
JOR 2012/213 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 08-05-2012 Aansprakelijkheid derde ...

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5445](#), [JONDR 2012/1001](#), [RO 2012/53](#)

JOR 2012/213, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 08-05-2012,
[ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5445](#), HD 200.074.125 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Aansprakelijkheid derde jegens aandeelhouder, Afgeleide schade, Indien aan een vennootschap vermogensschade is toegebracht, kan in beginsel alleen de vennootschap vergoeding van die schade vorderen, Advies aan de vennootschap kan op grond van bijkomende omstandigheden (tevens) onrechtmatig zijn jegens aandeelhouders en bestuurders, Er is onrechtmatig gehandeld jegens de bestuurders als hen geadviseerd zou zijn de vennootschap 'leeg te halen' om executie onmogelijk te maken, Bewijsopdracht bestuurders, Tussenarrest

Ga direct naar

[Samenvatting](#)
[Uitspraak](#)
[Beslissing/besluit](#)
[Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	08-05-2012
Publicatie	JOR 2012/213 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 7, 2012
Annotator	mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5445
Zaaknummer	HD 200.074.125
Overige publicaties	ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5445 RO 2012/53 JONDR 2012/1001
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	mr. Gründemann mr. Delfos-Roy mr. Van der Putt-Lauwers

Partijen	1. E.J.J. van de Vorle, 2. P.J.J. van de Vorle, 3. The Old Tree Holding BV, 4. IMG Europe BV, alle te Grave, appellanten in principaal appel, geïntimeerden in voorwaardelijk incidenteel appel, advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven, tegen 1. de maatschap X, geïntimeerde in principaal appel, appellante in voorwaardelijk incidenteel appel, advocaat: mr. T.P. Hoekstra, 2. Y Advocaten BV, geïntimeerde in principaal appel, advocaat: mr. A.V.M. van Dijk.
Regelgeving	BW Boek 6 - 162

Samenvatting

Het hof neemt tot uitgangspunt dat de in de onderhavige zaak door de maatschap X verstrekte adviezen en de op grond daarvan verleende diensten door Y BV advocaten, betrekking hebbend op de arbitrageprocedure in de Verenigde Staten, de (niet)tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraak en de behandeling van het faillissementsverzoek, zijn verricht jegens International Medical Group IMG BV ('IMG') in haar conflict met Pedia Pals, een in de Verenigde Staten werkzame onderneming. Dit brengt mee dat indien door maatschap X en/of Y advocaten door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens IMG of door gedragingen die tegenover IMG onrechtmatig zijn vermogensschade is toegebracht, in beginsel slechts IMG die schade kan vorderen.

De afgeleide schade, de schade die The Old Tree Holding BV ('The Old Tree') als aandeelhouder of Elisabeth en Peter van de Vorle als indirecte aandeelhouders/bestuurders lijden door het minder waard worden van de aandelen in IMG, komt niet voor vergoeding in aanmerking. Dit is slechts anders indien jegens hen een specifieke zorgvuldigheidsnorm niet in acht zou zijn genomen (vgl. o.a. HR 2 december 1994, (Poot/ABP), HR 15 juni 2001, «JOR» 2001/172, m.nt. Kroeze (Chipshol) en HR 2 november 2007, «JOR» 2007/302, m.nt. Assink (Kessock/SFT)); of indien zij op andere wijze dan door vermindering van de waarde van de aandelen schade zouden hebben geleden (HR 16 februari 2007, «JOR» 2007/112, m.nt. Van Veen en Van Wechem (Gebr. Tuin Beheer/advocaten)). Genoemde (rechts)personen hebben derhalve slechts recht op schadevergoeding indien rechtstreeks jegens hen een onrechtmatige daad is gepleegd of wanprestatie is gepleegd.

Met betrekking tot de adviezen en verleende diensten, gegeven c.q. verleend ten aanzien van de arbitrageprocedure, de exequaturverlening aan Pedia Pals, de beslaglegging onder zichzelf door IMG en de poging een Nederlands vonnis tegen Pedia Pals te verkrijgen, is het hof van oordeel dat niet gebleken is van gedragingen die, ook in onderling verband gezien, specifiek onzorgvuldig zijn jegens een van de (rechts)personen van Van de Vorle of wanprestatie jegens hen opleveren. Het betreft gedragingen die niet zijn verricht jegens andere (rechts)personen dan IMG en die enkel direct de vermogenspositie van IMG betreffen.

Het hof is van oordeel dat het advies om de executie van de arbitrale uitspraak af te wachten en een eventueel faillissement op de koop toe te nemen, in beginsel niet tot een onrechtmatige daad jegens anderen dan IMG kan leiden. Ook als een faillissement zou zijn veroorzaakt door de advisering brengt dat nog niet mee dat tevens onrechtmatig is gehandeld jegens de aandeelhouders. Er kunnen zich echter bijkomende omstandigheden voordoen die die adviezen onrechtmatig doen zijn jegens andere betrokkenen, zoals aandeelhouders en bestuurders.

In het onderhavige geval moet worden geoordeeld dat onrechtmatig gehandeld zou zijn jegens Elisabeth en Peter van de Vorle (in hun functie als indirecte bestuurders) indien hen geadviseerd zou zijn IMG 'leeg te halen' om executie onmogelijk te maken. Er zou dan immers geadviseerd zijn tot paulianus handelen, waarbij grote kans bestond dat de bestuurders op dat handelen zouden worden aangesproken. Van de Vorle zal tot bewijs van de stelling dat zo'n advies is gegeven, worden toegelaten.

Uitspraak

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 72777/HA ZA 06-222)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis, naar de tussenvonnissen van 19 juli 2006 en 11 oktober 2006, waarin is gelast dat Y advocaten resp. de maatschap X in vrijwaring mogen worden opgeroepen en naar het vonnis van 7 maart 2007, waarbij een comparitie van partijen is bevolen.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Bij memorie van grieven heeft Van de Vorle vijftien grieven aangevoerd, haar eis gewijzigd, en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot verklaring voor recht dat de maatschap X en Y advocaten op grond van gemaakte beroepsfouten en/of wanprestatie en/of onrechtmatige daad aansprakelijk zijn jegens appellanten, en tot veroordeling van geïntimeerden tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, en tot veroordeling in de proceskosten.

2.2. Bij memories van antwoord hebben de maatschap X en Y advocaten de grieven bestreden. Voorts heeft de maatschap X voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld, daarin één grief aangevoerd en geconcludeerd kort gezegd om, indien een grief in het principaal appel slaagt, de vorderingen van Van de Vorle op verbeterde gronden af te wijzen.

2.3. Van de Vorle heeft in voorwaardelijk incidenteel appel geantwoord.

2.4. Partijen hebben daarna de gedingstukken overgelegd en uitspraak gevraagd.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de beide memories.

