

JOR 2016/186, Gerechtshof Amsterdam, 16-02-2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:501, 200.152.046/01 (annotatie)

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 16-02-2016
Publicatie: JOR 2016/186 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 7-8, 2016
Annotator: • mr. D.-J.F.F.M. Duynstee
ECLI: <u>ECLI:NL:GHAMS:2016:501</u>
Zaaknummer: 200.152.046/01
Overige publicaties: • <u>ECLI:NL:GHAMS:2016:501</u> • AR 2016/1485 • RF 2016/71 • JONDR 2016/767 • NTHR 2016, afl. 3, p. 187 • OR-Updates.nl 2016-0170
Rechtsgebied: Ondernemingsrecht
Rubriek: Ondernemingsrecht
Rechters: • mr. Oranje • mr. Van Harinxma thoe Slooten • mr. Melissen
Partijen: 1. De vereniging VEB NCVB te 's-Gravenhage, 2. de stichting VEB ACTIE LCI te 's-Gravenhage, advocaat: mr. A.R.J. Croiset van Uchelen, appellanten, tegen 1. S.S. Asseer te La Pêche, Canada, advocaat: mr. J.G. Princen, 2. H.M.N. Schonis te Waalwijk, advocaat: mr. J. Fleming, 3. R.E. Maes te Amsterdam, advocaat: mr. J. Fleming, 4. J.C. Tollenaar te Eindhoven, advocaat: mr. J. Fleming, geïntimeerden.
Regelgeving: • <u>BW Boek 3 - 305a</u> • <u>BW Boek 3 - 310</u>

Inhoudsindicatie

Collectieve actie (art. 3:305a BW), Faillissement LCI, Verjaring en stuiting van verjaring rechtsvordering, Voor aanvang verjaring is vereist subjectieve bekendheid met en concrete aanwijzingen over wat betrokken bestuurder en de commissarissen persoonlijk fout hebben gedaan, Verjaring is tijdig gestuit, VEB heeft voldoende belang bij vorderingen, Gelasten van comparitie ter beproeving van schikking, Hoger beroep van Rb. Amsterdam 15 januari 2014, «JOR» 2014/91, m.nt. Scholten

Ga direct naar

- Samenvatting
- Uitspraak
- Beslissing/besluit
- Noot

Samenvatting

Het geschil over de (aanvang van de) verjaring betreft de aansprakelijke persoon of personen, meer in het bijzonder allereerst de vraag of de individuele aandeelhouders eerder dan vijf jaren vóór de stuiting van de verjaring door de VEB subjectief, en dus daadwerkelijk, ermee bekend waren dat de oud-bestuurder en oud-commissarissen van het gefailleerde bedrijf LCI, Asseer, Schonis, Maes dan wel Tollenaar voor hun schade aansprakelijk zijn en vervolgens, indien zij dat niet waren, de vraag of zij zich op hun subjectieve onbekendheid kunnen beroepen ter afwering van een beroep op verjaring.

Het hof constateert dat alle in het bestreden vonnis genoemde publicaties zijn te herleiden tot VEB.

De bestuurder van VEB heeft in een aantal artikelen met enige stelligheid gemeld dat op grond van “hard materiaal” verwijtbaar handelen kan worden aangenomen van (onder meer) het bestuur en de commissarissen door – kort gezegd – ondeugdelijke interne controle, falend toezicht en het verstrekken van onjuiste en misleidende informatie, maar (daargelaten dat het in de lijn der verwachting ligt dat een belangenorganisatie zich in de media uitgesproken zal uitlaten om de aandacht van gedupeerde beleggers te trekken) daarmee was voor de individuele aandeelhouder – al aannemende dat deze de berichtgeving heeft gelezen – nog niet voldoende wetenschap gegeven om daadwerkelijk jegens Asseer, Schonis, Maes dan wel Tollenaar een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen. Voor het daadwerkelijk tegen één of meer van hen instellen van een rechtsvordering tot schadevergoeding zou immers ten minste ook vereist zijn geweest voldoende kennis van meer concrete aanwijzingen over wat de betrokken bestuurder en de commissarissen persoonlijk fout hebben gedaan. Die kennis werd in de berichtgeving niet, althans niet voldoende gegeven en die kennis was blijkens de berichtgeving zelfs in februari 2003 niet, althans niet met voldoende zekerheid voorhanden.

Dit brengt mee (i) dat de verjaring van de vorderingen van de individuele aandeelhouders niet, vanwege de aangehaalde berichtgeving in de media, geacht kan worden op grond van hun (subjectieve) bekendheid te zijn aangevangen in februari 2003 en aldus in maart 2008 te zijn voltooid en (ii) dat de aandeelhouders zich daarop kunnen beroepen.

VEB heeft bij exploit van 12 juni 2008 de verjaring van de vorderingen van de aandeelhouders gestuit. Naar het oordeel van het hof heeft zij dit tijdig gedaan.

In het onderhavig geval konden de aandeelhouders – uitgezonderd wellicht zij die over meer kennis beschikten dan publiekelijk toegankelijk was – niet eerder dan na het verschijnen van het op 13 juni 2003 openbaar gemaakte rapport van de curatoren over de oorzaken van het faillissement van LCI geacht worden over voldoende kennis te kunnen beschikken om daadwerkelijk een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen, althans kwamen toen pas voldoende concrete feiten en omstandigheden aangaande de oorzaken van het faillissement van LCI naar buiten die meebrachten dat van hen verlangd kon worden dat zij met het oog op het vaststellen van aansprakelijkheid van geïntimeerden actie zouden ondernemen.

Dit leidt tot het oordeel dat de VEB de verjaring van de vorderingen van de aandeelhouders in LCI met de exploit van 12 juni 2008 binnen vijf jaren nadien en derhalve tijdig heeft gestuit, zodat de desbetreffende vorderingen niet zijn verjaard.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat VEB en de Stichting ontvankelijk zijn in hun op de voet van art. 3:305a BW tegen geïntimeerden ingestelde vorderingen. Het hof ziet aanleiding om een comparitie te bepalen teneinde het verdere verloop van deze procedure te bespreken dan wel een schikking te beproeven.

Uitspraak

(...; red.)

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2 (2.1 tot en met 2.26) de feiten vastgesteld die zij als vaststaand heeft aangenomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en neemt het hof derhalve eveneens als vaststaand aan. Samengevat en aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, gaat het in deze zaak om het volgende.

2.1. LCI stond omstreeks 2001 aan het hoofd van een internationale groep entiteiten met uiteenlopende activiteiten op het gebied van distributie, internet hard- en softwareontwikkeling, opleiding (e-learning), systeemonderhoud, -integratie en -beveiliging alsmede projectmanagement en consultancy.

2.2. Asseer was van 1993 tot 16 november 2001 enig bestuurder van LCI.

2.3. Maes en Tollenaar waren sinds 14 mei 1998 en Schonis was sinds 7 juli 1999 lid van de raad van commissarissen van LCI.

2.4. Op 13 november 2001 heeft de rechtbank Den Bosch voorlopig surséance van betaling aan LCI verleend.

2.5. VEB besteedt in nr. 24 van jaargang 2001 van haar tweewekelijks magazine Effect (hierna: Effect), uitgegeven op 24 november 2001, aandacht aan de surséance van betaling van LCI. Het artikel, met als titel "Smartelijke smartpen", houdt – voor zover relevant – het volgende in:

"(...) Terugkijkend op het afgelopen halfjaar moet je helaas concluderen dat beleggers voor het lapje zijn gehouden. De betrokken beleggers gebruiken zelf liever de woorden "belazerd, bedrogen, misleid en bestolen". (...) De LCI-droom is in duigen gevallen en het is zeer de vraag of LCI niet bewust een te positief beeld van de gang van zaken en de perspectieven van SMARTpen en de Motorola claim heeft geschetst. Een onderzoek van de STE naar dit debacle zou geen overbodige luxe zijn."

