

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 13, 2017

Nummer 13, 2017

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:941](#) 19-05-2017

Verweerders/QPH

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:4139](#) 16-05-2017

Bestuurder stichting/Autocash

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:2101](#) 09-05-2017

X/Y

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:534](#) 21-02-2017

Mota-Engil Africa N.V.

Antillen

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2017:51](#) 05-05-2017

Curatoren/Stichting Particulier Fonds RSA c.s.

RECHTSPRAAK

Verweerders/QPH

Vordering van een schuldeiser van de vennootschap tegen haar bestuurders tot schadevergoeding, onder meer wegens selectieve betaling. Het hof heeft de vorderingen afgewezen omdat niet is gebleken dat alle andere schuldeisers zijn voldaan in de wetenschap dat de schuldeiser daardoor niet betaald kon worden. De Hoge Raad doet het cassatieberoep af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

Tussen eiser tot cassatie, een bekende violist en dirigent, bestond een overeenkomst voor negen jaar met QPH BV. In de jaren dat geen concerten werden gegeven, zou QPH een vergoeding (afkoopsom) krijgen. Dit is een aantal jaren niet gebeurd. Eiser ontbindt de overeenkomst en vordert schadevergoeding. De schadevergoeding wordt toegewezen in een eerdere procedure, maar QPH kan geen verhaal bieden. Daarop vordert eiser de schadevergoeding van verweerders in cassatie, de (indirect) bestuurders van QPH. Zij zijn volgens eiser persoonlijk aansprakelijk omdat zij de vennootschap financieel hebben uitgehold en selectief betaald hebben. De rechtbank wijst de vorderingen gedeeltelijk toe.

Het hof wijst de vorderingen af omdat niet is gebleken dat alle andere schuldeisers zijn voldaan in de wetenschap dat eiser daardoor niet betaald kon worden. Tevens oordeelt het hof dat eiser niet langer aanspraak heeft willen maken op afkoopsommen. Daartegen heeft eiser beroep in cassatie ingesteld.

De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

In zijn conclusie gaat A-G Hartlief in op de drie kernklachten van eiser. De derde klacht ziet op de selectieve betaling van verweerders. Het hof gaat volgens eiser voorbij aan de essentiële stelling dat verweerders onrechtmatig hebben gehandeld jegens eiser door hem als enige schuldeiser niet te betalen en wel dividend uit te betalen binnen de groep, ook toen er al duidelijkheid was over het faillissement van dochter QP. Eiser beroept zich daarbij op het arrest *Coral/Stalt*. Daarin is bepaald dat een vennootschap die haar activiteiten beëindigt en niet al haar schuldeisers kan voldoen, in beginsel onrechtmatig handelt door de tot de eigen

groep van vennootschappen behorende schuldeisers met voorrang te voldoen. Ook daarbuiten kan sprake zijn van onrechtmatige selectieve betaling. A-G Hartlief overweegt dat het hof uitdrukkelijk de stelling heeft verworpen dat ten tijde van de dividenduitkering al duidelijk was dat het faillissement van QP naderde. Dit had niet specifiek in het oordeel dat verweerders niet onrechtmatig gehandeld hebben, betrokken hoeven worden. Verweerders hebben niet onrechtmatig gehandeld doordat op het moment van betaling van de schuldeisers niet duidelijk was dat de vennootschap onvoldoende middelen zou hebben om alle schuldeisers te voldoen, aldus de A-G.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 19-05-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:941

Zaaknummer: 16/02636

Rechters: C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, T.H. den Tanja-van Broek en G. de Groot

Advocaten: J. den Hoed en B.T.M. van der Wiel

Wetsartikelen: 81 RO en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder stichting/Autocash

Vordering van de lessor tegen de lessee en haar bestuurder tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van een leasecontract voor een bestelauto. De kantonrechter heeft de vordering integraal toegewezen. Het hof oordeelt dat, hoewel de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld door de auto niet te retourneren, hij geen contractspartij is en er geen ruimte bestaat voor bestuurdersaansprakelijkheid voor het volledige contractuele schadebedrag.