4. De beoordeling

In principaal en incidenteel appel

4.1. Door de rechtbank is een aantal feiten vastgesteld. Daartegen zijn geen grieven gericht. Het hof gaat eveneens van deze feiten uit. Hieronder worden deze feiten en nog enige andere relevante feiten vermeld.

Het gaat in deze zaak om het volgende.

4.1.1. Elisabeth van de Vorle en Peter van de Vorle zijn de enige aandeelhouders en bestuurders van The Old Tree.

4.1.2. The Old Tree is enig aandeelhouder en bestuurder van IMG Europe en van International Medical Group IMG B.V. (hierna: IMG).

4.1.3. IMG produceerde en verhandelde onder meer producten voor de medische markt, waaronder producten voor eerstelijns hulpverleners.

4.1.4. In het kader van haar activiteiten heeft IMG op 27 februari 2001 een overeenkomst gesloten met Pedia Pals, een in de Verenigde Staten werkzame onderneming, aangaande het door IMG exclusief verhandelen van producten van Pedia Pals in Europa. In de overeenkomst (hierna: het distributiecontract) is een arbitrageclausule opgenomen.

4.1.5. Pedia Pals heeft zaken geleverd aan IMG en IMG ter zake van die levering gefactureerd voor een bedrag van ruim \$ 64.000,-.

4.1.6. In 2003 is tussen IMG en Pedia Pals een geschil ontstaan. IMG stelde door toedoen van Pedia Pals een schade geleden te hebben van € 121.878,10 wegens te laat ontvangen zaken van Pedia Pals en daardoor ontstane kosten (kostenopstelling en brief IMG aan Pedia Pals van 29 april 2003, overgelegd als productie 1 bij de inleidende dagvaarding). IMG heeft die schade, naar zij stelt op 21 mei 2003, aan Pedia Pals in rekening gebracht en vervolgens verrekend met de factuur van Pedia Pals van ruim \$ 64.000,-. Pedia Pals is daar niet mee akkoord gegaan. Pedia Pals heeft betaling van haar factuur gevraagd. Toen betaling uitbleef heeft Pedia Pals op 7 augustus 2003 een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt bij het ICC-hof, dat volgens de overeenkomst tussen IMG en Pedia Pals daartoe zitting moest nemen in Minneapolis, Minnesota, VS. IMG heeft de bevoegdheid van dat hof bestreden. Op 19 januari 2004 heeft Pedia Pals in die procedure een conclusie van eis genomen. Blijkens de – ook in vertaling – overgelegde arbitrale uitspraak van 20 april 2004 betrof de eis van Pedia Pals niet alleen betaling van de factuur van ruim \$ 64.000,-, maar ook rentevorderingen en schadevergoedingsvorderingen wegens niet nakomen door IMG van verplichtingen op grond van het distributiecontract.

4.1.7. IMG heeft zich tot de maatschap X gewend voor advies over de vraag hoe te reageren op de arbitrageprocedure.

4.1.8. Bij brief van 27 februari 2004 heeft de maatschap X (mr. A) aan IMG geschreven:

“Geachte mevrouw Van de Vorle,

In de voornoemde kwestie (IMG/Pedia Pals, toevoeging hof) vraag ik uw aandacht voor het volgende. Medio vorig jaar heeft u mij gevraagd of uw relatie, die gevestigd is in de Verenigde Staten, in de VS een procedure tegen u kan starten en zo ja, of dat voor u gevolgen zou kunnen hebben.

Als eerder bericht is een door een Amerikaanse rechtbank gewezen vonnis niet uitvoerbaar in Nederland, althans worden deze uitspraken in Nederland niet zonder meer erkend.

Heden sprak ik – bij toeval – een advocaat die gespecialiseerd is in internationale procedures en die wees mij er op dat voor arbitrale uitspraken/uitspraken van scheidsrechters een uitzondering bestaat; er bestaat een verdrag uit 1954 waarbij onder andere de VS en Nederland hebben verklaard arbitrale uitspraken/uitspraken van scheidsrechters wel te erkennen, zij het onder voorwaarden.

Ik heb hem kort uw situatie geschetst en naar zijn mening is het niet raadzaam om gezien de hoogte van het bedrag in de VS (alsnog) te gaan procederen. Rechtsbijstand is daar zo schrikbarend duur dat de kosten al snel de baten te boven zullen gaan. Bovendien zult u in dat geval mogelijk één of meerdere keren naar de VS moeten afreizen.

Gezien het bestaan van voornoemd verdrag lijkt het mij raadzaam de uit te brengen dagvaarding ook werkelijk in te dienen bij de rechtbank, zodat u mogelijk een Nederlands vonnis kunt verkrijgen. Met dat vonnis kunt u dan beslag onder uzelf leggen, zodat geen bedragen aan Pedia Pals behoeven te worden betaald.”

4.1.9. Bij verzoekschrift van 1 maart 2004 heeft IMG de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch verzocht om verloop tot het leggen van conservatoir beslag onder zichzelf. Op 3 maart 2004 is dit verloop verleend onder de voorwaarde dat de eis in de hoofdzaak tegen Pedia Pals binnen 14 dagen zou worden ingesteld.

4.1.10. IMG heeft Pedia Pals tijdig gedagvaard voor de rechtbank 's-Hertogenbosch en gevorderd Pedia Pals te veroordelen tot een schadevergoeding van € 124.328,10 op de grond dat Pedia Pals de met IMG gesloten overeenkomst niet behoorlijk is nagekomen. Pedia Pals heeft in een bevoegdheidsincident opgeworpen dat niet de rechtbank maar een arbiter terzake bevoegd is. Bij vonnis van 1 september heeft de rechtbank overwogen dat IMG niet heeft betwist dat tussen partijen arbitrage in de Verenigde Staten was overeengekomen en dat zij derhalve onbevoegd is van het geschil in de hoofdzaak kennis te nemen.

4.1.11. In de arbitrageprocedure die in de Verenigde Staten is gevoerd, is IMG op 20 april 2004 (bij verstek) veroordeeld tot betaling van \$ 220.124,25.

4.1.12. Bij beschikking van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 9 juli 2004 is aan Pedia Pals verloop verleend tot tenuitvoerlegging in Nederland van het arbitraal vonnis van 20 april 2004. IMG heeft verweer gevoerd in de exequaturprocedure, maar dat verweer is verworpen.

4.1.13. Op 16 juli 2004 schrijft de maatschap X (mr. A) aan IMG:

“Geachte mevrouw Van de Vorle,

In de voor noemde kwestie (IMG BV/Pedia Pals, toev. hof) kan ik u berichten dat de rechtbank te 's-Hertogenbosch op 9 juli 2004 het arbitrale vonnis uitvoerbaar in Nederland heeft verklaard.

Reeds heden ontving ik van de raadsman van Pedia Pals bijgaand schrijven, naar de inhoud waarvan ik u korthedshalve verwijs (bijlage).

