

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 27, 2017

Nummer 27, 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:2017:2842](#) 10-11-2017

Mijwo Beheer/Gobelet Vlist c.s.

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4588](#) 07-11-2017

VEB/BP

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4802](#) 07-11-2017

X/Curator

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4492](#) 25-10-2017

DPB

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4490](#) 23-10-2017

MKA-Chirurgen B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4119](#) 06-10-2017

Eiola v. aandeelhouders Avinco

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2699](#) 03-10-2017

TOP/Sparcs Solutions

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2672](#) 26-09-2017

VBR Beheer BV

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2695](#) 26-09-2017

DLM De Leasemaatschappij B.V./X

RECHTSPRAAK

Mijwo Beheer/Gobelet Vlist c.s.

Geschil na aandelenoverdracht over een beweerdelijke schending van de balansgarantie en de uitleg van de daaronder vallende post inventaris. Het hof heeft geoordeeld dat de koper in beginsel er niet op bedacht hoefde te zijn dat in de post inventaris tevens de actuele waarde van het huurdersbelang was opgenomen. Dit is volgens het hof anders wanneer de koper vóór de verkoop van de aandelen al op de hoogte was van een stelselwijziging met activering van de huurdersbelangen. De klachten tegen deze overwegingen in cassatie worden door de Hoge Raad verworpen. De Hoge Raad acht deze oordelen feitelijk en niet onbegrijpelijk.

Verweersters in cassatie, Gobelet Vlist B.V. ('Gobelet') en Ladimo B.V. ('Ladimo') waren aandeelhouders van Park Leeuwesteun Beheer B.V. ('PLB'), op haar beurt enig aandeelhouder van B B.V. ('B'). B exploiteert onder meer detailhandelvevestigingen met toepassing van een zogenoemde shop-in-the-shop-formule (kaas- en poelierwinkels of afdelingen binnen supermarktvestigingen). In 2000 zijn de aandeelhouders van PLB met C B.V. ('C') een dochtervennootschap van eiseres tot cassatie, Mijwo Beheer B.V. ('Mijwo') in onderhandeling getreden over de overname van de aandelen in PLB. In het uiteindelijk geaccordeerde voorstel is een balansgarantie opgenomen. De post inventaris op de balans valt onder de aan Mijwo verstrekte balansgarantie.

In de onderhavige procedure vorderen Gobelet c.s. in conventie veroordeling van Mijwo tot betaling van het restant van de koopsom voor de aandelen in PLB. In reconventie vordert Mijwo betaling van diverse bedragen, waaraan zij ten grondslag legt dat de balansgarantie is geschonden, omdat zij niet heeft gekregen wat zij op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De rechtbank heeft Mijwo in conventie veroordeeld tot betaling van de nog openstaande bedragen en in reconventie Gobelet c.s. veroordeeld tot betaling van € 106.866.

In hoger beroep was vooral de waardering van de inventaris aan de orde. Mijwo stelde dat in

de waarde van de post inventaris ten onrechte een bedrag terzake huurdersbelangen is begrepen. Het hof heeft Gobelet c.s. opgedragen te bewijzen dat uit de vóór de verkoop aan Mijwo overhandigde accountantsverklaring bij de jaarrekening 1999 blijkt van de stelselwijziging met activering van de huurdersbelangen en dat tijdens een specifieke bespreking uitvoerig gesproken is over de post inventaris en het daarin begrepen huurdersbelang en dat toen ook is stilgestaan bij de hoogte/waarde daarvan. Nadien heeft het hof geoordeeld dat Gobelet c.s. in dat bewijs waren geslaagd, zodat de gestelde schending van een balansgarantie niet is komen vast te staan.

In cassatie klaagt Mijwo (in onderdeel 1) in de kern dat het oordeel over de bewijsopdracht onbegrijpelijk is nu vaststond dat sprake was van schending van de balansgarantie. Het valt niet in te zien waarom de aard of inhoud van de overeenkomst zou meebrengen dat Mijwo geen beroep kan doen op de verstrekte balansgarantie als Mijwo vóór de verkoop bekend was of behoorde te zijn met de onjuistheid van de gegarandeerde balans. 's Hofs oordeel over de uitleg van de woorden 'inventaris en inrichting' in de toelichting op de jaarrekening 1999 is onbegrijpelijk en het oordeel dat Gobelet c.s. hun stelling hebben bewezen dat in de jaarrekening 1999 de huurdersbelangen voor het eerst zijn geactiveerd omdat toen een stelselwijziging is doorgevoerd, kan niet (mede) de conclusie dragen dat Mijwo wist of behoorde te weten dat 'inventaris en inrichting' mede (de actuele waarde van) het huurdersbelang omvatte, nu de stelselwijziging immers uitsluitend de maatstaf van de waardering betrof en niet de samenstelling van de post materiële vaste activa.