De Stichting Trust and Friendship ('de Stichting') heeft één bestuurder, appellant ('A'). In 2013 heeft de Stichting, vertegenwoordigd door A, een financial leaseovereenkomst voor een Renault Kangoo gesloten met geïntimeerde, Volkswagen Bank GmbH ('Autocash'). Gedurende het eerste jaar betaalt de Stichting de maandelijkse leasetermijnen onregelmatig; na enige tijd betaalt de Stichting helemaal niet meer. Daarop ontbindt Autocash de leaseovereenkomst in juni 2014 en verlangt teruggave van de leaseauto. De Stichting geeft hier geen gehoor aan. Pas eind 2014 levert A de auto in. Mede door de slechte staat waarin de auto verkeert, wordt de auto laag getaxeerd en voor weinig geld doorverkocht. In eerste aanleg vordert Autocash hoofdelijke veroordeling van zowel de Stichting als A tot betaling van de contractuele schade bij ontbinding en de overige kosten die Autocash heeft gemaakt. De Stichting voert geen verweer; A wel. De kantonrechter oordeelt dat A op voorhand geweten moet hebben dat de Stichting de lasten van de leaseovereenkomst niet zou kunnen dragen en daarom onrechtmatig heeft gehandeld. De kantonrechter wijst de vorderingen van Autocash toe.

In hoger beroep werpt A vijf grieven op die, kort gezegd, zien op de aangenomen bestuurdersaansprakelijkheid, op de hoogte van het door hem te betalen bedrag en op de overige kosten. Het hof stelt voorop dat Autocash als bestuurder van de Stichting (mede)aansprakelijk is gesteld op grond van de Beklamel-norm. Het hof herhaalt de norm uit het *Willemsen/NOM*-arrest (HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959) waaruit volgt dat indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een

onrechtmatige daad pleegt, alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Alleen onder bijzondere omstandigheden kan, naast aansprakelijkheid van de vennootschap, ook ruimte bestaan voor aansprakelijkheid van de bestuurder. Voor het aannemen van aansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden. Hoewel de normen voor bestuurdersaansprakelijkheid ontwikkeld zijn voor een kapitaalvennootschap is er geen reden om aan te nemen dat deze niet gelden voor een stichting die als commerciële partij aan het maatschappelijk verkeer deelneemt.

Het hof is van oordeel dat A onrechtmatig heeft gehandeld door de auto niet aan Autocash te retourneren wanneer zij dat vorderde.

A is derhalve aansprakelijk voor de schade die daaruit is voortgekomen. Maar dit onrechtmatige handelen maakt hem volgens het hof niet tot contractspartij. De schade kan daarom niet gesteld worden op het contractuele nadeel dat Autocash op de transactie met de stichting heeft geleden, zoals de kantonrechter ten onrechte als uitgangspunt heeft genomen. De schade dient bepaald te worden aan de hand van de vergelijking tussen de situatie dat A adequaat zou hebben gehandeld – in dit geval erop neerkomende dat hij de bestelauto rond 1 juli 2014 in ordentelijke staat zou hebben ingeleverd – en de feitelijke situatie. Het hof oordeelt daarom dat de grieven gedeeltelijk slagen en herformuleert het dictum.

Het hof veroordeelt de Stichting voor het volledige schadebedrag en veroordeelt A daarnaast hoofdelijk tot betaling van een deel van het volledige schadebedrag.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-05-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:4139

Zaaknummer: 200.175.821/01

Rechters: J.H. Kuiper, R.E. Weening en J. Smit

Advocaten: E.T. van Dalen en E.H.J. Slager

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Vordering van een financier van een stichting tegen haar bestuurder wegens schending van de Beklamel-norm en frustratie van betaling en verhaal. Beroep op verjaring. Het hof oordeelt dat de rechtsvordering niet is verjaard, omdat de financier in de relevante periode niet bekend was met het onrechtmatig handelen van de bestuurder en de daaruit voortvloeiende schade.