2.6. Op 17 december 2001 is LCI door de rechtbank Den Bosch in staat van faillissement verklaard. Daarvan is door Het Financieele Dagblad en Het NRC Handelsblad daags daarna melding gemaakt. Ook verschillende groepsvennootschappen van LCI zijn in staat van faillissement verklaard.

2.7. In de periode van januari 2002 tot en met februari 2003 zijn voor zover in deze procedure aan de orde gesteld de volgende berichten in de media verschenen.

(i) Een artikel in Het Brabants Dagblad van 12 januari 2002 waarin – voor zover relevant – het volgende staat:

"(...) Een kleine 200 aandeelhouders die zich gedupeerd voelen, beraden zich op stappen tegen de voormalige bestuurders. (...) Inmiddels hebben een kleine 200 beleggers de krachten gebundeld. Samen met enkele financiële instellingen en de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) zoeken de beleggers nu naar mogelijkheden om voormalige bestuurders van LCI aansprakelijk te stellen. (...) De woede van de aandeelhouders richt zich vooral op voormalig topman Asseer, die steeds heeft geschermd met de rianten mogelijkheden die LCI zou hebben via de elektronische SmartPen en een claim op Motorola. (...)"

(ii) Een publicatie in nr. 2 van jaargang 2002 van Effect, uitgegeven op 19 januari 2002 met de titel "LCI droom is ook bedrog", waarin – voor zover relevant – het volgende staat:

"(...) Als de directie werkelijk niet op de hoogte was van de fraude, is zij wel verantwoordelijk voor de ondeugdelijke interne controleprocedures.

De raad van commissarissen kan eveneens falend toezicht worden verweten. Niet alleen was het toezicht gebrekkig op de Oostenrijkse activiteiten, maar ook op de ontwikkeling van nieuwe technologieën. Vooral de grote kapitaalbehoefte

en de mate van voortgang in deze ontwikkeling had door de commissarissen beter gecontroleerd moeten worden. Verder zijn ook vraagtekens te zetten bij de acquisities en desinvesteringen van bedrijven. Vooral bij de uitbreiding van het belang in SMARTpen in februari 2001 en bij het afstoten van de verkooporganisatie van CCW, maar ook bij kleinere acquisities. (...) De VEB heeft contact met een groep LCI aandeelhouders en bekijkt in hoeverre er ten behoeve van de gedupeerde aandeelhouders actie kan worden ondernomen. (...)"

(iii) Een op 18 juli 2002 door VEB uitgebracht persbericht, met twee bijlagen, waarin – voor zover relevant – het volgende staat:

"(...) De Vereniging van Effectenbezitters roept gedupeerde beleggers op die schade hebben geleden als aandeelhouder van de ondernemingen KPNQwest, Landis en LCI. Bij deze drie ondernemingen, die op 31 mei 2002, 9 juli 2002 respectievelijk 17 december 2001 failliet zijn gegaan, is naar het oordeel van de VEB sprake geweest van onjuiste en te positieve berichtgeving in de periode voorafgaand aan het faillissement. Deze conclusie is gebaseerd op het eerste feitenonderzoek dat door de VEB is verricht. Ten opzichte van de koers van 1 januari 2000 hebben deze beleggers in totaal bijna 5 miljard euro aan waardeverlies geïncasseerd. De grootste verliezen zijn geleden bij KPNQwest (3,8 miljard euro) gevolgd door Landis (0,9 miljard euro) en LCI (0,2 miljard euro).

De VEB acht het van belang om de belangen van deze beleggers te bundelen om daarmee effectiever in deze zaken te kunnen optreden. (...) Het is belangrijk op te merken dat de toezichthouders (Euronext Amsterdam en AFM) en de curatoren over uitgebreide informatie beschikken of kunnen beschikken die inzicht geeft in de precieze gang van zaken en het eventueel verwijtbaar handelen van bijvoorbeeld bestuurders en/of commissarissen.

Op basis van de uitkomst van de onderzoeken van de toezichthouders en curatoren, alsmede andere (publieke) informatiebronnen zal de VEB in een vervolgfase beoordelen of er voldoende basis bestaat om juridische actie te ondernemen. Deze oproep (...) is primair gericht op bundeling van belangen en het versterken van het draagvlak, en betreft geen concrete aankondiging voor het nemen van juridische actie(s). (...)

Bijlage 1 [hof: van het persbericht]

(...)

LCI:

LCI heeft een foutieve jaarrekening over 2000/2001 gepubliceerd (die nog steeds niet is herzien door de curatoren). Deze jaarrekening was voorzien van een goedkeurende accountantsverklaring.

LCI heeft beleggers voortdurend voorgehouden dat er substantiële inkomsten mochten worden verwacht uit de claim tegen Motorola. De Motorolaclaim bedroeg 237 miljoen dollar. Uiteindelijk is slechts 208.000 dollar uit hoofde van deze claim ontvangen.

LCI heeft zich te positief uitgelaten over de ontwikkeling en omzet(-verwachtingen) van Smartpen."

Een gelijkloidend bericht is op 19 juli 2002 op de site van VEB geplaatst.

(iv) Artikelen in NRC, Trouw, Het Parool, De Telegraaf, Het Brabants Dagblad en Het Financieele Dagblad van 20 juli 2002, waarin aandacht wordt besteed aan de oproep van VEB en de door haar in het persbericht genoemde aan LCI te maken verwijten.

(v) Een artikel in Het Financieele Dagblad van 16 augustus 2002, waarin – voor zover relevant – het volgende staat:

"(...)Bij de vereniging van Effectenbezitters (VEB) hebben zich ongeveer 3000 beleggers gemeld die geld hebben verloren bij het faillissement van onder meer KPNQwest, Landis en LCI. De beleggersvereniging heeft beleggers vorige maand opgeroepen om zich te melden. Het is nog niet duidelijk of de VEB juridische stappen gaat ondernemen en wie er wordt aangepakt. De VEB denkt binnen twee maanden te vertellen wat de vervolgstappen zijn. Directeur P. de Vries kan zich voorstellen dat directie en commissarissen aanspreekbaar zijn. 'Een aantal van hen is er behoorlijk beter van

geworden. (...)”

(vi) Een op 11 november 2002 door VEB via de e-mailservice en via het magazine Effect verspreid bericht, met – voor zover relevant – de volgende inhoud:

“(…)”

2. Vooronderzoek en voorlopige conclusies

(...) Het vooronderzoek [hof: in de zaken KPNQwest, Landis en LCI] betreft de officiële stukken (persberichten, halfjaarcijfers, jaarverslagen), media-uitingen (met name krantenartikelen en interviews), verslagen van curatoren en notulen van aandeelhoudersvergaderingen. Voorts is informatie ter hand gesteld door insiders en hebben diverse gesprekken plaatsgevonden met betrokkenen.

Op basis van dit onderzoek komt de VEB tot de conclusie dat in alle drie de zaken misleidende en onjuiste informatie is verstrekt in de periode voorafgaand aan het faillissement. De hoofdpunten van de deze misleiding zijn onder meer:

(...)