De Hoge Raad wijst alle klachten van dit onderdeel af. Niet onbegrijpelijk acht de Hoge Raad de oordelen van het hof dat Mijwo niet erop bedacht behoefde te zijn dat in de post inventaris tevens de actuele waarde van het huurdersbelang was opgenomen, en dat dit anders zou zijn als Mijwo vóór de verkoop van de aandelen aan Mijwo al op de hoogte was van een stelselwijziging met activering van de huurdersbelangen, in welk geval de gestelde schending van de balansgarantie niet is komen vast te staan. Wat de uitleg van de jaarrekening 1999 betreft overweegt de Hoge Raad dat het hof ten aanzien van de tweeledige aanduiding 'inventaris en inrichting van de filialen' heeft geoordeeld dat met 'inrichting' in dit verband is bedoeld op van de inventaris te onderscheiden materiële voorzieningen, verbouwingen en aanpassing die in de winkelfilialen zijn aangebracht en die door natrekking resulteren in aan de huurder toekomende vergoedingsrechten. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad feitelijk en niet onbegrijpelijk.

Voorts oordeelt de Hoge Raad dat niet blijkt dat het hof heeft miskend dat de stelselwijziging uitsluitend de maatstaf van de waardering betrof en niet de samenstelling van de post materiële vaste activa.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst naar een ander hof voor verdere behandeling en beslissing.

Vergelijk de – op dit punt – andersluidende conclusie onder 3.6. e.v., waarin A-G Timmerman toelicht dat het oordeel van het hof op diverse punten ontoereikend is gemotiveerd.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 10-11-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2842

Zaaknummer: 16/03357

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, T.H. den Tanja-van Broek, C.E. du Perron en M.J. Kroeze

Advocaten: A.E.H. van der Voort Maarschalk en A.C. van Schaick

Wetsartikelen: 2:384 lid 1 BW (oud)

RECHTSPRAAK

VEB/BP

Collectieve actie (art. 3:305a BW) van VEB tegen BP in verband met de explosie op boorplatform Deepwater Horizon in 2010. Evenals de rechtbank acht het hof de Nederlandse rechter niet bevoegd, omdat de plaats van het schadebrengende feit (hier: niet-nakoming van een verplichting om informatie te verschaffen) in het licht van rechtspraak van het Hof van Justitie over de EEX-verordening in beginsel moet worden gesitueerd op de plaats waar de besluitvorming van de verweerder heeft plaatsgevonden. Dit geldt ook voor de plaats waar de schade is ingetreden; het gaat om zuiver financiële schade die door beleggers beweerdelijk in Nederland is ingetreden als gevolg van gebeurtenissen (handelen en/of nalaten van BP) die niet in Nederland hebben plaatsgevonden.

Appellant VEB heeft in deze procedure een collectieve actie ingesteld, in de zin van artikel 3:305a BW. Deze vordering is ingesteld ten behoeve van alle personen die in de periode van 16 januari 2007 tot en met 25 juni 2010 gewone aandelen BP hebben gekocht, aangehouden of verkocht via een beleggingsrekening in Nederland of via een beleggingsrekening van een in Nederland gevestigde bank en/of beleggingsonderneming. Op 20 april 2010 heeft zich op het door BP geleasede olieboorplatform Deepwater Horizon, gelegen in de Golf van Mexico, een explosie voorgedaan met doden en gewonden tot gevolg. Tevens is schade aan het milieu ontstaan.

De VEB verwijt BP onrechtmatig handelen jegens onder meer de aandeelhouders doordat zij onjuiste, onvolledige en misleidende mededelingen heeft gedaan: (i) over haar veiligheids- en onderhoudsprogramma's vóór de olieramp op 20 april 2010; en/of (ii) over de omvang van de olieramp op 20 april 2010; en/of (iii) over de rol en verantwoordelijkheid van BP bij de olieramp op 20 april 2010. De rechtbank is tot het oordeel gekomen dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt om over de vorderingen van de VEB te oordelen. Tegen dit

oordeel heeft de VEB hoger beroep ingesteld.

Het hof onderzoekt allereerst of rechtsmacht van de Nederlandse rechter voortvloeit uit de bepalingen van Verordening (EU) nr. 1215/2012 (EEX-verordening). De hoofdregel is dat degenen die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat worden opgeroepen voor een gerecht van die lidstaat. Nu BP haar statutaire zetel in Londen heeft, is de Nederlandse rechter niet op grond van de hoofdregel bevoegd.

De vorderingen van de VEB zien op verbintenissen uit onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 7 lid 2 van de EEX-verordening. Dat artikel bepaalt dat ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad bevoegd is het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. Deze bepaling heeft zowel betrekking op de plaats waar de schade is ingetreden als op de plaats van de gebeurtenis die de oorzaak is van de schade.

De plaats waar de schadebrengende gebeurtenis in het onderhavige geval heeft plaatsgevonden ('Handlungsort') is naar het oordeel van het hof niet in Nederland gelegen. De grondslag van de vorderingen van VEB is naar de kern genomen de beweerde niet-nakoming door BP van de op haar rustende (wettelijke) verplichting om beleggers juist en volledig te informeren. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat in een geval waarin een verplichting om informatie te verschaffen niet is nagekomen, het handelen of nalaten dat de beweerde niet-nakoming kan opleveren in beginsel moet worden gesitueerd op de plaats waar de besluitvorming van de verweerder heeft plaatsgevonden.

