij besluit ontslagen. Directeur X vordert kort gezegd vernietiging van het ontslagbesluit, althans verklaring voor recht dat het besluit nietig is.

Directeur X legt aan zijn vordering ten grondslag dat de besluiten die aan zijn schorsing, het ontslag als statutair bestuurder en de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst ten grondslag hebben gelegen niet deugdelijk tot stand zijn gekomen, omdat zij genomen zijn door daartoe niet bevoegde personen. Directeur X is in strijd met de wettelijke voorschriften niet in de gelegenheid gesteld zijn raadgevende stem uit te brengen over die besluiten. De besluiten zijn niet rechtsgeldig en voor vernietiging vatbaar.

Voorts zou het ontslag op staande voet niet onverwijld zijn gegeven en kunnen de gestelde dringende redenen het ontslagbesluit niet dragen. Kwik-Fit Nederland B.V. c.s. ("Kwik-Fit") voert verweer.

De rechtbank buigt zich eerst over de stelling van directeur X, dat hij als bestuurder van USN, Kwik-Fit Nederland en Kwik-Fit Coöperatief niet betrokken is bij de besluitvorming over het afgeven van volmachten aan A en B, zodat de bestuursbesluiten om deze volmachten af te geven nietig is. Voorts heeft hij aangevoerd dat de volmachten kennelijk ook de strekking hebben om besluitvorming die is voorbehouden aan het bestuur van Kwik-Fit Coöperatief te delegeren aan A en B, hetgeen volgens Directeur X wettelijk niet mogelijk is.

De rechtbank overweegt dat het verstrekken van een volmacht een externe vertegenwoordigingshandeling is die verricht kan worden door een daartoe bevoegde

bestuurder. In het geval degenen die een rechtspersoon volgens haar statuten kunnen vertegenwoordigen, namens die rechtspersoon een dergelijke rechtshandeling verrichten, dan geldt deze handeling als rechtshandeling van de rechtspersoon, ook als de statutair aangewezen vertegenwoordigers zo in strijd zouden hebben gehandeld met een binnen de interne verhoudingen van de rechtspersoon geldende regel om een dergelijke rechtshandeling alleen te verrichten op grond van een - geldig tot stand gekomen - bestuursbesluit. Deze regel lijdt slechts uitzondering indien onder de omstandigheden van het geval die vertegenwoordigers door zo te handelen jegens de wederpartij van de rechtspersoon misbruik van hun bevoegdheid zouden maken.

Directeur X heeft onvoldoende aangevoerd om te kunnen concluderen dat met de volmachtverlening misbruik van bevoegdheid is gemaakt in die zin dat er een zodanige onevenredigheid is tussen het geschade belang van Directeur X om mee te kunnen beslissen over de volmachtverlening en het belang van Kwik-Fit hem niet bij deze besluitvorming te betrekken, dat naar redelijkheid niet tot de volmachtverlening kon worden overgegaan. De volmachten zijn aldus rechtsgeldig. De bevoegdheid een bestuurder te schorsen of te ontslaan ligt niet bij het bestuur van de vennootschap respectievelijk coöperatie, maar bij de AVA/ALV. Wet noch statuten staan aan vertegenwoordiging van een aandeelhouder door een gevolmachtigde in de weg. In beginsel mogen bestuurders als gevolmachtigde van aandeelhouders optreden. Slechts in het geval er sprake is van een doorlopende algemene blanco volmacht, komt het dualistisch karakter van de vennootschap in het geding, maar van een dergelijke volmacht was hier geen sprake.

De rechtbank stelt verder vast dat Directeur X wel degelijk gehoord is over het voornemen hem te schorsen. In het onderhavige geval, waar het vermoeden bestond dat Directeur X zich aan frauduleuze handelingen had schuldig gemaakt, levert het enkele feit dat Directeur X bewust niet betrokken is bij het besluit hem te schorsen geen misbruik van bevoegdheid op. Die schorsing had immers tot doel een nader onderzoek naar de handelwijze van Directeur X mogelijk te maken zonder Directeur X de mogelijkheid te geven dat onderzoek te beïnvloeden of te verstoren door bijvoorbeeld stukken kwijt te maken.