Voor een aansprakelijkheid in privé hoeft u zich voor zover ik kan nagaan geen zorgen te maken.

De dreiging dat het faillissement zal worden aangevraagd is reëler, doch een aanvraag op basis van een schuldenaar wordt doorgaans afgewezen.

Overigens verneem ik graag maandag a.s. van u of en zo ja, wat ik de raadsman van Pedia Pals kan berichten.”

De bijgevoegde brief van de advocaat van Pedia Pals van 15 juli 2004 stelt dat als IMG executoriale maatregelen wil voorkomen, zij in eerste instantie het bedrag moet betalen waarvoor zij onder zichzelf beslag heeft gelegd, en dat vervolgens over betaling van het restant kan worden gesproken. Wordt daar niet op ingegaan, aldus de brief, dan zullen executiemaatregelen volgen, zal onderzocht worden of de directie in privé aansprakelijk is en is niet uitgesloten dat faillissementaanvragen aan de orde komen.

4.1.14. In een brief van 12 augustus 2004 schrijft mr. A aan IMG:

“Hedenmorgen nam (...) de advocaat van Pedia Pals, telefonisch contact met mij op en vroeg mij wat u eigenlijk van plan was en dat door uw inhouding de executie maar blijft doorgaan.

Ik heb (...) laten weten dat u bekend bent met de mogelijke gevaren en de mogelijkheden van de executie van het vonnis en dat u vooralsnog niet bereid bent aan Pedia Pals enig bedrag te betalen.

(...) vroeg nog of u bereid bent met hem om de tafel te gaan zitten (met de bedoeling u toch tot enige betaling te bewegen). Ik heb aangegeven dat ik dat niet waarschijnlijk acht, maar aan u zou voorleggen. Bij deze.

Ik draag nu het dossier over aan B. Indien u toch met (...) om tafel wilt gaan zitten, wilt u wel met hem contact opnemen?”

4.1.15. In een brief van 3 september 2004 aan IMG raadt de maatschap X, ditmaal B, IMG af in hoger beroep te gaan van het vonnis waarin de rechtbank zich onbevoegd heeft verklaard. B schrijft verder:

“Mogelijk bestaan er nog mogelijkheden in de Verenigde Staten om te ageren uit de overeenkomst bij het arbitrage-instituut in Minneapolis, doch daaromtrent kan ik u niet adviseren.

Het vonnis zal wel aan u worden betekend vanwege de proceskosten, doch u wacht eventuele acties tegen IMG maar af, zoals is afgesproken. (...)”

4.1.16. Op 26 oktober 2004 heeft Pedia Pals de rechtbank 's-Hertogenbosch verzocht IMG in staat van faillissement te verklaren. IMG heeft de maatschap X verzocht haar in deze procedure bij te staan. de maatschap X heeft Y advocaten met de feitelijke uitvoering van die opdracht belast voor zover daartoe procureursbijstand nodig was.

4.1.17. Bij beschikking van 24 november 2004 heeft de rechtbank het verzoek afgewezen op de grond dat onvoldoende gebleken was dat IMG meerdere opeisbare schulden onvoldaan laat en dat onvoldoende grond bestaat om te concluderen dat IMG in de toestand van te hebben opgehouden te betalen verkeert.

4.1.18. Pedia Pals is van die beschikking in hoger beroep gegaan bij het hof.

4.1.19. Op 12 april 2005 heeft de mondelinge behandeling van het hoger beroep plaatsgevonden. Mr. C, werkzaam bij Y advocaten, heeft deze mondelinge behandeling als raadvrouw van IMG bijgewoond.

4.1.20. Bij arrest van 19 april 2005 heeft het hof IMG in staat van faillissement verklaard. Het hof heeft zijn beslissing als volgt – samengevat weergegeven – gemotiveerd:

Vast staat dat Pedia Pals een onbetwiste opeisbare vordering op IMG heeft van \$ 220.124,25, die door IMG tot dusver onbetaald is gelaten.

Ook staat vast dat door IMG geen bedrijfsactiviteiten meer worden verricht. Sedert september 2004 zijn de bedrijfsactiviteiten overgezet naar de nieuwe zustervenootschap IMG Europe B.V. Uit de jaarstukken 2003 van IMG blijkt van een groot bedrag aan schulden, namelijk bankschulden van € 116.632,-, handelscrediteuren van € 126.826,-, belasting- en premieschulden van € 19.798,- en overige schulden van € 188.003,- van welke schulden niet concreet is aangetoond dat ze betaald zijn. Voldoende aannemelijk is dat er onvoldoende actief is om alle schulden van IMG te betalen.

Daarnaast is gebleken dat IMG een Lexus, kenteken 04-PH-KS, heeft geleased van Abfin Lease & Financiering te Wassenaar. De overeenkomst heeft een looptijd van 48 maanden, met een te financieren bedrag van € 66.974,- plus een slottermijn van € 25.000,-.

Pedia Pals heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat IMG meer dan één schuldeiser heeft, schulden onbetaald laat en IMG verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

4.1.21. Tot curator in het faillissement van IMG is benoemd mr. D te Rosmalen.

4.1.22. Elisabeth van de Vorle en Peter van de Vorle hebben op 15 juli 2005 met de curator een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarbij zij zich hoofdelijk hebben verbonden tot betaling van € 90.000,-. Voorts zijn zij op 1 februari 2006 akkoord gegaan met betaling van € 6.000,- aan de curator.

4.2. Van de Vorle stelt zich op het standpunt dat de maatschap X en Y advocaten wanprestatie hebben gepleegd en/of onrechtmatig hebben gehandeld jegens Van de Vorle bij de door hen aan Van de Vorle verleende diensten op juridisch terrein, waardoor zij schade heeft geleden. Zij heeft verklaringen voor recht gevorderd dat wanprestatie is gepleegd en/of onrechtmatig is gehandeld. Zij heeft verwijzing naar de schadestaatprocedure gevorderd, alsmede een voorschot op de schadevergoedingen.

4.2.1. Tijdens de op 19 april 2007 gehouden comparitie van partijen voor de rechtbank heeft partij de maatschap X gewezen op het arrest Poot/ABP, HR 2 december 1994, NJ 1995, 288. Partijen zijn ter comparitie overeengekomen eerst over de aansprakelijkheid te procederen. Van de Vorle zou haar vordering van een voorschot op de schadevergoeding intrekken, zodat de kwestie van schade en causaliteit aan de orde zal komen in de schadestaatprocedure. In de vervolgens genomen conclusie van repliek is genoemde vordering inderdaad ingetrokken en is verder ingegaan op de aansprakelijkheid van de maatschap X en Y advocaten.