Dan rest nog de plaats waar de schade is ingetreden ('Erfolgsort'). Het hof overweegt dat het in het onderhavige geval gaat om zuiver financiële schade die door beleggers beweerdelijk in Nederland is ingetreden als gevolg van gebeurtenissen (handelen en/of nalaten van BP) die niet in Nederland hebben plaatsgevonden. Het intreden van schade op een in Nederland aangehouden beleggingsrekening is in een dergelijk geval op zichzelf geen voldoende aanknopingspunt voor rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Alleen ingeval daarnaast nog andere bijzondere omstandigheden kunnen worden aangewezen die rechtvaardigen dat het geding bij de Nederlandse rechter wordt aangebracht, kan de Nederlandse rechter zich op grond van artikel 7 lid 2 bevoegd achten. Dat BP zich richt op een wereldwijd beleggingspubliek, waaronder Nederlandse beleggers, en dat VEB de belangen behartigt van een groot aantal beleggers die voor het overgrote deel in Nederland woonachtig zijn, zijn geen bijzondere omstandigheden als hiervoor bedoeld. Die omstandigheden leiden naar het oordeel van het hof niet tot de conclusie dat een bijzonder nauw verband bestaat tussen de ingestelde vordering en Nederland. De aandeelhouders van BP kunnen immers overal ter wereld woonachtig zijn. Bij de beantwoording van deze bevoegdheidsvraag is niet relevant, zoals de

VEB aanvoerde, welke vorderingen – al dan niet bij wijze van collectieve actie – op basis van het nationale recht geldend gemaakt kunnen worden als de rechter eenmaal bevoegd is van het geschil kennis te nemen, aldus het hof. Het hof ziet geen aanleiding – als door VEB verzocht – het Hof van Justitie of de Hoge Raad prejudiciële vragen te stellen.

Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4588

Zaaknummer: 200.206.996/01

Rechters: J.W. Hoekzema, J.M. de Jongh en A.E. Oderkerk

Advocaten: G.F.E. Koster en A.F.J.A. Leijten

Wetsartikelen: 3:305a BW en 7 lid 2 Verordening 1215/2012

RECHTSPRAAK

X/Curator

Een curator vordert een verklaring voor recht dat de verpanding van activa door de failliete vennootschap aan haar voormalige bestuurder paulianeus was, alsmede veroordeling van de bestuurder tot betaling van de opbrengsten van de verkochte activa. Het hof oordeelt dat de bestuurder niet onrechtmatig heeft gehandeld door de koopsom van verkochte activa op zijn privérekening te storten en deze te gebruiken ter aflossing van het zakelijke krediet van de vennootschap waarvoor de bestuurder persoonlijk borg stond. Het vermogen van de boedel is de facto niet verslechterd. Wel dient hij een contant ontvangen bedrag terug te betalen aan de boedel.

Geïntimeerde ('X') was bestuurder en enig aandeelhouder van een failliet verklaarde vennootschap ('A BV'). Appellante is aangesteld als curator van A BV ('Curator'). Een half jaar voor het faillissement heeft A BV ten behoeve van X een pandrecht gevestigd op (graaf-)machines, inventaris en transportmiddelen van A BV. Dit pandrecht is gevestigd tot zekerheid van een geldvordering van X op A BV van een half miljoen euro. Een maand voor het faillissement is daarnaast door A BV een pandrecht ten behoeve van X gevestigd op de debiteuren van A BV. Rond dezelfde tijd zijn enkele zaken uit de materiële activa van A BV verkocht, waaronder een mobiele kraan, een pick-up truck en een trekker. De koopsom van in ieder geval de pick-up truck en de trekker zijn gestort op de privérekening van X. Daags na het faillissement is door X de kredietfaciliteit van A BV bij de ABN Amro bank ingelost. Voor dit krediet had X zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld.

In eerste aanleg heeft de Curator een verklaring voor recht gevorderd dat de verpandingen vernietigd zijn op grond van artikel 42 Fw (pauliana) en gevorderd dat X wordt veroordeeld tot het betalen aan de bedoel van A BV van de opbrengsten van de verkochte activa. De rechtbank heeft geoordeeld dat onvoldoende is gesteld of gebleken dat de verkoop van de materiële activa heeft plaatsgevonden bij wijze van uitwinning van het pandrecht van X. Er is derhalve geen causaal verband tussen de gestelde vermogensafname van A BV en de betrokken

landrechten.

In hoger beroep vordert de Curator onder aanvoering van zes grieven grofweg hetzelfde als in eerste aanleg. De curator stelt dat X door het aflossen op de kredietfaciliteit de koopsommen van de activa niet in de boedel heeft laten terugvloeien. X heeft de storting enkel gedaan om niet in persoon aangesproken te worden door de bank. Door deze actie heeft X een selectieve betaling bewerkstelligd van een crediteur bij wie X een persoonlijk belang had. Het hof oordeelt dat de curator niet de verkoopovereenkomsten onrechtmatig acht, maar enkel het laten storten van de koopsommen op zijn privérekening. Echter het staat volgens het hof niet vast dat indien de koper van de activa de koopsom op de ABN Amro rekening van A BV had gestort, de curator deze storting had kunnen aantasten. Het vermogen van A BV is niet verslechterd, waardoor er geen sprake kan zijn van schade. De curator heeft ook betoogd dat een deel van de koopsom door X contant is ontvangen. Naar het oordeel van het hof heeft X niet voldoende gesteld en onderbouwd hoe en wanneer hij deze koopsom aan A BV heeft afgedragen. Bovendien zijn de verklaringen van X hieromtrent wisselend geweest. Op dit punt slaagt het hoger beroep, zodat het hof X veroordeelt tot terugbetaling van dit contant ontvangen bedrag en in de proceskosten.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4802