LCI:

- fraude in Oostenrijk, welke een schade van minimaal 30 miljoen euro heeft veroorzaakt;
- ernstig tekortschieten van management informatiesysteem en interne controle, (...);
- ongefundeerde en onrealistische prognoses ten aanzien van de commerciële introductie van Smartpen en de beursintroductie van Smartpen;
- onjuiste mededelingen over orders voor Smartpen en het ontwikkelingsstadium van dit product;
- onrealistisch karakter van de gewekte verwachtingen ten aanzien van de uitkomst van de Motorola-claim;
- veel te positieve verwachtingen ten aanzien van de winstontwikkeling van de vennootschap;
- onjuist/onvolledig informeren van de aandeelhoudersvergadering inzake debiteurenpositie, Smartpen en Motorola-claim.

Het feitenonderzoek wordt voortgezet en aangevuld. Op basis van het vooronderzoek komt de VEB tot het oordeel dat in alle drie de gevallen sprake is van verwijtbaar handelen. De VEB onderzoekt op welke wijze in deze kwesties juridische actie kan worden ondernomen en welke partijen, naast de gefailleerde vennootschappen, aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de geleden verliezen. In dit kader kan worden gedacht aan (voormalig) bestuurders en commissarissen alsmede de betrokken accountants. Bij de afweging en beoordeling van mogelijke juridische acties worden naast de proceskansen ook de kosten van deze acties meegenomen.

Het besluit tot het nemen van juridische stappen is thans nog niet genomen en vergt een bestuursbesluit van de VEB. Het vooronderzoek heeft de kansen op te entameren juridische actie evenwel aanzienlijk vergroot.

(...)”

(vii) Een artikel in Trouw van 12 november 2002, waarin – voor zover relevant – het volgende staat:

“(…) De Vereniging van Effectenbezitters (VEB) verwijt KPNQwest, Landis en LCI vlak voor hun faillissement misleidende en onjuiste informatie te hebben verstrekt.

Bij alle drie de ict-bedrijven is sprake van ‘verwijtbaar handelen’, aldus VEB-directeur P. P. de Vries. Inmiddels hebben

zich bij hem duizenden gedupeerde beleggers gemeld: (...) 1400 die de top van LCI verantwoordelijk houden voor hun verlies.

De Vries wil primair de schade van de gedupeerde beleggers verhalen op de directieleden, de commissarissen, de accountants en de grootaandeelhouders. (...) De vereniging heeft zich bij de aantijgingen aan het adres van genoemde bedrijven gebaseerd op persberichten, halfjaarcijfers, jaarverslagen, alsmede op krantenartikelen en interviews. Verder zijn verslagen van curatoren en notulen van aandeelhoudersvergaderingen doorgespit. VEB heeft tevens inlichtingen ontvangen van insiders en gesproken met betrokkenen. Zij zet haar onderzoek voort om een beeld te krijgen van de gang van zaken voor de ondergang van de bedrijven.

(...)

Daarnaast hebben ook de curatoren een verzoek tot medewerking van de VEB ontvangen. Die moeten het beeld compleet maken. De Vries hoopt van de curatoren notulen van directie- en commissarisvergaderingen te krijgen. (...)"

(viii) Een artikel in Het Financieele Dagblad van 12 november 2002, waarin – voor zover relevant – het volgende staat:

"(...) De vereniging [hof: VEB] herhaalt dat door de drie bedrijven 'misleidende en onjuiste informatie' is verstrekt in de periode voorafgaand aan de faillissementen van de concerns. De VEB heeft nog steeds geen besluit genomen of tegen voormalige bestuurders en commissarissen of betrokken accountants een juridische procedure wordt begonnen."

(ix) Een artikel in Het Brabants Dagblad van 12 november 2002, waarin – voor zover relevant – het volgende staat:

"(...) Met ongeveer 6100 meldingen van gedupeerde beleggers gaat de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) actie voeren. Op de oproep van de VEB reageerden 1400 aandeelhouders van LCI (...) De kans dat de VEB naar de rechter stapt is aanzienlijk vergroot. 'We hebben nu hard materiaal', aldus directeur P. de Vries gisteren.

Volgens de VEB is bij alle drie bedrijven, die dit jaar alle drie failliet zijn verklaard, sprake van 'verwijtbaar handelen' en schade voor de aandeelhouders. De VEB dringt daarom op onderzoek aan. De oproep is onder meer gericht aan de curatoren, die zelf in alle gevallen ook nog met onderzoek bezig zijn. (...)

Onjuiste informatie

Op basis van eigen onderzoek komt de VEB tot de conclusie dat in alle drie de zaken misleidende en onjuiste informatie is verstrekt in de periode voorafgaand aan het faillissement. De vereniging heeft zich bij de aantijgingen aan het adres van genoemde bedrijven gebaseerd op persberichten, halfjaarcijfers, jaarverslagen, alsmede op krantenartikelen en interviews. Verder zijn verslagen van curatoren en notulen van aandeelhoudersvergaderingen doorgespit. VEB heeft tevens inlichtingen van insiders ontvangen en gesproken met betrokkenen.

De VEB onderzoekt nog op welke wijze in deze kwesties juridische actie kan worden ondernomen en welke partijen naast de gefailleerde vennootschappen, aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de geleden verliezen. De VEB denkt daarbij aan (voormalig) bestuurders en commissarissen alsmede de betrokken accountants. (...)

Of de VEB daadwerkelijk juridische actie onderneemt, besluit de vereniging voor het eind van het jaar. Ze wil eerst het juridisch pad uitstippelen en weten of ze een redelijke kans heeft om de schade te verhalen. (...)"

(x) Een publicatie in nr. 2 van jaargang 2003 van Effect (gepubliceerd in februari 2003), met de titel "Spitten naar ondergang LCI", waarin – voor zover relevant – het volgende staat:

(...)

VEB-actie

De curatoren van LCI achten de kans op een uitkering aan concurrente schuldeisers en/of aandeelhouders nihil. De

VEB is niet verrast door deze conclusie. Ondertussen gaat de VEB door met het verzamelen van feiten naar de oorzaak van LCI's ondergang. Daarnaast onderzoekt de VEB de mogelijkheid om direct betrokkenen aansprakelijk te stellen voor de deconfiture van LCI. Daarbij wordt gedacht aan de directie die hij herhaling een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven aan aandeelhouders. Voorbeelden hiervan zijn het lang vasthouden aan de winstverdubbeling in drie jaar, de ontwikkeling van de SMARTpen en het aanhouden van de Motorola-claim.

Maar ook de commissarissen zijn tekort geschoten in hun taak als toezichthouder. Voorts gaat ook accountant PricewaterhouseCoopers niet vrijuit. Deze heeft de jaarrekening 2000/2001 van een goedkeurende verklaring voorzien, terwijl hij de Oostenrijkse fraude niet heeft onderkend. De kwaliteit van de jaarrekening was zo slecht dat LCI zich op 17 december 2001 genoodzaakt zag om deze jaarrekening in te trekken wegens onjuiste voorstelling van zaken. Daarbij achtte het bedrijf niet uitgesloten dat eerdere jaarrekeningen ook onjuist zijn. (...)”

2.8. In het op 15 juli 2002 door de curatoren van LCI gepubliceerde eerste tussentijdse (openbare) faillissementsverslag staat onder meer ten aanzien van de vooruitzichten voor schuldeisers en aandeelhouders het volgende vermeld:

“(…)

Afgezien van boedelbijdragen en de opbrengst van de verkoop van aandelen die niet aan de banken verpand zijn (Denemarken, System Plus) zijn er vooralsnog geen baten in de boedel te verwachten. (...)”

