

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 11, 2018

Nummer 11, 2018

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:1210](#) 13-07-2018

Eiser/Imeko Holding N.V.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:1172](#) 13-07-2018

Maat/Maatschap BDO

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:2893](#) 10-07-2018

Familielening aan bouwconcern

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:2268](#) 03-07-2018

Kim Heng/Geïntimeerde

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:2813](#) 03-07-2018

X/Bestuurder Stichting Z

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:2084](#) 20-06-2018

CAV Den Ham

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:1251](#) 05-06-2018

Fundspark

RECHTSPRAAK

Eiser/Imeko Holding N.V.

Een commissaris ontvangt naast een door de algemene vergadering vastgestelde commissarisvergoeding ook een managementvergoeding en een onkostenvergoeding. In eerste aanleg vordert de vennootschap de managementvergoeding en de onkostenvergoeding op grond van onverschuldigde betaling terug. Anders dan de rechtbank wijst het hof de vordering gedeeltelijk toe. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dat het hof ten onrechte het verweer dat terugbetaling de commissaris ongerechtvaardigd zou verrijken niet in de beoordeling heeft betrokken.

Eiser is in 2002 door de algemene vergadering van Imeko benoemd tot lid en voorzitter van de raad van commissarissen. De algemene vergadering had het jaarlijkse honorarium van eiser vastgesteld op € 12.000 per jaar. Voor de managementtaken ontving eiser een aangepast tarief van € 1.000 per dag. Eiser is in 2006 uitgeschreven als commissaris van Imeko. Over zijn gehele benoemingsperiode heeft eiser in totaal € 47.500 aan commissarisvergoeding ontvangen. Daarnaast heeft hij € 563.750 aan managementvergoeding ontvangen en € 70.970,56 aan onkostenvergoeding.

In eerste aanleg vordert Imeko terugbetaling van de managementvergoeding en onkostenvergoeding, omdat deze onverschuldigd zouden zijn betaald. Op grond van artikel 2:145 BW en de statuten kunnen de commissarissen van Imeko slechts aanspraak maken op een door de algemene vergadering vastgestelde beloning, ongeacht de aard van de door hen verrichte werkzaamheden. Daarnaast kunnen commissarissen op grond van artikel 2:151 BW daden van bestuur verrichten, maar maken zij geen deel uit van het bestuur. De algemene vergadering heeft eiser niet benoemd tot bestuurder.

De rechtbank wees de vordering van Imeko af, omdat een beroep op onverschuldigde betaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. In hoger beroep heeft het hof de vordering gedeeltelijk toegewezen. Volgens het hof kon eiser als commissaris van

Imeko slechts aanspraak maken op de door de algemene vergadering vastgestelde commissarisvergoeding van € 12.000 per jaar en de onkostenvergoeding. De redelijkheid en billijkheid verzetten zich er niet tegen de managementvergoeding terug te vorderen op grond van onverschuldigde betaling, aldus het hof.

In cassatie stelt eiser dat het hof zijn taak als appelrechter en de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel heeft miskend, door niet in te gaan op het door eiser in eerste aanleg gevoerde verweer dat terugbetaling Imeko ongerechtvaardigd zou verrijken. Uit de motivering van het hof blijkt niet dat het hof dit verweer in zijn beoordeling heeft betrokken. De Hoge Raad acht de klacht gegrond, omdat uit het bestreden arrest niet blijkt dat het hof het bedoelde verweer in zijn beoordeling heeft betrokken, en het hof aldus zijn beslissing niet naar behoren heeft gemotiveerd.

De Hoge Raad vernietigt het bestreden arrest en verwijst naar het Hof Den Haag voor verdere behandeling en beslissing.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-07-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:1210

Zaaknummer: 17/04124

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

Advocaten: M.E. Bruning en M.J. Schenck

Wetsartikelen: 2:145 BW, 2:151 BW, 6:203 BW, 6:212 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Maat/Maatschap BDO

Verzoek om pleidooi miskend dan wel ongemotiveerd afgewezen. Uit de rolbeslissing blijkt niet dat de rolraadsheer het verzoek om pleidooi heeft beoordeeld met inachtneming van de daarvoor geldende maatstaven.