Zaaknummer:

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.R. Sijmonsma en L.S. Frakes

Advocaten: M.J.G.A. Filemon

Wetsartikelen: 42 Fw

RECHTSPRAAK

DPB

OK, enquête. Twee belanghebbenden verzoeken een termijn om te reageren op het concept-onderzoeksverslag. In zijn beschikking oordeelt de raadsheer-commissaris dat het aan de onderzoeker is te bepalen welke informatie voor het onderzoek nodig is en welke personen daartoe in het onderzoek dienen te worden betrokken, en dat er geen aanleiding is om in afwijking daarvan aan de onderzoeker een aanwijzing op te leggen.

Bij de beschikking van 16 mei 2017 heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van DPB over de periode vanaf 1 januari 2014, en een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon benoemd teneinde het onderzoek te verrichten, alsmede, bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, [D] geschorst als bestuurder van DPB. Tevens is bij die beschikking mr. A.J. Wolfs benoemd tot raadsheer-commissaris ('R-C'). Bij de beschikking van 18 mei 2017 is mr. F.D. Stibbe te Amsterdam ('Stibbe') aangewezen als onderzoeker. Stibbe heeft zijn concept onderzoeksverslag op 2 oktober 2017 aan partijen toegezonden, waaronder aan de belanghebbenden A en B. Partijen is tot 16 oktober 2017 de tijd gegeven om opmerkingen over de bevindingen te maken.

A en B hebben (zonder tussenkomst van een advocaat) de R-C verzocht te bepalen dat aan hen een termijn van zes weken zal worden gegund om te reageren op het concept van het onderzoeksverslag van Stibbe. Tevens hebben zij een verzoek gedaan om het onderzoek uit te breiden.

De R-C overweegt eerst dat in een geval als het onderhavige geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging zodat het verzoek van A en B ontvankelijk is. Ten aanzien van het verzoek oordeelt de R-C dat het uitgangspunt is dat de onderzoeker vrij is in de uitvoering van de hem opgedragen taken en dat hij het onderzoek naar eigen inzicht inricht. Daarbij is voor het handelen van de onderzoeker steeds bepalend hetgeen in de gegeven omstandigheden van een bekwaam en redelijk handelend onderzoeker mag worden verwacht. Het is dan ook in

beginsel aan de onderzoeker om de procedure tijdens het onderzoek te bepalen en daarin de regie te voeren, aldus de R-C. Dit uitgangspunt brengt tevens mee dat het aan de onderzoeker is te bepalen welke informatie voor het onderzoek nodig is en welke personen daartoe in het onderzoek dienen te worden betrokken. De R-C ziet in hetgeen A en B naar voren hebben gebracht geen aanleiding om in afwijking van bovenstaand uitgangspunt aan de onderzoeker een aanwijzing op te leggen.

De R-C wijst de verzoeken af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4492

Zaaknummer: 200.200.490/02 OK

Rechters: A.J. Wolfs

Advocaten: M.C. Schepel

Wetsartikelen: 2:350 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

MKA-Chirurgen B.V.

OK, enquête. Geschil tussen (de praktijkvennootschappen van) een drietal kaakchirurgen als gevolg van een vertrouwensbreuk nadat een van hen bewust foutief heeft gedeclareerd en de anderen dit aan het bestuur van het ziekenhuis hebben gemeld. De OK wijst het enquêteverzoek toe.

A, B en C zijn als kaakchirurgen werkzaam bij Stichting Sint Franciscus Vlietland Groep ('het ziekenhuis'). Zij zijn via hun praktijkvennootschappen voor gelijke delen aandeelhouders van MKA-Chirurgen B.V. ('MKA') en vormen samen haar bestuur. In 2014 hebben MKA en het ziekenhuis een samenwerkingsovereenkomst gesloten, op grond waarvan alle tandspecialistische zorg werd uitbesteed aan MKA.

In 2017 spreekt A met B over de manier waarop hij heeft gedeclareerd voor door hem verleende medische diensten, en op een later moment hebben B en C de raad van bestuur van het ziekenhuis in kennis gesteld van de wijze van declareren van A. Uit het interne onderzoek van het ziekenhuis is gebleken dat A in zeventien gevallen opzettelijk onjuist de door hem uitgevoerde medische handelingen heeft geadministreerd en geregistreerd teneinde de declaratie te beïnvloeden. A heeft onder meer een waarschuwing gekregen, maar het ziekenhuis twijfelt niet aan het medisch-technisch handelen van A. C en B hebben A bericht dat zij het niet langer wenselijk of mogelijk achten dat MKA van de diensten van A gebruikmaakt. A heeft daarop geantwoord zijn eigen diensten te zullen blijven draaien. Een mediationpoging is zonder succes geëindigd.