2.9. Op 18 juli 2002 heeft de VEB gedupeerde beleggers opgeroepen om zich bij haar te melden teneinde gezamenlijk juridische stappen te ondernemen. Verschillende kranten besteden aandacht aan deze oproep. Ook in de daaropvolgende maanden verschijnen in de media verschillende berichten over het onderzoek van VEB inzake LCI.

2.10. Op 17 december 2002 hebben de curatoren van LCI een tweede tussentijds faillissementsverslag gepubliceerd, waarin zij bekendmaakten dat de vooruitzichten voor aandeelhouders op uitkeringen nihil zijn.

2.11. Vervolgens hebben de curatoren van LCI hun “Verslag onderzoek faillissement van LCI-Technology Group N.V.” op 13 juni 2003 openbaar gemaakt.

2.12. Op 28 augustus 2003 is de Stichting opgericht.

2.13. Bij verzoekschrift van 11 oktober 2004 hebben VEB en een aantal aandeelhouders van LCI de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (hierna: de Ondernemingskamer) verzocht een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij LCI over de periode augustus 1994 tot en met december 2001. Bij beschikking van 3 januari 2006 heeft de Ondernemingskamer het verzochte onderzoek gelast en mr. L.P. van den Blink benoemd tot onderzoeker.

2.14. De onderzoeker heeft zijn rapport op 18 februari 2008 gedeponneerd. Bij gebreke van een budget voor een onderzoek in volle omvang heeft de onderzoeker zijn onderzoek beperkt tot – grofweg – het laatste boekjaar van LCI.

2.15. Op 12 juni 2008 zijn namens de VEB en namens de Stichting deurwaardersexploiten betekend aan Asseer c.s. De in zoverre inhoudelijk gelijklopende exploiten houden, voor zover hier van belang, het volgende in:

“(…)

7. De VEB/De Stichting houdt de (voormalig) bestuurder en commissarissen van LCI alsmede de accountant hoofdelijk aansprakelijk houdt voor de schade die de VEB, althans de aandeelhouders wier belangen zij behartigt, mogelijk hebben geleden als gevolg van het wanbeleid en/of onbehoorlijk bestuur binnen LCI en haar dochtervennootschappen dan wel onrechtmatig handelen/nalaten van de gerekwireerden jegens de VEB/de Stichting, althans de aandeelhouders wier belangen zij behartigt.

8. Dit exploit dient te worden opgevat als mededeling tot stuiting van verjaring van voornoemde rechtsvorderingen in de zin van artikel 3:317 BW. (...)”

2.16. Bij verzoekschrift van 16 april 2008 hebben VEB en een aantal aandeelhouders de Ondernemingskamer verzocht – kort gezegd – vast te stellen dat er bij LCI sprake is van wanbeleid, dat de verantwoordelijkheid daarvan rust bij Asseer en/of en commissarissen en dat PWC tekort is geschoten in de controle van de jaarrekening 2000/2001 van LCI. De Ondernemingskamer heeft bij uitspraak van 12 maart 2009 de verzoeken deels niet ontvankelijk verklaard (ten aanzien van de rol van PWC) en voor het overige afgewezen. De Ondernemingskamer heeft daarbij – kort samengevat – geoordeeld dat het verrichte onderzoek (door omstandigheden) slechts op een zodanig korte periode ziet en op een zodanig klein deel van de te onderzoeken onderwerpen, dat het geen voldoende grondslag kan opleveren op te kunnen vast te stellen dat er sprake was van wanbeleid bij LCI. Bij arrest van 10 september 2010 heeft de Hoge Raad deze uitspraak bekrachtigd.

3. Beoordeling

3.1. VEB en de Stichting hebben in deze procedure – samengevat – op de voet van artikel 3:305a BW verklaringen voor recht gevorderd dat:

- de jaarstukken 2000/2001 van LCI een misleidende voorstelling hebben gegeven van de toestand van LCI in de zin van artikel 2:139 en/of 2:150 BW;
- die misleidende voorstelling te wijten is aan Asseer en aan een tekortkoming in het toezicht door de Commissarissen;
- PWC onrechtmatig heeft gehandeld door goedkeuring te geven aan de jaarrekening 2000/2001 van LCI;
- causaal verband bestaat tussen de misleidende stukken en beleggingsbeslissingen die tussen – grofweg – juni en december 2001 zijn genomen, behoudens tegenbewijs;
- Asseer en de Commissarissen een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling respectievelijk onbehoorlijk toezicht kan worden gemaakt en dat de aandeelhouders die daardoor afgeleide schade hebben geleden direct een schadevergoedingsvordering kunnen instellen jegens Asseer c.s.;
- dat degenen die tussen – grofweg – juni en december 2001 de beleggingsbeslissingen hebben genomen met betrekking tot LCI onder “derden” vallen in de zin van artikel 2:139 en 2:150 BW.

3.2. De Commissarissen hebben vervolgens in een door hen in eerste aanleg opgeworpen incident gevorderd dat VEB en de Stichting niet-ontvankelijk worden verklaard dan wel dat hun vorderingen worden afgewezen omdat zij geen voldoende belang (meer) hebben bij de door hen gevorderde verklaringen voor recht. Daaraan hebben zij ten grondslag gelegd dat de door VEB en de Stichting beweerde vorderingen van aandeelhouders op Asseer c.s. op grond van onrechtmatig handelen zijn verjaard, althans dat de aandeelhouders hun rechten hebben verwerkt. Het belang van VEB en de Stichting bij de gevorderde verklaringen voor recht is daarmee komen te ontvallen, zodat aan VEB en de Stichting op grond van artikel 3:303 BW geen vorderingsrecht toekomt. Asseer heeft zich in het incident aan de zijde van de Commissarissen gevoegd en heeft een soortgelijke vordering als die van de Commissarissen ingesteld. Tegen de incidentele vorderingen is door VEB en de Stichting verweer gevoerd.

3.3. In het bestreden vonnis is het beroep op de ontstentenis van belang van VEB en de Stichting bij hun vorderingen gehonoreerd, mede aan de hand van een afweging van belangen met inachtneming van de mogelijkheid dat alle vorderingen van de aandeelhouders zouden kunnen zijn verjaard en op grond van het oordeel dat VEB en de Stichting, in het licht van die afweging, onvoldoende concrete feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit hun belang bij hun vorderingen volgt. VEB en de Stichting zijn door de rechtbank aldus niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen VEB en de Stichting met 16 grieven op.

3.4. Grief 1 is een inleidende grief zonder zelfstandige betekenis en behoeft dan ook geen behandeling.

3.5. Met grief 2 stellen VEB en de Stichting dat de rechtbank in het bestreden vonnis ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen dat bij een collectieve actie plaats is voor een oordeel over de vraag of de vorderingen van de individuele gedupeerden geheel of grotendeels zijn verjaard en voor een daarop gebaseerde niet-ontvankelijkverklaring

van de rechtspersoon die in een procedure voor hun belangen opkomt.