4.2.2. Bij conclusie van repliek heeft Van de Vorle, samengevat weergegeven, haar eis, samengevat weergegeven, als volgt gewijzigd:

Te verklaren voor recht dat de maatschap X (en/of Y advocaten) een beroepsfout heeft gemaakt dan wel wanprestatie heeft gepleegd en/of onrechtmatig jegens Van de Vorle heeft gehandeld jegens Elisabeth van de Vorle en/of Peter van de Vorle en/of The Old Tree en/of IMG Europe;

Y advocaten en de maatschap X hoofdelijk, dan wel naar rato van ieders aansprakelijkheid, te veroordelen tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat;

Y advocaten en de maatschap X hoofdelijk, dan wel naar rato van ieders aansprakelijkheid, te veroordelen in de proceskosten.

4.2.3. De rechtbank heeft geen aansprakelijkheid jegens eisers aangenomen en heeft de vorderingen afgewezen. De rechtbank heeft daartoe – samengevat weergegeven – als volgt overwogen:

Elisabeth en Peter van de Vorle zijn enig aandeelhouder en bestuurder van The Old Tree. The Old Tree is enig aandeelhouder en bestuurder van IMG Europe en IMG. IMG Europe is een zustervenootschap van IMG. De rechtbank gaat ervan uit dat de partijen in deze procedure in die hoedanigheid optreden.

Bij de beoordeling van de vraag of eisers al dan niet een vorderingsrecht hebben op de maatschap X en Y advocaten dient de norm neergelegd in het arrest van de Hoge Raad, 2 december 1994, NJ 1995/288, Poot/ABP, tot uitgangspunt te worden genomen. In dat arrest is de algemene regel neergelegd dat alleen de vennootschap het recht heeft schade vergoeding te vorderen van een derde die aan die vennootschap vermogensschade toebrengt. Hierop is een uitzondering gemaakt indien sprake is van een schending van een specifieke zorgvuldigheidnorm jegens de aandeelhouders. Die specifieke zorgvuldigheidnorm is

dan niet gelegen in de toerekenbare tekortkoming of in de onrechtmatige gedraging van de derde jegens de vennootschap.

De verweten gedragingen betreffen gedragingen jegens IMG. Alleen IMG had derhalve de vordering tot schadevergoeding kunnen instellen. Van de Vorle heeft wel een toerekenbare tekortkoming en onrechtmatig handelen gesteld, maar niet welke specifieke zorgvuldigheidsnorm de maatschap X en Y advocaten in acht hadden moeten nemen.

4.3. De grieven beogen het geschil met betrekking tot de aansprakelijkheid in volle omvang aan het hof voor te leggen. Zo nodig wordt op de grieven afzonderlijk ingegaan. Bij de memorie van grieven heeft Van de Vorle haar eis, zoals die luidde bij de conclusie van repliek, waarin was gesteld: "een beroepsfout heeft gemaakt, *dan wel* wanprestatie heeft gepleegd en/of onrechtmatig jegens E.J.J. van de Vorle (...) in dier voege gewijzigd dat de woorden "dan wel" worden vervangen door "en/of".

4.3.1. Van de Vorle stelt zich op het standpunt dat het in Poot/ABP geformuleerde uitgangspunt zich in deze zaak niet voordoet. Zij voert hiertoe – hier samengevat weergegeven – het volgende aan:

De maatschap X was al vanaf midden de jaren negentig juridisch adviseur van de groep. De advisering had betrekking op het gehele concern. De diverse vennootschappen en natuurlijke personen waren bij De maatschap X bekend. IMG maakte onderdeel uit van een concern. Het waren de belangen van dit concern die behartigd dienden te worden. De maatschap X heeft Y advocaten ingeschakeld als hulppersoon.

de maatschap X en Y advocaten hebben niet gehandeld als van een redelijk denkend en handelend vakgenoot mag worden verwacht; zij hadden, in het kader van de advisering van IMG de belangen van de overige bij de groep behorende vennootschappen en Elisabeth en Peter van de Vorle moeten verdisconteren. De schending van de norm bestaat uit het samenhangend geheel van gedragingen, beginnende met het advies dat een vonnis uit de Verenigde Staten niet in Nederland ten uitvoer kan worden gelegd. Gezien het arrest van de Hoge Raad van 19 januari 2007, NJ 2007,63, LJN AZ6541, moet eerst worden beoordeeld of een beroepsfout is gemaakt en vervolgens pas of daardoor schade is ontstaan. Of al dan niet beroepsfouten zijn gemaakt, kan niet in het midden blijven.

De concrete verwijten die Van de Vorle aan de maatschap X en aan Y advocaten maakt, zijn in de memorie van grieven opgenomen in onder meer de randnrs. 72 (verwijten aan de maatschap X en Y advocaten), 113 (verwijten aan de maatschap X) en 120 (verwijten aan Y advocaten).

De verwijten betreffen praktisch alle gegeven adviezen en verrichte diensten met betrekking tot de door Pedia Pals in de Verenigde Staten ahangig gemaakte arbitrale procedure,

de tenuitvoerlegging in Nederland van de arbitrale uitspraak en de faillissementaanvraag van IMG door Pedia Pals. In onderling verband gezien is door de verweten gedragingen een norm geschonden jegens Van de Vorle.

Aan Y advocaten wordt in het bijzonder verweten dat zij de door de maatschap X aangeleverde zaken van Van de Vorle behandelde als "procuraatszaken" en dat zij de zaken niet inhoudelijk hebben behandeld.

4.3.2. de maatschap X en Y advocaten hebben ieder voor zich verweer gevoerd.

4.4. Het hof oordeelt als volgt.

4.4.1. Tussen IMG en Pedia Pals is in 2003 een geschil ontstaan over de uitvoering van het distributiecontract. Het hof verwijst naar hetgeen hiervoor in 4.1.6. is vermeld. De door IMG gestelde verrekening wegens vergeefs gemaakte kosten is door Pedia Pals niet geaccepteerd. Vervolgens is Pedia Pals de arbitrageprocedure in de Verenigde Staten gestart. Uit de overgelegde arbitrage-uitspraak blijkt dat Pedia Pals, naast de vordering in verband met de geleverde goederen, ook overigens verwijten maakte aan IMG en schadevergoeding vorderde wegens wanprestatie. Het geschil tussen IMG en Pedia Pals ziet het hof als louter problemen rond de uitvoering van het eerder tussen hen gesloten contract. Het is dan ook IMG die deze problemen aangaan.

4.4.2. Het hof neemt tot uitgangspunt dat de in de onderhavige zaak door de maatschap X verstrekte adviezen en de op grond daarvan verleende diensten door Y advocaten, betrekking hebbend op de arbitrageprocedure, de (niet)tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraak en de behandeling van het

faillissementsverzoek, zijn verricht jegens IMG in haar conflict met Pedia Pals. Dit brengt mee dat indien door de maatschap X en/of Y advocaten door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens IMG of door gedragingen die tegenover IMG onrechtmatig zijn vermogensschade is toegebracht, in beginsel slechts IMG die schade kan vorderen.