De rechtbank oordeelt nog dat, aangezien Directeur X rechtsgeldig geschorst was, hij zijn bevoegdheden niet kon uitoefenen, waardoor de ALV/AVA rechtsgeldig zijn opgeroepen (zonder zijn medewerking).

Wat betreft de stelling van directeur X dat de verschillende besluiten niet rechtsgeldig genomen zijn, omdat het tot stand komen van de besluiten geschiedde buiten de daartoe aangewezen locatie, geldt het volgende. Weliswaar is het wettelijk uitgangspunt dat de AVA/AVL gehouden wordt in Nederland in de in de statuten vermelde plaats of anders in de

gemeente waar de vennootschap haar woonplaats heeft, maar in het geval de AVA elders gehouden wordt, kunnen wettige besluiten genomen worden als het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is (2:226 BW). Onweersproken is dat bij de totstandkoming van de besluiten het geplaatste kapitaal vertegenwoordigd was, zodat ondanks het feit dat de vergadering niet op de juiste locatie werd gehouden, wel rechtsgeldige besluiten genomen konden worden op die vergadering.

De rechtbank is van oordeel dat Kwik-Fit voldoende dringende en zwaarwegende redenen had om Directeur X te schorsen en hem vervolgens te ontslaan. De vraag die zich vervolgens voordoet is of voorbedeelde dringende redenen onverwijld en voldoende duidelijk aan Directeur X zijn meegedeeld. Daaraan is voldaan. Voorts oordeelt de rechtbank dat een terecht op staande voet gegeven ontslag niet (ook) kan worden gekwalificeerd als een kennelijk onredelijk ontslag (Hoge Raad 12 februari 1999, NJ 1999, 643).

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 09-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5326

Zaaknummer: 116259 / HA ZA 10-1772

Wetsartikelen: 2:15 BW , 2:16 BW, 2:226 BW, 2:227 BW, 7:640 BW, 7:641 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

The Old Tree

Poot/ABP, afgeleide aansprakelijkheid; rechtstreekse onrechtmatige daad jegens bestuurders BV

X en Y zijn enig aandeelhouders en bestuurders van The Old Tree Holding BV (The Old Tree). The Old Tree is enig aandeelhouder en bestuurder van IMG Europe BV (hierna: IMG Europe) en van International Medical Group IMG BV (hierna: IMG). IMG Europe is een zustervenootschap van IMG. IMG heeft in 2001 een distributiecontract gesloten met Pedia Pals, een in de Verenigde Staten werkzame onderneming. Tussen IMG en Pedia Pals is in 2003 een geschil ontstaan over de uitvoering van het distributiecontract. Pedia Pals is in de Verenigde Staten een arbitrageprocedure gestart. IMG heeft zich tot een maatschap van advocaten (hierna: de maatschap) gewend voor advies over de vraag hoe te reageren op de arbitrageprocedure.

X stelt zich op het standpunt dat de (advocaten van de) maatschap wanprestatie heeft gepleegd en/of onrechtmatig heeft gehandeld jegens haar bij de verleende diensten op juridisch terrein, waardoor zij schade heeft geleden.

De rechtbank heeft geen aansprakelijkheid aangenomen en de vorderingen afgewezen. De rechtbank heeft daarbij de norm neergelegd in het arrest Poot/ABP (HR 2 december 1994, NJ 1995, 288) tot uitgangspunt genomen. De verweten gedragingen betreffen gedragingen jegens IMG. Alleen IMG had derhalve de vordering tot schadevergoeding kunnen instellen. X stelt zich in hoger beroep op het standpunt dat het in Poot/ABP geformuleerde uitgangspunt zich in deze zaak niet voordoet. Zij voert hiertoe - samengevat weergegeven – aan dat de maatschap al vanaf midden de jaren negentig juridisch adviseur was van de groep. De advisering had betrekking op het gehele concern. De diverse vennootschappen en natuurlijke personen waren bij de maatschap bekend. IMG maakte onderdeel uit van een concern. Het waren de belangen van dit concern die behartigd dienden te worden. De maatschap en advocaten hebben niet gehandeld als van een redelijk denkend en handelend vakgenoot mag worden verwacht; zij hadden, in het kader van de advisering van IMG de belangen van de overige bij de groep behorende vennootschappen en appellanten moeten verdisconteren. De schending van de norm bestaat uit het samenhangend geheel van gedragingen, beginnende

met het advies dat een vonnis uit de Verenigde Staten niet in Nederland ten uitvoer kan worden gelegd. De concrete verwijten die X aan de maatschap en aan de advocaten maakt, betreffen praktisch alle gegeven adviezen en verrichte diensten met betrekking tot de door Pedia Pals in de Verenigde Staten aanhangig gemaakte arbitrale procedure, de tenuitvoerlegging in Nederland van de arbitrale uitspraak en de faillissementaanvraag van IMG door Pedia Pals. In onderling verband gezien is door de verweten gedragingen een norm geschonden jegens X.

Het hof neemt tot uitgangspunt dat de in de onderhavige zaak door de maatschap verstrekte adviezen en de op grond daarvan verleende diensten door de advocaten zijn verricht jegens IMG in haar conflict met Pedia Pals. Dit brengt mee dat indien door de maatschap (en/of advocaten) door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens IMG of door gedragingen die tegenover IMG onrechtmatig zijn vermogensschade is toegebracht, in beginsel slechts IMG die schade kan vorderen. De afgeleide schade, de schade die The Old Tree als aandeelhouder of appellanten als indirecte aandeelhouders/bestuurders lijden door het minder waard worden van de aandelen in IMG, komt niet voor vergoeding in aanmerking. Dit is slechts anders indien jegens hen een specifieke zorgvuldigheidsnorm niet in acht zou zijn genomen (vgl. o.a. HR 2 december 1994, NJ 1995,288, LJN ZC1564, Poot/ABP, en HR 15 juni 2001, NJ 2001,573, LJN AB2443, Chipshol, HR 2 november 2007, NJ 2008,5, LJN BB3671, Kessock/SFT); of indien zij op andere wijze dan door vermindering van de waarde van de aandelen schade zouden hebben geleden (HR 16 februari 2007, NJ 2007,256, LJNAZo419, Tuinbeheer/Maatschap A.). Genoemde (rechts)personen hebben derhalve slechts recht op schadevergoeding indien rechtstreeks jegens hen een onrechtmatige daad is gepleegd of wanprestatie is gepleegd. Met betrekking tot de adviezen en verleende diensten, gegeven c.q. verleend ten aanzien van de arbitrageprocedure, de exequaturverlening aan Pedia Pals, de beslaglegging onder zichzelf door IMG en de poging een Nederlands vonnis tegen Pedia Pals te verkrijgen, is het hof van oordeel dat niet gebleken is van gedragingen die, ook in onderling verband gezien, specifiek onzorgvuldig zijn jegens een van de (rechts)personen van X of wanprestatie jegens hen opleveren. Het betreft gedragingen die niet zijn verricht jegens andere (rechts)personen dan IMG en die enkel direct de vermogenspositie van IMG betreffen. Door X is onvoldoende gesteld om aan te nemen dat het bij de hierboven omschreven adviezen/verleende diensten ging om een al omvattende juridische bijstand waarbij ook de belangen van appellanten privé waren betrokken.

De meningen van X en de maatschap verschillen met betrekking tot de vraag wie de aanzet tot de opstelling 'het op executie aan te laten komen' heeft gegeven en wie heeft geopperd IMG leeg te halen. Het hof is van oordeel dat het advies de executie af te wachten en eventueel een faillissement op de koop toe te nemen, in beginsel niet tot een onrechtmatige daad jegens

anderen dan IMG kan leiden. Ook als een faillissement zou zijn veroorzaakt door de advisering brengt dat nog niet mee dat tevens onrechtmatig is gehandeld jegens de aandeelhouders. Er kunnen zich echter bijkomende omstandigheden voordoen die die adviezen onrechtmatig doen zijn jegens andere betrokkenen, zoals aandeelhouders en bestuurders. In het onderhavige geval moet worden geoordeeld dat onrechtmatig gehandeld zou zijn jegens appellanten (in hun functie als indirecte bestuurders) indien hen geadviseerd zou zijn IMG “leeg te halen” om executie onmogelijk te maken. Er zou dan immers geadviseerd zijn tot paulianeus handelen, waarbij grote kans bestond dat de bestuurders op dat handelen zouden worden aangesproken. De stelling van X dat dit advies is gegeven, is door de maatschap gemotiveerd weersproken. De mogelijkheid dat door de verweten gedragingen schade is geleden, is voldoende aannemelijk gemaakt. Het faillissement van IMG is niet uitgebleven en niet uitgesloten is dat zulks tot méér schade bij appellanten heeft geleid dan zij bij enkel uitwinning van IMG geleden zouden hebben. X zal derhalve tot bewijs van haar stelling worden toegelaten. Het hof laat X bovendien toe feiten en omstandigheden te bewijzen die de conclusie rechtvaardigen dat de maatschap en/of advocaten op onvoldoende wijze hebben geadviseerd c.q. diensten hebben verleend bij de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring van IMG. In afwachting van de bewijslevering wordt iedere verdere beslissing aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5445

Zaaknummer: HD 200.074.125 T

Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:74 BW

RECHTSPRAAK

Ongo BV

Ontbinding rechtspersoon; verkoop en overdracht van de in beslag genomen aandelen. Op wie rust de stelplicht (en bewijslast) van het al dan niet bestaan van baten op het tijdstip van ontbinding van de vennootschap?

Vennootschap Ongo BV (hierna: Ongo) is ontbonden nadat executoriaal beslag op de aandelen in die vennootschap was gelegd en op de voet van art. 474g Rv verlot was verzocht tot verkoop van die aandelen. BV X is enig aandeelhouder en bestuurder van Ongo. BV X klaagt, dat de rechtbank ten onrechte ervan uit is gegaan dat Ongo niet is opgehouden te bestaan en richt zich mede tevens de daarop gegronde beslissing dat de aandelen kunnen worden verkocht en tegen de beslissing dat de jaarstukken van Ongo, indien de deurwaarder daarom verzoekt, aan de deurwaarder moeten worden gegeven.

Het hof stelt voorop dat uit artikel 2:19 lid 4 en 5 BW, in samenhang gelezen met artikel 2:23c lid 1 BW, volgt dat een rechtspersoon na zijn ontbinding slechts ophoudt te bestaan indien hij op het tijdstip van zijn ontbinding geen (bekende) baten meer heeft.

Partijen twisten over de vraag op wie de stelplicht (en eventueel de bewijslast) van het al dan niet bestaan van baten rust. Het hof is van oordeel dat de omstandigheden van het geval met zich brengen dat op BV X op dit punt een verzwaarde stelplicht rust. Het hof grondt dat oordeel op de omstandigheid dat BV X eerst nadat er executoriaal beslag op de aandelen was gelegd en op de voet van artikel 474g Rv verlot tot verkoop van die aandelen was verzocht, heeft besloten tot ontbinding, in samenhang gezien met het tussen partijen vaststaande feit dat door BV X geen (door een accountant opgestelde) jaarstukken zijn gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel, en het gegeven dat BV X (in tegenstelling tot BV Y) beschikt over de boekhouding.

Naar het oordeel van het hof heeft BV X, ook nadat zij door de rechtbank in de gelegenheid was gesteld om administratieve bescheiden in het geding te brengen waaruit op inzichtelijke wijze blijkt van het ontbreken van baten op de datum van het ontbindingsbesluit, niet aan haar verzwaarde stelplicht voldaan, in eerste aanleg noch in hoger beroep. Uit de door BV X

overgelegde balansen blijkt niet door wie ze zijn opgesteld en evenmin op welk moment dat is gebeurd. BV X heeft ook niet (voldoende gemotiveerd) gesteld dat ze door een accountant zijn opgesteld. Mede gelet op de gemotiveerde bezwaren die BV Y heeft aangevoerd tegen de overgelegde balansen, had het op de weg van BV X gelegen nadere stukken in het geding te brengen die de juistheid van voormelde balansen kunnen staven en de stelling dat Ongo op het moment van haar ontbinding geen baten had, nader kunnen onderbouwen. Omdat zij dat heeft nagelaten en aldus niet heeft voldaan aan haar (verzwaarde) stelplicht dient het er in de onderhavige procedure voor te worden gehouden dat Ongo ten tijde van haar ontbinding nog baten had en derhalve (tot op heden) is blijven voortbestaan.

Het hof verwerpt het standpunt van BV X dat de mogelijkheid dat aldus aandelen worden verkocht van een vennootschap waarvan uiteindelijk zal komen vast te staan dat die (bij gebrek aan baten) reeds niet meer bestond, in de weg staat aan toewijzing van de vordering. Anders dan BV X vermag het hof niet in te zien dat dit fundamenteel anders is dan het geval waarin een ontbonden rechtspersoon op grond van het oordeel dat summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn failliet wordt verklaard, terwijl uiteindelijk door de vereffenaar wordt vastgesteld dat er toch geen baten zijn (op grond waarvan achteraf moet worden vastgesteld dat de ontbonden vennootschap op het moment van faillietverklaring reeds niet meer bestond). Dat deze laatste mogelijkheid niet aan de weg staat aan het uitspreken van een faillissement van een ontbonden vennootschap volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 27 januari 1995, LJN: ZC1631.

Nu BV X overigens geen grieven heeft aangevoerd tegen het oordeel van de rechtbank dat, ervan uitgaande dat Ongo ten tijde van haar ontbinding nog bestond, het verzoek ex artikel 474g Rv kan worden toegewezen, zal het verlot tot verkoop en overdracht van de aandelen in Ongo worden bekrachtigd.

In casu heeft de opgeroepen deurwaarder de suggestie gedaan om de jaarstukken van Ongo ter beschikking te doen stellen, bij welke suggestie BV Y zich heeft aangesloten. Op basis van die jaarstukken zou de deurwaarder namelijk, eventueel met behulp van een deskundige, de waarde van de aandelen kunnen bepalen.

Het hof, beschikkende in hoger beroep, bekrachtigt de bestreden beschikkingen van de rechtbank Arnhem.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHARN:2012:BW5216

Zaaknummer: 200.092.039

Wetsartikelen: 2:19 BW, 2:23 BW en 474 Rv

RECHTSPRAAK

ABN AMRO/Echtgenote

In casu is terecht een beroep gedaan door echtgenote op vernietiging ex 1:89 jo. 1:88 lid 1 sub c BW van een door haar echtgenoot aangegane borgstelling. De uitzondering van art. 1:88 lid 5 gaat niet op. In beginsel wordt het aangaan van een kredietovereenkomst met inbegrip van de borgstelling die gesloten is met het oog op een langlopende financiering van de vennootschap gezien als een handeling die valt onder de normale bedrijfsuitoefening. In dit geval is echter toch toestemming van de echtgenote vereist. De borgstelling is namelijk aangegaan bij de omzetting van een bestaand krediet, waarbij de borgstelling in privé door de echtgenoot in de plaats kwam van een aantal zekerheden dat door de persoonlijke vennootschap van de echtgenoot was aangegaan. De echtgenoot is daardoor in privé aansprakelijk geworden voor een vordering waarvoor hij voordien niet persoonlijk aansprakelijk was, zonder dat door de bank extra krediet werd verstrekt. Deze omstandigheid maakt dat het aangaan van de persoonlijke borgtocht niet geacht kan worden te behoren tot de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap, zodat daarvoor de toestemming van de echtgenote was vereist

Echtgenoot A heeft ten behoeve van een B.V. een kredietovereenkomst gesloten met ABN AMRO, waarbij hij zich hoofdelijk in privé aansprakelijk heeft gesteld voor nakoming (borgstelling). De B.V. voldoet niet langer aan haar verplichtingen. ABN AMRO spreekt echtgenoot A aan.

Echtgenoot A en zijn echtgenote B sluiten een hypothecaire lening af bij een rechtsvoorganger van ABN AMRO. Daarmee werd de vordering van ABN AMRO op de B.V. voldaan.

Echtgenoot A en echtgenote B zijn tot het overlijden van echtgenoot A gehuwd. Echtgenoot B

had de kredietovereenkomst met borgstelling niet (mede) ondertekend. Gelet op het ontbreken van deze toestemming was de borgstelling volgens echtgenote B op grond van het bepaalde in artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW jo. artikel 1:89 BW vernietigbaar. Bij fax aan ABN AMRO vernietigt Echtgenote B de kredietovereenkomst. Echtgenote B vordert verklaring voor recht dat de kredietovereenkomst buitengerechtelijk is vernietigd en veroordeling van ABN AMRO tot betaling van een bedrag.

ABN AMRO betwist dat echtgenote B een beroep op vernietiging ex artikel 1:89 BW toekomt. Zij betoogt primair dat de borgstelling is geëindigd doordat echtgenoot A de schuld heeft voldaan, waardoor van vernietiging van deze borgstelling geen sprake meer kan zijn. Subsidiair betwist ABN AMRO dat voor het aangaan van de borgstelling door echtgenote A toestemming van echtgenote B was vereist, omdat sprake is van de uitzondering als bedoeld in artikel 1:88 lid 5 BW.

Rechtbank overweegt dat het primaire verweer van ABN AMRO faalt. In artikel 3:53 BW is bepaald dat vernietiging terugwerkt tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht. Deze terugwerkende kracht houdt in dat partijen in de situatie worden gebracht waarin zij zich vóór het verrichten van de rechtshandeling bevonden. In gevallen waarin reeds prestaties uit hoofde van die rechtshandeling zijn verricht, betekent dit dat deze ongedaan gemaakt moeten worden, omdat door vernietiging de rechtsgrond voor het verrichten van die prestaties met terugwerkende kracht is komen te vervallen.

De rechtbank overweegt vervolgens dat op grond van het bepaalde in artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot behoeft voor overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt. Een rechtshandeling die een echtgenoot in strijd met dit voorschrift heeft verricht, is door de andere echtgenoot vernietigbaar. In artikel 1:88 lid 5 BW is echter bepaald dat die toestemming niet is vereist voor een rechtshandeling die wordt verricht door een bestuurder van een B.V, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap. De wetgever heeft met het begrip 'normale bedrijfsuitoefening' een wezenlijke beperking op de uitzondering van lid 5 beoogd. De toestemming van de andere echtgenoot is alleen dan niet vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in artikel 1:88 lid 1 sub c BW bedoelde zekerheid wordt verstrekt zelf behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht. Daarbij kan belang toekomen aan omstandigheden waaronder de borgstelling tot stand is gekomen (Hoge Raad 8 juli 2005, NJ 2006/96).

De rechtbank komt tot het oordeel dat de uitzondering van lid 5 niet op gaat. De

kredietovereenkomst is gesloten met het oog op de langlopende financiering van de vennootschap waarin echtgenoot A samen met zijn compagnon alle aandelen hield, zodat is gehandeld in de normale bedrijfsuitoefening. In dit geval is de borgstelling echter tot stand gekomen onder omstandigheden die maken dat desondanks toch toestemming van de echtgenote was vereist. De borgtocht is namelijk aangegaan bij de omzetting van een bestaand krediet, waarbij de borgstelling in privé door de echtgenoot in de plaats kwam van een aantal zekerheden dat door de persoonlijke vennootschap van de echtgenoot was aangegaan. De echtgenoot is daardoor in privé aansprakelijk geworden voor een vordering waarvoor hij voordien niet persoonlijk aansprakelijk was, zonder dat door de bank extra krediet werd verstrekt. Deze omstandigheid maakt dat het aangaan van de persoonlijke borgtocht niet geacht kan worden te behoren tot de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap, zodat daarvoor de toestemming van de echtgenote was vereist.