3.6. Op zichzelf is juist dat een collectieve actie zich niet leent voor de beantwoording van de vraag of elk van de vorderingen van de individuele gerechtigden is verjaard. Uit r.o. 4.3 e.v. van het bestreden vonnis blijkt echter dat de rechtbank zulks ook niet heeft gedaan. De rechtbank heeft aangenomen dat een beroep op verjaring van de vorderingen van de individuele belanghebbenden en, in het verlengde daarvan, op het ontbreken van belang bij de voor hen opkomende rechtspersoon, in het onderhavige geval meebrengt dat onderzocht dient te worden of deze rechtspersoon voldoende concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit, in weerwil van het beroep op de verjaring van de onderliggende vorderingen van de gedupeerden, het bestaan van een belang voor de rechtspersoon blijkt. Aldus heeft de rechtbank zich terecht onthouden van een beoordeling van de verjaring van de vorderingen van de afzonderlijke gedupeerden. Deze grief faalt dan ook.

3.7. Het hof ziet aanleiding thans de grieven 3 en 8 tot en met 16 te behandelen die opkomen tegen het oordeel van de rechtbank dat het overgrote deel van de vorderingen van de aandeelhouders in LCI is verjaard.

3.8. Krachtens artikel 3:310 lid 1 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Hierbij moet onder bekendheid worden verstaan voldoende subjectieve bekendheid om daadwerkelijk in staat te zijn een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen. Zulks evenwel met dien verstande dat indien de benadeelde het nog nodige onderzoek heeft nagelaten om bekend te raken met de schade en de identiteit van de aansprakelijke persoon, de rechtszekerheid en de billijkheid die gemoeid zijn met het instituut van de verjaring kunnen meebrengen, afhankelijk van zijn wetenschap, de aard van het eventueel nog nodige onderzoek en de verdere omstandigheden van het geval, dat een beroep op subjectieve onbekendheid ter afwering van een beroep op verjaring niet kan worden aanvaard.

3.9. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank op basis van de hiervoor onder 2.7 genoemde publicaties geoordeeld dat het in ieder geval in februari 2003 voor het overgrote deel van de aandeelhouders in LCI voldoende duidelijk moet zijn geweest dat Asseer c.s. konden worden aangesproken voor de door hen geleden schade. Daarvan uitgaande heeft de rechtbank verder geoordeeld dat het op de weg van VEB en de Stichting lag om voldoende concrete feiten en omstandigheden te stellen waaruit desondanks hun belang bij de gevorderde verklaringen voor recht blijkt, hetgeen zij volgens de rechtbank niet hadden gedaan.

3.10. Het hof is van oordeel dat de (de meeste) aandeelhouders in ieder geval op 17 december 2001 (of althans kort daarna) bekend zijn geworden met hun schade toen LCI op die datum door de rechtbank Den Bosch in staat van faillissement werd verklaard. Het geschil over de (aanvang van de) verjaring betreft derhalve de aansprakelijke persoon of personen, meer in het bijzonder allereerst de vraag of zij eerder dan vijf jaren vóór de stuiting van de verjaring door de VEB subjectief, en dus daadwerkelijk, ermee bekend waren dat Asseer, Schonis, Maes dan wel Tollenaar voor hun schade aansprakelijk zijn en vervolgens, indien zij dat niet waren, de vraag of zij zich op hun subjectieve onbekendheid kunnen beroepen ter afwering van een beroep op verjaring.

3.11. Het hof constateert dat al deze publicaties zijn te herleiden tot VEB. Deze publicaties betreffen immers ofwel publicaties van VEB zelf in haar magazine Effect ofwel (kranten)artikelen waarin er melding van wordt gemaakt dat VEB een mogelijke aansprakelijkstelling van het bestuur en de commissarissen aan het onderzoeken is, onder aanhaling van in dat verband positieve uitspraken van haar bestuurder De Vries. Uit deze publicaties blijkt evenwel niet van concrete feiten die een aandeelhouder daadwerkelijk in staat stellen een rechtsvordering tot vergoeding van de schade tegen het bestuur en/of de commissarissen in te stellen. Daarvoor was de berichtgeving ook overigens te weinig concludent, zoals volgt uit onder meer de volgende citaten:

“...zoeken de beleggers nu naar mogelijkheden om voormalige bestuurders van LCI aansprakelijk te stellen”.

“Verder zijn ook vraagtekens te zetten ...”.

“...bekijkt in hoeverre er ten behoeve van de gedupeerde aandeelhouders actie kan worden ondernomen.”

“Op basis van de uitkomst van de onderzoeken van de toezichthouders en curatoren, alsmede andere (publieke) informatiebronnen zal de VEB in een vervolgfase beoordelen of er voldoende basis bestaat om juridische actie te ondernemen.”

“Het is nog niet duidelijk of de VEB juridische stappen gaat ondernemen en wie er wordt aangepakt”

“De VEB onderzoekt op welke wijze in deze kwesties juridische actie kan worden ondernomen en welke partijen, naast de gefailleerde vennootschappen, aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de geleden verliezen.”

“De VEB heeft nog steeds geen besluit genomen of tegen voormalige bestuurders en commissarissen of betrokken accountants een juridische procedure wordt begonnen.”

“Of de VEB daadwerkelijk juridische actie onderneemt, besluit de vereniging voor het eind van het jaar. Ze wil eerst het juridisch pad uitstippelen en weten of ze een redelijke kans heeft om de schade te verhalen.”

3.12. De bestuurder van VEB heeft in een aantal artikelen met enige stelligheid gemeld dat op grond van “hard materiaal” verwijtbaar handelen kan worden aangenomen van (onder meer) het bestuur en de commissarissen door – kort gezegd – ondeugdelijke interne controle, falend toezicht en het verstrekken van onjuiste en misleidende informatie, maar (daargelaten dat het in de lijn der verwachting ligt dat een belangenorganisatie zich in de media uitgesproken zal uitlaten om de aandacht van gedupeerde beleggers te trekken) daarmee was voor de individuele aandeelhouder – al aannemende dat deze de berichtgeving heeft gelezen – nog niet voldoende wetenschap gegeven om daadwerkelijk jegens Asseer, Schonis, Maes dan wel Tollenaar een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen. Voor het daadwerkelijk tegen één of meer van hen instellen van een rechtsvordering tot schadevergoeding zou immers ten minste ook vereist zijn geweest voldoende kennis van meer concrete aanwijzingen over wat de betrokken bestuurder en de commissarissen persoonlijk fout hebben gedaan. Die kennis werd in de berichtgeving niet, althans niet voldoende gegeven en die kennis was blijkens de berichtgeving zelfs in februari 2003 niet, althans niet met voldoende zekerheid voorhanden, getuige de uitspraak van VEB in haar laatst hiervoor geciteerd bericht in haar publicatie nr. 2 van jaargang 2003 van Effect (gepubliceerd in februari 2003):

“Daarnaast onderzoekt de VEB de mogelijkheid om direct betrokkenen aansprakelijk te stellen voor de deconfiture van LCI.”

Uit het gegeven dat VEB in februari 2003 nog aan het onderzoeken was of een persoon aansprakelijk kon worden gesteld, volgt dat een individuele aandeelhouder toen niet al zelf geacht kan worden, op grond van de mededelingen van VEB in de aangehaalde artikelen, al de nodige zekerheid te hebben verkregen om daadwerkelijk een rechtsvordering tot schadevergoeding in te kunnen stellen. Dit geldt ook voor zover de vorderingen van de aandeelhouders (in het voetspoor van de onderhavige vorderingen van VEB en de Stichting zoals hiervoor onder 1 (i) t/m (v) weergegeven) gegrond zouden zijn op het bepaalde in de artikelen 2:139 en 2:150 BW, waarvoor het vereiste van een “ernstig verwijt” niet geldt. Uit de berichtgeving kan ook in dit opzicht niet met voldoende zekerheid worden afgeleid – mede vanwege de mededelingen van VEB dat nog nader onderzoek nodig was – dat door de jaarrekening, tussentijdse cijfers die de vennootschap bekend heeft gemaakt of door het jaarverslag in de zin van die bepalingen een misleidende voorstelling is gegeven van de toestand van de vennootschap om daadwerkelijk jegens één of meer van Asseer c.s. een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen.