4.4.3. De afgeleide schade, de schade die The Old Tree als aandeelhouder of Elisabeth en Peter van de Vorle als indirecte aandeelhouders/bestuurders lijden door het minder waard worden van de aandelen in IMG, komt niet voor vergoeding in aanmerking. Dit is slechts anders indien jegens hen een specifieke zorgvuldigheidsnorm niet in acht zou zijn genomen (vgl. o.a. HR 2 december 1994, NJ 1995, 288, LJN ZC1564, Poot/ABP, en HR 15 juni 2001 («JOR» 2001/172, m.nt. Kroeze; *red.*), NJ 2001, 573, LJN AB2443, Chipshol, HR 2 november 2007 («JOR» 2007/302, m.nt. Assink; *red.*), NJ 2008, 5, LJN BB3671, Kessock/SFT); of indien zij op andere wijze dan door vermindering van de waarde van de aandelen schade zouden hebben geleden (HR 16 februari 2007 («JOR» 2007/112, m.nt. Van Veen en Van Wechem; *red.*), NJ 2007, 256, LJN AZ0419, Tuinbeheer/Maatschap A.).

Genoemde (rechts)personen hebben derhalve slechts recht op schadevergoeding indien rechtstreeks jegens hen een onrechtmatige daad is gepleegd of wanprestatie is gepleegd.

4.4.4. Met betrekking tot de adviezen en verleende diensten, gegeven c.q. verleend ten aanzien van de arbitrageprocedure, de exequaturverlening aan Pedia Pals, de beslaglegging onder zichzelf door IMG en de poging een Nederlands vonnis tegen Pedia Pals te verkrijgen, is het hof van oordeel dat niet gebleken is van gedragingen die, ook in onderling verband gezien, specifiek onzorgvuldig zijn jegens een van de (rechts)personen van Van de Vorle of wanprestatie jegens hen opleveren. Het betreft gedragingen die niet zijn verricht jegens andere (rechts)personen dan IMG en die enkel direct de vermogenspositie van IMG betreffen.

4.4.5. Door Van de Vorle is onvoldoende gesteld om aan te nemen dat het bij de in 4.4.4. omschreven adviezen/verleende diensten ging om een al omvattende juridische bijstand waarbij ook de belangen van Elisabeth en Peter van de Vorle privé waren betrokken. Het hof acht in dit verband niet van belang dat de maatschap X al jarenlang juridische adviezen gaf aan het concern en wist dat Elisabeth en Peter van de Vorle de aandeelhouders waren.

Het hof gaat er overigens van uit dat de eerdere adviezen/dienstverlening aan het concern, zoals ook door de maatschap X is gesteld en in hoger beroep niet door Van de Vorle is weersproken, voornamelijk incasso's en arbeidsgeschillen van de afzonderlijke vennootschappen hebben betroffen en niet een ondersteuning van de gehele bedrijfsvoering van het concern tot doel hadden. Zo maakt het hof uit de door partijen in deze procedure ingenomen stellingen op dat noch de maatschap X noch Y advocaten bij het aangaan van het contract met Pedia Pals waren betrokken.

4.4.6. Ten aanzien van Y advocaten is voldoende aannemelijk geworden dat zij geen functie vervulde in het concern. Van enige door hen al eerder voor het concern gevoerde procedures is door Van de Vorle niets gesteld. Van een bijzondere verantwoordelijkheid van Y advocaten voor het concern is dan ook geen sprake.

4.4.7. Ook het gegeven dat de adviezen en diensten zijn verleend door beroepsbeoefenaren heeft niet tot gevolg dat, indien daarbij sprake is geweest van beroepsfouten, de aansprakelijkheid voor de in 4.4.4. omschreven adviezen/verleende diensten anders ligt dan hiervoor in 4.4.2 en 4.4.3 is verwoord.

4.4.8. Na 9 juli 2004 was de situatie aldus dat Pedia Pals beschikte over een executoriale titel tegen IMG. Pedia Pals heeft betaling van de arbitrale veroordeling nagestreefd. IMG is daar niet op ingegaan. Uit de brieven van 16 juli 2004, 12 augustus 2004 en 3 september 2004 blijkt dat niet positief is geadviseerd om over te gaan tot overleg met en betaling aan Pedia Pals, doch dat de executiemaatregelen zouden worden afgewacht.

4.4.9. In de brief van 15 juli 2004 aan de maatschap X had de raadsman van Pedia Pals onder meer gesteld dat hij, wanneer niet op zijn voorstellen wordt ingegaan, executoriale maatregelen zal nemen waarbij tevens gedacht wordt aan het onderzoeken en in privé aansprakelijk houden van de directrice en de directeuren van de directrice van IMG. De eventuele aansprakelijkheid van de directie is daarmee aan de orde gesteld.

De maatschap X (mr. A) heeft daarop gereageerd (bij brief van 16 juli 2004) door aan Elisabeth Van de Vorle te laten weten: "Voor een aansprakelijkheid in privé hoeft u zich voor zover ik kan nagaan geen

zorgen te maken. De dreiging dat het faillissement zal worden aangevraagd is reëler, doch een aanvraag op basis van een schuldeiser wordt doorgaans afgewezen.”

Het hof neemt vooralsnog aan dat er voor de maatschap X geen aanleiding bestond rekening te houden met aansprakelijkheid van Elisabeth en Peter van de Vorle persoonlijk. Dit ligt anders indien de situatie, hieronder in 4.4.13 verwoord, zich blijkt voor te doen.

4.4.10. De weg de executie af te wachten is gevolgd. Zo heeft Elisabeth van de Vorle, toen op 16 september 2004 deurwaarder Van de Waardt herhaald bevel had gedaan aan IMG, op het adres Wijnroemer 6 te Gassel, geantwoord dat IMG slechts een werkmaatschappij is van The Old Tree, dat de bedrijfsvoorraden en bedrijfsinventaris aanwezig in het pand toebehoorden aan The Old Tree, dat IMG geen activa heeft, en dat, mochten er nog vermogensbestanddelen zijn, die waren verpand aan de ING Bank te Nijmegen.

4.4.11. De meningen van Van de Vorle en de maatschap X verschillen met betrekking tot de vraag wie de aanzet tot de opstelling het op executie aan te laten komen, heeft gegeven en wie heeft geopperd IMG leeg te halen.

