

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 21, 2017

Nummer 21, 2017

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:7516](#) 29-08-2017

Project Hardcore

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2317](#) 22-08-2017

X en Y/Visser q.q.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3334](#) 17-08-2017

Sapinda Holding B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3262](#) 15-08-2017

Centrale Ondernemingsraad TNT Nederland B.V./TNT Nederland B.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2403](#) 18-07-2017

Juresta Card

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:4858](#) 16-08-2017

Staedion/Jomo Vastgoed

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:6614](#) 09-08-2017

Organisatie Groep Zuid B.V. en Hesseling Beheer B.V./X

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:7603](#) 02-08-2017

IZI Concepts

Annotatie

[Aansprakelijkheidsrisico's bij het gebruiken van een lege projectvennootschap: aandeelhouders- of bestuurdersaansprakelijkheid?](#)

prof. mr. E.C.H.J. Lokin en O.J.W. Schotel

Annotatie

[Het onderzoeksverslag in enquêteprocedures: openheid versus vertrouwelijkheid](#)

H.J. de Kraker

Annotatie

[Het onderzoeksverslag in enquêteprocedures: openheid versus vertrouwelijkheid](#)

H.J. de Kraker

Annotatie

[1. Extra bescherming voor de OK-functionaris: de escrowvoorziening.](#)

D.M.H. de Leeuw (annotatie 1) en M.J.R. Brons (annotatie 2)

Annotatie

[De curator, het boedeltekort en de schade van de rechtspersoon](#)

F. Ortiz Aldana en J. van Bakkum

Annotatie

[Rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade van een vennoot in een personenvennootschap](#)

T.D.J. Oosterink

RECHTSPRAAK

Sapinda Holding B.V

OK; enquête. Verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. De OK wijst het verzoek af, omdat meerderheidsaandeelhouder geen misbruik heeft gemaakt van positie.

[C] had als ultimate beneficial owner van Altitude het enige aandeel in Altitude Investment verpand aan ADS Securities LLC ('ADS'). Als gevolg van uitwinning van dit pandrecht heeft ADS controle verworven over Altitude Investments en Altitude. Op 6 december 2016 heeft The High Court of Justice te Londen op verzoek van Generali Investment Europe ('Generali') een Worldwide Freezing Injunction ('WWFI') uitgevaardigd tegen Sapinda Holding B.V ('Sapinda'). Deze WWFI berust op de stelling van Generali dat Sapinda gehouden is tot terugkoop van obligaties uitgegeven door Sapinda Invest. Niet in geschil is dat deze terugkoopverplichting rust op [C] persoonlijk en niet op Sapinda. Toch heeft Sapinda zich jegens Generali garant gesteld voor de verplichtingen van [C] uit hoofde van deze terugkoopverplichting tot een bedrag van EUR 25 miljoen.

In januari 2017 is een niet vastgestelde jaarrekening over 2015 gedeponneerd, waaruit een groot verlies van Sapinda blijkt. In mei 2017 heeft The High Court of Justice te Londen op verzoek van Romanello Financial Corp. ('Romanello') alsnog een WWFI tegen [C] uitgevaardigd. Gedurende een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van Sapinda van 7 juni 2017 heeft [D] een presentatie gegeven over de resultaten van Sapinda. Als gevolg van de liquiditeitskrapte bij Sapinda heeft Altitude op 10 augustus 2017 de overige aandeelhouders opgeroepen voor een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouder met als agendapunten het voorstel tot het ontslag van [C] en [D] als bestuurders van Sapinda, de benoeming van [E] als bestuurder van Sapinda en de wijziging van de statuten waarbij de change of control bepaling die in de statuten is opgenomen wordt geschrapt.

Sapinda verzoekt thans onder meer een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Sapinda, alsmede onmiddellijke voorzieningen te treffen die ertoe strekken te voorkomen dat bestuurders worden ontslagen en benoemd. Hieraan heeft Sapinda ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juiste gang van zaken van

Sapinda door het handelen van Altitude als aandeelhouder. Altitude misbruikt volgens Sapinda de positie als meerderheidsaandeelhouder door het ontslag van het bestuur in te zetten als oneigenlijk drukmiddel in het financiële geschil tussen ADS en [C]. Ook zou het ontslag van [C] als bestuurder niet in het belang van Sapinda zijn en miskent Altitude dat de change of ownership bepaling op haar van toepassing is en zij deze niet kan schrappen, waardoor zij haar bijzondere zorgplicht jegens minderheidsaandeelhouders schendt. Altitude stelt op haar beurt dat zij reële bezwaren heeft tegen de gang van zaken bij Sapinda. Een enquête acht Altitude niet nodig, omdat zijzelf als meerderheidsaandeelhouder onderzoek kan doen om orde op zaken te stellen.

De OK overweegt dat wanneer nog geen onderzoek is gelast, zij slechts onmiddellijke voorzieningen kan treffen indien daarvoor voldoende zwaarwegende redenen zijn en er, naar haar voorlopige oordeel, twijfel is aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Sapinda. Naar het oordeel van de OK maakt Altitude geen misbruik van recht door het agenderen van het ontslag van het bestuur van Sapinda. Wat er ook zij van het vermogensrechtelijke geschil tussen ADS en [C], Altitude kon als aandeelhouder van Sapinda in het functioneren van het bestuur van Sapinda voldoende aanleiding zien om het ontslag van het bestuur te agenderen. Dat Altitude het vertrouwen in het bestuur van Sapinda heeft verloren, is niet onbegrijpelijk onder meer gelet op de financiële toestand waarin Sapinda zich bevindt en de gang van zaken met betrekking tot de door Generali jegens Sapinda verkregen WWFI. Aan besluitvorming over het ontslag van het bestuur staat niet in de weg dat [C] als drijvende kracht onmisbaar zou zijn en evenmin dat er bij gebrek aan een voordracht voor een nieuw bestuur door de RvC slechts met gekwalificeerde meerderheid een nieuw bestuur benoemd kan worden. De agendering van het voornemen tot ontslag van het bestuur tijdens de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders levert, naar het voorlopige oordeel van de OK, geen gegronde redenen tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Sapinda op.

De OK wijst het verzoek van Sapinda tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen af en houdt iedere andere beslissing vooralsnog aan.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:3334

Zaaknummer: 200.211.055/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, R.A.H. van der Meer RA en M.A. Scheltema

Advocaten: Y.A. Wehrmeijer, I.M. Hendriks, P.D. Olden, F.G.K. Overkleeft en W.P. Wijers

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

Centrale Ondernemingsraad TNT Nederland B.V./TNT Nederland B.V.

OK, medezeggenschap. Besluit van TNT Nederland tot wijziging van de managing director structuur heeft mede tot gevolg dat een deel van haar werknemers niet langer onder de medezeggenschap van de OR valt, en doet daarmee onvoldoende recht aan de (continuïteit van de) medezeggenschap.

Begin 2011 is TNT N.V. gesplitst in PostNL en TNT Express. Sinds mei 2016 behoort TNT Express tot het concern van FedEx. Voor deze nieuwe groep binnen FedEx is FIB opgericht om te fungeren als werkgever voor een deel van het senior management van TNT Nederland B.V. ('TNT')/FedEx. Als gevolg van deze overname is FedEx gestart met een integratieproject van TNT met FedEx. In het licht van deze integratie heeft de COR herhaaldelijk met het bestuur gecorrespondeerd en geadviseerd over de voorgenomen MD-structuur. De COR heeft een positief advies uitgebracht onder de voorwaarde dat de continuïteit van de medezeggenschap gewaarborgd bleef. TNT heeft daarop geantwoord dat het advies van de COR niet zou worden overgenomen en dat de wettelijke wachttermijn van een maand op die dag zou ingaan en op 7 mei 2017 zou eindigen. Op 18 april 2017 heeft de TNT het nader uitgewerkte besluit van 14 april 2017 aan de COR doen toekomen. Wat betreft de medezeggenschap geeft TNT hierin te kennen dat zij met de COR in gesprek wil gaan over dit onderwerp, maar dat het daarvoor te vroeg is gelet op het feit dat de nieuwe juridische structuur nog niet duidelijk is. Het besluit omtrent de nieuwe MD-structuur is een definitief besluit geworden.

De Centrale Ondernemingsraad van TNT Nederland B.V. ('COR') heeft op 15 augustus 2017 de OK onder meer verzocht te verklaren dat TNT niet in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen omtrent de managing director structuur ('MD-structuur') wat betreft de medezeggenschap.

De OK gaat allereerst in op de stelling van de COR dat de beroeps- en opschortingstermijn pas op 18 april 2017 is gaan lopen. Een redelijke wetstoepassing van artikel 25 leden 1 en 6 in combinatie met lid 5 WOR brengt volgens de OK mee dat de beroeps- en opschortingstermijn

pas gaat lopen zodra aan de COR is medegedeeld waarom van het advies is afgeweken, in casu op 18 april 2017.

Ten gronde voert de COR aan dat er door het uitvoeren van het besluit omtrent de MD-structuur afbreuk wordt gedaan aan de continuïteit van de medezeggenschap van TNT en aan de bevoegdheden van de COR, en dat het op grond van artikel 25 WOR niet redelijk is dat TNT tijdens het integratieproces een vacuüm laat ontstaan in de medezeggenschap. TNT betoogt daarentegen dat er geen vacuüm ontstaat, doordat alle advies- en instemmingsplichtige besluiten die betrekking hebben op de TNT groep aan de COR zullen worden voorgelegd. Hoewel een deel van de werknemers niet meer onder het bereik van de COR zal vallen, betreft dat volgens TNT een eigen belang van (de leden van) de COR dat geen verband houdt met het besluit voor de betrokken werknemers.

De OK overweegt te dien aanzien dat door het bestreden besluit de managing directors niet langer onder de medezeggenschap van de OR van TNT of van de COR vallen. Dit terwijl deze werknemers feitelijk werkzaam blijven voor TNT (ondanks de indiensttreding bij FIB). Nu er geen medezeggenschapsorgaan bij FIB is ingesteld, is er middels dit besluit voor deze medewerkers een medezeggenschapsvacuüm ontstaan. De OK oordeelt dat TNT de continuïteit van de medezeggenschap voor de managing directors niet voldoende heeft gewaarborgd. De OK overweegt dat TNT dit had kunnen doen door op voorhand maatregelen te treffen in afwachting van de vormgeving van de medezeggenschap bij de integratie van TNT en FedEx. TNT's toezegging om zich op de korte termijn te buigen over de inrichting van de medezeggenschap bij FIB, acht de OK te vaag.

Hiermee heeft TNT met het bestreden besluit volgens de OK onvoldoende recht gedaan aan de continuïteit van de medezeggenschap van TNT, om welke reden TNT niet in redelijkheid tot het besluit van 18 april jl. heeft kunnen komen. Bij het nemen van dit besluit had er een zodanige duidelijkheid moeten hebben bestaan omtrent de beoogde structuur naar de volledige integratie van FedEx en TNT, dat met het oog hierop overleg met de COR over de toekomstige medezeggenschapsstructuur onvermijdelijk is geweest, aldus de OK.

Het verzoek is door de OK toegewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:3262

Zaaknummer: 200.215.263/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, A.J. Wolfs, S. ten Have en D.E.M. Aleman MBA

Advocaten: mr. dr. L.C.J. Sprengers, S. Sikkink en M.M. van den Berg

Wetsartikelen: 25 WOR en 26 WOR

RECHTSPRAAK

Organisatie Groep Zuid B.V. en Hesseling Beheer B.V./X

Vordering van crediteuren van gefailleerde stichting tegen haar voormalige bestuurders wegens onbetaald gebleven facturen. De rechtbank oordeelt dat niet kan worden aangenomen dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenissen behoorde te begrijpen dat de crediteuren als gevolg van zijn handelen schade zouden lijden.

Organisatie Groep Zuid B.V. en Hesseling Beheer B.V. ('eisers') participeren in samenwerkingsverband Expo Rampenbestrijding Incidentmanagement & Crisisbeheersing ('eRIC'). Gedaagden sub 1 t/m 3 zijn bestuurders van de Stichting Hulp voor Hulpverleners ('de Stichting'). eRIC en de Stichting hebben begin 2016 een overeenkomst gesloten op grond waarvan de Stichting bepaalde bedragen diende te betalen aan eRIC. In april 2015 heeft de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie een brief aan de Tweede Kamer gestuurd waarin onder meer vermeld staat dat de regering is verzocht in overleg te treden met de Stichting over het opzetten van een kenniscentrum dat geweld tegen professionele en vrijwillige hulpverleners signaleert. Medio 2016 heeft de Stichting een subsidieaanvraag ingediend bij het ministerie en kort daarna is die aanvraag afgewezen. In juli 2016 is de Stichting in staat van faillissement komen te verkeren.

Eisers vorderen vergoeding van hun schade, bestaande uit de onbetaald gebleven facturen. Zij baseren deze vordering op onrechtmatige daad en stellen daartoe, samengevat, dat gedaagden namens de Stichting een overeenkomst hebben gesloten met eRIC terwijl zij wisten dat de Stichting deze overeenkomst niet kon nakomen. Dat levert volgens eisers een ernstig persoonlijk verwijt op omdat gedaagden wisten dat de Stichting niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

De rechtbank overweegt, onder verwijzing naar vaste rechtspraak op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid (onder meer HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (Beklamel) en HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/C), dat voor het kunnen aannemen van aansprakelijkheid niet voldoende is dat de

bestuurder bij het aangaan van de verbintenis behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de Stichting als gevolg van zijn handelen schade *zou kunnen* lijden; vereist is ingevolge rechtspraak van de Hoge Raad dat de bestuurder behoorde te begrijpen dat de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade *zou* lijden.