3.13. Het hof is voorts van oordeel dat in februari 2003 ook nog niet van de aandeelhouders redelijkerwijs kon worden verlangd dat zij (zelf afzonderlijk) nader onderzoek zouden instellen naar de aansprakelijke personen, in die zin dat het nalaten daarvan (te zijner tijd in eventueel door hen in te stellen procedures) aan een beroep op hun subjectieve onbekendheid, ter afwering van een beroep op verjaring, in de weg staat. Allereerst zou het nodige onderzoek voor de individuele aandeelhouders, naar valt aan te nemen, nog een relatief kostbare aangelegenheid zijn geweest (althans in ieder geval voor de aandeelhouders wier schade die kosten niet zou rechtvaardigen), en bovendien valt alleszins te begrijpen, mede vanwege de met een onderzoek gemoeide kosten, dat de aandeelhouders die de berichten over het onderzoek door de VEB in de media volgden – en om die aandeelhouders gaat het bij het onderhavige beroep op verjaring – niet alleen de verdere, meer definitieve conclusies van de VEB hebben willen afwachten, maar ook vooral, het, wellicht nog meer dan dat van de VEB als objectief aan te merken, onderzoek door de curatoren.

3.14. Dit brengt mee, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, (i) dat de verjaring van de vorderingen van de individuele aandeelhouders niet, vanwege de aangehaalde berichtgeving in de media, geacht kan worden op grond van hun (subjectieve) bekendheid te zijn aangevangen in februari 2003 en aldus in maart 2008 te zijn voltooid en (ii) dat de aandeelhouders zich daarop kunnen beroepen.

3.15. Om de hiervoor gegeven redenen gaat ook niet op het standpunt van Asseer c.s. dat de verjaring al eerder dan in februari 2003 was aangevangen. Asseer c.s. hebben een reeks van mogelijke eerdere data genoemd waarop de verjaring zou zijn aangevangen, onder verwijzing naar eerdere berichtgevingen in de media, maar ook deze ontberen de nodige concrete feiten aangaande persoonlijke aansprakelijkheid van Asseer, Schonis, Maes dan wel Tollenaar.

3.16. VEB heeft bij exploten van 12 juni 2008 de verjaring van de vorderingen van de aandeelhouders gestuit. Naar het oordeel van het hof heeft zij dit tijdig gedaan.

3.17. In het onderhavig geval konden de aandeelhouders – uitgezonderd wellicht zij die over meer kennis beschikten dan publiekelijk toegankelijk was – niet eerder dan na het verschijnen van het op 13 juni 2003 openbaar gemaakte rapport van de curatoren over de oorzaken van het faillissement van LCI (zie hiervoor onder 2.11) geacht worden over voldoende kennis te kunnen beschikken om daadwerkelijk een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen (in de gegrondheid waarvan het hof zich overigens nog niet heeft verdiept), althans kwamen toen pas voldoende concrete feiten en omstandigheden aangaande de oorzaken van het faillissement van LCI naar buiten die meebrachten dat van hen verlangd kon worden dat zij met het oog op het vaststellen van aansprakelijkheid van Asseer c.s. actie zouden ondernemen.

3.18. Dit leidt tot het oordeel dat de VEB de verjaring van de vorderingen van de aandeelhouders in LCI met de exploten van 12 juni 2008 binnen vijf jaren nadien en derhalve tijdig heeft gestuit, zodat de desbetreffende vorderingen niet zijn verjaard. De grieven 3 en 8 tot en met 16 treffen derhalve doel.

3.19. Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat ook het oordeel in het bestreden vonnis dat het op de weg van VEB en de Stichting had gelegen om te stellen – en zo nodig te bewijzen – dat zij een voldoende belang bij toewijzing van de gevorderde verklaringen voor recht hebben geen stand kan houden. Bij deze stand van zaken mag immers van het bestaan van een voldoende belang worden uitgegaan. De grieven 4, 5 en 6 behoeven derhalve geen bespreking.

3.20. Met grief 7 komen VEB en de Stichting op tegen de door de rechtbank in r.o. 4.12 van het bestreden vonnis gemaakte afweging van de over en weer betrokken belangen. Nu geoordeeld is dat de vorderingen van (het overgrote deel van) de aandeelhouders van LCI niet zijn verjaard en dat het belang van VEB en de Stichting is gegeven, is een belangenafweging niet aan de orde, althans dient deze in het voordeel van VEB en de Stichting uit te pakken. Ook grief 7 treft derhalve doel.

3.21. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat VEB en de Stichting ontvankelijk zijn in hun op de voet van artikel 3:305a BW tegen Asseer c.s. ingestelde vorderingen. Omdat in eerste aanleg en in hoger beroep tot op heden alleen over de ontvankelijkheid in verband met het beroep op verjaring en het ontbreken van belang is geoordeeld, ziet het hof aanleiding om partijen de gelegenheid te geven tot een nadere memoriëwisseling, waarmee partijen ter gelegenheid van het pleidooi hebben ingestemd. Asseer c.s. hebben daarbij expliciet te kennen gegeven bij deze nadere memoriëwisseling geen beroep te zullen doen op de twee conclusieregel.

3.22. Alvorens over te gaan tot de nadere memoriëwisseling ziet het hof, vanwege de te verwachten nog mogelijk lange duur van deze procedure, de daarmee gemoeide kosten, het verslag van de curatoren en het enquêterapport – die in deze procedure overigens geenszins bindend zijn en open staan voor alle door partijen (desgewenst nog nader) te geven op- en aanmerkingen – en het gegeven dat de kwesties die onderwerp zijn van deze procedure zich inmiddels meer dan 15 jaar geleden hebben afgespeeld, aanleiding om een comparitie te bepalen teneinde de verdere verloop van deze procedure te bespreken dan wel een schikking te beproeven.

3.23. Het hof zal iedere verdere beslissing aanhouden.

4. Beslissing

Het hof,

verwijst de zaak naar de rol van 29 maart 2016 voor opgave door de advocaten van partijen van de verhinderdata in de maanden april en mei 2016;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