MKA verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van MKA en bij wijze van onmiddellijke voorzieningen de aandelen van B en C over te dragen aan een beheerder, B en C te schorsen als bestuurders en een derde te benoemen tot bestuurder.

De OK overweegt dat in de eerste helft van 2017 bekend is geworden dat A een bewust foutieve wijze van declareren heeft toegepast teneinde daarmee zelf financieel gewin te behalen. Als gevolg hiervan is de verhouding tussen A enerzijds en C en D anderzijds ernstig

verstoord. De OK stelt verder vast dat het ziekenhuis meermaals te verstaan heeft gegeven dat aan de ontstane situatie een einde moet komen, waartoe MKA vooralsnog niet in staat is geweest om adequaat op dit verzoek te reageren. De OK komt tot de slotsom dat het hiervoor overwogene gegronde redenen oplevert om te twijfelen aan juist beleid en een juiste gang van zaken van MKA, die een onderzoek rechtvaardigen. Een onderzoek wordt bevolen over de periode vanaf maart 2017, toen de declaratiewijze van A binnen MKA bekend is geworden. Het belang van MKA bij oplossing van het conflict met het ziekenhuis maakt het nodig dat daarnaast onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. De OK benoemt een derde tot bestuurder van MKA, die een beslissende stem zal hebben binnen het bestuur van MKA, en bepaalt daarbij dat MKA niet vertegenwoordigd zal kunnen worden zonder die bestuurder. Daarnaast wordt in afwijking van de statuten bepaald dat alleen het bestuur beslist over het bijeenroepen van de aandeelhoudersvergadering.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4490

Zaaknummer: 200.222.537/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, H.J. Vetter, B.M. Prins en D.E.M. Aleman

Advocaten: W.J.M. van Andel, R.C. de Mol, Y.A. Wehrmeijer en J.P. Franx

Wetsartikelen: 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Eiola v. aandeelhouders Avinco

OK, enquêteverzoek afgewezen. Geschil tussen aandeelhouders Avinco Holdings B.V., onder meer over de vraag wie bevoegd is een van de aandeelhouders te vertegenwoordigen in de AVA van Avinco. De OK wijst het enquêteverzoek af bij gebrek aan een gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid en/of een juiste gang van zaken, en overweegt dat een onderzoek naar de oorzaak van het niet functioneren van de AVA niet opportuun is, omdat een enquête in Nederland naar alle waarschijnlijkheid geen duidelijkheid kan scheppen op het punt van de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Avinco Holdings B.V. ('Avinco') drijft een onderneming gericht op de handel in en het ombouwen van vliegtuigen en helikopters. SGG Management (Netherlands) B.V. ('SGG') is de bestuurder van Avinco. De aandelen in het kapitaal van Avinco worden gehouden door een tweetal vennootschappen: Eolia Limited ('Eolia') voor 26% en Avinco Group Holdings N.V. ('AGH') voor 74%. Bestuurders van AGH zijn A en B. Zij zijn begin 2016 benoemd na het ontslag van de voormalige bestuurder van AGH. Bestuurder/aandeelhouders van Eolia zijn G, H en I.

Eolia verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Avinco en om diverse onmiddellijke voorzieningen te treffen. Aan haar verzoek heeft Eolia kort gezegd ten grondslag gelegd dat Avinco op het punt stond geliquideerd te worden door A en B, die zeer waarschijnlijk niet bevoegd zijn grootaandeelhoudster AGH te vertegenwoordigen en zeer verstrekkende besluiten hebben geagendeerd (dividenduitkering, verkoop onderneming, liquidatie Avinco) zonder deze deugdelijk toe te lichten, terwijl de zorgen van Eolia onbeantwoord blijven. Voorts heeft Eolia gesteld dat SGG vergaderingen expres heeft verzet, aangedragen agendapunten van Eolia heeft genegeerd, en geprobeerd heeft om aandeelhouders door middel van dubieuze aandelentransacties buiten spel te zetten.

De OK overweegt met betrekking tot het handelen van A en B dat niet gebleken is van feiten of

omstandigheden die een gegronde reden opleveren om te twijfelen aan een juist beleid of gang van zaken van Avinco. Met AGH is de OK van oordeel dat zij de door haar voorgestelde agendapunten voldoende heeft toegelicht, waarbij de OK in aanmerking neemt dat de agendapunten geen voorstellen inhouden tot verkoop van aandelen of tot liquidatie, maar een voorstel om de mogelijkheden tot verkoop te onderzoeken en een voorstel om het bestuur te machtigen tot het bijeenroepen van een algemene vergadering waarop een besluit tot ontbinding en liquidatie ter stemming kan worden gebracht.

Het optreden van SGG vormt volgens de OK evenmin een gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid en/of een juiste gang van zaken. Volgens de OK heeft SGG Eolia en C de gelegenheid geboden om hun standpunten naar voren te brengen, terwijl het niet onbegrijpelijk of onredelijk is dat van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van A en B werd uitgegaan, nu die tot kort daarvoor in het geheel niet in twijfel was getrokken en uit de stukken blijkt dat zij tot dan toe AGH al langere tijd vertegenwoordigden.