Mr. A stelt in zijn verklaring dat hij niet het advies heeft gegeven IMG leeg te halen, doch dat Elisabeth van de Vorle had laten weten dat IMG leeg was en dat hij heeft aangeraden ervoor te zorgen dat geen andere vorderingen op IMG zouden ontstaan, en dat dat geen probleem was omdat inmiddels een andere B.V. was opgericht. In een overgelegde telefoonnotitie (prod. 26 bij akte Van de Vorle 19 april 2007) van D, werkzaam bij IMG d.d. 19 juli 2004 staat: – voor zover leesbaar voor het hof –: “stappen in principe met Lia al doorgesproken, BV blijft leeg, uitvoeringen door andere maatschappijen IMG betaalt niets van bestuurlijke laakbaarheid is geen sprake stappenplan reeds bij Lia bekend”. Als productie 28 is toen overgelegd een sommatie van Pedia Pals aan het arbitraal vonnis te voldoen, waarop met de hand door K.J. van Dongen is geschreven: “Di 27/7-04 A:

ook na ontvangst van de beschikking etc. geen actie van IMG.

Ervor zorgen dat IMG leeg blijft, zodat er niks is om beslag op te leggen.

De roerende zaken zijn eigendom van de holding en vallen dus buiten schot. (...)”.

Elisabeth van de Vorle heeft ter comparitie bij de rechtbank onder meer verklaard dat zij het advies kreeg van de maatschap X om alles maar in een zustersvennootschap onder te brengen, dat het niet haar eigen idee was om IMG leeg te halen, maar dat mr. A had gezegd IMG leeg te halen. Zij heeft ook verklaard: “Er was niets te halen bij IMG. Ik heb de voorraden van IMG overgeheveld naar IMG Europe B.V. IMG Europe is opgericht in de periode gelegen tussen de verlening van het exequatur en het faillissement van IMG.(...) Een en ander is ook afgerekend met IMG doordat IMG Europe crediteuren van IMG heeft betaald. Het betaalde bedrag is samen met de accountant vastgesteld. De accountant heeft niet gevraagd waar ik mee bezig was. Ik heb mr. A nog gevraagd om zelf IMG failliet te laten gaan, maar dat heeft hij mij ontraden. (...) De aantekening “uitvoering door andere maatschappijen” [hof: verklaring D] betekent het uitvoeren van orders door de maatschappijen van het concern, waartoe ook IMG behoorde. Zorgen dat er niets meer is, zoals mij is geadviseerd, leg ik uit als leeghalen. (...)”

4.4.12. Het hof is van oordeel dat het advies de executie af te wachten en eventueel een faillissement op de koop toe te nemen, in beginsel niet tot een onrechtmatige daad jegens anderen dan IMG kan leiden. Ook als een faillissement zou zijn veroorzaakt door de advisering brengt dat nog niet mee dat tevens onrechtmatig is gehandeld jegens de aandeelhouders. Er kunnen zich echter bijkomende omstandigheden voordoen die die adviezen onrechtmatig doen zijn jegens andere betrokkenen, zoals aandeelhouders en bestuurders.

4.4.13. In het onderhavige geval moet worden geoordeeld dat onrechtmatig gehandeld zou zijn jegens Elisabeth en Peter van de Vorle (in hun functie als indirecte bestuurders) indien hen geadviseerd zou zijn IMG “leeg te halen” om executie onmogelijk te maken. Er zou dan immers geadviseerd zijn tot paulianeus handelen, waarbij grote kans bestond dat de bestuurders op dat handelen zouden worden aangesproken.

De stelling van Van de Vorle dat dit advies is gegeven, is door de maatschap X gemotiveerd weersproken. De mogelijkheid dat door de verweten gedragingen schade is geleden, is voldoende aannemelijk gemaakt. Het faillissement van IMG is niet uitgebleven en niet uitgesloten is dat zulks tot méér schade

bij Elisabeth en Peter van de Vorle heeft geleid dan zij bij enkel uitwinning van IMG geleden zouden hebben. Van de Vorle zal derhalve tot bewijs van haar stelling worden toegelaten.

4.4.14. Pedia Pals heeft het faillissement van IMG aangevraagd. IMG heeft de maatschap X gevraagd verweer te voeren. Y advocaten is door de maatschap X ingeschakeld om ter zitting op te treden. De insteek van het verweer is geweest dat geen sprake was van pluraliteit van schuldeisers en dat het verzoek daarom moest worden afgewezen. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen, waarop Pedia Pals in hoger beroep is gegaan. In de procedure voor het hof was voor IMG uiteraard van belang hard te maken dat behalve de vordering van Pedia Pals geen schulden aanwezig waren in IMG. In het faillissementsrekest voor de rechtbank was vermeld dat het dringend gewenst was een curator te benoemen om te onderzoeken of goederen aan IMG waren onttrokken en wie daarvoor verantwoordelijk was. Het moet derhalve zonder meer duidelijk zijn geweest dat behalve de belangen van IMG ook de belangen van de (indirecte) bestuurders aan de orde waren.

4.4.15. Van de Vorle heeft gemotiveerd gesteld dat zowel de maatschap X als Y advocaten in hun dienstverlening zijn tekort geschoten. Zo heeft zij gesteld dat zij stukken ter hand heeft gesteld aan de maatschap X en Y advocaten voor de behandeling bij het hof, doch dat die stukken niet zijn overgelegd, dat mr. C zich onvoldoende had geïnformeerd over het te voeren verweer en dat Elisabeth van de Vorle niet is meegedeeld dat haar aanwezigheid op de zitting van belang was.

De maatschap X en Y advocaten hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

4.4.16. Hier heeft te gelden dat van de maatschap X verwacht mocht worden dat zij de nodige informatie aan Y advocaten zou doorgeven en van Y advocaten dat zij, mede met oog op de belangen van de bestuurders van IMG, zo goed mogelijk verweer tegen het verzoek zou voeren. Indien de maatschap X en Y advocaten zijn tekortgeschoten in hun dienstverlening hebben zij tevens onrechtmatig gehandeld tegenover het (indirecte) bestuur van IMG. De mogelijkheid dat door de verweten gedragingen schade is geleden, is voldoende aannemelijk gemaakt.

Het hof zal Van de Vorle dan ook tot bewijs toelaten.

4.4.17. In afwachting van de bewijslevering wordt iedere verdere beslissing aangehouden.

5. De uitspraak

Het hof:

op het principaal appel

laat Van de Vorle toe te bewijzen:

- dat de maatschap X heeft geadviseerd IMG "leeg te halen";
- feiten en omstandigheden die de conclusie rechtvaardigen dat de maatschap X en/of Y advocaten op onvoldoende wijze hebben geadviseerd c.q. diensten verleend bij de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring van IMG bij het hof;

bepaalt, voor het geval Van de Vorle bewijs door getuigen wil leveren, dat getuigen zullen worden gehoord ten overstaan van mr. P.Th. Gründemann als raadsheer-commissaris, die daartoe zitting zal houden in het Paleis van Justitie aan de Leeghwaterlaan 8 te 's-Hertogenbosch op een door deze te bepalen datum;

verwijst de zaak naar de rol van 22 mei 2012 voor opgave van het aantal getuigen en van de verhinderdata van partijen zelf, hun advocaten en de getuige(n) op alle weekdays in de periode van 4 tot 12 weken na de datum van dit arrest;

bepaalt dat de advocaat van Van de Vorle bij zijn opgave op genoemde roldatum een fotokopie van het procesdossier zal overleggen;

bepaalt dat de raadsheer-commissaris na genoemde roldatum dag en uur van het getuigenverhoor zal vaststellen;

bepaalt dat de advocaat van Van de Vorle tenminste zeven dagen voor het verhoor de namen en woonplaatsen van de te horen getuigen zal opgeven aan de wederpartij en aan de civiele griffie;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

1. De vennootschap is failliet. De twee aandeelhouders, tevens bestuurders, proberen hun schade op de betrokken juridisch adviseurs te verhalen, maar slagen daarin vooralsnog niet. Volgens het hof is hun schade in beginsel afgeleide schade. Echter, mogelijk leveren twee specifieke verwijten elk een rechtstreekse normschending jegens de bestuurders op. Het hof geeft hun in dat verband een bewijsopdracht.