Volgens de rechtbank bestond op het moment dat gedaagde 2 als bestuurder van de Stichting de relevante verbintenis met eRIC aanging geen zekerheid over de vraag of de Stichting daadwerkelijk de financiële middelen zou kunnen verwerven die benodigd waren om haar verplichtingen jegens onder andere eRIC volledig na te komen. Maar de rechtbank is van oordeel dat gedaagde 2 destijds nog kon menen, ook al was dat achteraf bezien te optimistisch, dat er uiteindelijk door het ministerie wel enige vorm van subsidie verstrekt zou worden. Niet onbegrijpelijk is, aldus de rechtbank, dat de bestuurders van de Stichting vertrouwen hebben menen te kunnen ontleenen aan voormelde uitspraken van de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie.

Aan het voorgaande doet volgens de rechtbank niet af dat ambtenaren van het ministerie vinden dat de Stichting is tekortgeschoten in de informatieverstrekking aan het ministerie en/of in het tijdig en voldoende gedocumenteerd formeel aanvragen van subsidie. Dat eventuele tekortschieten van de Stichting, wat daar ook van zij, rechtvaardigt niet de conclusie dat gedaagde 2 op het moment dat hij namens de Stichting een verbintenis met eRIC aanging al wist of behoorde te begrijpen dat het ministerie over 2016 in het geheel geen subsidie zou verstrekken (en dat door de Stichting evenmin op andere wijze voldoende middelen zouden kunnen worden aangetrokken), aldus de rechtbank.

De rechtbank wijst de vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:6614

Zaaknummer: C/10/519202 / HA ZA 17-87

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: G.A. van Meeteren en H. Lebbing

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Project Hardcore

Vordering van een crediteur en diens verzekeraar tegen de bestuurder van de exploitant van een ijshal tot schadevergoeding naar aanleiding van een geannuleerd dance-evenement. Het hof acht de bestuurder persoonlijk aansprakelijk omdat hij niet tijdig een rapportage aan de gemeente heeft verstrekt, als gevolg waarvan de vergunning voor het evenement is ingetrokken en het evenement moest worden geannuleerd.

De Stichting Exploitatie PWA Centrum ('PWA') exploiteerde de multifunctionele ijshal SilverDome. Appellant was directeur van SilverDome en voorzitter van het uit drie personen bestaande bestuur van PWA. B2S Holding B.V. ('B2S') organiseerde dance-evenementen. Tussen B2S en PWA is in 2011 een overeenkomst gesloten omtrent de organisatie van dance-evenementen in SilverDome. Ten aanzien van het evenement Project Hardcore heeft de gemeente Zoetermeer aan B2S een evenementenvergunning verleend, maar wel onder een aantal voorwaarden, waaronder het overhandigen van een rapportage TNO-rookvultijdenmodel. Deze rapportage werd echter niet op tijd aangeleverd, waarop de gemeente haar vergunning heeft ingetrokken. De verzekeraars van B2S hebben vervolgens aan B2S een bedrag van ruim € 200.000 uitgekeerd. PWA is in 2013 failliet verklaard.

In eerst aanleg hebben B2S en de verzekeraars ('B2S c.s.') een groot deel van het bedrag gevorderd, omdat appellant primair als bestuurder, subsidiair vanwege een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsplicht, aansprakelijk is voor de schade, namelijk het niet tijdig aanleveren van de rapportage en daardoor de annulering van het evenement. De rechtbank heeft appellant als bestuurder aansprakelijk geacht voor de schade.

In hoger beroep voert appellant aan dat hoewel er geen 6500 bezoekers meer in mochten, er alsnog 1500 bezoekers mochten zijn voor het evenement en er dus geen sprake is van tekortschieten. Het hof gaat hier aan voorbij. Het feit dat er maar 1500 bezoekers in mochten, is om die reden al een tekortkoming van PWA in de nakoming van haar garantieverbintenis. Voor zover appellant aanvoerde dat B2S en niet PWA zorg diende te dragen voor de

rapportage, merkt het hof op dat het ging om een gebouw dat PWA ter beschikking stelde en PWA destijds meerdere malen aangaf ermee bezig te zijn.

Het hof gaat ook voorbij aan het betoog van appellant dat hij niet als bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt treft en dus niet aansprakelijk is voor de schade. Appellant heeft geen andere stellingen aangevoerd hierover dan in eerste aanleg. Het hof volgt daarom de overweging van de rechtbank dat sprake is van een ernstig verwijt. Daar voegt hij nog wel aan toe, dat appellant niet voldoende gemotiveerd heeft bestreden, de stelling van BS2 dat hij behoorde te begrijpen dat het niet tijdig aanleveren van de rapportage zou leiden tot annulering van het evenement. Voorts overweegt het hof dat appellant wist danwel behoorde te begrijpen dat PWA geen verhaal zou bieden voor de schade, aangezien PWA in 2009 en 2010 al grote verliezen leed en appellant de te hoge exploitatiekosten als oorzaak van het faillissement aangaf. Ook rekent het hof het appellant zeer aan dat hij ervan uitging dat hij veel meer bezoekers wilde toelaten dan de 1500.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:7516

Zaaknummer: 200.181.613/01

Rechters: J. Smit, M.M.A. Wind en M. Wolters

Advocaten: J.J. Achterveld en H. Lebbing

Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:74 BW

RECHTSPRAAK

X en Y/Visser q.q.

Antilliaanse zaak. Vordering van de curator van een gefailleerde vennootschap tegen haar bestuurders tot betaling van het boedeltekort. Het hof constateert een schending van de deponerings- en boekhoudplichten, maar acht de faillissementsoorzaak gelegen in ernstig teruggelopen omzet, en oordeelt dat onbehoorlijk bestuur van de dochtervennootschap niet kan worden toegerekend aan de moeder.

Soxx Holding N.V. ('Soxx'; statutair gevestigd op Curaçao) hield 85% van de aandelen in TAG Holding B.V. ('TAG Holding'), die op haar beurt alle aandelen hield in TAG Software & Consultancy B.V. ('TAG'). In augustus 2010 is TAG failliet verklaard, vervolgens zijn de jaarstukken 2007 en 2008 van SOXX op 21 december 2010 gedeponeed en uiteindelijk is Soxx op 21 december 2010 in staat van faillissement verklaard.

In eerste instantie heeft de curator gevorderd om de bestuurders van Soxx en TAG (X resp. Y) te veroordelen tot betaling aan de curator van een bedrag gelijk aan het faillissementstekort van Soxx. De rechtbank heeft die vordering toegewezen.

Het hof stelt allereerst vast dat de jaarrekeningen over 2007 en 2008 23 respectievelijk 11 maanden later dan de uiterste publicatiedatum zijn gedeponeed, waarmee het kennelijk onbehoorlijk bestuur reeds op deze grond vast staat. Indien Soxx – zoals door X en Y aangevoerd – geen financiële middelen beschikbaar had of kon maken, dan had zij op het moment waarop publicatie van de jaarrekening 2007 uiterlijk diende plaats te vinden al geen bestaansrecht meer en had het bestuur moeten aansturen op liquidatie, aldus het hof. De grief, waarmee X en Y opkomen tegen het oordeel van de rechtbank dat zij er niet in is geslaagd het vermoeden dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Soxx te ontzenuwen, treft volgens het hof evenwel doel, omdat aannemelijk is dat de faillissementsoorzaak van Soxx is gelegen in de ernstig teruggelopen omzet bij en het daaropvolgende faillissement van TAG.

Ten aanzien van de door de curator aangedragen grondslag onrechtmatige daad, waartoe de

curator heeft gesteld dat schending van de deponeringsplicht onbehoorlijke taakvervulling impliceert en op grond daarvan tevens onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke crediteuren van Soxx, stelt het hof voorop dat de curator geen stellingen heeft ontwikkeld over schade die zou zijn veroorzaakt door onrechtmatig handelen van de bestuurders van Soxx, en dat bovendien niet is in te zien dat een onbehoorlijke taakvervulling zonder meer een onrechtmatige daad tegenover de gezamenlijke vennootschapscrediteuren oplevert. Voorts overweegt het hof dat het enkele feit dat Soxx als houdstermaatschappij is aangeduid, niet betekent dat zij in strijd met haar statutaire doelomschrijving handelt door het aangaan van financieringsovereenkomsten. Tot slot is het hof van oordeel dat zonder nadere onderbouwing van het betoog van de curator niet is in te zien dat handelen in strijd met de Beklamefnorm in de relatie tot één of meer crediteuren, onbehoorlijke taakvervulling tegenover de rechtspersoon oplevert.

Het hof vernietigt de bestreden vonnissen en wijst de vorderingen alsnog af.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2317

Zaaknummer: 200.185.582/01

Rechters: H.J. Vetter, A.J.M.E. Arpeau en H.A. de Savornin Lohman

Advocaten: H.F.C. Hoogendoorn en S. Visser

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:10 BW, 2:138 lid 2 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Staedion/Jomo Vastgoed

Vordering van een crediteur van een Belgische vastgoedonderneming tegen haar toenmalige bestuurders tot betaling van een contractuele boete na niet-afname van een perceel grond. De rechtbank wijst de vordering op grond van onrechtmatige daad af, omdat onvoldoende is onderbouwd dat de bestuurders hadden moeten voorzien dat de onderneming niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden.

In juli 2015 heeft stichting Staedion ('Staedion') met Jomo Vastgoed N.V. ('Jomo') een overeenkomst gesloten voor de verkoop van een perceel grond in het Beatrixkwartier. In onderling overleg is de transportdatum uitgesteld tot 28 december 2015. Op 21 december 2015 stelde Staedion Jomo in gebreke om uiterlijk binnen acht dagen alle verplichtingen alsnog na te komen. Vervolgens heeft Staedion Jomo gedagvaard, tot nakoming van de overeenkomst en de voorzieningenrechter heeft Jomo veroordeeld om mee te werken aan de levering in overeenstemming met de afspraken uit de overeenkomst en aan betaling van de koopprijs, alsook veroordeeld om aan Staedion een dwangsom te betalen voor iedere dag dat zij niet aan de hoofdveroordeling voldoet.

In de onderhavige procedure vordert Staedion hoofdelijke veroordeling van Jomo en haar toenmalige bestuurders, gedaagden 2, 3 en 4 ('Jomo c.s.'), tot betaling aan Steadion van een contractuele dagboete van drie promille van de koopsom per dag, een boete van tien procent van de koopsom en de verbeurde dwangsommen. Daaraan heeft Staedion onder meer artikel 6:162 BW ten grondslag gelegd. Te dien aanzien overweegt de rechtbank dat Staedion onvoldoende heeft onderbouwd dat de bestuurders van Jomo hadden moeten voorzien dat Jomo niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor eventuele boetes of schades.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 16-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:4858

Zaaknummer: C/13/610766 / HA ZA 16-632

Rechters: J. Thomas

Advocaten: C.J.J.C. Arnouts en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 6:94 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

IZI Concepts

Vordering in kort geding tot buitenwerkingstelling/schorsing van alle non-concurrentiebedingen in een aandeelhoudersovereenkomst. De voorzieningenrechter wijst de vordering af, omdat eisers door de mededelingen van slechts één van de contractspartijen niet van hun verplichtingen uit hoofde van het concurrentiebeding zijn bevrijd.

Gedaagde sub 3 en sub 5 zijn respectievelijk DGA van gedaagde sub 2 ('Maclavi') en gedaagde sub 4 ('Canijo'). Maclavi en Canijo zijn de aandeelhouders en bestuurders van gedaagde sub 1 ('IZI Concepts'). Gevoegde partijen IZI Motive Holding en IZI2Connect zijn respectievelijk de dochter en kleindochter van IZI Concepts. Eiser sub 2 is DGA van eiseres sub 1 ('Prige'). Eiser sub 2 en gedaagde sub 3 zijn in 2013 met elkaar gaan samenwerken om een innovatief en vernieuwend platform te ontwikkelen voor de auto-onderdelenmarkt. In dit kader is een managementovereenkomst gesloten tussen Prige en IZI2Connect. Prige heeft verder tegen betaling 33% van de aandelen van IZI Motive Holding verkregen. Bij deze aandelentransactie is een aandeelhoudersovereenkomst gesloten met eiser sub 2, gedaagde sub 3 en gedaagde sub 5 als comparanten voor zichzelf en voor hun respectieve vennootschappen (Maclavi, Canijo, IZI Concepts, Prige en IZI Motive Holding). In de aandeelhoudersovereenkomst is een non-concurrentiebeding opgenomen. Begin 2017 heeft Prige de managementovereenkomst met IZI2Connect opgezegd per augustus 2017 en haar aandelenpakket in IZI Motive Holding aangeboden aan IZI Concepts. Eiser sub 2 en gedaagde sub 3 hebben in maart 2017 met elkaar gesproken over het uiteengaan van partijen in het algemeen en een vaststellingsovereenkomst en het non-concurrentiebeding in het bijzonder. Bij e-mail van 14 maart 2017 heeft gedaagde sub 3 aan eiser sub 2 medegedeeld dat hij akkoord is met het (kort gezegd) vervallen van het concurrentiebeding. Bij brief van 26 april 2017 heeft IZI Motive Holding aan eisers meegedeeld, kort weergegeven, dat op 14 maart 2017 geen afstand is gedaan van enig beding waarbij eiser sub 2 misbruik van omstandigheden zou hebben gemaakt, dat niet alle betrokken partijen bij de aandeelhoudersovereenkomst het bericht van 14 maart 2017 hebben getekend, alsmede dat gedaagde sub 3 niet bevoegd was een dergelijke afspraak te maken. IZI Motive Holding beroept zich op nietigheid, althans vernietigbaarheid van de akkoordverklaring.