1. De VEB en de Stichting VEB Actie LCI (de “Stichting”) zijn alsnog ontvankelijk in hun op grond van art. 3:305a BW ingestelde vorderingen tegen de oud-bestuurder en oud-commissarissen (“Asseer c.s.”) van het in 2001 gefailleerde LCI Group Technology N.V. (“LCI”). De Rechtbank Amsterdam (Zie Rb. Amsterdam 15 januari 2014, [«JOR» 2014/91](#)) was eerder tot de conclusie gekomen dat zij niet-ontvankelijk waren, omdat kort gezegd de vorderingen van de aandeelhouders in LCI op Asseer c.s. verjaard waren. Op grond daarvan oordeelt de rechtbank dat de VEB en de Stichting geen belang meer hebben bij hun vorderingen. Het hof komt nu tot een andere conclusie.
2. Het onderhavige geschil betreft de toepassing van art. 3:310 BW en in het bijzonder het moment van (het begin van) de verjaring. Voor een uitgebreide bespreking van dit onderwerp en een overzicht van relevante jurisprudentie verwijs ik naar B.M. Jonk-Van Wijk en N. de Boer, ‘Verjaring=bekendheid=bestaande schade=opeisbaarheid?’, *ORP* 2012, p. 23-36; J.C.J. Wouters, ‘De aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW’, *WPNR* 2010/6852, p. 603-613 en HR 6 april 2012 en HR 4 mei 2012: weer twee arresten over de aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW (I) *WPNR* 2013/6964, p. 141-146. Zie meer recent de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 14 november 2014, *NJ* 2015/207, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.
3. De feiten zijn als volgt: het voormalig beursgenoteerde LCI is op 17 december 2001 failliet verklaard. Op 17 december 2002 publiceren de curatoren een (tweede) tussentijds faillissementsverslag, waarin zij bekendmaken dat de vooruitzichten voor aandeelhouders op uitkeringen nihil zijn.
4. In 2002 en 2003 verspreidt de VEB diverse persberichten en verschijnen diverse krantenberichten waarin gewag wordt gemaakt van het verwijtbaar handelen van het bestuur en de raad van commissarissen. Gedupeerde aandeelhouders worden opgeroepen om gezamenlijk juridische stappen tegen LCI te ondernemen. In februari 2003 verschijnt er in het tijdschrift *Effect* een publicatie (‘Spitten naar de ondergang LCI’) waarin de VEB aangeeft, ondanks dat de curatoren van LCI de kans op een uitkering aan de aandeelhouders nihil achten, door te zullen gaan met onderzoek naar de oorzaak van LCI’s ondergang met het doel om uiteindelijk de direct betrokkenen, zoals de directie en commissarissen, aansprakelijk te stellen. Zie voor een overzicht van de diverse publicaties in de media sub 2.7 van het arrest.
5. Op 13 juni 2003 publiceren de curatoren hun “Verslag onderzoek faillissement van LCI-Technology Group N.V.” (het “Curatorenrapport”). Bij verzoekschrift van 11 oktober 2004 verzoeken de VEB en een aantal aandeelhouders van LCI de OK een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij LCI. Bij beschikking van 3 januari 2006 gelast de OK het verzochte onderzoek en benoemt een onderzoeker. Op 18 februari 2008 heeft de onderzoeker zijn rapport, dat vanwege gebrek aan budget beperkt is tot het laatste boekjaar van LCI, gedeponeerd bij de griffie van de OK.
6. Op 12 juni 2008 worden namens de VEB en de Stichting deurwaardersexploiten betekend aan Asseer c.s., waarin wordt gepoogd de verjaring van de vorderingen op grond van wanbeleid of onbehoorlijk bestuur te stuiten. Bij verzoekschrift van 16 april 2008 verzoeken de VEB en een aantal aandeelhouders de OK vast te stellen dat er bij LCI sprake is van wanbeleid. De OK heeft dit verzoek op 12 maart 2009 afgewezen. Bij beschikking van 10 september 2010 heeft de Hoge Raad deze uitspraak bekrachtigd. Zie OK 10 september 2009, [«JOR» 2009/132](#), m.nt. Bartman en HR 10 september 2010, [«JOR» 2010/304](#), m.nt. Bartman (enquêteprocedure LCI).
7. In december 2011 starten de VEB en de Stichting een procedure bij de Rechtbank Amsterdam tegen Asseer c.s. Zij vorderen op grond van art. 3:305a BW een aantal verklaringen voor recht gericht op het aanwijzen van de aansprakelijke personen voor de teloorgang van LCI, voornamelijk in verband met misleidende jaarrekeningen en

onbeoorlijk bestuur. Asseer c.s. vorderen in een incident onder meer dat de VEB en de Stichting niet-ontvankelijk worden verklaard dan wel dat hun vorderingen worden afgewezen, omdat zij geen voldoende belang (meer) hebben bij de door hen gevorderde verklaringen voor recht (art. 3:303 BW) nu de vorderingen van de (individuele) aandeelhouders op Asseer c.s. op grond van onrechtmatig handelen zijn verjaard.

8. De rechtbank oordeelt dat de VEB en de Stichting niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen. Volgens de rechtbank zijn de aandeelhouders, gebaseerd op de toen beschikbare informatie (zoals het in par. 4 hierboven genoemde artikel 'Spitten naar de ondergang LCI'), sinds 1 maart 2003 bekend met de aansprakelijke personen en sindsdien dan ook in staat om een rechtsvordering tegen hen in te stellen. Op 1 maart 2003 is *in ieder geval* de verjaringstermijn gaan lopen en als gevolg daarvan had er dus uiterlijk op 1 maart 2008 moeten worden gestuit. Dit hebben de VEB en de Stichting nagelaten, met als gevolg dat de vorderingen zijn verjaard. De VEB en de Stichting gaan tegen dit oordeel in hoger beroep.

9. In hoger beroep spitst het debat zich toe op de vraag wanneer de aandeelhouders er subjectief en dus daadwerkelijk mee bekend waren dat Asseer c.s. voor hun schade aansprakelijk zijn. Deze vraag is met name van belang voor de vraag wanneer de aandeelhouders werkelijk in staat waren een rechtsvordering tot vergoeding van de door hen geleden schade in te stellen en is dus relevant voor de aanvang van de verjaringstermijn. Vervolgens staat het hof stil bij een tweede vraag, namelijk of de aandeelhouders, indien zij niet bekend waren met de aansprakelijke personen, zich op hun subjectieve onbekendheid kunnen beroepen ter afwering van een beroep op verjaring.

10. Over de hiervoor onder par. 4 genoemde mediapublicaties constateert het hof dat deze allemaal zijn te herleiden tot de VEB en dat daarin melding wordt gemaakt van mogelijke aansprakelijkstelling van Asseer c.s. "onder aanhaling van in dat verband positieve uitspraken van haar bestuurder De Vries". Het hof vervolgt dat uit deze publicaties echter niet blijkt van voldoende concrete feiten die een aandeelhouder daadwerkelijk in staat stellen een rechtsvordering tot vergoeding van de schade tegen Asseer c.s. in te stellen (r.o. 3.11).

11. Voorts overweegt het hof dat "de bestuurder van VEB in een aantal artikelen met enige stelligheid [heeft] gemeld dat op grond van "hard materiaal" verwijtbaar handelen kan worden aangenomen van (onder meer) het bestuur en de commissarissen door – kort gezegd – ondeugdelijke interne controle, falend toezicht en het verstrekken van onjuiste en misleidende informatie, maar [...] daarmee was voor de individuele aandeelhouder [...] nog niet voldoende wetenschap gegeven om daadwerkelijk jegens de voormalige functionarissen een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen" (r.o. 3.12).

12. Volgens het hof dienen er voor het daadwerkelijk kunnen instellen van een rechtsvordering tegen Asseer c.s. meer concrete aanwijzingen te zijn over de persoonlijke fouten van Asseer c.s. Ook vanwege het feit dat de VEB in februari 2003 nog aangaf zelf verder onderzoek te willen doen, is het hof van oordeel dat op grond van de diverse mediapublicaties van de VEB de aandeelhouders niet "de nodige zekerheid hebben verkregen om daadwerkelijk een rechtsvordering tot schadevergoeding in te kunnen stellen" (r.o. 3.12). Volgens het hof is dat pas het geval na het verschijnen van het Curatorenrapport op 13 juni 2003, waarover hieronder meer.