2. Van de V. en Van de V. (samen "Van de V.") zijn (indirect) de enige aandeelhouders en bestuurders van International Medical Group IMG BV ("IMG"). IMG heeft een distributieovereenkomst gesloten met het Amerikaanse Pedia Pals, een producent van medische apparatuur. In de overeenkomst is een arbitrageclausule opgenomen (ICC-hof, zitting in Minneapolis, Verenigde Staten). In de loop van 2003 ontstaat een geschil tussen IMG en Pedia Pals dat uitmondt in een arbitrageprocedure tegen IMG in de Verenigde Staten. IMG zoekt juridische bijstand bij het Nederlandse incassobureau X. De advisering door X is niet optimaal. X is bijvoorbeeld niet bekend met het Verdrag van New York (over de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen). Ook wordt op advies van X, naar ik begrijp bij wijze van beschermingsmaatregel, conservatoir eigenbeslag onder IMG gelegd ten laste van Pedia Pals. De eis in hoofdzaak wordt bij de Rechtbank 's-Hertogenbosch aanhangig gemaakt maar die acht zich niet bevoegd gelet op de arbitrageclausule. Intussen is IMG in de arbitrageprocedure in de Verenigde Staten bij verstek tot schadevergoeding veroordeeld en verkrijgt Pedia Pals in Nederland verlof tot tenuitvoerlegging. Ondanks de toenaderingspogingen van Pedia Pals besluit IMG op advies van X de executie maar af te wachten. Dat beweegt Pedia Pals ertoe om de rechtbank te verzoeken IMG failliet te verklaren. Ook in die procedure laat IMG zich door X bijstaan die op zijn beurt advocatenkantoor Y "met de feitelijke uitvoering van die opdracht belast voor zover daartoe procureursbijstand nodig was" (r.o. 4.1.16). De rechtbank komt niet tot de conclusie dat IMG opgehouden is met het betalen van haar schulden en het faillissementsverzoek wordt daarom afgewezen. Enkele maanden later, in hoger beroep, is de situatie bij IMG sterk veranderd. Ik begrijp dat dit kwam doordat de activa van IMG inmiddels naar een zustervenootschap waren overgeheveld. Het hof verklaart IMG failliet. Enige tijd later komen Van de V. een regeling met de curator overeen op grond waarvan zij € 90.000 aan de curator betalen.

3. Van de V. vorderen bij de Rechtbank Roermond een verklaring voor recht dat X en Y door hun gebrekkige advisering c.q. dienstverlening wanprestatie en/of een onrechtmatige daad jegens hen hebben gepleegd. De rechtbank wijst de vordering af (Rb. Roermond, 7 april 2010, LJN BM0035) onder verwijzing naar *ABP/Poot* (HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288, m.nt. Maeijer). De verweten gedragingen betreffen gedragingen jegens IMG en dus kon alleen IMG schadevergoeding van X en Y vorderen. Van de V. hebben niet gesteld welke specifieke zorgvuldigheidsnorm X en Y jegens hen zouden hebben geschonden.

4. Ook in hoger beroep speelt afgeleide schade de hoofdrol. Het hof stelt voorop dat het geschil met Pedia Pals en de arbitrageprocedure die daarop volgde, problemen waren die IMG aangingen (r.o. 4.4.1). De advisering c.q. dienstverlening van X en Y in dat verband en alles wat volgde, was daarom aan IMG gericht. Dit betekent dat eventueel daaruit voortvloeiende schade slechts door IMG kan worden gevorderd (r.o. 4.4.2). De schade die Van de V. lijden door het minder waard worden van de aandelen in IMG komt als afgeleide schade niet voor vergoeding in aanmerking. Dit is slechts anders (1) indien jegens hen een specifieke zorgvuldigheidsnorm niet in acht zou zijn genomen of (2) indien zij op andere wijze dan door vermindering van de waarde van de aandelen schade zouden hebben geleden. Deze beoordeling komt grotendeels overeen met die in (onder meer) *ABP/Poot* en *Tuin Beheer* (HR 16 februari 2007, *NJ* 2007, 256, m.nt. Maeijer). Afgeleide schade is schade die een aandeelhouder lijdt door de waardevermindering van zijn aandelen die het gevolg is van schade die door een derde door tekortkoming of onrechtmatige daad aan de vennootschap is toegebracht (vgl. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, diss., 2004, p. 17 en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 212). De (afgeleide) schade van de aandeelhouder loopt dus via het vermogen van de vennootschap. Het vorderingsrecht met betrekking tot dergelijke schade komt in de regel slechts toe aan de vennootschap en niet aan haar aandeelhouder(s). De eerste uitzondering op deze hoofdregel waarop het hof doelt, is de situatie waarin de derde niet alleen een wanprestatie of onrechtmatige daad jegens de vennootschap heeft gepleegd, maar ook een jegens de aandeelhouder in acht te nemen specifieke zorgvuldigheidsnorm

heeft geschonden. De Hoge Raad heeft de lat voor een dergelijke schending echter hoog gelegd. De aandeelhouder zal "bijkomende omstandigheden" moeten stellen (*Tuin Beheer* r.o. 3.5). Wat daaronder moet worden verstaan is niet geheel duidelijk. De enkele voorzienbaarheid van schade die de aandeelhouder door het handelen van de derde zal lijden, is bijvoorbeeld onvoldoende. Zelfs het onnodig en bewust veroorzaken van het faillissement van de vennootschap door een bestuurder voor zijn eigen gewin is onvoldoende. Het enige voorbeeld van een bijkomstige omstandigheid dat de Hoge Raad in *Tuin Beheer* noemt, is opzet van benadeling (r.o. 3.5). Dat sluit aan bij het voorbeeld van een schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm dat A-G Hartkamp in zijn conclusie in *ABP/Poot* noemde: een onrechtmatige daad of wanprestatie die tegen de vennootschap wordt gepleegd met het vooropgezette doel om de aandeelhouder in privé (achter de schermen) te treffen (par. 12). Overigens noemt het hof in casu niet dat de schade van de aandeelhouder definitief moet zijn geworden, wat als een tweede, cumulatieve voorwaarde voor een geslaagde vordering van afgeleide schade wordt gezien (vgl. A-G Hartkamp, par. 10 van zijn conclusie in *Chipshol*, HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 573, m.nt. Maeijer; en Timmerman, 'Kan een aandeelhouder of vennootschapsschuldeiser afgeleide schade vorderen?' *TVVS* 1998, nr. 50, p. 99). Mogelijk laat het hof deze tweede voorwaarde onbesproken omdat hij aan de beoordeling van deze vraag niet toekomt, zo blijkt verderop. De tweede uitzondering op de hoofdregel uit *ABP/Poot* waarop het hof doelt ("of indien zij op andere wijze dan door vermindering van de waarde van de aandelen schade zouden hebben geleden") is in mijn ogen geen echte uitzondering omdat die schade gelet op de hiervoor genoemde omschrijving geen afgeleide schade is.

5. Het hof maakt vervolgens onderscheid tussen de verschillende verwijten die aan X en Y worden gemaakt. De verwijten die zien op de advisering van X met betrekking tot het geschil met Pedia Pals (de arbitrageprocedure, het eigenbeslag, de exequaturverlening) hebben volgens het hof, ook in onderling verband gezien, slechts betrekking op IMG zelf. Niet is gebleken van schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens Van de V. Op grond van de hoofdregel uit *ABP/Poot* hebben Van de V. derhalve geen vorderingsrecht. De toevoeging "ook in onderling verband gezien" houdt vermoedelijk verband met het feit dat Van de V. stellen dat de verweten gedragingen van X (en Y) in onderling verband gezien een rechtstreekse normschending jegens Van de V. opleveren. Ik denk dat Van de V. het hof met deze benadering op het spoor van *Kip en Sloetjes* (HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662, m.nt. Maeijer) hebben willen zetten. In *Kip en Sloetjes* achtte de Hoge Raad het onjuist om de verwijtbare gedragingen van Rabobank op te splitsen in gedragingen die primair tegen de vennootschap waren gericht (met afgeleide schade tot gevolg) en gedragingen die rechtstreeks tegen Kip en Sloetjes waren gericht (met "eigen" schade tot gevolg). Of Rabobank jegens Kip en Sloetjes onrechtmatig heeft gehandeld, diende volgens de Hoge Raad te worden beoordeeld door het geheel van aan de Rabobank verweten onrechtmatige gedragingen jegens Kip en Sloetjes in onderlinge samenhang te bezien (zie HR r.o. 3.6). Het hof volgt deze benadering hier niet. De verklaring is mogelijk dat de gestelde verwijtbare gedragingen in het onderhavige geval eenvoudig van elkaar te onderscheiden zijn. Bij Kip en Sloetjes was er sprake van een sterke verwevenheid tussen de belangen van Kip en Sloetjes en die van hun concern onder meer doordat Kip en Sloetjes in privé zekerheden hadden gesteld.

6. Daarna behandelt het hof de verwijten die betrekking hebben op het advies van X om de executie af te wachten en een eventueel faillissement van IMG op de koop toe te nemen. Een dergelijk advies kan in beginsel geen aansprakelijkheid jegens aandeelhouders met zich brengen (r.o. 4.4.12). Dat lijkt mij juist. Op dit punt valt een parallel te trekken tussen X en de bestuurder in *Tuin Beheer* die het faillissement veroorzaakte, in dat geval zelfs bewust en voor eigen gewin. Een bijkomende omstandigheid zou kunnen bestaan in verband met het feit dat IMG in die periode is "leeggehaald". Partijen twisten over de vraag of dit op advies van X of op eigen initiatief van Van de V. is gebeurd. In het eerste geval zou er sprake zijn van "advisering tot paulianeus handelen, waarbij grote kans bestond dat de bestuurders op dat handelen zouden worden aangesproken." (r.o. 4.4.13). Van de V. krijgen in dat verband de opdracht om te bewijzen dat X heeft geadviseerd om IMG "leeg te halen". Hier staat het hof kennelijk een mogelijke normschending jegens Van de V. als *bestuurders* voor ogen. Speelt daar echter wel de problematiek van afgeleide schade? Kroeze sluit bestuurders niet uit van de kring van personen die afgeleide schade kunnen lijden bijvoorbeeld vanwege inkomstenderving (Kroeze a.w. p. 21-22). Onduidelijk is welke schade Van de V. in de onderhavige zaak als bestuurders hebben geleden. Duidelijk is wel dat zij op grond van een vaststellingsovereenkomst € 90.000 aan de curator hebben betaald (zie paragraaf 2 hierboven). Ik neem aan dat het hier een schikking betrof die verband hield met de vermeende aansprakelijkheid van Van de V. als (indirect) bestuurders van IMG. Dergelijke schade (indien het schikkingsbedrag als schade kwalificeert) loopt echter niet via het vermogen van de vennootschap en is dus geen afgeleide schade. Het bedrag wordt betaald in verband met schade die de bestuurders zelf aan de vennootschap dan wel de gezamenlijke crediteuren zouden hebben toegebracht. De vordering van Van de V. op X heeft dan veeleer een vrijwaringskarakter.

7. Tot slot behandelt het hof de verwijten die Van de V. aan X en Y maken met betrekking tot de advisering c.q. dienstverlening naar aanleiding van het faillissementsverzoek. X wordt verweten dat hij in dat verband te weinig informatie aan Y heeft doorgegeven. Y wordt verweten dat hij zich te passief heeft opgesteld. Op grond van het faillissementsrekest, waarin de suggestie van onrechtmatige onttrekkingen werd gewekt, moest het voor X en Y zonder meer duidelijk zijn geweest dat de belangen van Van de V. als bestuurders aan de orde zouden komen (r.o. 4.4.14). Dit betekent volgens het hof dat indien X en Y in hun dienstverlening jegens IMG zijn tekortgeschoten, zij tevens onrechtmatig jegens Van de V. als bestuurders hebben gehandeld. Ook hier staat het hof dus kennelijk een normschending jegens Van de V. als *bestuurders* voor ogen. Dit roept wederom de vraag op welke schade Van de V. in die hoedanigheid hebben geleden omdat slechts die schade voor vergoeding in aanmerking zou komen, mocht van ondeugdelijke dienstverlening blijken. De schade die Van de V. hebben geleden als gevolg van de waardevermindering van hun aandelen is en blijft afgeleide schade. Van de V. krijgen van het hof de opdracht te bewijzen dat X en Y inderdaad tekort zijn geschoten in hun dienstverlening.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij Loyens & Loeff NV in Amsterdam