Appellant is enig bestuurder van de Stichting Beheer Familiebezit X ('de Stichting'). In 1999 heeft geïntimeerde, die toen een affectieve relatie had met appellant, een bedrag van fl. 100.000 overgemaakt aan de Stichting. In 2001 hebben de Stichting en geïntimeerde een geldleningsovereenkomst ondertekend en afgesproken dat na tien jaar overleg plaats zou vinden over de wijze van aflossing van deze lening. Nadat geïntimeerde eind 2009 de Stichting en appellant voor dit overleg had uitgenodigd, bleek dat de Stichting geen gelden meer had waaruit de vordering van geïntimeerde kon worden voldaan.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft appellant op grond van onrechtmatige daad veroordeeld tot betaling en heeft overwogen dat hij als bestuurder van de Stichting heeft bewerkstelligd dat de Stichting de lening met geïntimeerde aanging, terwijl hij redelijkerwijs moest begrijpen dat de Stichting niet tot terugbetaling in staat zou zijn en geen verhaal zou bieden, waarbij hem daarvan een ernstig persoonlijk verwijt treft (Beklamel-norm). Het hof oordeelde verder dat de verjaring was gestuit. Dit arrest is door de Hoge Raad vernietigd (omdat geïntimeerde geen beroep had gedaan op stuiting) en verwezen naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, waarbij de Hoge Raad overwoog dat alsnog onderzocht moet worden op welk moment de verjaringstermijn is gaan lopen.

Het verwijzingshof stelt voorop dat de verjaringstermijn (van art. 3:310 lid 1 BW) begint 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, waarvan sprake zal zijn als diegene voldoende zekerheid – wat niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon.

Het hof overweegt dat de aansprakelijkheid van appellant voortvloeit uit zijn schending van de Beklamel-norm in 1999, zodat moet worden vastgesteld wanneer geïntimeerde met de Beklamel-fout, en de daaruit voortvloeiende schade bekend is geraakt en daadwerkelijk in staat is geweest om een rechtsvordering in te stellen.

Volgens het hof hoefde geïntimeerde uit de gedragingen van appellant niet op te maken dat sprake is geweest van een persoonlijk aansprakelijkheidscheppende fout. Het hof merkt op dat appellant ten tijde van de geldlening failliet was, als gevolg waarvan het geld niet geleend kon worden aan appellant privé, maar wel aan zijn bedrijf. In dat licht is, aldus het hof, begrijpelijk dat geïntimeerde niet heeft gedacht aan een fout van appellant met betrekking tot het aan de Stichting geleende geld, terwijl aannemelijk is dat geïntimeerde (die toen een affectieve relatie met appellant had) er te goeder trouw van uitging dat appellant het geleende geld behoorlijk zou gebruiken.

Al met al valt, naar het oordeel van het hof, uit de omstandigheden van het geval af te leiden dat geïntimeerde in 2002/2003 (of daarna tot de inleidende dagvaarding) niet bekend was met het onrechtmatig handelen van appellant jegens haar in 1999 en de daaruit voortvloeiende schade, zodat zij toen ook over onvoldoende informatie beschikte om daadwerkelijk een rechtsvordering tot vergoeding van die schade in te stellen.

Het hof verwerpt het hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-05-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:2101

Zaaknummer: 200.198.864_01

Rechters: W.H.B. den Hartog Jager, M.G.W.M. Stienissen en J.M.H. Schoenmakers

Advocaten: R. Gerretsen en M.A.C. Geurts

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curatoren/Stichting Particulier Fonds RSA c.s.

Curaçaose faillissementszaak. Status van oprichtersrechten in een Stichting Particulier Fonds naar Curaçaos recht; vermogensrecht of persoonlijk recht? Het gerecht oordeelt dat de oprichtersrechten vergelijkbaar zijn met de rechten van een enig aandeelhouder in een besloten of naamloze vennootschap, en dat zij tot de faillissementsboedel behoren, zodat de curatoren de daaruit voortvloeiende rechten kunnen uitoefenen.

Gedaagde sub a is RSA, een stichting particulier fonds naar het recht van Curaçao ('RSA'). RSA is in 2009 opgericht door gedaagde sub b ('Corporate Agents') in opdracht van A. Corporate Agents is een trustkantoor te Curaçao, dat gelieerd is aan gedaagde sub c ('Covenant Managers'), op haar beurt bestuurder van RSA. A is op verzoek van een schuldeiser ('Megacube') in 2011 door een Zuid-Afrikaanse rechtbank in staat van faillissement verklaard met aanstelling van eisers als zijn curatoren ('Curatoren'). De vordering van Megacube op A van circa \$ 18,7 miljoen vloeit voort uit door A van Megacube verduisterde gelden. De statuten van RSA bepalen onder meer dat RSA ten doel heeft het doen van uitkeringen uit haar vermogen aan door het bestuur aan te wijzen instellingen of personen. Artikel 5 van de statuten bepaalt dat de oprichter het bestuur benoemt en ontslaat. Artikel 10 geeft de oprichter de bevoegdheid een opvolger aan te wijzen die in de oprichtersrechten treedt. A is UBO van RSA. In zijn 'Letter of Wishes' bepaalt A dat zijn echtgenote in zijn oprichtersrechten zal treden.

Voorafgaand aan het onderhavige kort geding hebben de Curatoren bewijsbeslag gelegd op de administratie van RSA en heeft een rechtbank op de Britse Maagdeneilanden een 'worldwide freezing order' uitgevaardigd tot een bedrag van \$ 44 miljoen, met een verbod aan RSA om vermogensbestanddelen te onttrekken en een bevel aan RSA opgave te doen van haar vermogensbestanddelen aan welk bevel RSA ondanks betekening niet heeft voldaan. Na RSA hiertoe te hebben gesommeerd, hebben de Curatoren in kort geding enkele vordering ingesteld.

De eerste vraag die partijen verdeeld houdt is de kwalificatie van de oprichtersrechten. Volgens de Curatoren is dit een vermogensrecht dat (kort gezegd) in de boedel valt. Volgens RSA, Corporate Agents en Covenant Managers is dit een persoonlijk recht. Het gerecht overweegt dat het bij een stichting particulier fonds is toegestaan uitkeringen te doen aan de oprichters (anders dan bij een gewone stichting). Gelet op de combinatie van begunstiging, zeggenschap en de bevoegdheid de oprichtersrechten te doen overgaan op derden, zijn de oprichtersrechten in RSA te kwalificeren als een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 Curaçao BW, aldus het gerecht. Aangezien de oprichtersrechten op het moment van diens faillietverklaring bij A berustten, behoren deze rechten thans tot zijn faillissementsboedel, waardoor de Curatoren de daaruit voortvloeiende rechten kunnen uitoefenen. Het gerecht oordeelt dat de Curatoren op grond hiervan dus in de positie zijn om van RSA en haar bestuurder Covenant Managers te verlangen dat aan hen inzage in de volledige administratie van RSA wordt verstrekt en dat zij zich onthouden van het vervreemden van vermogen van RSA. Het gerecht acht ook het verweer dat gedaagden zijn vergeten de oprichtersrechten aan A over te dragen zodat deze nog bij Corporate Agents rusten geen doel treft, aangezien het recht op levering dan tot de faillissementsboedel behoort en de Curatoren in dat geval een vordering op Corporate Agents tot levering hebben. Omdat tot slot de Letter of Wishes niet 'faillissementsbestendig' is, faalt ook het derde verweer van gedaagden dat de oprichtersrechten wegens het faillissement van A al zijn overgegaan op zijn echtgenote, aldus het gerecht. Het gerecht oordeelt voorts ook nog dat de curatoren op grond van misbruik van het identiteitsverschil tussen RSA en A, waarmee RSA onrechtmatig jegens de Curatoren heeft gehandeld, aanspraak maken op inzage en op het behoud van het in RSA ondergebracht, door verduistering verkregen vermogen.