In dit kort geding vorderen eisers (onder meer) dat alle non-concurrentiebepalingen zoals vastgelegd in de aandeelhoudersovereenkomst buiten werking worden gesteld of worden geschorst totdat een rechter in een bodemprocedure uitspraak heeft gedaan.

De voorzieningenrechter oordeelt dat er vooralsnog onvoldoende grondslag is om aan te nemen dat eisers door de mededelingen van gedaagde sub 3 aan eiser sub 2 zijn bevrijd van hun verplichtingen en in het bijzonder het concurrentiebeding. Hiervoor is redengevend dat de natuurlijke personen en rechtspersonen die partij zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst verschillende rechten en verplichtingen hebben gekregen en dat het non-concurrentiebeding geldt voor alle voornoemde natuurlijke personen en rechtspersonen (alsmede alle rechtspersonen waarin zij op enigerlei wijze zeggenschap hebben), zodat het niet zo is dat de aandeelhoudersovereenkomst alleen de verhoudingen tussen de aandeelhouders van IZI Motive Holding regelt. Volgens de voorzieningenrechter kunnen eisers alleen (volledig) van de verplichtingen uit het concurrentiebeding worden bevrijd als alle andere partijen daarmee hebben ingestemd, hetgeen niet is gebeurd, terwijl feiten of omstandigheden waaraan eisers desondanks het gerechtvaardigd vertrouwen hebben mogen ontlelen dat gedaagde sub 5 en Canijo hun instemming hadden gegeven, bijvoorbeeld omdat zij mochten aannemen dat gedaagde sub 3 ook namens hen sprak, vooralsnog niet voldoende aannemelijk zijn gemaakt. Daar komt nog bij dat gedaagde sub 3 ook niet als (middellijk) bestuurder van IZI Concepts of in zijn hoedanigheid van (middellijk) aandeelhouder van IZI Concepts, alleen kon beslissen over het aangaan van een vaststellingsovereenkomst met eisers en het laten vallen van het non-concurrentiebeding. Op grond van de statuten behoeft gedaagde sub 3 immers als bestuurder de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders – en dus van Canijo – voor het aangaan van een vaststellingsovereenkomst, een compromis of akkoord, zoals het afzien van een concurrentiebeding in het kader van de aandeelhoudersovereenkomst. Niet is gebleken van de instemming van Canijo. Hierbij overweegt de voorzieningenrechter nog dat het voldoende aannemelijk is geworden dat eisers vanuit de onderlinge samenwerking met gedaagden en gevoegde partijen wisten dat voor belangrijke beslissingen steeds de stem nodig was van eiser sub 2, gedaagde sub 3 én gedaagde sub 5, mede namens de vennootschappen waarin zij zeggenschap hadden.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 02-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:7603

Zaaknummer: C/03/236279 / KG ZA 17-283

Rechters: W.J.J. Los

Advocaten: M.T. Nooijen, J.R. Minneboo en M.A. Vles

RECHTSPRAAK

Juresta Card

Vordering van een crediteur van een ontbonden vennootschap tegen haar voormalige bestuurder tot schadevergoeding wegens jarenlange non-betaling van abonnementskosten en daaropvolgende ontbinding zonder vereffening. Het hof wijst de vordering toe, omdat tegen de vennootschap een verstekvonnis tot betaling was gewezen en er wel werkkapitaal aanwezig was, waarmee sprake is van betalingsonwil waarvan de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt kan worden. Het hof benoemt nog dat het feit dat Juresta tot heropening ex artikel 2:23c BW over had kunnen gaan dit niet anders maakt.

Appellante ('A') was bestuurder van Ayla B.V. ('Ayla'). Tussen Ayla en geïntimeerde Juresta Card B.V. ('Juresta') was een overeenkomst gesloten op basis van een abonnementsmodel ten behoeve van juridische dienstverlening. Ayla heeft de jaarlijkse bijdrage enkele jaren achter elkaar niet voldaan, waarna Juresta een procedure is begonnen en Ayla bij verstek is veroordeeld tot betaling. Enige tijd daarna is de inschrijving van Ayla in het handelsregister doorgehaald wegens opheffing van vestiging. Juresta heeft daarop de overeenkomst beëindigd en Ayla is ontbonden zonder vereffening.

In eerste aanleg heeft Juresta bij de kantonrechter een verklaring voor recht gevorderd dat A als bestuurder van Ayla onrechtmatig heeft gehandeld en hoofdelijk en persoonlijk aansprakelijk is, omdat hij heeft bewerkstelligd dat de vennootschap haar betalingsverplichtingen uit de overeenkomst niet is nagekomen. A heeft de overeenkomst niet beëindigd en heeft nooit iets van zich laten horen, maar heeft gewacht op de dagvaarding van Juresta. Juresta heeft gevorderd A te veroordelen tot betaling van de totale bijdrage inclusief wettelijke rente en kosten. De kantonrechter heeft de vorderingen toegewezen. In hoger beroep is A, voor zover relevant, opgekomen tegen het oordeel dat zijn beroep op verjaring niet is geslaagd en dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt voor het niet betalen van Juresta. Ten slotte heeft A gesteld dat Juresta geen schade heeft geleden omdat zij geen werkzaamheden heeft verricht.

Het hof oordeelt dat van Juresta niet kon worden verwacht dat zij een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure instelde voordat Ayla werd ontbonden door de Kamer van Koophandel. Tussen deze ontbinding en de dagvaarding zijn slechts enkele maanden verlopen. Het hof herhaalt de norm voor bestuurdersaansprakelijkheid en oordeelt dat Ayla niet al bij het aangaan van de overeenkomst behoefde te verwachten dat zij de overeenkomst niet kon nakomen. Juresta heeft echter terecht aangevoerd dat Ayla, door niet tot behoorlijke vereffening over te gaan, heeft bewerkstelligd dat crediteuren niet werden voldaan terwijl hier wel de middelen voor waren. Uit de jaarrekening van Ayla volgt dat er ook in de laatste jaren nog werkkapitaal beschikbaar was. Er is derhalve sprake van betalingsonwil en niet van betalingsonmacht, waarvan A persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt kan worden. Het hof benoemt nog dat het feit dat Juresta tot heropening ex artikel 2:23c BW over had kunnen gaan dit niet anders maakt. Ten aanzien van de geleden schade oordeelt het hof dat Juresta gerechtigd was om de abonnementskosten te innen, ook al zijn daar geen concrete werkzaamheden voor verricht. Wel brengt dit mee dat, gezien het bedrag dat door de forse overeengekomen rente inmiddels flink is opgelopen en het feit dat A de overeenkomst kon opzeggen en derhalve vooral laksheid kan worden verweten, het hof de schadevergoeding matigt.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-07-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2403

Zaaknummer: 200.178.370/01

Rechters: D.A. Schreuder, H.J. Vetter en F. Damsteegt-Molier

Advocaten: P.A.J. Raaijmakers en E.F.E. van Essen

Wetsartikelen: 6:162 BW

ANNOTATIE

Aansprakelijkheidsrisico's bij het gebruiken van een lege projectvennootschap: aandeelhouders- of bestuurdersaansprakelijkheid?

prof. mr. E.C.H.J. Lokin en O.J.W. Schotel

De auteurs gaan aan de hand van het Hanzevast/G4 II-arrest in op het verhaalsrisico bij het contracteren door middel van lege projectvennootschappen en de vraag in hoeverre een eventuele aansprakelijkheid in een dergelijk geval geënt dient te worden op bestuurdersaansprakelijkheid, een indirecte doorbraak van aansprakelijkheid, of wellicht op beide.

1 Inleiding

Aanleiding voor deze bijdrage is een door ons waargenomen trend in de rechtspraak om een aandeelhouder-bestuurder van de vennootschap die geen verhaal biedt aan te spreken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid, terwijl de omstandigheden waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd op het eerste oog meer lijken te wijzen in de richting van een onrechtmatig handelen in de hoedanigheid van aandeelhouder. Een dergelijke route wordt bijvoorbeeld gekozen in gevallen waarin een enig aandeelhouder-bestuurder zijn aandelen in de vennootschap voor een symbolisch bedrag verkoopt aan een katvanger. Na de verkoop wordt (het vermogen van) de vennootschap, via een turboliquidatie of zetelverplaatsing naar het buitenland, buiten bereik van de schuldeisers gebracht. In de rechtspraak zijn diverse gevallen bekend waarin de directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) vervolgens als bestuurder aansprakelijk wordt gehouden voor de overdracht van de aandelen die de DGA in hoedanigheid van aandeelhouder heeft verricht.[1]

Een tweede aanleiding voor dit artikel is de in de praktijk gebruikelijke constructie waarbij de economische koper bij de koop en levering van onder meer vastgoed en aandelen een projectvennootschap of *special purpose vehicle* (hierna: SPV) opricht, die vervolgens als formele wederpartij van de verkoper optreedt.[2] Het doel van deze constructie is veelal om de verschillende delen van het groepsvermogen van de koper te scheiden en zo risico's te spreiden. Daarnaast is de constructie in een overnamesituatie van ondernemingen, zeker

indien de koper een *private equity*-fonds is, vaak door fiscale motieven ingegeven.

Indien gebruik wordt gemaakt van een SPV of projectvennootschap rijst de vraag bij wie het verhaalsrisico ligt indien de (ver)koop niet verloopt zoals partijen voor ogen stond. De SPV is over het algemeen immers een lege huls zonder financiële middelen.[3] Kan de wederpartij een eventuele schade verhalen op de enig aandeelhouder-bestuurder van de SPV? En in welke hoedanigheid? Of komt het risico voor het handelen met een lege projectvennootschap voor eigen rekening?

Voorname vraagstukken komen samen in het arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2017[4] tussen enerzijds G4 C.V. (hierna: G4) en G4 Beheer B.V. (hierna: G4 Beheer; gezamenlijk met G4: G4 c.s.) en anderzijds Hanzevast Beleggingen III B.V. (hierna: Hanzevast III) en Hanzevast Beleggingen B.V. (hierna: Hanzevast Beleggingen; gezamenlijk met Hanzevast III: Hanzevast c.s.). Deze zaak gaat in de kern om de niet-nakoming en (al dan niet gerechtvaardigde) ontbinding van een koopovereenkomst, de vergoeding van de daaruit voortvloeiende (ontbindings)schade en de verplichtingen van een aandeelhouder-bestuurder van een projectvennootschap in dat verband. Dit arrest is het resultaat van de tweede cassatieronde in de procedure tussen partijen, na een arrest van de Hoge Raad op 8 juli 2011,[5] dat vooral op de geldigheid van de ontbindingsverklaring en de schadevergoedingsplicht van de ontbindende partij ziet. Voor het leesgemak duiden wij hierna het arrest van 8 juli 2011 aan als 'G4/Hanzevast I' en het hieronder te bespreken arrest van 24 maart 2017 als 'Hanzevast/G4 II'.

In deze bijdrage zullen wij aan de hand van Hanzevast/G4 II ingaan op het verhaalsrisico bij het contracteren door middel van lege projectvennootschappen en de vraag in hoeverre een eventuele aansprakelijkheid in een dergelijk geval geënt dient te worden op bestuurdersaansprakelijkheid, een indirecte doorbraak van aansprakelijkheid,[6] of wellicht op beide.

In paragraaf 2 lichten wij de feiten en rechtsgang toe. Vervolgens komen wij in paragraaf 3 tot een commentaar op het arrest Hanzevast/G4 II. Hierbij komen achtereenvolgens aan bod: de route van de bestuurdersaansprakelijkheid die eiseressen in onderhavig arrest hebben gekozen (par. 3.1), de omstandigheden die tot bestuurdersaansprakelijkheid leiden (par. 3.2), de mogelijkheid van een indirecte doorbraak van aansprakelijkheid naar de moeder (par. 3.3) en de voordelen van bestuurdersaansprakelijkheid ten opzichte van doorbraak (par. 3.4). In paragraaf 4 komen wij tot een conclusie.

2 Feiten en rechtsgang

2.1 Feiten

De feiten die aanleiding hebben gegeven tot de twee arresten van de Hoge Raad zijn overzichtelijk:

Ontwikkelingsmaatschappij G4 heeft het project Euroborg te Groningen ontwikkeld en gebouwd. Dit project omvat een multifunctioneel complex met kantoren en het stadion waar FC Groningen haar thuiswedstrijden speelt (de Groene Hel of Groene Kathedraal genoemd, afhankelijk van de gezindheid van de bezoeker). Ontwikkelingsmaatschappij G4 Beheer is de enige beherend vennoot van G4. De Hanzevastgroep houdt zich onder meer bezig met het verhuren en managen van commercieel vastgoed. Hanzevast III is een projectvennootschap met als enig aandeelhouder en bestuurder Hanzevast Beleggingen. G4 c.s. en Hanzevast c.s. hebben 'langdurig onderhandeld' over de koop van kantoorruimte in de Euroborg door Hanzevast c.s. In een brief van 27 mei 2004 heeft Hanzevast III aan G4 Beheer aangeboden dit te kopen onder de in de brief vermelde voorwaarden. Deze brief is ondertekend door Hanzevast Beleggingen namens Hanzevast III als koper en G4 Beheer (in naam van G4) als verkoper. Vanaf mei 2004 hebben partijen onderhandeld over de vormgeving en technische uitvoering van de kantoorruimte. Op 4 februari 2005 heeft G4 een op 15 oktober 2004 gedateerde technische omschrijving van Hanzevast c.s. ontvangen. G4 heeft vervolgens kenbaar gemaakt dat oplevering conform de wensen van Hanzevast c.s. zou leiden tot EUR 1,9 miljoen meerwerk. Op 29 juli 2005 stuurde Hanzevast III een brief aan G4, waarbij zij zich op het standpunt stelde dat er geen overeenstemming was bereikt over de overeenkomst. Voor zover dat wél het geval zou zijn geweest, zou G4 volgens Hanzevast III tekortschieten in de nakoming, omdat G4 niet bereid was de kantoorruimte tegen de overeengekomen koopprijs op het vereiste niveau af te leveren. Na een laatste termijn van vijftien dagen ontbond Hanzevast III de overeenkomst. G4 c.s. vorderden vervolgens schade van Hanzevast III ter hoogte van het verschil tussen de overeengekomen koopprijs en de dagwaarde van het vastgoed op grond van artikel 6:277 van het Burgerlijk Wetboek (BW), de ontbindingsschade. Ten aanzien van Hanzevast Beleggingen stelden G4 c.s. dat Hanzevast III een speciaal met het oog op de afwikkeling van de overeenkomst opgerichte 'lege' projectvennootschap is, waarvan Hanzevast Beleggingen de directeur/aandeelhouder is. Bovendien was Hanzevast Beleggingen nauw betrokken bij de onderhandelingen die tot het sluiten van de overeenkomst hebben geleid. Derhalve stelden G4 c.s. Hanzevast Beleggingen aansprakelijk als bestuurder. De eerste ronde leidde tot cassatie van het eindarrest van het Gerechtshof Leeuwarden. In G4/Hanzevast I oordeelt de Hoge Raad dat een wederpartij (in casu: G4) kan bestrijden dat de ontbindingsverklaring gerechtvaardigd was, maar zich erbij neer kan leggen dat degene die de ongerechtvaardigde ontbindingsverklaring heeft uitgebracht (in casu: Hanzevast III) niet meer uitvoert; de wederpartij zal dan ook van haar zijde de overeenkomst niet (verder) uitvoeren. In

een zodanig geval ziet de wederpartij weliswaar af van haar recht op nakoming, maar dat betekent niet zonder meer dat zij daarmee ook haar rechten prijsgeeft die voortvloeien uit de niet-gerechvaardigde ontbindingsverklaring.[7] De schade die het gevolg is van het niet (verder) uitvoeren van de overeenkomst, daaronder begrepen het zogeheten positief contractsbelang, moet worden vergoed door de schuldenaar wiens verzuim heeft geleid tot het niet (verder) uitvoeren van de overeenkomst.[8]

2.2 Procedure na verwijzing[9]

Het verwijzingshof Arnhem (niet veel later: Arnhem-Leeuwarden) komt vervolgens bij tussenarrest van 23 juli 2013 (hierna: het Tussenarrest) en het eindarrest van 8 september 2015 (hierna: het Eindarrest)[10] tot het oordeel dat Hanzevast III een niet-gerechvaardigde ontbindingsverklaring heeft uitgebracht, dat beide partijen de overeenkomst voor beëindigd houden en dat Hanzevast III op voet van artikel 6:74 BW schadeplichtig is jegens G4.[11]

In het Tussenarrest behandelt het hof in r.o. 3.19-3.21 de bestuurdersaansprakelijkheid van Hanzevast Beleggingen. Daartoe stelt het voorop in r.o. 3.19:

‘(...) In projecten als het onderhavige is het niet ongebruikelijk dat een lege projectvennootschap wordt opgericht die als koper zal optreden en door de moedervennootschap van middelen zal worden voorzien op het moment dat het vastgoed wordt geleverd. Partijen zijn in onderhavige zaak overeengekomen dat Hanzevast de projectvennootschap Hanzevast III zou fourneren op het moment van levering en er aldus zorg voor zou dragen dat de koper de met G4 gesloten overeenkomst zou kunnen nakomen. Onder die condities heeft de bestuurder van Hanzevast III namens Hanzevast III de overeenkomst met G4 ondertekend. Bij het aangaan van de overeenkomst zijn partijen er dus beide van uitgegaan dat de projectvennootschap Hanzevast III de koopovereenkomst zou kunnen nakomen omdat zij dan van voldoende financiële middelen zou zijn voorzien. De verantwoordelijkheid van de bestuurder lag er dus in Hanzevast III tijdig te (laten) fourneren zodat zij in staat zou zijn de overeenkomst met G4 na te komen. G4 heeft in dat verband geen zekerheden bedongen, ervan uitgaande dat Hanzevast – destijds kapitaalkrachtig als grootste kantorenbelegger in Nederland – de projectvennootschap de aankoopssom c.a. zou verstrekken op het moment van levering. Naar het oordeel van het hof mocht G4 daar destijds ook van uitgaan.’

Aangezien vergoeding van het positief contractsbelang in de plaats treedt van nakoming, heeft dit ook gevolgen voor de omvang van de schadevergoedingsplicht van Hanzevast Beleggingen, blijkt uit r.o. 3.20:

‘(...) Het moet als onrechtmatig worden geoordeeld indien Hanzevast als bestuurder in

weerwil van de overeenkomst Hanzevast III op het moment van levering niet zou hebben voorzien van de financiële middelen om haar in staat te stellen de overeenkomst met G4 na te komen. In het verlengde daarvan ligt het dat niet kan worden aanvaard dat de bestuurder de projectvennootschap niet van financiële middelen voorziet indien de projectvennootschap door een ongegronde ontbinding niet nakomt, haar verzuim niet zuivert en daarom gehouden is het positief contractsbelang aan haar wederpartij te voldoen.'

Het gerechtshof overweegt in r.o. 3.21 dat hieruit volgt dat:

'(...) Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III een ernstig persoonlijk verwijt treft en zij dus aansprakelijk is voor zover zij Hanzevast III niet van voldoende financiële middelen zou voorzien om het positief contractsbelang aan G4 te voldoen (...).'

Ook in het Eindarrest zag het hof geen reden om terug te komen van zijn oordeel aangaande de bestuurdersaansprakelijkheid van Hanzevast Beleggingen (r.o. 2.3).

2.3 Hoge Raad

De Hoge Raad herhaalt eerst integraal r.o. 3.19-3.21 van het Tussenarrest en r.o. 2.3 van het Eindarrest. De kernoverweging is r.o. 3.3.2, waarin de Hoge Raad vaststelt dat het hof de maatstaf geformuleerd in het arrest Ontvanger/Roelofsen^[12] had aangelegd en de omstandigheden die het gerechtshof van belang achtte, parafraseert:

'Hanzevast Beleggingen heeft, namens de daartoe speciaal door haar opgerichte lege projectvennootschap Hanzevast III, de onderhandelingen met G4 c.s. gevoerd en de koopovereenkomst ondertekend. Ingevolge de koopovereenkomst tussen Hanzevast III en G4 mocht laatstgenoemde ervan uitgaan dat Hanzevast Beleggingen ervoor zou zorgdragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen zou worden voorzien om op het moment van levering van de kantoorruimte de koopsom te kunnen voldoen. Ook Hanzevast Beleggingen was zich ervan bewust dat G4 daarvan uitging en om die reden geen zekerheden had bedongen. Het zou onrechtmatig tegenover G4 zijn geweest indien Hanzevast Beleggingen op het moment van levering van de kantoorruimte niet ervoor zou hebben zorggedragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen zou zijn voorzien om de koopsom te voldoen. Naar het oordeel van het hof is van onrechtmatigheid eveneens sprake in het onderhavige geval, waarin Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III de ontbinding van de koopovereenkomst op onjuiste gronden heeft ingeroepen, daaruit een schadevordering van G4 jegens Hanzevast III is voortgevloeid en Hanzevast Beleggingen nalaat ervoor zorg te dragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen is voorzien om die schadevordering te kunnen voldoen.'

Op grond van deze omstandigheden sanctioneert de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof dat Hanzevast Beleggingen heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Hanzevast III niet kon nakomen en dat zij wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat Hanzevast III geen verhaal zou bieden. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het middel derhalve geen doel treft.

3 Commentaar

3.1 De juiste route van Ontvanger/Roelofsen

Centraal in deze procedure staat de bestuurdersaansprakelijkheid van de aandeelhouder-bestuurder van Hanzevast III. De maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid die het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden hanteert, is geformuleerd door de Hoge Raad in het arrest Ontvanger/Roelofsen en is daarmee in lijn met bestaande jurisprudentie. Deze maatstaf komt erop neer dat de bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt moet worden gemaakt van het feit dat een crediteur schade lijdt door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering op de rechtspersoon. Het 'ernstig persoonlijk verwijt' is een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel die recht doet aan de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap.[13] De Hoge Raad onderscheidde in dit arrest twee gevalstypen waarin de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen noch verhaal zou bieden, en derhalve aansprakelijk is, namelijk wanneer een bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld, dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.[14] Daarnaast liet de Hoge Raad expliciet de deur open voor andere gevalstypen.[15] Het verschil tussen de onder (i) genoemde aansprakelijkheid (de zogenaamde Beklamel-norm) en de onder (ii) genoemde aansprakelijkheid (veelal betalingsonwil of frustratie van verhaal) zit onder meer in het peilmoment. Waar de Beklamel-norm ziet op het moment van contracteren,[16] ziet de onder (ii) genoemde aansprakelijkheid veelal op de periode daarna.[17] Steeds is echter van belang dat de schadelijke gevolgen van het handelen objectief voorzienbaar zijn voor de bestuurder.[18]

G4 c.s. stelden in onderhavige casus dat er sprake is van een Beklamel-situatie. Voor het ontstaan van de aansprakelijkheid van de bestuurder sluiten zij daarmee dus aan bij het moment van contracteren. De gedachte hierachter zal allicht zijn dat Hanzevast Beleggingen op dat moment al wist dat Hanzevast III een lege vennootschap was en zodoende kon voorzien dat Hanzevast III zonder financiële middelen noch zou kunnen nakomen, noch enige schadevergoeding zou kunnen voldoen. G4 c.s. gaan daarmee echter voorbij aan het feit dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met (tussenkunst van) de lege projectvennootschap in beginsel nog niet objectief voorzienbaar was dat nakoming zou

uitblijven en dat het verhaal van een daaruit voortvloeiende schade niet mogelijk zou blijken. Immers, er was enerzijds een financieringsfaciliteit bij de Friesland Bank en anderzijds was niet voorzienbaar dat de overeenkomst ten onrechte ontbonden zou worden. De keuze voor gevalstype (i) van Ontvanger/Roelofsen is in onderhavige casus derhalve een verkeerde.

Deze conclusie is eveneens op te maken uit de door het hof vastgestelde verwijten die voornamelijk zien op de periode na contracteren. Het hof plaatst de gestelde feiten en omstandigheden derhalve in de sleutel van gevalstype (ii) en 'repareert' daarmee de verkeerde afslag van G4 c.s. Hoewel Hanzevast c.s. dit repareren nog aan de orde stelden in cassatie, stelt A-G Wissink dat dit in zijn optiek 'niet het springende punt is'.^[19] Ook de Hoge Raad gaat aan het bezwaar van Hanzevast c.s. voorbij door te stellen dat het hof de vraag of Hanzevast Beleggingen aansprakelijk is, beoordeeld heeft aan de hand van de maatstaf van Ontvanger/Roelofsen. Nu het middel tegen toepassing van deze maatstaf op zichzelf niet opkomt, dient dit in cassatie tot uitgangspunt. Vervolgens plaatst ook de Hoge Raad de aansprakelijkheid van Hanzevast Beleggingen als bestuurder in de sleutel van categorie (ii) van Ontvanger/Roelofsen. Hij merkt op dat in het oordeel van het hof besloten ligt dat Hanzevast Beleggingen heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Hanzevast III haar verplichtingen jegens G4 niet kon nakomen, terwijl Hanzevast Beleggingen wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat Hanzevast III geen verhaal zou bieden voor de schadevordering van G4, doordat Hanzevast Beleggingen er geen zorg voor heeft gedragen dat Hanzevast III van financiële middelen is voorzien.^[20]

Met vorenstaande benadrukt de Hoge Raad dat de precieze route die gevolgd wordt om tot vaststelling van overtreding van de ernstig-verwijtmaatstaf te komen niet van belang is zolang de gestelde feiten en omstandigheden het oordeel kunnen dragen dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.^[21] A-G Timmerman zette dit reeds uiteen in zijn conclusie bij ING/X.^[22] Hij merkte daar op dat vorenstaande overigens niet betekent dat het niet van belang zou zijn om de verschillende situaties waarin sprake kan zijn van bestuurdersaansprakelijkheid, van elkaar te onderscheiden. Het belang van de verschillende gevalstypen kan zijn gelegen in het beantwoorden van de vraag welke inhoud aan de open norm ernstig verwijt gegeven dient te worden.^[23]

Nu in casu op grond van de door G4 c.s. gestelde feiten evengoed een 'onder (ii) genoemd geval' kan worden geconstrueerd, leidt de keuze van G4 om haar vordering te plaatsen in de Beklamel-sleutel niet tot een ongunstige afloop. Wel volgt uit het Hanzevast/G4 II-arrest dat in een geval als het onderhavige het feit dat de SPV op het moment van contracteren niet over voldoende fondsen beschikt om na te kunnen komen weliswaar een belangrijke omstandigheid is, maar de bestuurdersaansprakelijkheid in beginsel pas ontstaat door de handelingen die de bestuurder verricht of juist niet verricht na het moment van contracteren

met de lege projectvennootschap.[24]

3.2 Aansprakelijkheid van de moeder en bestuurder?

Een tweede opmerking die wij willen maken bij het onderhavige arrest ziet op de verwevenheid van de handelingen van Hanzevast Beleggingen als enig aandeelhouder van Hanzevast III met haar laakbaar handelen als bestuurder. Daarbij dient te worden vooropgesteld dat G4 c.s. hun vorderingen baseerden op bestuurdersaansprakelijkheid, waardoor de rechtsstrijd zich hiertoe beperkte. Is er nu daadwerkelijk sprake van een zuivere vorm van bestuurdersaansprakelijkheid? En hadden G4 c.s. nog andere wegen kunnen bewandelen?

Het kernverwijt

Wanneer wij kijken naar de overwegingen van het hof en de Hoge Raad die leiden tot de aansprakelijkheid van Hanzevast Beleggingen als bestuurder, dan is de feitelijke invulling van de aansprakelijkheidsmaatstaf die van belang wordt geacht een drietrapsraket:

1. Hanzevast Beleggingen heeft niet zelf, maar namens de daartoe speciaal opgerichte lege SPV Hanzevast III de onderhandelingen gevoerd en gecontracteerd met G4.
2. G4 mocht ervan uitgaan dat Hanzevast Beleggingen voor voldoende financiële middelen zou zorgen, uit eigen zak of aangetrokken van derden, om op het moment van levering de koopsom te voldoen en – zoals ook Hanzevast Beleggingen wist – bedong G4 daarom geen zekerheden.
3. En door (a) de ontbinding van de koopovereenkomst op onjuiste gronden in te roepen én (b) vervolgens na te laten ervoor zorg te dragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen is voorzien om de schadevergoeding te voldoen, kan Hanzevast Beleggingen een ernstig verwijt worden gemaakt van haar handelen.

De Hoge Raad overweegt nadrukkelijk dat de hierboven genoemde omstandigheden in onderlinge samenhang het oordeel kunnen dragen dat Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III aansprakelijk is jegens G4, omdat haar persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van haar handelen. Als de omstandigheden apart van elkaar worden bekeken, dan valt op dat slechts een deel ziet op het handelen van Hanzevast Beleggingen als bestuurder en het andere deel op Hanzevast Beleggingen in hoedanigheid van aandeelhouder.

Het aanwijzen van een contractspartij

De eerste trap kent onzes inziens twee belangrijke elementen. Allereerst wordt daarin

benadrukt dat Hanzevast Beleggingen niet zelf maar namens Hanzevast III de onderhandelingen heeft gevoerd en de overeenkomst heeft ondertekend.[25] Dit gegeven sluit aldus uit dat Hanzevast Beleggingen zelf als contractspartij te gelden heeft. In het onderhavige arrest lijken de feiten ook geen andere vaststelling te ondersteunen. Desalniettemin kan de vraag wie binnen de groep als contractspartij optreedt een rol spelen wanneer met projectvennootschappen wordt gehandeld, zoals bleek uit de volgende overweging van de voorzieningenrechter te Amsterdam:[26]

‘Een onderneming die werkt met projectvennootschappen, roept zelf het risico in het leven dat bij haar contractant verwarring ontstaat over de vraag wie als diens contractspartij heeft te gelden. Op een dergelijke onderneming rust een verplichting om de nodige maatregelen te treffen om te voorkomen dat bij de contractspartij van een andere groepsvennootschap deze verwarring ontstaat, om alert te zijn op signalen dat desondanks verwarring is ontstaan, alsmede om in dat geval zo spoedig mogelijk duidelijk te maken welke vennootschap in werkelijkheid partij bij de overeenkomst is.’[27]

Aan deze overweging lijkt een meer algemene gedachte ten grondslag te liggen dat op degene die gebruik maakt van een projectvennootschap in beginsel de verplichting rust om enige onduidelijkheid bij de wederpartij te voorkomen. Bartman signaleerde in dit verband een ‘groeïend rijtje van rechterlijke uitspraken waarin degene die zijn onderneming voert met behulp van een veelvoud aan verbonden rechtspersonen en handelsnamen – en daardoor verwarring zaait over welke entiteit nu als wederpartij bij een contract heeft te gelden – het risico loopt zelf voor de verplichtingen daaruit te moeten opdraaien’.[28] Overigens was deze verwarring in Hanzevast/G4 II niet aan de orde. Het was immers duidelijk dat G4 als formele contractspartij zou optreden.

Het tweede element is de nadruk die deze eerste trap lijkt te leggen op de omstandigheid dat G4 en Hanzevast Beleggingen de oorspronkelijke partijen waren in de onderhandelingen over de overeenkomst. Dat Hanzevast Beleggingen vervolgens ervoor heeft gekozen om een speciaal daarvoor opgerichte lege dochtervennootschap op te laten treden als daadwerkelijke contractspartij, lijkt onverlet te laten dat G4 heeft mogen vertrouwen op een verregaande betrokkenheid van Hanzevast Beleggingen bij het welslagen van de overeenkomst.[29] Deze laatste constatering ziet niet zozeer op het handelen van Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III, maar wijst in de richting van het ontstaan van een zorgplicht van Hanzevast Beleggingen in haar hoedanigheid van oorspronkelijke wederpartij en moedervernootschap van Hanzevast III. Ook aan deze omstandigheid lijkt de gedachte ten grondslag te liggen dat in beginsel op de moedervernootschap de verplichting rust enige onduidelijkheid weg te nemen, om te voorkomen dat bij de wederpartij het vertrouwen wordt gewekt dat ook de partij achter de SPV instaat voor de gevolgen van de overeenkomst, ook al is

deze geen contractspartij.

Voorzien van voldoende financiële middelen

Vorenstaande komt terug in het kernverwilt dat Hanzevast Beleggingen vervolgens wordt gemaakt en erop neerkomt dat zij in weerwil van de op haar rustende verplichting weigerde de benodigde fondsen aan te trekken – van zichzelf, dan wel van derden –, terwijl die wel voorhanden zijn. Een vraag die daarbij rijst, is op grond van welke omstandigheid (en daarmee in welke hoedanigheid) Hanzevast Beleggingen verplicht is de projectvennootschap van financiële middelen te (laten) voorzien.

Het hof overweegt hierover dat het niet ongebruikelijk is dat een lege projectvennootschap wordt opgericht die als koper zal optreden en door de ‘moedervernootschap’ van middelen zal worden voorzien op het moment dat het vastgoed wordt geleverd. Voorts stelt het hof dat partijen zijn ‘overeengekomen’ dat Hanzevast Beleggingen ‘zou fourneren’ en aldus de projectvennootschap in staat zou stellen om na te kunnen komen. Het zou daarmee een ‘conditie’ zijn waaronder de bestuurder van Hanzevast III namens die vennootschap tekende, aldus het gerechtshof.[30] Samenvattend stelt het hof dat de verantwoordelijkheid van de bestuurder er dus in lag Hanzevast III tijdig ‘te (laten) fourneren’, zodat zij in staat zou zijn de overeenkomst met G4 na te komen.

Het hof lijkt hiermee twee verplichtingen te construeren. Allereerst gaat het hof ervan uit dat op Hanzevast Beleggingen de verplichting rust om *te fourneren*, hetgeen duidt op een verplichting in de hoedanigheid van moedervernootschap om Hanzevast III van voldoende fondsen te voorzien, welke verplichting voortvloeit uit de omstandigheid dat Hanzevast Beleggingen als oorspronkelijke wederpartij optrad.[31] Voorts is uit de redenering van het hof op te maken dat Hanzevast Beleggingen als bestuurder een eigen verplichting op zich heeft genomen om Hanzevast III *te laten fourneren* – om namens Hanzevast III het recht op het verkrijgen van fondsen in te roepen – door onder deze voorwaarde te tekenen.[32]

De Hoge Raad maakt geen onderscheid tussen beide verplichtingen, maar stelt slechts in meer algemene bewoordingen dat G4 ‘ingevolge de koopovereenkomst’ ervan uit mocht gaan dat Hanzevast Beleggingen er zorg voor zou dragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen zou worden voorzien om op het moment van levering van de kantoorruimte de koopsom te kunnen voldoen.[33]

Terzijde merken wij op dat niet duidelijk uit de gepubliceerde uitspraken blijkt dat er expliciet ‘overeengekomen’ zou zijn dat Hanzevast Beleggingen zorg zou dragen voor voldoende financiële middelen. Als dat het geval zou zijn, is de situatie volledig anders: G4 c.s. zouden nakoming kunnen vorderen van hetgeen is overeengekomen, wat de – lastige – vaststelling

van aansprakelijkheid van Hanzevast Beleggingen in hoedanigheid van bestuurder overbodig zou maken. Dat er sprake zou zijn van een overeenkomst of andere toezegging zijdens Hanzevast Beleggingen aan G4 c.s., strookt ook niet met de overwegingen ten aanzien van het bedingen van zekerheden, waarover nu meer.

Bedingen van zekerheden

Het hof overweegt dat G4 in verband met voornoemde (dubbele) verplichting geen zekerheden heeft bedongen, ervan uitgaande dat Hanzevast Beleggingen de projectvennootschap de aankoopsom c.a. zou verstrekken op het moment van levering. Interessant is dat de Hoge Raad met eenzelfde redenering komt, maar het perspectief verlegt naar Hanzevast Beleggingen. Zo overweegt de Hoge Raad dat ook Hanzevast Beleggingen zich ervan bewust was dat G4 ervan uitging dat zij zou (laten) fourneren en G4 om die reden geen zekerheden had bedongen. De keuze van de Hoge Raad om primair vanuit het perspectief van Hanzevast Beleggingen naar het niet bedingen van zekerheden door G4 te kijken bevestigt de gedachte dat het in beginsel op de weg ligt van Hanzevast Beleggingen om bij G4 het aanwezige vertrouwen weg te nemen dat Hanzevast Beleggingen (in de hoedanigheid van bestuurder én aandeelhouder) zorg zou dragen voor voldoende financiële middelen. De opmerking van het hof dat Hanzevast Beleggingen ‘destijds kapitaalkrchtig als grootste kantorenbelegger in Nederland’ was, dient in het licht van vorenstaande zo gelezen te worden dat G4 geen aanleiding had om hier niet van uit te gaan.

De vaststelling dat G4 ervan uit mocht gaan dat Hanzevast Beleggingen voor voldoende financiële middelen zou zorgen om op het moment van levering de koopsom te voldoen en – zoals ook Hanzevast Beleggingen wist – G4 *daarom* geen zekerheden bedong, is niet zonder belang. Met een beetje goede wil kan immers evengoed de andere kant op worden geredeneerd. G4 c.s. wisten dat zij contracteerden met een ‘lege’ SPV, oftewel een contractspartij die in gevallen van niet-nakoming geen verhaal zou bieden voor schadevergoedingsvorderingen.[34] Het zou G4 c.s. als professionele partijen evengoed kunnen worden aangerekend dat zij geen zekerheid hebben bedongen door bijvoorbeeld Hanzevast Beleggingen als borg te laten meetekenen of een andere vorm van funding commitment te laten afgeven, zoals een *equity commitment letter*, concerngarantie of desnoods een nog ‘zachter’ instrument als een comfort letter.[35] [36] Let wel: deze garantie zou door Hanzevast Beleggingen worden gegeven in hoedanigheid van moeder, niet als bestuurder. Het hof en de Hoge Raad lijken in onderhavige casus echter voor het weerlegbaar vermoeden te kiezen dat G4 c.s. in beginsel erop mocht vertrouwen dat Hanzevast Beleggingen voor voldoende financiële middelen zorgt.[37] Als een dergelijk weerlegbaar vermoeden brede toepassing zou vinden, dan vragen wij ons wel af of dit vermoeden niet te veel afdoet aan de eigen verantwoordelijkheid van een partij zoals G4, die er immers op het moment van sluiten

van de overeenkomst van op de hoogte is dat de lege projectvennootschap zonder hulp van de moeder of derden geen verhaal zou bieden.

Van vergoeden aankoopsom naar vergoeden schade

Ten aanzien van de volgende bouwsteen naar bestuurdersaansprakelijkheid – de derde en laatste trap van de eerdergenoemde raket – lijken de benaderingen van hof en Hoge Raad uiteen te lopen. Waar de overwegingen van het hof de hoedanigheid van Hanzevast Beleggingen *als bestuurder* benadrukken en het hof daarbij een breed toepasbare regel lijkt te formuleren, herformuleert de Hoge Raad zodanig dat de verplichtingen zijn gekoppeld aan *de persoon van Hanzevast Beleggingen*. Het kennelijke gevolg van deze herformulering is tweeledig. Enerzijds vloeien de verplichtingen van Hanzevast Beleggingen aldus niet louter voort uit het zijn van (enig) bestuurder, maar tevens uit het zijn van (enig) aandeelhouder. Anderzijds lijkt het gebruik van de naam Hanzevast Beleggingen een casuïstisch karakter van het arrest te suggereren.

Het hof overweegt in dit verband dat het als onrechtmatig moet worden geoordeeld indien Hanzevast Beleggingen *als bestuurder* in weerwil van de overeenkomst Hanzevast III op het moment van levering niet zou hebben voorzien van de financiële middelen om haar in staat te stellen de overeenkomst met G4 na te komen. In het verlengde daarvan ligt het dat niet kan worden aanvaard dat *de bestuurder* de projectvennootschap niet van financiële middelen voorziet indien de projectvennootschap door een ongegronde ontbinding niet nakomt, haar verzuim niet zuivert en daarom gehouden is het positief contractsbelang aan haar wederpartij te voldoen.

Door slechts te spreken over het handelen in de hoedanigheid van bestuurder lijkt het hof een breed toepasbare regel te formuleren. Allereerst vloeit uit deze overwegingen de regel voort dat een bestuurder telkens persoonlijk ernstig verwijtbaar handelt wanneer hij (1) namens een vennootschap verplichtingen aangaat die de vennootschap vooralsnog niet kan nakomen, en (2) hij vervolgens verzuimt de vennootschap van voldoende financiële middelen te (laten) voorzien.[38] Uit deze formulering zou verder volgen dat er ook telkens sprake is van ernstig verwijtbaar handelen wanneer de bestuurder (1) namens een vennootschap verplichtingen aangaat die de vennootschap vooralsnog niet kan nakomen, (2) ervoor zorgt dat de vennootschap niet nakomt, en (3) hij er niet voor zorgt dat de vennootschap over voldoende financiële middelen beschikt om de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden.

Een ruime regel zoals geformuleerd door het hof brengt vrij verregaande consequenties met zich mee voor bestuurders van vooralsnog lege vennootschappen die zijn opgericht om als partij bij een transactie te fungeren. Daarbij stellen wij voorop dat, indien eenmaal is

vastgesteld dat op een partij de verplichting rust om de aankoopsom te fourneren, daarmee nog niet is gezegd dat op die partij eveneens de verplichting rust om de projectvennootschap van voldoende financiële middelen te voorzien om een eventuele schadevergoeding bij niet-nakoming te voldoen.[39] Het kan goed zijn dat de aankoopsom met vreemd vermogen wordt gefinancierd, waarbij de financier het aangekochte goed als zekerheid kan verkrijgen. Dezelfde financier zal minder snel geneigd zijn de vergoeding van schade te financieren, zoals ook door Hanzevast c.s. betoogd.[40]

In het licht van voorgaande betekent de formulering van het hof dat zelfs als een bestuurder ten tijde van het aangaan van de overeenkomst namens de vennootschap de financiering van de aankoopsom rond heeft, het zwaard van Damocles hem wacht indien de vennootschap geen beroep kan doen op deze financiering bij een aan de bestuurder verwijtbare niet-nakoming. Zorgt de bestuurder in een dergelijk geval niet op een andere manier voor financiering, dan staat zijn onrechtmatig handelen daarmee vast.[41]

Bovenstaande doet er overigens niet aan af dat de feitenrechter dient vast te stellen dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt treft. Dit is nadrukkelijk bepaald in een vergelijkbare procedure inzake Crane Services, eveneens een cassatieberoep gericht tegen een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, maar ongeveer een maand eerder gewezen dan het Tussenarrest in Hanzevast/G4 II.[42] Het hof oordeelde in Crane Services dat de (indirect) bestuurder (tevens indirect aandeelhouder) onrechtmatig handelde door enerzijds (1) een koopovereenkomst van aandelen aan te gaan namens een lege vennootschap op een moment waarop de vennootschap aan de verplichtingen niet kon voldoen en waarvoor zij geen verhaal bood, en anderzijds (2) niet te zorgen voor de benodigde middelen noch (3) tijdig en correct het overeengekomen financieringsvoorbehoud in te roepen. Dit verplichtte de bestuurder tot vergoeding van schade. De Hoge Raad casseerde deze uitspraak omdat het hof slechts had geoordeeld dat de bestuurder onrechtmatig had gehandeld, maar niet had getoetst aan de 'persoonlijk ernstig verwijt'-maatstaf.[43] Bovendien konden de vastgestelde feiten een dergelijke toets niet op een zodanige manier doorstaan dat de Hoge Raad de zaak zelf kon afdoen.[44]

In Hanzevast/G4 II liep het anders. Het is onzes inziens opvallend dat de Hoge Raad kiest voor een voorzichtigere (her)formulering dan in 's hofs Tussenarrest gehanteerd. De Hoge Raad koppelt de plicht om voor voldoende financiële middelen te zorgen niet louter aan het zijn van bestuurder, maar aan het zijn van Hanzevast Beleggingen, zonder haar hoedanigheid te specificeren. Dit uit zich in de herformulering van de overwegingen van het hof door de Hoge Raad, waarin waar mogelijk het woord 'bestuurder' wordt vermeden.[45] Volgens de Hoge Raad zou het onrechtmatig zijn geweest tegenover G4 indien *Hanzevast Beleggingen* op het moment van levering van de kantoorruimte er geen zorg voor zou hebben gedragen dat

Hanzevast III van voldoende financiële middelen zou zijn voorzien om de koopsom te voldoen. De Hoge Raad vervolgt dat naar het oordeel van het hof van onrechtmatigheid eveneens sprake is in het onderhavige geval, waarin *Hanzevast Beleggingen als bestuurder* van Hanzevast III de ontbinding van de koopovereenkomst op onjuiste gronden heeft ingeroepen, daaruit een schadevordering van G4 jegens Hanzevast III is voortgevloeid en *Hanzevast Beleggingen* nalaat ervoor zorg te dragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen is voorzien om die schadevordering te kunnen voldoen.

Door de overwegingen van het hof te herformuleren legt de Hoge Raad alleen bij de ongegronde ontbinding de nadruk op het handelen van Hanzevast Beleggingen als bestuurder. Wat de verplichting betreft voor Hanzevast Beleggingen om voor voldoende financiële middelen te zorgen om de vennootschap in staat te stellen de geleden schade te vergoeden, verbreedt de Hoge Raad als het ware het blikveld. Daardoor wordt ruimte gelaten om de eerder gesignaleerde dubbele verplichting van Hanzevast Beleggingen als omstandigheid nadrukkelijk van toepassing te laten zijn binnen het samenstel van omstandigheden dat uiteindelijk tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt. Met andere woorden: de verplichtingen van Hanzevast Beleggingen als bestuurder worden ingekleurd door haar positie als 100%-aandeelhouder en oorspronkelijke wederpartij.

Volledige zeggenschap

Als we de balans opmaken, komen we tot de constatering dat een onmisbare bouwsteen voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid in onderhavige casus de aanneme is dat G4 ervan uit mocht gaan dat Hanzevast Beleggingen er zorg voor zou dragen dat Hanzevast III zowel bij levering als bij vergoeding van de geleden schade van voldoende financiële middelen zou worden voorzien.[46] Het is deze verplichting, die deels rust op Hanzevast Beleggingen als moeder van de projectvennootschap, waardoor Hanzevast Beleggingen in hoedanigheid van bestuurder in staat is om Hanzevast III ook bij niet-nakoming te laten fourneren. Door vervolgens ten onrechte de overeenkomst te ontbinden en Hanzevast III niet te laten fourneren heeft Hanzevast Beleggingen bewerkstelligd of toegelaten dat Hanzevast III haar verplichtingen jegens G4 niet kon nakomen, terwijl Hanzevast Beleggingen wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat Hanzevast III geen verhaal zou bieden voor de schadevordering van G4.[47]

Essentieel is in dit verband dus dat Hanzevast Beleggingen kwalificeert als een zogenaamde ‘volledige zeggenschapshouder’.[48] Uit oudere jurisprudentie, vooral het arrest Van Waning/Van der Vliet,[49] volgt dat ‘degene die de volledige zeggenschap over de vennootschap heeft jegens de betreffende schuldeiser onrechtmatig handelt door na te laten ervoor te zorgen dat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die de vennootschap ter

beschikking staan om aan voldoende financiële middelen voor verhaal te komen.' Een schuld behoeft immers niet uit de voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen van de schuldenaar te worden voldaan, maar kan ook worden betaald uit andere beschikbare gelden zoals een (concern)kredietfaciliteit. De grens voor deze plicht ligt in de maatstaf van het persoonlijk ernstig verwijt. Wordt echter een (zorg)plicht van de moeder aangenomen om te fourneren, dan zal de bestuurder daar in beginsel een beroep op moeten doen.

3.3 Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid?

Het ziet er aldus naar uit dat Hanzevast Beleggingen aansprakelijk is als bestuurder doordat (mede) op haar als moeder een bepaalde verplichting rust. Dit geeft te denken over wat de uitkomst zal zijn wanneer de bestuurder van de projectvennootschap een ander is dan de moedervenootschap. In een dergelijk geval speelt allereerst de vraag of aan bestuurdersaansprakelijk kan worden toegekomen indien de bestuurder niet de mogelijkheid heeft om de vennootschap te laten fourneren (bijvoorbeeld omdat de financier niet gehouden is te fourneren ter vergoeding van schade). Het hof lijkt dat als algemene regel te willen aannemen, terwijl de Hoge Raad (nog) niet zover wil gaan. Meer nog lijkt het rechtvaardiger (en gunstiger) voor de wederpartij wanneer de schade verhaald zou kunnen worden op de (vermogende) moeder in plaats van de bestuurder. Onzes inziens laat onderhavige casus zien dat het aanspreken van de moeder uit hoofde van het schenden van een zorgplicht jegens de wederpartij ook tot de mogelijkheden behoort. Wij lichten dit nader toe.

Een van de bouwstenen die tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt, is een verplichting die op Hanzevast Beleggingen rust in haar hoedanigheid van moeder van de projectvennootschap. A-G Wissink legt hier kort de nadruk op in zijn conclusie door op te merken dat Hanzevast Beleggingen *in de hoedanigheid van aandeelhouder* kan worden aangerekend dat de gekozen transactiestructuur inherente risico's met zich brengt, die zich verwezenlijken op het moment dat zij weigerde de SPV van de benodigde gelden te voorzien.[50] Op grond van deze vaststelling lijkt het goed mogelijk dat de casus uit onderhavig arrest ook in de sleutel van een indirecte doorbraak van aansprakelijkheid kan worden geplaatst. Deze indirecte doorbraak wordt geconstrueerd als onrechtmatige daad van de aandeelhouder jegens een derde, waardoor de eerste uit eigen hoofde aansprakelijk is voor schade die met deze onrechtmatige gedraging in causaal verband staat.[51] Er zijn twee 'gevalstypen' van doorbraak van aansprakelijkheid die onzes inziens in dit kader van belang kunnen zijn.[52]

Ten eerste kan op grond van de overwegingen van hof en Hoge Raad worden geconstrueerd dat Hanzevast Beleggingen ongerechtvaardigd de schijn van kredietwaardigheid van Hanzevast III had gewekt.[53] In het kader van opgewekte schijn van kredietwaardigheid onderscheidt Assink twee 'peilmomenten': (1) het moment waarop de schijn wordt gewekt en

de rechtsplicht ontstaat om aan die schijn gehoor te geven, en (2) het moment waarop deze rechtsplicht wordt geschonden door de aandeelhouder.[54] De schijn van kredietwaardigheid ontstaat op het moment dat de oorspronkelijke contractspartij een lege speciaal hiervoor opgerichte projectvennootschap aanwijst als daadwerkelijke contractspartij waar zij volledige zeggenschap over heeft. Op grond van het onderhavige arrest kan worden betoogd dat in een dergelijk geval de wederpartij er in beginsel van uit mag gaan dat deze handeling een zorgplicht doet ontstaan van de moedervernootschap jegens de wederpartij van de projectvennootschap vanwege een aanwezig geacht vertrouwen bij de wederpartij dat de moedervernootschap er zorg voor zal dragen dat haar dochtervennootschap van voldoende financiële middelen wordt voorzien. Het is aan de moedervernootschap om een dergelijk vertrouwen weg te nemen. Het tweede peilmoment treedt in wanneer de projectvennootschap vervolgens geen verhaal biedt voor de vordering van de wederpartij doordat de moedervernootschap geen zorg draagt voor voldoende financiële middelen. Dat de moedervernootschap als bestuurder ten onrechte de ontbinding van de overeenkomst namens de projectvennootschap inroept, kan worden meegenomen als extra omstandigheid en zodoende de moeder worden toegerekend. Deze stap is bij de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid echter van ondergeschikt belang, aangezien de schending van de zorgplicht volgt uit het beschamen van het gewekte vertrouwen dat de moeder er zorg voor zou dragen dat de projectvennootschap voldoende kredietwaardig is om een vordering te voldoen die voortvloeit uit de gesloten overeenkomst tussen de SPV en de wederpartij. Overigens geldt ook hier dat de aansprakelijkheid van Hanzevast Beleggingen een voorwaardelijke is, die pas wordt geactiveerd in het geval Hanzevast III daadwerkelijk de schadevergoeding niet voldoet.

Ten tweede kan de gedupeerde verkoper kijken naar het Comsys-arrest,[55] waarin het draaide om een inherent risicovolle concernstructuur, waarbij de inkomstenkant van de onderneming bij de ene dochtervennootschap (Comsys) en de uitgavenkant bij de andere dochtervennootschap (Services) van de enig aandeelhouder-bestuurder (Holding) lag. Services kon haar schuldeisers slechts volledig voldoen doordat Holding en Comsys de verliezen van Services aanvulden. Het hof oordeelde dat op Holding een zorgplicht rustte, die voortkwam uit de door Holding opgezette structuur met inherente risico's voor crediteuren van Services, in samenhang met haar keuze om de activiteiten van Services voort te zetten, hoewel zij wist dat door de gevolgde wijze van handelen binnen de Comsys Groep de crediteuren van Services zouden worden benadeeld zodra de financiering door Holding en Comsys zou worden beëindigd. De Hoge Raad sanctioneerde het oordeel van het hof dat deze inherent risicovolle structuur in samenhang met een beslissing om de activiteiten *going concern* voort te zetten, ook nadat aanzienlijke verliezen waren geleden, leidde tot aansprakelijkheid van Holding. Men zou kunnen betogen dat de transactiestructuur waarin gewerkt wordt met een SPV ook inherent risicovol is. Wat in de situatie als aan de orde in

Hanzevast/G4 II echter ontbreekt, is de samenhangende beslissing om activiteiten voort te zetten ondanks grote verliezen.[56]

3.4 Aansprakelijkheid als moeder of als bestuurder?

Duidelijk moge intussen zijn dat de grenzen tussen de aansprakelijkheidsgronden voor moeder-bestuurders vaag zijn. Terwijl de aansprakelijkheid van Hanzevast Beleggingen als bestuurder centraal staat, spelen het opgewekte vertrouwen en de hoedanigheid van Hanzevast Beleggingen als aandeelhouder een grote rol en kleuren de bestuurdersaansprakelijkheid. De keuze voor aansprakelijkheid van de moeder-bestuurder in een van haar hoedanigheden heeft echter wel juridische consequenties, bijvoorbeeld de automatische aansprakelijkheid van bestuurders van aansprakelijke rechtspersoon-bestuurders op grond van artikel 2:11 BW.[57] Doordat de aansprakelijkheid tevens hoofdelijk rust op natuurlijke personen kan een teleurgestelde wederpartij automatisch druk uitoefenen op de natuurlijke persoon die middellijk bestuurder is. Daarbij merken wij op dat de reikwijdte van artikel 2:11 BW beperkt is tot rechtspersonen die naar Nederlands recht zijn opgericht.[58]

4 Conclusie

Resumerend volgen uit het arrest Hanzevast/G4 II consequenties voor zowel koper als verkoper indien gebruik wordt gemaakt van een lege projectvennootschap. Zo is voor verkopers nog altijd duidelijk dat het de voorkeur verdient om in de transactiedocumentatie duidelijk vast te leggen wat de verplichtingen zijn van de formele koper (de SPV), alsmede welke achterliggende partijen beschikbaar zijn voor de transactie. De exacte contractuele verplichting van de economische koper is op een groot aantal manieren in te vullen, waarvoor een veelkleurige waaier aan instrumenten bestaat. Wij denken in dit kader onder meer aan een borgtocht, een verplichting voldoende fondsen te storten (bijvoorbeeld door middel van een *equity commitment letter*),[59] een verplichting om op *signing* fondsen in *escrow* te storten, of in de vorm van een investeringsovereenkomst tussen de SPV en achterliggende aandeelhouders, waarbij de verkoper partij is.

Mocht het bedingen van zekerheden achterwege zijn gebleven, dan is voor de economische koper op grond van Hanzevast/G4 II alsnog duidelijk dat de gekozen transactiestructuur vanuit aansprakelijkheidsperspectief niet zonder risico is. Zo kunnen de omstandigheden aanleiding geven tot het aannemen van een *funding commitment*, die niet expliciet is afgesproken met de verkoper. Wil de economische koper een comfortabele mate van zekerheid over zijn verhaalsrisico, dan dient hij ervoor te zorgen dat enige verwarring bij de verkoper over zijn positie wordt voorkomen. Doet hij dit niet, dan bevindt de verkoper zich in

een hoopgevende positie. Hem lijken op grond van hetzelfde feitencomplex twee verhaalsmogelijkheden ter beschikking te staan, die kunnen resulteren in een aansprakelijkheid van de bestuurder én de moeder.

Noten

[1] Zie o.a. Rb. Oost-Brabant 1 mei 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA0005, JIN 2013/136 m.nt. P. Haas (International Poolguild); Rb. Utrecht 25 mei 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7136, JOR 2011/322 m.nt. R.G.J. de Haan (LBP Sight/Vessuer); Rb. Amsterdam 25 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV6199 (Sveba Beheer); Rb. Middelburg 5 maart 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BW4873 (BMW Financial Services); Rb. Almelo 12 september 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX8021 (Haafkes q.q./Aannemingsbedrijf); Rb. Oost-Brabant 27 februari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ2909 (De-BV-Dokter.nl); Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3235, JOR 2017/3 m.nt. S.C.M. van Thiel (Tape Control). Zie over deze rechtspraak uitgebreid R.A. Wolf, Over overdracht van aandelen door de DGA, faillissement van de vennootschap en de onbetaalde crediteuren. Bestuurders- of aandeelhoudersaansprakelijkheid?, in: Y. Borrius e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 141), Deventer: Kluwer 2017, p. 271-304 en in dezelfde bundel in breder verband van bestuurdersaansprakelijkheid B.I. Kraaijpoel & E.J. Oppedijk van Veen, Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2016. It's the end of the world as we know it (and I feel fine), par. 7.1, p. 22-27; zie tevens specifiek V. van Vegchel, Onrechtmatige verkoop van bv-aandelen door schending onderzoeksplicht: bestuurlijke tekortkoming of aandeelhoudersgedraging?, O&F 2015, afl. 3, p. 36-49. Vanuit zowel civiel- als strafrechtelijk perspectief, zie C.M. Hilverda, Beroepsfraude via aankoop bijna failliete BV: mogelijkheden aanpak aankoper, faciliterende verkoper en notaris, TvI 2016, afl. 5, p. 24-33.

[2] Ook in het kader van projectrealisatie en -financiering wordt gebruik gemaakt van de constructie waarin een SPV wordt opgericht door de financier en/of aannemer(s), die vervolgens het project zal uitvoeren. Zie in dit verband ten aanzien van zogenaamde DBFM(O)-contracten o.m. J.H.W. Koster, Publiek-private samenwerking bij aanleg van infrastructurele werken. Het DBFM-contract: the heart of the matter, MvV 2005, afl. 7-8, p. 127-128; S. van den Boogaart & L.F. Dröge, Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten, TBR 2015/97, p. 571-572; M.A. Moolhuizen & K.K.S. te Brake, De DBFMO-overeenkomst voor huisvestingsprojecten ontrafeld, TBR 2015/112, p. 670. Wij merken op dat de situatie aan de orde in het Hanzevast-arrest, dat wij in deze bijdrage bespreken, niet draait om een SPV die een werk realiseert, maar om een koper van bedrijfsruimte. Hierbij spelen aan koperszijde vanzelfsprekend andere risico's, die eenvoudiger te overzien zijn.

[3] De ene SPV is de andere niet: er kan meer dan één aandeelhouder zijn en als er slechts één aandeelhouder is, is deze niet altijd ook bestuurder. In deze bijdrage gaan wij uit van een enig aandeelhouder/enig bestuurder.

[4] HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, NJ 2017/149 (Hanzevast/G4 II).

[5] HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 m.nt. Tjong Tjin Tai, AA20120366 m.nt. Van Boom (G4/Hanzevast I). Zie over dit arrest tevens J. de Bie Leuveling Tjeenk, Art. 6:277 BW (g)een overbodige bepaling, MvV 2012, afl. 3, p. 57-63 en J.J. Dammingh, Buitengerechtelijke ontbinding (vervolg), ORP 2016, afl. 7. Ten tijde van het schrijven van dit artikel vermeldde rechtspraak.nl overigens dat het zou gaan om een prejudiciële procedure ex art. 392 Rv. Dit is niet het geval en tevens onmogelijk: de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad trad een jaar na het uitspreken van het arrest in werking (Stb. 2012, 166).

[6] Zie voor het onderscheid tussen ‘directe’ en ‘indirecte’ doorbraak van aansprakelijkheid o.m. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/834. Bij een indirecte doorbraak van aansprakelijkheid is niet zozeer sprake van een rechtstreekse doorbraak door de rechtspersoonlijkheid heen, maar van een doorbraak naar de (rechts)persoon achter de rechtspersoon. ‘Daarbij past de aantekening dat het dan vooral gaat om aansprakelijkheid van de moederverenootschap voor de schulden van een dochterverenootschap. Bij de directe doorbraak is de grondslag van de aansprakelijkheid een bijzondere wettelijke uitwerking van de regel inzake onrechtmatige daad, dat wil zeggen: een indirecte toepassing van art. 6:162 BW. Bij de indirecte doorbraak is de aansprakelijkheid gebaseerd op een rechtstreekse toepassing van art. 6:162 BW.’ Het gaat aldus om een zelfstandige onrechtmatige daad van de aandeelhouder.

[7] HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684 (G4/Hanzevast I), r.o. 3.3.3.

[8] Ibid., r.o. 3.3.4.

[9] De procedure na verwijzing bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) is kenbaar uit NJ 2017/149 en tevens uit Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5405 en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6576.

[10] Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5405 resp. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6576. In het tussenarrest van 8 juli 2014, kenbaar uit NJ 2017/149, werden slechts instructies gegeven ten aanzien van het deskundigenbericht en is inhoudelijk niet van belang voor dit artikel.

[11] Tussenarrest Hanzevast/G4 II, r.o. 3.14.

[12] HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZo758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen), r.o. 3.5.

[13] Ibid. Zie tevens HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:1618, NJ 2015/21 m.nt. PvS, JOR 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (Hezemans Air), r.o. 3.5.2 en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22, JOR 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (RCI Financial Services/Kastrop), r.o. 4.3.

[14] Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829, NJ 2014/195, JOR 2015/1 m.nt. U.B. Verboom (Air Holland), r.o. 3.4.

[15] Zie ook concl. van A-G Timmerman bij HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:499, JOR 2015/248 m.nt. R.J. van der Weijden (ING/X), waarin onder meer wordt gewezen op het Nilarco-arrest (HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9577, NJ 2011/305 m.nt. PvS), waarin het ging om door de bestuurder bewerkstelligde verhaalsschade, doordat de bestuurder via een andere vennootschap een partij tegels uit de boedel kocht en tegen een aanzienlijk hogere prijs doorverkocht. Deze casus gaat uit van een op de bestuurder rustende zorgplicht die niet tot de in het arrest Ontvanger/Roelofsen genoemde soorten van zorgplichten jegens een onbetaalde schuldeiser van de betrokken vennootschap te herleiden was. De situatie in ING/X viel overigens ook niet te scharen onder een van beide gevalstypen van Ontvanger/Roelofsen.

[16] HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22, JOR 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (RCI Financial Services/Kastrop), r.o. 4.3.

[17] De onder (ii) genoemde aansprakelijkheid kan ook ontstaan zonder dat er sprake is van een moment van contracteren.

[18] HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BIo468, JOR 2009/221 m.nt. Y. Borrius (Eurocommerce), r.o. 4.2. Zie voorts concl. A-G Wissink, nr. 2.4.3, waarin de A-G erop wijst dat het enkele feit dat de bestuurder nalaat erop toe te zien dat de financiële verplichtingen worden nagekomen niet voldoende is, waarover HR 13 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3112, NJ 1986/825 (De Leeuw/Wijnen), Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/469 en L. Timmerman, Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid, WPNR 2016/7105, p. 327.

[19] Concl. A-G Wissink bij HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, NJ 2017/149 (Hanzevast/G4 II), nr. 2.7.2.

[20] HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, NJ 2017/149 (Hanzevast/G4 II), r.o. 3.3.2.

[21] Onverwacht is dit oordeel niet: de rechter vult immers de rechtsgronden aan (art. 25 Rv). Overigens lijkt het ook voor de feitenrechter niet nodig om expliciet aan te geven dat getoetst wordt aan de gevallen van Ontvanger/Roelofsen, zolang het gerechtelijk onderzoek kenbaar aansluit bij de ernstige verwijtbaarheidsmaatstaf. In deze zin: B.F. Assink, Benadelingswetenschap en bestuurdersaansprakelijkheid, in: L. Timmerman e.a., Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 143, voetnoot 147.

[22] A-G Timmerman schrijft dat de vraag telkens is of de bestuurder van zijn optreden als bestuurder persoonlijk een dusdanig zwaar verwijt kan worden gemaakt dat gezegd kan worden dat hij gehandeld heeft in strijd met een bepaalde op hem persoonlijk betrekking hebbende maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm als bedoeld in art. 6:162 BW.

[23] Zie concl. A-G Timmerman bij HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:499, JOR 2015/248 m.nt. R.J. van der Weijden (ING/X), nr. 3.12. Timmerman verwijst daarbij naar de arresten RCI Financial Services en Hezemans Air, waarin de Hoge Raad overweegt dat voor de invulling van het ernstig verwijt de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval relevant zijn. Zie HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:1618, NJ 2015/21 m.nt. PvS, JOR 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (Hezemans Air) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22, JOR 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (RCI Financial Services/Kastrop).

[24] Zie in dit verband ook het Crane Services-arrest van de Hoge Raad, dat gelijkenissen vertoont met het onderhavige arrest. In dat arrest was een (indirect) bestuurder (tevens aandeelhouder) van een lege projectvennootschap (1) namens de laatste een koopovereenkomst van aandelen aangegaan, terwijl hij (2) niet zelf de voor nakoming benodigde fondsen verschafte en (3) een overeengekomen financieringsvoorbehoud niet tijdig en correct inriep, waardoor de vennootschap aan de overeenkomst gebonden was. Wanneer de projectvennootschap vervolgens verzuimt om na te komen, wordt de (indirect) bestuurder en (indirect) aandeelhouder aangesproken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. De bestuurder verweerde zich ook hier door te stellen dat hij op het moment van contracteren nog niet kon of behoefde te weten dat de financieringsaanvraag zou worden afgewezen, waardoor de vennootschap niet zou kunnen nakomen. Ook daar wordt door het hof echter de aansprakelijkheid van de bestuurder gegoten in situatie (2) van Ontvanger/Roelofsen, onder meer vanwege het niet correct en tijdig inroepen van het financieringsvoorbehoud. HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:246, JOR 2015/102 m.nt. J. van Bakkum (Crane Services). Zie voor een situatie waar het hof wel koos voor (alleen) de Beklamel-route: Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2015, JOR 2015/290 m.nt. D.F. Berkhout (NFNB/Meyer en De Wit).