Eiser sub 1 was via zijn praktijkvennootschap | eiseres sub 2 – maat (hierna gezamenlijk de ‘Maat’) van de Maatschap BDO (‘BDO’). Op enig moment heeft BDO besloten om de Maat uit de maatschap te zetten. Hierover zijn een arbitrale procedure en een rechterlijke procedure in drie instanties gevoerd.

In dit geding vordert de Maat herroeping van de arbitrale vonnissen (art. 1068 Rv) en rechterlijke uitspraken (art. 382 Rv) op grond van het feit dat BDO in deze procedures bedrog heeft gepleegd of stukken heeft achtergehouden. Na de door het hof bij tussenarrest gelaste comparitie van partijen heeft BDO van de aan haar door het hof verleende gelegenheid gebruikgemaakt om nog een antwoordakte te nemen waarin BDO mocht reageren op de stukken die de Maat ten behoeve van voormelde comparitie in het geding had gebracht. Omdat de akte van BDO omvangrijk was, heeft de Maat het hof verzocht om de zaak naar de rol te verwijzen voor conclusies/memories van re- en dupliek, akte dan wel een voortzetting van de comparitie en/of tot pleidooi.

De rolraadsheer heeft bij rolbeslissing het verzoek van de Maat om een nadere akte te nemen afgewezen, omdat de Maat geen bijzondere reden heeft gesteld waarom de Maat op de antwoordakte weer dient te mogen reageren en heeft de rolraadsheer de zaak vervolgens naar de rol verwezen voor aanvullend fourneren. In zijn eindarrest heeft het hof zowel de vordering tot herroeping van de arbitrale vonnissen als de vordering tot herroeping van de rechterlijke uitspraken afgewezen.

In cassatie klaagt de Maat dat het hof het recht van de Maat op pleidooi heeft miskend, respectievelijk dat het hof niet heeft toegelicht waarom de Maat in de omstandigheden van dit geval geen recht op pleidooi toekwam.

De Hoge Raad oordeelt de klachten gegrond, omdat de rolbeslissing niet slechts afwijzing inhield van het verzoek van de Maat om een nadere akte te mogen nemen, maar daarin ook besloten lag de afwijzing van het verzoek van de Maat om gelegenheid voor pleidooi te bieden. Uit de rolbeslissing blijkt echter niet dat de rolraadsheer het verzoek om pleidooi heeft beoordeeld met inachtneming van de daarvoor geldende maatstaven. Vernietiging van de rolbeslissing brengt mee dat het eindarrest – waarin het hof niet van deze rolbeslissing is teruggekomen en deze evenmin nader heeft gemotiveerd – niet in stand kan blijven.

De Hoge Raad vernietigt de rolbeslissing en het eindarrest van Hof Amsterdam en verwijst het geding naar het Hof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-07-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:1172

Zaaknummer: 17/04113

Rechters: E.J. Numann, M.V. Polak, T.H. den Tanja-van Broek, M.J. Kroeze en H.M. Wattendorff

Advocaten: J. van Weerden en W.H. van Hemel

Wetsartikelen: 134 Rv, 382 Rv en 1068 Rv

RECHTSPRAAK

Familielening aan bouwconcern

Een familie leent ruim 2 miljoen euro aan het door hen opgerichte en in financieel zwaar weer verkerende bouwconcern. Zij sluiten daartoe een overeenkomst waarin staat dat er ten behoeve van de familie een tweede hypotheekrecht zou worden gevestigd, terwijl de familie toen al wist dat dat recht ten behoeve van een meefinancierende bank zou worden gevestigd. Na faillissement van het concern vorderen zij schadevergoeding van de bestuurder van het concern wegens wanprestatie/onrechtmatige daad. Evenals de rechtbank wijst het hof de vorderingen af.

Appellante is de persoonlijke holdingvennootschap van een familie die een bouwconcern heeft opgericht. Via appellante houdt de familie certificaten in een Holding die zich bezighield met de aanneming en realisatie van ontwikkelingsprojecten in de infra-, bouw- en milieusector en in de procesindustrie. Geïntimeerde is sinds 1975 in dienst bij het bouwbedrijf van de familie, en sinds 1990 bestuurder van de Holding. Eind 2011 verkeerde de Holding in financieel zwaar weer en schoten twee partijen te hulp: appellante en bank 1. Beide partijen leenden ruim 2 miljoen euro aan de Holding. Op 24 mei 2012 ondertekenen appellante en de Holding een overeenkomst van geldlening, waarin staat vermeld dat partijen overeengekomen zijn dat er een tweede recht van hypotheek wordt gevestigd op het bedrijfsterrein. Vervolgens worden ten behoeve van bank 1 en appellante een tweede respectievelijk derde recht van hypotheek op onroerend goed van de Holding gevestigd. Bijna een jaar later is de Holding failliet gegaan, waardoor appellante achterbleef met een oninbare vordering van ruim 2 miljoen euro.