13. Bij het oordeel van het hof dat de aandeelhouders niet in staat waren een rechtsvordering tot vergoeding in te stellen omdat de mediapublicaties concrete feiten zouden ontberen en daardoor de nodige zekerheid ontbrak om een vordering in te kunnen stellen, heb ik mijn twijfels. De vraag die zich opdringt, is waarom de aandeelhouders niet in staat zouden zijn geweest een vordering in te stellen jegens de voormalige bestuurder en commissarissen op basis van de toen beschikbare informatie en toch vrij duidelijke en specifieke verwijten van de VEB (zie bijvoorbeeld de artikelen in Effect, 'LCI droom is ook bedrog' in januari 2002 en 'Spitten naar ondergang LCI' in februari 2003). Ik vraag mij af wat de aandeelhouders in dit geval nog meer nodig hadden om een vordering in te stellen tegen Asseer c.s. Het is immers niet vereist dat de aandeelhouders absolute zekerheid hebben verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van Asseer c.s. Bovendien is niet vereist dat zij daadwerkelijk bekend zijn met de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden waaruit voor hen de schade voortvloeit (HR 9 juli 2010, **«JOR» 2010/294**, m.nt. Delhaas). Ook is niet vereist dat reeds duidelijk is dat de door de aandeelhouders in te stellen vordering voor toewijzing vatbaar is (HR 14 november 2014, *NJ* 2015/207, r.o. 3.4, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.).

14. Het hof is van mening dat de aandeelhouders pas bij het verschijnen van het "als objectief aan te merken"

Curatorenrapport over voldoende kennis konden beschikken om een rechtsvordering in te stellen (zie r.o. 3.13). Los van de vraag of dit soort rapporten van curatoren als objectief aangemerkt kan worden, doet zich de vraag voor of uit het Curatorenrapport informatie kan worden gehaald die ertoe leidt dat de aandeelhouders zoals het hof stelt “meer concrete aanwijzingen hebben over wat de betrokken bestuurder en de commissarissen persoonlijk fout hebben gedaan” (r.o. 3.12).

15. Opmerkelijk is dat de conclusie van het Curatorenrapport is dat Asseer c.s. *niet* tekortgeschoten zijn in hun behoorlijke taakvervulling onder meer op basis van art. 2:9, 2:138 en 2:139 BW. Het is mij dan ook niet duidelijk hoe het Curatorenrapport heeft kunnen bijdragen aan de mogelijkheid voor de aandeelhouders hun vorderingen in te kunnen stellen. Wellicht kan worden betoogd dat er andere relevante informatie over oorzaken van het faillissement in staat die van nut kan zijn voor de aandeelhouders die niet in de VEB-publicaties werden vermeld. Dat zal in het vervolg van deze procedure ongetwijfeld aan de orde komen.

16. De korte verjaringstermijn van art. 3:310 BW staat niet alleen in het teken van het rechtsbeginsel van de rechtszekerheid, maar ook van dat van de billijkheid. Dat brengt met zich dat het voor de aandeelhouders mogelijk is zich te beroepen op hun subjectieve onbekendheid met de aansprakelijke persoon ter afwering van een beroep op verjaring door Asseer c.s. (de tweede vraag genoemd in par. 9). Hierbij zijn volgens het hof onder meer de wetenschap van de aandeelhouders, de aard van het eventueel nog nodige onderzoek en de verdere omstandigheden van belang (r.o. 3.8 en 3.10). Het beroep van de aandeelhouders op hun subjectieve onbekendheid gaat echter niet op indien de identiteit met een beperkt onderzoek gemakkelijk kon worden vastgesteld, aldus het Bemoti-arrest (HR 3 december 2010, *NJ* 2012/196, m.nt. Du Perron (*X/Bemoti*)). Van Swaaij en Walrecht melden onder verwijzing naar het Bemoti-arrest dat verwijtbaar stilzitten niet beloond mag worden en dat ook bij subjectieve onbekendheid de korte verjaringstermijn gaat lopen indien de benadeelde een beperkt onderzoek naar de identiteit van de aansprakelijke persoon achterwege heeft gelaten (zie J.H.M. van Swaaij en I.M. Walrecht, ‘Art. 3:310 BW, subjectieve bekendheidseis en niet-stuiting verjaring zijdens minderjarige’, *MvV* 2011, p. 176) Deze gedachte is ook terug te vinden in de lagere rechtspraak (zie bijv. Hof Den Haag 2 februari 2016, *NJF* 2016/144; Hof ’s-Hertogenbosch 24 september 2013, *NJF* 2013/444; Rb. Noord-Nederland 13 mei 2015, [ECLI:NL:RBNNE:2015:2308](#)).

17. In dit geval kan men evenzeer betogen dat de aandeelhouders hebben nagelaten een beperkt (en zeer eenvoudig) onderzoek te doen naar de identiteit van de aansprakelijke persoon en zich als gevolg hiervan dus niet meer kunnen beroepen op hun subjectieve onbekendheid. Het hof heeft in deze zaak voor een andere weg gekozen dan de hierboven geschetste weg. Het hof lijkt het eenvoudige onderzoek naar de identiteit van de aansprakelijke persoon afgeleid uit het Bemoti-arrest in deze casus op te rekken naar een omvangrijker en kostbaarder onderzoek (r.o. 3.13). Volgens het hof kon van de aandeelhouders geen afzonderlijk nader onderzoek worden verlangd, mede gelet op de daarmee gepaard gaande kosten. Het is dan ook alleszins begrijpelijk dat de aandeelhouders de verdere conclusies van de VEB en het “meer objectieve onderzoek” van de curatoren hebben afgewacht, aldus het hof.

18. Uiteindelijk oordeelt het hof dat de datum van het Curatorenrapport (d.d. 13 juni 2003) geldt als startpunt voor het lopen van de korte verjaringstermijn. Dit leidt ertoe dat de verjaring van de vorderingen met de exploten van 12 juni 2008 tijdig is gestuit. Zie in dit kader ook VEB/Deloitte c.s. (HR 28 maart 2014, [«JOR» 2014/196](#), m.nt. De Haan (*VEB/Deloitte c.s.*)) waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat een 305a-organisatie buiten rechte de verjaring voor haar achterban kan stuiten (zie verder Thomas Arons en Geert Koster, ‘20 jaar collectieve actie in het Nederlandse BW’, *Ondernemingsrecht* 2014/68).

19. Het hof zoekt zo in deze uitspraak de grenzen van de billijkheid op om de aandeelhouders te hulp te schieten om te voorkomen dat zij geen effectieve mogelijkheid hebben vergoeding van hun schade te vorderen. Ook het oordeel van het hof dat de aandeelhouders pas na het Curatorenrapport in staat waren een vordering in te stellen, laat zien dat de VEB bij het hof een gewillig oor had.

20. Al met al is dit arrest van het hof goed nieuws voor beleggers. Met dit arrest op zak kunnen beleggers in bedrijven die naderhand failliet zijn gegaan in aansprakelijkheidsprocedures in beginsel met succes betogen dat zij het oorzakenrapport van de curator hebben mogen afwachten voordat de verjaringstermijn van hun vorderingen gaat lopen, en kunnen publieke uitingen van de VEB hun in beginsel niet worden tegengeworpen. Aldus ook E.M. Soerjatin, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid: de hits van 2014-2015’, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate*

Litigation 2015-2016, p. 34.

mr. D.-J.F.F.M. Duynstee, advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam
