

arrest

AFSCHRIFT

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.152.046/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/510440 / HA ZA 12-189

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 16 februari 2016

inzake

1. de vereniging

VEB NCVB,

2. de stichting

VEB ACTIE LCI,

beide gevestigd te 's-Gravenhage,

advocaat: mr. A.R.J. Croiset van Uchelen te Amsterdam,
appellanten,

tegen

1. **Salman Sam ASSEER,**

wonende te La Pêche, Canada,

advocaat mr. J.G. Princen te Rotterdam,

2. **Hendrikus Marinus Nicholas SCHONIS,**

wonende te Waalwijk,

advocaat mr. J. Flemming te Amsterdam,

3. **Rik Emiel MAES,**

wonende te Amsterdam,

advocaat mr. J. Flemming te Amsterdam,

4. **Johannes Cornelis TOLLENAAR,**

wonende te Eindhoven,

advocaat mr. J. Flemming te Amsterdam,

geïntimeerden.

1. **Het geding in hoger beroep**

Appellanten zullen hierna VEB en de Stichting worden genoemd. Geïntimeerden zullen hierna gezamenlijk Asseer c.s. worden genoemd en afzonderlijk Asseer, Schonis, Maes en Tollenaar. Schonis, Maes en Tollenaar zullen samen de Commissarissen worden genoemd.

VEB en de Stichting zijn bij gelijklopende dagvaardingen van 11 april 2014 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 15 januari 2014, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen enerzijds VEB en de Stichting,

als eiseressen in de hoofdzaak en verweersters in het incident, en anderzijds Asseer, als gedaagde in de hoofdzaak en gevoegde partij in het incident aan de zijde van de Commissarissen, de Commissarissen, als gedaagden in de hoofdzaak en eisers in het incident, en Pricewaterhousecoopers Accountants N.V., als gedaagde in de hoofdzaak.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord van Asseer, met producties;
- memorie van antwoord van de Commissarissen, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 12 oktober 2015 doen bepleiten, VEB en de Stichting door mr. Croiset van Uchelen voornoemd, Asseer door mr. V. Terlouw, advocaat te Rotterdam, en de Commissarissen door mr. L.M.H.A.A. Hennekens, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. VEB en de Stichting hebben ter gelegenheid van het pleidooi nog twee producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

VEB en de Stichting hebben geconcludeerd dat het hof, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- I. het bestreden vonnis zal vernietigen;
- II. opnieuw rechtdoende, voor recht zal verklaren:
 - (i) dat door de jaarrekening 2000/2001 van LCI Group Technology N.V. (hierna: LCI) een misleidende voorstelling is gegeven van de toestand van LCI in de zin van artikel 2:139 BW en artikel 2:150 BW;
 - (ii) dat door het jaarverslag 2000/2001 van LCI een misleidende voorstelling is gegeven van de toestand van LCI in de zin van artikel 2:139 BW;
 - (iii) dat de misleidende voorstelling van de toestand van LCI door de jaarrekening te wijten is aan Asseer;
 - (iv) dat de misleidende voorstelling van de toestand van LCI door het jaarverslag 2000/2001 te wijten is aan Asseer;
 - (v) dat de misleidende voorstelling van de toestand van LCI door de jaarrekening 2000/2001 te wijten is aan een tekortkoming in het toezicht door Schonis en/of Tollenaar en/of Maes;
 - (vi) dat het causaal verband in de zin van *conditio sine qua non*-verband tussen enerzijds de misleidende jaarrekening 2000/2001 en/of het misleidende jaarverslag 2000/2001 en anderzijds beleggingsbeslissingen in de periode tussen 14 juni 2001 en 17 december 2001 (althans 13 november 2001, althans 25 oktober 2001) vaststaat, behoudens tegenbewijs;
 - (vii) dat Asseer een ernstig verwijt kan worden gemaakt van onbehoorlijke taakvervulling, en dat de aandeelhouders die als gevolg daarvan 'afgeleide schade' hebben geleden zoals omschreven in de inleidende dagvaarding rechtstreeks een vordering kunnen instellen tegen Asseer ter verkrijging van compensatie voor deze schade;
 - (viii) dat Schonis en/of Tollenaar en/of Maes een ernstig verwijt kan worden gemaakt van onbehoorlijk toezicht, en dat de aandeelhouders die als gevolg daarvan

- 'afgeleide schade' hebben geleden zoals omschreven in de inleidende dagvaarding rechtstreeks een vordering kunnen instellen tegen Schonis en/of Tollenaar en/of Maes ter verkrijging van compensatie voor deze schade;
- (ix) dat degenen die tussen 14 juni 2001 en 17 december 2001 (althans 13 november 2001, althans 25 oktober 2001) beleggingsbeslissingen hebben genomen met betrekking tot LCI onder 'derden' vallen in de zin van artikel 2:139/150 BW;
- III. Asseer c.s. hoofdelijk zal veroordelen om al hetgeen VEB en de Stichting ter uitvoering van het bestreden vonnis aan Asseer c.s. hebben voldaan aan VEB en de Stichting terug te betalen, met rente;
- IV. Asseer c.s. hoofdelijk zal veroordelen in de kosten van het geding in beide instanties, met nakosten en rente.

Asseer heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis bekrachtigt, met - uitvoerbaar bij voorraad - hoofdelijke veroordeling van VEB en de Stichting in de kosten van (naar het hof verstaat) het hoger beroep, met nakosten en rente. Voor het geval het hof van oordeel is dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven, heeft Asseer geconcludeerd tot afwijzing, althans ontzegging, van de vorderingen van VEB en de Stichting, met hoofdelijke veroordeling van VEB en de Stichting in de kosten van deze procedure in beide instanties, met nakosten en rente.

De Commissarissen hebben geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met - uitvoerbaar bij voorraad - hoofdelijke veroordeling van VEB en de Stichting in de kosten van (naar het hof verstaat) het hoger beroep, met nakosten.

Partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

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 Sam Asseer, die steeds heeft geschermd met de riante 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 gelijkkluidend 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 toezichhouder. 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 deurwaardersexploten betekend aan Asseer c.s. De in zoverre inhoudelijk gelijklopende exploten 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 heeft 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 uitlating 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

gemoede 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 exploiten 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 exploiten 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 grievens 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 memoriwisseling, waarmee partijen ter gelegenheid van het pleidooi hebben ingestemd. Asseer c.s. hebben daarbij expliciet te kennen gegeven bij deze nadere memoriwisseling geen beroep te zullen doen op de twee conclusieregel.

3.22 Alvorens over te gaan tot de nadere memoriwisseling 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.