In deze procedure vordert appellante dat geïntimeerde wordt veroordeeld tot betaling van dit bedrag, dan wel dat voor recht wordt verklaard dat geïntimeerde aansprakelijk is voor de schade die zij lijdt als gevolg van het feit dat zij een derde hypotheekrecht heeft verkregen in plaats van een tweede hypotheekrecht. Hiertoe voert appellante aan dat de Holding toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van 24 mei 2012,

althans dat zij onrechtmatig heeft gehandeld, door het recht van tweede hypotheek niet aan appellante te verlenen maar aan bank 1, en dat geïntimeerde als bestuurder van de Holding hiervoor aansprakelijk is.

Evenals de rechtbank wijst het hof de vorderingen af. Naar het oordeel van het hof kan appellante aan de vermelding in de overeenkomst van 24 mei 2012 dat ten behoeve van haar een tweede recht van hypotheek zal worden gevestigd, in dit geval niet ontleen dat dit ook zou worden gedaan. Redengevend daarvoor is dat (i) vaststaat dat appellante wist van de slechte financiële situatie waarin de Holding verkeerde, (ii) appellante het bedrag al ruim voor het sluiten van de overeenkomst op 24 mei 2012 aan de Holding heeft overgemaakt zonder daarbij een voorbehoud te maken ten aanzien van het verkrijgen van een tweede hypotheekrecht en (iii) appellante wist dat de bank een recht van tweede hypotheek wenste te hebben en zonder die zekerheid niet tot kredietverlening zou overgaan. Het hof volgt het standpunt van geïntimeerde dat een en ander per abuis is opgenomen/blijven staan omdat ook voor appellant toen al duidelijk was dat een tweede recht van hypotheek niet meer ten behoeve van appellante kon worden gevestigd. Dit brengt volgens het hof met zich mee dat de Holding door het uiteindelijk vestigen van het recht van een derde hypotheek geen wanprestatie jegens appellante heeft gepleegd, waardoor evenmin wordt toegekomen aan de beoordeling of geïntimeerde als bestuurder van geldnemer persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:2893

Zaaknummer: 200.183.077_01

Rechters: E.H. Schultzen, C.W.T. Vriezen en M.R. van Zanten

Advocaten: P.J.M. Boomaars en V. Terlouw

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/Bestuurder Stichting Z

In deze uitspraak beslist het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dat er geen sprake is van aansprakelijkheid van een bestuurder van een stichting, omdat niet is komen vast te staan dat de stichting een inbreuk zou hebben gemaakt op een concurrentiebeding jegens een wederpartij.

Geïntimeerde ('Y') is vanaf 12 december 2012 tot januari 2014 een van de bestuurders van Stichting Z, en is alleen/zelfstandig bevoegd Stichting Z te vertegenwoordigen. Stichting Z voorziet in de behoefte aan medische specialistische patiëntenzorg in (poli)kliniek- en/of dagbehandelingen, in het bijzonder revalidatiezorg. Appellant ('X') oefent een praktijk uit op het gebied van fysiotherapie en revalidatiegeneeskunde met verschillende vestigingen.