De laatste vordering van de Curatoren, dat Covenant Managers wordt ontslagen als bestuurder van RSA en dat de Curatoren in haar plaats worden benoemd, wijst het gerecht wel af. Gedaagden hebben onbetwist gesteld dat Corporate Agents onderdeel vormt van de Corpaq Group, een onder toezicht staande gerenommeerde internationale leverancier van trust- en managementdiensten die haar naam hoog heeft te houden en zich niet kan veroorloven zich in te laten met malversaties. Gelet daarop en de veroordeling in het onderhavige vonnis ligt het in de rede dat de Curatoren zich (eerst) nader met Corporate Agents en Covenant Managers zullen verstaan over een eventuele wijziging in het bestuur van RSA. Voor rechterlijk ingrijpen lijkt de zaak op dit punt nog niet rijp en ontbreekt een spoedeisend belang, aldus het gerecht.

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 05-05-2017

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2017:51

Zaaknummer: AR KG 82461 / 2017

Rechters: P.E. de Kort

Advocaten: Th. Aardenburg en R.B. van Hees

Wetsartikelen: 6:162 BW en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

Mota-Engil Africa N.V.

OK; uitkoopprocedure. Vervolg op het tussenarrest van 30 augustus 2016 (OR 2016-0267). De OK oordeelt dat de door Mota-Engil SGPS ingediende notariële verklaring voldoet aan de daaraan in verband met de toetsing aan het kapitaalsvereiste te stellen eisen.

Dit geding betreft een vordering van Mota-Engil SGPS, S.A. ('Mota-Engil SGPS') op grond van artikel 2:92a BW tegen alle gezamenlijke niet bij naam bekende houders van aandelen in het aandelenkapitaal van Mota-Engil Africa N.V. Bij tussenarrest van 30 augustus 2016 (ECLI:NL:GHAMS:2016:3587; OR 2016-0267) heeft de OK Mota-Engil SGPS in staat gesteld om in het geding te brengen een verklaring van een notaris of een registeraccountant waaruit volgt dat uit door hem verricht onderzoek blijkt dat de uitkoper per de datum van de dagvaarding voldoet aan het kapitaalsvereiste van artikel 2:92a lid 1 BW. Mota-Engil SGPS heeft daarop een aanvullende notariële verklaring ingebracht, mede voor de bepaling van de waarde van de aandelen.

De OK oordeelt dat op grond van de ingediende stukken genoegzaam vaststaat dat Mota-Engil SGPS afgerond 9,73 procent van de aandelen in het geplaatste kapitaal van Mota-Engil Africa hield en haar vordering in zoverre deugdelijk is, hetgeen inhoudt dat de vordering in beginsel kan worden toegewezen en dat de zaak zich toespitst op de vaststelling van de (billijke) prijs. De OK acht de in het geding gebrachte stukken ontoereikend om zonder deskundigenbericht de uitkoop prijs vast te stellen, nu (i) de *equity book value* van Mota-Engil Africa, zoals vermeld in de jaarrekening van Mota-Engil SGPS, niet zonder meer gelijk te stellen is aan de waarde van de aandelen in Mota-Engil Africa, (ii) de overgelegde analistenrapporten onvoldoende informatie bevatten over Mota-Engil Africa en geen beredeneerde waardering van de aandelen Mota-Engil Africa inhouden en (iii) de aandelen in Mota-Engil Africa niet door een onafhankelijke deskundige zijn gewaardeerd.

De OK beveelt een onderzoek door een deskundige naar de waarde van de over te dragen aandelen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:534

Zaaknummer: 200.190.020/01

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, R.A.H. van der Meer en P.G. Boumeester

Advocaten: J.W. de Jong en P.L. Hezer

Wetsartikelen: 2:92a BW