De OK overweegt ten slotte dat een onderzoek naar de oorzaak van het niet functioneren van de algemene vergadering van aandeelhouders niet opportuun is, omdat reeds nu voldoende duidelijk is dat de AVA niet goed functioneert: er bestaat onduidelijkheid over de bevoegdheid om AGH te vertegenwoordigen in de AVA van Avinco. Volgens de OK vergt beantwoording van de bevoegdheidsvraag procedures in verschillende jurisdicties; van toepassing zijn onder meer Panamees recht en het recht van Curaçao. Daarom kan een enquête in Nederland op dit punt naar alle waarschijnlijkheid geen duidelijkheid scheppen, aldus de OK.

De OK wijst de verzoeken af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 06-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4119

Zaaknummer: 200.203.537/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, J. den Boer en A.J. Wolfs

Advocaten: J.W. de Groot, A.W. van der Veen, E.S. van Dusschoten, M.B. Krestin, H.A. van Hulst, P.G.M. Brouwer en G. Beurskens

Wetsartikelen: 2:344 BW en 2:349 BW

RECHTSPRAAK

TOP/Sparcs Solutions

Een vennootschap vordert van een van haar bestuurder-aandeelhouders betaling van commissiegelden die laatstgenoemde heeft ontvangen en verzwegen. Het hof acht dat handelen verwijtbaar, maar de daardoor opgetreden schade onvoldoende onderbouwd. Voorts wijst het hof een beroep op vereenzelviging en misbruik van identiteitsverschil af.

Appellante in het principaal appel, geïntimeerde in het incidenteel appel, The Offshore Partners Holding B.V. ('TOP'), houdt zich onder meer bezig met offshore en scheepsbouw. Groovy Enterprises B.V. ('Groovy'), Try-Angle Holding B.V. ('Try-Angle') en geïntimeerde in het principaal appel, appellante in het incidenteel appel, Sparcs Solutions B.V. ('Sparcs Solutions') zijn ieder bestuurder en voor een derde aandeelhouder van TOP. Enig bestuurder en aandeelhouder van Sparcs Solutions is Sparcs Ventures B.V. ('Sparcs Ventures'). Sparcs Projects B.V. ('Sparcs Projects') is een zustervenootschap van Sparcs Solutions. Medio 2008 heeft de bestuurder van Sparcs Ventures een 'Representation agreement' gesloten met Oakwell Shipbuilding, Engineering & Construction PTE LTD ('Oakwell'), eigenaar van een voormalige marinewerf in Thailand. In de overeenkomst is vermeld dat deze wordt gesloten tussen Oakwell en Sparcs Project. Kort daarna is een 'Letter of Intent' gesloten tussen Fugro Marine Services B.V. ('Fugro') en Oakwell, waarin TOP als broker staat vermeld.

De kern van het geschil van partijen is dat TOP meent recht te hebben op de commissiegelden die Oakwell heeft betaald of nog zal betalen, ter vergoeding van de werkzaamheden van de broker in verband met het Fugro/Oakwell-project. TOP stelt dat zij als broker is opgetreden en haar om die reden de commissiegelden toekomen. En voor zover haar aandeelhouders Groovy en Try-Angle (rechtstreeks) recht zouden hebben op voldoening (van een deel) van die commissiegelden, voert TOP aan dat zij als cessionaris aanspraak kan maken op betaling van de commissiegelden. TOP stelt dat Sparcs Solutions ervoor had moeten zorgen dat de commissiebetalingen in TOP terecht zouden komen. Door dat niet te doen en door te verzwijgen dat de commissie werd betaald op de rekening van een andere Sparcs-

vennootschap, heeft Sparcs Solutions wanprestatie gepleegd en onrechtmatig gehandeld jegens TOP, althans heeft zij haar taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld. Sparcs Solutions dient de schade die TOP daardoor heeft geleden, te vergoeden, aldus TOP.

Het hof oordeelt dat Sparcs Solutions met recht verweten kan worden dat de bestuurder van Sparcs Ventures – daarbij kennelijk handelend namens Sparcs Solutions – op de vraag van de andere bestuurder(s) of er brokers-commissie was betaald, ontkennend heeft geantwoord. Door te verzwijgen dat er door Oakwell betaald was, althans in strijd met de waarheid te zeggen dat de betaling die was gedaan geen commissie betrof, heeft Sparcs Solutions volgens het hof TOP (en daarmee ook de andere bestuurders) misleid, en – in ieder geval voor enige tijd – TOP althans Groovy en Try-Angle weerhouden van het nemen van maatregelen, bijvoorbeeld tegenover Oakwell. Die misleiding is volgens het hof onzorgvuldig en zou zelfs als (ernstig verwijtbaar) gedrag als bestuurder en daarmee als) kennelijk onbehoorlijk bestuur gekarakteriseerd kunnen worden.

Voorts overweegt het hof dat daarmee niet is gegeven dat TOP recht heeft op schadevergoeding. De door Oakwell betaalde commissiegelden voor de broker zijn niet aan Sparcs Solutions voldaan, terwijl onvoldoende is onderbouwd dat de schade die TOP lijdt is veroorzaakt door toedoen van Sparcs Solutions. Daarbij overweegt het hof dat hoewel evident is dat de betalingen door Oakwell zijn gerealiseerd door toedoen van de bestuurder van Sparcs Ventures, die vervolgens heeft nagelaten de betalingen vanuit de desbetreffende entiteit(en) te laten doorbetalen aan TOP althans haar aandeelhouders of medebestuurders, deze gedragingen niet zonder meer aan Sparcs Solutions worden verweten, omdat de gedragingen van de andere Sparcs-vennootschappen in het maatschappelijk verkeer niet – althans niet in de omstandigheden zoals deze in dit geding naar voren zijn gekomen – aan Sparcs Solutions kunnen worden toegerekend.

Volgens het hof is dat niet anders als daarbij wordt betrokken dat de medebestuurders niet een scherp onderscheid maakten tussen de diverse rechtspersonen waarin de bestuurder Sparcs Ventures, direct of indirect, de scepter zwaaide. Het hof verwerpt het beroep op vereenzelviging omdat geen sprake is van omstandigheden die zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken (rechts-)personen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is (het hof verwijst naar HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (Rainbow/Ontvanger)). Evenmin kan volgens het hof gezegd worden dat Sparcs Solutions aansprakelijk is wegens misbruik van identiteitsverschil, omdat het niet zo is dat de bestuurder van Sparcs Ventures Sparcs Solutions tot ‘medewerking aan onrechtmatig handelen heeft gebracht’, waardoor Sparcs Solutions voor die medewerking medeaansprakelijk is. Dat de bestuurder van Sparcs Ventures het in zijn macht had om Oakwell te laten betalen aan Sparcs Solutions dan wel aan TOP, of

aan Groovy en Try-Angle, leidt naar het oordeel van het hof niet zonder meer tot aansprakelijkheid van Sparcs Solutions nu deze vennootschap niet – zonder meer – voor het handelen van de bestuurder van Sparcs Ventures en de beide andere Sparcs-vennootschappen medeverantwoordelijk en -aansprakelijk is.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 03-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2699

Zaaknummer: 200.138.835/01

Rechters: H.J. Vetter, H.M. Wattendorff en P.M. van der Zanden

Advocaten: N. Hoogeboom en J.P. Heering

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

DLM De Leasemaatschappij B.V./X

Vordering van een lessor tegen de voormalige bestuurder van de lessee tot betaling van achterstallige leasetermijnen. Het hof acht een persoonlijk ernstig verwijt aanwezig, maar wijst de vordering alsnog af omdat onvoldoende is gesteld dat de lessor daardoor daadwerkelijk in haar verhaalsmogelijkheden is geschaad en schade heeft geleden.

Geïntimeerde ('X') was bestuurder van EU Facilitaire Diensten B.V. ('EU'). Appellante, DLM De Leasemaatschappij ('DLM') heeft met EU een leaseovereenkomst gesloten op grond waarvan aan EU een auto in lease is gegeven. EU heeft niet alle leasetermijnen betaald. EU is in oktober 2013 failliet verklaard.

In het onderhavige geding vordert DLM veroordeling van X tot betaling van de nog openstaande leasetermijnen. Hieraan heeft zij ten grondslag gelegd dat X als bestuurder van EU aansprakelijk is jegens DLM, omdat hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van het onbetaald en onverhaalbaar blijven van de vorderingen van DLM op (het inmiddels failliete) EU. De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

Volgens het hof heeft DLM onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld die erop wijzen dat X bij het aangaan van de leaseovereenkomst al wist of behoorde te begrijpen dat EU niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, zodat het beroep van DLM op de Beklamel-norm (HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521) door het hof wordt verworpen. Datzelfde geldt voor de door DLM gestelde selectieve betaling. Het hof oordeelt dat uit hetgeen DLM heeft gesteld niet volgt dat de handelwijze van X als bestuurder van EU ten opzichte van DLM als niet-betalde schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig was, dat hem daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Voorts heeft DLM, voor het eerst in hoger beroep, gesteld dat X zichzelf in augustus 2013 een salaris heeft toegekend van circa € 90.000 en met dit bedrag zijn rekening-courantschuld aan EU door verrekening heeft betaald, als gevolg waarvan de crediteuren van EU, waaronder