X en Stichting Z hebben eind 2012 en begin 2013 onderhandeld over de uitvoering door X (als opdrachtnemer) van revalidatiegeneeskundige behandelingen voor Stichting Z (als opdrachtgever). De onderhandelingen waren gebaseerd op een modelovereenkomst van Stichting Z. Partijen hebben discussies gevoerd over de reikwijdte van het concurrentiebeding. Op 18 februari 2013 is daartoe, op verzoek van X de straal aangepast waarbinnen X inspraak zou hebben over eventuele nieuwe contracten met opdrachtnemers van 10 km naar 25 km rondom de praktijken van X. Daarnaast is op 18 februari 2013 aan het concurrentiebeding toegevoegd dat X akkoord is met toetreding van drie in het concurrentiebeding genoemde fysiotherapiepraktijken bij Stichting Z. Bij mail van 24 februari 2013 hebben X en Y de voorwaarden waaronder de drie fysiotherapiepraktijken mogen toetreden bij Stichting Z genuanceerd. Op 28 februari is de opdrachtovereenkomst door Y namens Stichting Z en X ondertekend, zonder dat de nuancering uit de e-mail van 24 februari 2013 is meegenomen in het concurrentiebeding. In 2013 heeft Stichting Z contracten gesloten met de drie fysiotherapiepraktijken, zonder rekening te houden met de nuancering uit de e-mail van 24 februari 2013. X vordert van Stichting Z schadevergoeding op grond van wanprestatie, en van Y tevens schadevergoeding op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Beide vorderingen worden door Rechtbank Zeeland-West-Brabant afgewezen.

X gaat in appel tegen de uitspraak van de rechtbank ten aanzien van de afgewezen vordering

tegen Y in privé. In appel gaat het derhalve om de vraag of tussen X en Stichting Z een dusdanige overeenkomst bestond dat Stichting Z wanprestatie heeft gepleegd door met de drie fysiotherapiepraktijken te contracteren (zonder rekening te houden met de nuancering). Indien dat positief kan worden beantwoord dient te worden gezien of Y daarvoor als bestuurder van Stichting Z persoonlijk aansprakelijk is.

Het hof oordeelt dat X aan het schriftelijk vastgelegde concurrentiebeding en de e-mailcorrespondentie tussen X en Stichting Z/Y in de gegeven omstandigheden niet redelijkerwijs de zin mocht toekennen en niet redelijkerwijs kon verwachten dat de voorgestelde nuancering was overeengekomen. Uit de e-mailcorrespondentie tot en met 24 februari 2013 blijkt, aldus het hof, dat X steeds alleen akkoord is gegaan met de aangepaste straal in het concurrentiebeding, en niet met voorwaarden van toetreding door de drie fysiotherapiepraktijken. Deze omstandigheid in combinatie met het feit dat X op 28 februari 2018 een overeenkomst heeft ondertekend zonder een verder gewijzigd concurrentiebeding, maakt dat het hof tot de conclusie komt dat de voorgestelde nuancering niet is overeengekomen.

Aangezien de voorgestelde nuancering niet is overeengekomen, is er ook geen wanprestatie gepleegd door Stichting Z. Y is derhalve niet persoonlijk aansprakelijk uit hoofde van de door Stichting Z gepleegde wanprestatie. De grieven van X falen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:2813

Zaaknummer: 200.187.394_01

Rechters: E.H. Schulten, C.W.T. Vriezen en M.R. van Zanten

Advocaten: A.A.M. Simons en W.A.M. Rupert

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Kim Heng/Geïntimeerde

Vordering van een crediteur van een gefailleerde vennootschap tegen haar voormalige bestuurder tot betaling van onbetaalde facturen op grond van een garantieschending. Het hof betreft op grond van de devolutieve werking van het appel ook het verweer dat er geen aansprakelijkheid is omdat de garantie betrekking had op andere verplichtingen dan waar de facturen op zien, en acht dat verweer gegrond.

Appellante, Kim Heng Marine & Oilfield Pte Ltd. ('Kim Heng'), is gevestigd te Singapore en verleent sleepdiensten in de offshore-industrie. Geïntimeerde was in 2014 statutair bestuurder van Atlantic Marine Services B.V. ('AMS'), gevestigd te Ouderkerk aan de Amstel. AMS B.V. hield alle aandelen in het kapitaal van AMS Atlantic Marine Services Singapore Pte Ltd ('AMS Singapore'), gevestigd te Singapore. Geïntimeerde was tot 4 juli 2014 statutair bestuurder van AMS Singapore.

AMS Singapore is op 16 september 2014 een sleepovereenkomst aangegaan met Kim Heng, waarbij partijen overeenkwamen dat een booreiland van AMS Singapore, de Atlantic London, van Myanmar naar Singapore zou worden gesleept voor USD 1.720.000. AMS heeft naar aanleiding van de sleepovereenkomst op 17 september 2014 een garantie aan Kim Heng afgegeven. Kim Heng heeft nadien in totaal een bedrag van USD 2.475.272 aan AMS Singapore in rekening gebracht voor de sleepopdracht alsmede een bedrag aan vergoeding van tijdens de uitvoering van de sleepovereenkomst ontstane vertragingsschade. AMS Singapore heeft niet betaald. AMS is bij (onherroepelijk) vonnis van Rechtbank Amsterdam veroordeeld om aan Kim Heng (onder meer) het voornoemde bedrag te voldoen. AMS heeft dat nagelaten en is vervolgens in staat van faillissement verklaard.

In dit geding vordert Kim Heng veroordeling van geïntimeerde tot betaling van het meergenoemde bedrag inclusief contractuele rente. Zij legt aan deze vordering ten grondslag dat AMS Singapore en AMS hun verplichtingen uit hoofde van de sleepovereenkomst respectievelijk de garantie niet zijn nagekomen en dat ook niet alsnog zullen doen, en dat

geïntimeerde als bestuurder hiervoor aansprakelijk is. In reconventie vordert geïntimeerde opheffing van de te zijner laste gelegde beslagen. De rechtbank heeft de vorderingen van Kim Heng afgewezen en de reconventionele vordering van geïntimeerde toegewezen, kort gezegd omdat Kim Heng haar stellingen tegenover het verweer van geïntimeerde niet voldoende heeft toegelicht. Daartegen richt zich het hoger beroep.

Het hof overweegt dat op grond van de devolutieve werking van het appel ook de verweren die geïntimeerde in eerste aanleg heeft aangevoerd in de behandeling moeten worden betrokken. Eén van die verweren betreft volgens het hof dat AMS niet aansprakelijk was, omdat de door haar gegeven garantie zag op andere verplichtingen dan in de sleepovereenkomst is opgenomen (namelijk versleping naar Singapore), zoals ook uit de facturen van Kim Heng blijkt. Kim Heng heeft in antwoord hierop alleen betoogd (bij pleidooi in appel) dat dit verweer van geïntimeerde een gepasseerd station is, aangezien de aansprakelijkheid van AMS tegenover Kim Heng bij vonnis van Rechtbank Amsterdam onherroepelijk is vastgesteld. Volgens het hof miskent dit betoog dat het desbetreffende vonnis van de rechtbank geen bindende kracht heeft ten opzichte van geïntimeerde. Verder oordeelt het hof dat de stelling van Kim Heng dat al haar vorderingen voortvloeien uit tekortkoming in de nakoming van de sleepovereenkomst 'zodat deze vallen onder de garantieverplichting' onvoldoende is tegenover de betwisting van geïntimeerde, nu Kim Heng niet heeft toegelicht hoe en waarom AMS (en a fortiori geïntimeerde) onder de garantie aangesproken kan worden voor de niet-betaling van andere verplichtingen dan in de sleepovereenkomst is overeengekomen.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:2268

Zaaknummer: 200.205.710/01

Rechters: D.J. Oranje, R.J.F. Thiessen en J.W.M. Tromp

Advocaten: R.P. van Campen en R. de Bree

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

CAV Den Ham

Enquête; OK. Afwijzing van het verzoek de onderzoeker een aanwijzing te geven ex artikel 2:350 lid 4 BW.

Bij eerdere beschikking heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van de coöperatieve aankoopvereniging Den Ham U.A. ('CAV Den Ham') met betrekking tot aan twee commissarissen uitbetaalde vergoedingen, een onderzoeker benoemd en een onderzoeksbudget vastgesteld (zie OR 2018-0046).

De onderhavige beschikking betreft een verzoek tot het verstrekken van een aanwijzing aan de onderzoeker inhoudende dat een aanvullend onderzoek wordt gedaan. Hieraan is ten grondslag gelegd dat het onderzoek gebrekkig heeft plaatsgevonden, doordat niet alle beschikbare informatie is beoordeeld, niet alle betrokkenen zijn geraadpleegd en overigens geen onderzoek is gedaan naar de vraag of de bedoelde vergoedingen binnen het beleid pasten. Een betrokkene, de raad van commissarissen en CAV Den Ham hebben geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek, omdat verzoekers zouden trachten het onderzoek uit te breiden. De onderzoeker heeft toegelicht dat het onderzoek zich heeft uitgestrekt tot de vergoedingen en dat daarbij mede het beleid van CAV Den Ham is betrokken, en dat gelet op de aanwezigheid van voldoende documentatie het horen van betrokkenen niet nodig was.