De rechtbank oordeelt derhalve dat terecht een beroep door de echtgenote is gedaan op vernietiging ex 1:89 jo. 1:88 lid 1 sub c BW van een door haar echtgenoot aangegane borgstelling.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 25-04-2012

ECLI: ECLI:NL:RBHAA:2012:BW4453

Zaaknummer: 185128 / HA ZA 11-980

Wetsartikelen: 1:88 BW, 1:89 BW en 3:53 BW

RECHTSPRAAK

GO Acquisition/Gamma Holding

Uitstootregeling. Eis tot overdracht van alle overige aandelen in het geplaatste kapitaal van Gamma Holding aan GO Acquisition.

Met de implementatie van de 13e EG Richtlijn is op 28 oktober 2007 de nieuwe uitstootregeling in werking getreden, naast de bestaande uitkoopregeling van artikel 2:92a BW. Sindsdien voorziet art. 2:359c BW in een regeling waarbij eenieder na een openbaar bod de resterende minderheidsaandeelhouders en -certificaathouders kan "uitstoten". Deieder kan kiezen tussen beide regelingen. Go Acquisition B.V. heeft bij biedingsbericht op de voet van artikel 5:70 Wet op het financieel toezicht een verplicht bod uitgebracht op alle gewone aandelen en alle preferente aandelen in het geplaatste kapitaal van Gamma Holding N.V.

Go Acquisition B.V. vordert veroordeling tot overdracht aan Go Acquisition B.V. van het onbezwaarde recht op de door de gedagvaarde bekende en onbekende houders van aandelen in Gamma Holding N.V.

Go Acquisition baseert haar vordering tot overdracht van de gewone en preferente aandelen in het geplaatste kapitaal van Gamma Holding kort gezegd primair op artikel 2:359c lid 1 BW, subsidiair op grond van artikel 2:92a BW.

De Ondernemingskamer overweegt dat de vordering niet is ingesteld binnen de in artikel 2:359c lid 3 BW genoemde drie maanden na afloop van de termijn voor aanvaarding van het bod. Derhalve kan de vordering van Go Acquisition niet op artikel 2:359c BW worden gestoeld en zal de Ondernemingskamer hieronder de vordering beoordelen op de grondslag van artikel 2:92a BW.

Nu tegen gedaagden verstek is verleend, dient de Ondernemingskamer ambtshalve te onderzoeken of Go Acquisition als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van Gamma Holding verschaft en of zij de vordering heeft ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders. De Ondernemingskamer oordeelt dat uit de in het geding gebrachte stukken niet kan worden opgemaakt of ten minste 95% van het geplaatste kapitaal is verschaft. Voorts oordeelt de Ondernemingskamer dat nu de onderhavige vordering

van Go Acquisition niet op artikel 2:359c BW kan worden gestoeld, de Ondernemingskamer niet toekomt aan de toepassing van het wettelijk vermoeden in artikel 2:359c lid 6 BW dat de biedprijs een billijke prijs is. De Ondernemingskamer stelt voorop dat bij afwezigheid van een actuele of recente beurskoers voor de vaststelling van een billijke prijs doorgaans aansluiting kan worden gezocht bij de waarde van de bij het bod geboden tegenprestatie. Voor een dergelijke aansluiting is onder meer van belang dat het bod op grote schaal is aanvaard, dat tussen de dag van het aflopen van het bod en het moment waarop de Ondernemingskamer de prijs vaststelt een beperkte tijd is verstreken en dat er geen redenen zijn om te veronderstellen dat de waarde van de aandelen sinds het openbaar bod is gestegen. Voor bedoelde aansluiting zal doorgaans geen plaats zijn, indien er redenen zijn om te veronderstellen dat de biedprijs, ondanks de hiervoor genoemde punten, niet een juiste weerspiegeling van de waarde van de aandelen is, hetgeen bijvoorbeeld het geval kan zijn bij een negatief of ontbrekend advies van het bestuur en/of de raad van commissarissen omtrent de waarde van de bij het bod geboden tegenprestatie of het ontbreken van een fairness opinion waaruit blijkt dat de geboden tegenprestatie billijk is. De Ondernemingskamer acht zich nog niet voldoende voorgelicht om de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen. Go Acquisition B.V. wordt toegelaten een akte te nemen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-04-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BW4132

Zaaknummer: 200.092.265/01

Wetsartikelen: 2:92a BW, 2:359c BW en 5:70 Wft