DLM, zijn benadeeld. Op dat punt overweegt het hof dat EU in financiële problemen verkeerde, maar dat die slechte financiële positie X als directeur-grotaandeelhouder er niet van heeft weerhouden om in augustus 2013, in het zicht van de naderende déconfiture van EU, ervoor te zorgen dat de vordering van EU op hem als bestuurder door verrekening teniet ging. Aldus heeft X volgens het hof zijn belangen als aandeelhouder en bezoldigd directeur van EU boven de vennootschappelijke belangen bij een behoorlijke taakvervulling van het bestuur van de vennootschap laten prevaleren. X had immers vóór het doen van de salarisbetaling nog een schuld in rekening-courant aan de vennootschap, die door die betaling in rekening-courant is verrekend, waarmee X zijn eigen (privé-)vordering op EU met voorrang betaald heeft gezien, terwijl de overige handelscrediteuren waaronder DLM niet betaald zijn. Het hof is van oordeel dat X daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Het hof is echter van oordeel dat DLM (tegenover het verweer van X dat ook zonder een hem te verwijten gedraging DLM haar vordering op EU niet voldaan zou hebben gezien) onvoldoende heeft gesteld dat zij daadwerkelijk in haar verhaalsmogelijkheden is geschaad en daardoor schade heeft geleden. Volgens het hof heeft DLM niet gesteld, en is evenmin gebleken dat, ook in de situatie dat X het hiervoor genoemde bedrag niet had verrekend in rekening-courant en de vordering op X tot dit bedrag dus als actief in de vennootschap was gebleven, DLM haar vordering wél op EU had kunnen verhalen. Het hof is van oordeel dat het op de weg van DLM had gelegen om bijvoorbeeld gemotiveerd te stellen dat EU in dat geval niet failliet was gegaan, of dat de vennootschap de rekening-courantschuld van X had kunnen innen (en daarmee de liquiditeiten van de vennootschap had vergroot) en dat in het ene of het andere geval het actief aangewend kon worden om de vordering van DLM te voldoen.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 26-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2695

Zaaknummer: 200.162.192/01

Rechters: M.J. van Cleef-Metsaars, R.S. van Coevorden en R.F. Groos

Advocaten: J.C.Th. Papeveld en H.K. Folkerts

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

VBR Beheer BV

Vordering van een schuldeiser tegen de bestuurders van de gefailleerde vennootschap tot betaling van een nog niet voldane koopsom uit hoofde van een aandelentransactie wegens onrechtmatig handelen. Evenals de rechtbank is het hof van oordeel dat onvoldoende is gesteld om de bestuurders in de gegeven omstandigheden een ernstig verwijt te kunnen maken.

VBR was een holdingmaatschappij waaronder diverse transportmaatschappijen vielen. Zij is gefailleerd op 25 januari 2011. Tot augustus 2005 werd VBR bestuurd door A en geïntimeerde sub 1 als financieel directeur ('B'). Op 14 april 2003 heeft appellante ('X') de aandelen in Y BV verkocht aan VBR. Thans heeft X nog ruim € 245.000 te vorderen van VBR. De aandelen in VBR zijn in 2005 overgebracht in een STAK, met A als bestuurder. Na diens overlijden in 2005 verkreeg de weduwe ('A2') de certificaten. Zij werd samen met onder meer geïntimeerden sub 2 en 3 ('B' resp. 'C') bestuurder van de STAK. Later zijn B en C ook bestuurder geworden van VBR. In 2006 zijn de aandelen zoals ondergebracht in de STAK opgesplitst in A- en B-aandelen. A2 hield de certificaten van de A-aandelen en een vennootschap beheerd door B en C hield de certificaten van de B-aandelen. In 2007 heeft nog een herwaardering van het onroerend goed van VBR plaatsgevonden, waardoor het eigen vermogen van VBR steeg met ruim € 1 miljoen. Begin 2008 is een overeenkomst gesloten tussen Armixs B.V. (bestuurd door B en C) om de certificaten van A2 over te nemen. De koopprijs bedroeg € 1,235 miljoen. In dezelfde periode (maar in elk geval na de levering van de aandelen) is een dividenduitkering gedaan door VBR van ongeveer hetzelfde bedrag aan Armixs. De koopprijs voor de certificaten van A2 is door Armixs deels voldaan door overname van de rekening-courantschuld van A2 aan VBR, waarna deze schuld is verrekend met de dividenduitkering.

In de onderhavige procedure vordert X van geïntimeerden voldoening van de onbetaald gebleven koopsom, zijnde € 245.000. Zij baseert haar vordering op onrechtmatig handelen van de (voormalig) bestuurders van VBR omdat haar vordering op VBR niet is voldaan, waardoor zij schade heeft geleden. De rechtbank heeft de vordering afgewezen (zie OR 2014-0308).

In het hoger beroep baseert X haar vordering op dezelfde grondslag. Zij stelt daartoe – kort gezegd – dat het besluit van VBR tot dividenduitkering aan de houders van de A-aandelen onverantwoord was gezien de financiële situatie van VBR in 2007, alsmede dat de herwaardering van het onroerend goed op onjuiste gronden had plaatsgevonden en slechts was ingegeven om de latere dividenduitkering te rechtvaardigen.

Het hof oordeelt dat X onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld, waaruit kan worden afgeleid dat de (voormalige) bestuurders wisten of behoorden te begrijpen dat X als gevolg van hun handelen schade zou lijden. Ten aanzien van het dividendbesluit in 2007 oordeelt het hof dat niet gebleken is dat de bestuurders wisten of behoorden te begrijpen dat dit besluit ertoe zou leiden dat VBR in 2010 haar vordering aan X niet meer zou kunnen voldoen.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 26-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2672

Zaaknummer: 200.162.954/01

Rechters: H.J. van Kooten, C.A. Joustra en M.H. van der Woude

Advocaten: R.A.A. Maat, K.A. Doekhi en H.T. Kernkamp

Wetsartikelen: 6:162 BW