De raadsheer-commissaris overweegt dat terughoudend moet worden omgegaan met het geven van een aanwijzing. Met het oog op de omvang van het bevolen onderzoek en de toelichting van de onderzoeker is de raadsheer-commissaris van oordeel dat er geen aanleiding is om een aanwijzing te geven. De raadsheer-commissaris kan enkel een aanwijzing geven ten aanzien van de procesmatige kant, en alleen als het onderzoek in wezenlijke mate onvolledig en onvoldoende zal zijn, hetgeen volgens de raadsheer-commissaris niet aan de orde is.

Het verzoek wordt afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:2084

Zaaknummer: 200.224.904/02

Rechters: C.P.B. Kroep, S. Erkel, A.N. Stoop, C.I. Corsten, P.F. Schepel en P.J. van der Korst

Advocaten: A.J. Wolfs

Wetsartikelen: 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Fundspark

Afrekening na verbreking van een samenwerkingsverband ten behoeve van een project dat onder een nv in oprichting zou worden ondergebracht. Eén van de financierende partijen vordert schadevergoeding en doet daartoe een beroep op de bescherming van artikel 2:93 lid 2 BW. Het hof verwerpt dat beroep, omdat de desbetreffende partij niet is aan te merken als een ‘derde’, maar als investeerder en beoogd oprichter/aandeelhouder.

Innocapital B.V. en Pursel B.V. (appellanten in principaal beroep, geïntimideerde in het incidenteel beroep, ‘I&P’) en Pink en Nelson B.V. (geïntimideerde in principaal beroep, appellante in incidenteel beroep, ‘P&N’), zijn een samenwerkingsverband aangegaan in verband met het project Fundspark. Het project Fundspark had tot doel om parkeerfaciliteiten te financieren en te verwerven, in samenwerking met de publieke sector. Het project zou in een nog op te richten nv (genaamd ‘Fundspark’) worden ondergebracht. P&N heeft het project grotendeels (voor-)gefinancierd op grond van een financieringsovereenkomst met de nv in oprichting I&P, in de personen van betrokkene 1 en betrokkene 2, en heeft advieswerkzaamheden ten behoeve van het project verricht. Het project is echter voor de oprichting gestaakt. Als gevolg daarvan en in het kader van de gemaakte contractuele afspraken, hebben partijen over en weer het een en ander van elkaar te vorderen. Intussen zijn tussen partijen twee zaken aanhangig, die zien op meerdere geschilpunten ten aanzien van de financiële afwikkeling van die samenwerking.

Deze samenvatting beperkt zich tot één geschilpunt, te weten de door P&N gevorderde nakoming van een financieringsovereenkomst. P&N stelt zich op het standpunt dat haar de bescherming van artikel 2:93 lid 2 BW toekomt en zij zodoende op grond van de financieringsovereenkomst de door haar in het project Fundspark geïnvesteerde bedragen van I&P als schadevergoeding kan vorderen. De rechtbank heeft dit standpunt verworpen omdat P&N bij de financieringsovereenkomst niet als contractuele wederpartij van de nv in oprichting moet worden beschouwd, maar als investeerder en beoogd

oprichter/aandeelhouder. Het hof verenigt zich met dit oordeel en de gronden waarop het berust, met de aanvulling dat P&N met de nv in oprichting contractueel heeft afgesproken dat de investeringen van P&N door de nv na oprichting worden terugbetaald zodra deze daartoe 'uit gerealiseerde omzet' in staat is. Deze contractuele afspraak strekt volgens het hof tot niet meer dan het verstrekken van een titel aan P&N om, zodra dit uit gerealiseerde omzet mogelijk is, de investeringen van de nv terug te krijgen. Om die reden komt naar het oordeel van het hof P&N geen beroep toe op artikel 2:93 lid 2 BW, teneinde de geïnvesteerde bedragen van I&P als schadevergoeding te vorderen. P&N is niet aan te merken als een 'derde' die op grond van artikel 2:93 lid 2 BW bescherming geniet: zij is aan te merken als investeerder en beoogd oprichter/aandeelhouder.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis grotendeels.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 05-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:1251

Zaaknummer: 200.185.171/01

Rechters: R.S. van Coevorden, C.J. Verduyn en B.R. ter Haar

Advocaten: P. Bavelaar en J.A.J.A. Maccow

Wetsartikelen: 2:93 BW