[25] Terzijde: onbekend is welke natuurlijke personen namens Hanzevast c.s. onderhandelden.

[26] Rb. Amsterdam (vzr.) 12 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL7945, JOR 2010/145 (Multi Vastgoed/Gemeente Amsterdam), r.o. 5.5. De procedure speelde tussen de gemeente Amsterdam en twee vennootschappen uit de Multi Corporation, de servicevennootschap Multi Vastgoed en de projectvennootschap Multi Veste 191 (hierna: MV191). Het draaide in deze procedure om achterstallige erfpachtcanon, waarbij het acceptatieformulier voor de erfpacht was getekend door de bestuurders van Multi Vastgoed, 'handelend voor (...) Multi Vastgoed BV in zijn/haar/hun kwaliteit van (...) beheerder van [MV191]'. De gemeente legde beslag ten laste van Multi Vastgoed. Het citaat komt uit het daarop volgende opheffingskortgeding, geëntameerd door Multi Vastgoed (waarbij MV191 geen partij was).

[27] Opgemerkt dient overigens wel te worden dat in de bodemprocedure, waar MV191 wel partij was, dit betoog strandde. De achtergrond hiervoor is dat de gemeente vaker contracteerde met projectvennootschappen van de Multi Corporation en niet met Multi Vastgoed zelf. De vordering tegen MV191 werd vervolgens wel toegewezen, waarbij de verhaalbaarheid van de vordering buiten beschouwing bleef. De gemeente voerde in deze procedure nog aan dat het haar beleid is om bij het contracteren met projectvennootschappen 'zonder eigen middelen' een concerngarantie te vragen. Dit was er in onderhavig geval kennelijk bij ingeschoten. Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2158, r.o. 4.1-4.8.

[28] Noot Bartman, nr. 6, onder Hof Arnhem-Leeuwarden 17 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1093, JOR 2015/104 (Golf en Country Club Edda Huzid/Docky).

[29] Dit lijkt tot de conclusie te leiden dat wie ervoor kiest een transactie via een SPV te laten verlopen in plaats van zelf te contracteren, een verhoogd risico loopt. Daarnaast zet de Hoge Raad hiermee de casus impliciet in de sleutel van het gerechtvaardigd vertrouwen zoals voorzien in art. 3:35 BW. Vgl. in dit verband ook de bekende frase in HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp): 'dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij; dat dit onder meer medebrengt dat voor dengene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft (...)'.

[30] Tussenarrest Hanzevast/G4 II, r.o. 3.19.

[31] Ibid.

[32] A-G Wissink concludeerde: '[V]oor de aansprakelijkheid van Hanzevast [Beleggingen] als bestuurder mag het niet uitmaken of Hanzevast III rechtstreeks haar verplichting tot betaling van de koopsom niet nakomt dan wel indirect door de koopovereenkomst onterecht te ontbinden. In beide situaties heeft Hanzevast [Beleggingen] G4 opgezadeld met een contractspartij die, zonder door Hanzevast [Beleggingen] van financiële middelen te zijn voorzien, niet aan haar verplichtingen kan voldoen en in beide situaties geldt dat Hanzevast [Beleggingen] zich heeft gecommitteerd tot fourneren.' Zie concl. A-G Wissink bij HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, NJ 2017/149 (Hanzevast/G4 II), nr. 2.7.1.

[33] HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, NJ 2017/149 (Hanzevast/G4 II), r.o. 3.3.2.

[34] In soortgelijke overeenkomsten wordt steeds vaker opgenomen dat de koper erkent dat hij de overeenkomst aangaat met een 'lege' vennootschap. Het is onzes inziens overigens de vraag of het 'erkennen' van dit feit iets afdoet aan het gerechtvaardigd vertrouwen van de koper dat de aandeelhouder-bestuurder zorg zal dragen voor voldoende financiële middelen.

[35] In dezelfde zin: Asser/Van den Berg 7-IV 2017/254.

[36] Zie uitgebreid over het fenomeen *comfort letter* in het Nederlandse recht L. Leber, De patronaatsverklaring (Recht en Praktijk nr. CA15), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 5.2.

[37] Hier raakt het arrest direct aan de transactiepraktijk (zie hierna).

[38] Dan wel een financieringsvoorbehoud op te nemen en dat tijdig en correct in te roepen, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2013, deels kenbaar uit JOR 2015/102 m.nt. J. van Bekkum (Crane Services), r.o. 4.11.

[39] Hanzevast c.s. hadden in zoverre gelijk dat de financiering van de aankoopsom en de financiering van de schadevergoeding niet op één lijn kunnen worden gesteld, zie cassatiemiddel 1.7. Hanzevast c.s. hadden gesteld dat Hanzevast III, zoals gebruikelijk, de benodigde financiering voor de aankoop van de betreffende kantoorruimte van een bank (i.c. Friesland Bank) zou betrekken.

[40] Zie onderdeel 1.7 van het cassatiemiddel. A-G Wissink verwierpt dit argument zonder veel omhaal in nr. 2.8.3 van zijn conclusie en de Hoge Raad maakt er verder geen woorden aan vuil.

[41] Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2895, JOR 2015/290 m.nt.

D.F. Berkhout (NFnvB/Meyer en De Wit).

[42] Zie noot 38.

[43] HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:246, JOR 2015/102 m.nt. J. van Bakkum (Crane Services), r.o. 3.3.3-3.3.4. A-G Timmerman komt in nr. 3.11 van zijn conclusie bij dit arrest tot hetzelfde oordeel: uit het arrest noch anderszins blijkt dat de bestuurder van de gedragingen die hem als (indirect) bestuurder van Crane Services worden verweten, een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

[44] Vgl. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2930, JOR 2014/297 (Pommé/Bisscheroux), r.o. 4.5.2-4.5.4.

[45] De Hoge Raad, althans deze zetel onder voorzitterschap van Bakels, lijkt voorzichtiger met het gebruik van het beladen begrip 'bestuurder' na een stortvloed aan publicaties in de literatuur naar aanleiding van HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302 m.nt. PvS (Spaanse Villa). Bakels schrijft dat in dit arrest, gewezen door een zetel waarvan hij zelf voorzitter was, het woord 'bestuurder' te veel stond en dat dit aanleiding heeft gegeven tot 'veel commotie' (in de woorden van Van Schilfgaarde in de NJ-noot bij dat arrest). Hij concludeert met – lovenswaardige – zelfkritiek: 'De cassatierechter heeft dus een fout gemaakt, en dat mag hem worden verweten.' Zie F.B. Bakels, Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad, AA 2015, afl. 11, p. 933-934.

[46] In dit kader merkt A-G Wissink op dat ongeacht de wijze waarop de overeenkomst niet wordt nagekomen, 'Hanzevast Beleggingen G4 heeft opgezadeld met een contractspartij die, zonder door Hanzevast Beleggingen van financiële middelen te zijn voorzien, niet aan haar verplichtingen kan voldoen en in beide situaties geldt dat Hanzevast Beleggingen zich heeft gecommitteerd tot fourneren'. Concl. A-G Wissink, nr. 2.7.1.

[47] HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, NJ 2017/149 (Hanzevast/G4 II), r.o. 3.3.2.

[48] De term 'volledige zeggenschapshouder' werd in de jaren negentig vooral gebruikt door Timmerman, bijv. in zijn noot onder HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo564 (Van Waning/Van der Vliet) in TVVS 1992/63. Nu komt deze term terug bij o.a. Bartman, bijv. in zijn noot onder HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285 (Resort of the World) in Ondernemingsrecht 2017/7.

[49] HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo564, NJ 1992/411 m.nt. Ma (Van Waning/Van der Vliet), r.o. 3.3. Vgl. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654, NJ 2010/189 (ING Bank/Z.), r.o. 4.1.2.

[50] Concl. A-G Wissink bij HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, NJ 2017/149 (Hanzevast/G4 II), nr. 2.8.2.

[51] Een uitgebreide beschouwing gaat het bestek van dit artikel te buiten, vooral omdat het leerstuk op vele plaatsen is uitgewerkt. Zie bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/837 en Assink/Slagter, Compendium ondernemingsrecht. Deel 2, Deventer: Kluwer 2013, par. 115.3, i.h.b. p. 2256. Voor recente beschouwingen over dit leerstuk, zie de bijdragen in: J.B. Huizing e.a., Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 en 6:162 BW, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[52] In algemene zin kan men ook denken aan de aansprakelijkheid van de aandeelhouder bij onderkapitalisatie. Zie hierover o.m. J. Barneveld, Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 120), Deventer: Kluwer 2014, p. 501 e.v., die in dit verband ook verwijst naar het Comsys-arrest (waarover later meer). B. Bier schrijft – o.i. terecht – in haar recensie van de dissertatie van Barneveld, Ondernemingsrecht 2015/12, p. 73: ‘Zoals ik het zelf altijd uitdruk, beperkte aansprakelijkheid moet je als aandeelhouder wel verdienen.’

[53] HR 19 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AG5761, NJ 1988/487 m.nt. G (Albada Jelgersma/Inza) en HR 18 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1544, NJ 1995/170 m.nt. Ma (NBM/Securicor). In bijv. HR 13 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC3181, NJ 1987/98 m.nt. CJHB (Albada Jelgersma/Ad van Geloven) was een door de moeder afgegeven garantieverklaring aan de orde, waaruit aansprakelijkheid voortvloeide.

[54] Assink/Slagter 2013, p. 2266.

[55] HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033, NJ 2009/565 m.nt. HJS & PvS (Comsys/Van den End).

[56] Overigens oordeelde de Hoge Raad in Comsys eveneens dat Holding als bestuurder een ernstig verwijt kon worden gemaakt, omdat hij als bestuurder de potentiële schuldeisers niet had gewaarschuwd voor de aan deze structuur inherente risico's.

[57] Zie bijv. Rb. Haarlem (vzr.) 23 december 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BG9061, r.o. 4.6. De bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder kan zich vervolgens wel disculperen, zie HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, JOR 2017/121 m.nt. A.F.J.A. Leijten (K./Le Roux Fruit Exporters), r.o. 3.4.2-3.4.3.

[58] Deze aansprakelijkheid valt binnen het zogenaamde corporatiestatuu, art. 10:119 aanhef en onder d BW. Als een buitenlandse rechtspersoon bestuurder is van een Nederlandse

rechtspersoon is er dus geen sprake van directe doorbraak. Zie HR 18 maart 2011, JOR 2011/144 m.nt. G. van Solinge (D Group/Schreurs q.q.), r.o. 4.1.3. Voor veel *private equity*-structuren loopt een beroep op art. 2:11 BW dan ook hierop stuk.

[59] Een brief waarin het fonds toezegt dat op *closing* voldoende financiële middelen aanwezig zijn, die vaak tot de verkoper is gericht en wordt afgegeven op het moment van *signing* van de transactiedocumentatie (meer zekerheid geeft het om de fondsen op *signing* in *escrow* te plaatsen). Vgl. bijv. het document genoemd in Rb. Haarlem 21 september 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BYo468, r.o. 2.5 (een fiscale zaak).

ANNOTATIE

Het onderzoeksverslag in enquêteprocedures: openheid versus vertrouwelijkheid

H.J. de Kraker

Dit artikel bevat een overzicht van recente uitspraken van de Ondernemingskamer met betrekking tot verzoeken tot inzage in het onderzoeksverslag of machtiging om het met derden te delen. In dat kader wordt telkens een belangenafweging gemaakt tussen openheid en vertrouwelijkheid.

1 Inleiding

Het onderzoeksverslag bevat de bevindingen van de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoeker. In het onderzoeksverslag brengt de onderzoeker in kaart wat zich bij de rechtspersoon heeft afgespeeld. Hij doet dat op een zodanige manier dat de Ondernemingskamer in staat gesteld wordt zich een oordeel te vormen omtrent de vraag of sprake is (geweest) van wanbeleid, en zo ja, wie daarvoor verantwoordelijk is en welke voorzieningen eventueel getroffen dienen te worden.^[1] Uitgangspunt is dat dit onderzoeksverslag vertrouwelijk van aard is. Om diverse redenen is het voor de betrokkenen bij een enquêteprocedure interessant om kennis te nemen van het onderzoeksverslag.

Zo is het recht op inzage van belang in verband met de daaraan gekoppelde bevoegdheid de Ondernemingskamer te verzoeken om wanbeleid vast te stellen en eventuele voorzieningen na enquête. Op grond van artikel 2:355 van het Burgerlijk Wetboek (BW) kunnen alleen de oorspronkelijke verzoekers en, als het verslag voor hen ter inzage ligt, anderen die aan de toegangseisen van het enquêterecht (art. 2:346 en 2:347 BW) voldoen, verzoeken om de voorzieningen van artikel 2:356 BW. Daarnaast is inzage in het verslag vanwege de vergaande bevoegdheden van de onderzoeker op het gebied van informatievergaring voor diverse partijen interessant bij de beslissing al dan niet een civiele aansprakelijkheidsprocedure te beginnen.^[2] Inzage in het verslag is met name waardevol als daaruit ook geput mag worden in die aansprakelijkheidsprocedure. In beginsel is het anderen dan de rechtspersoon echter verboden mededelingen aan derden te doen uit het verslag, voor zover dat niet voor eenieder ter inzage ligt. Ontheffing van dit verbod is echter mogelijk na machtiging daartoe door de

voorzitter van de Ondernemingskamer (art. 2:353 lid 3 BW).

In (recente) jurisprudentie is de vertrouwelijkheid van het onderzoeksverslag (en de grenzen daarvan) verder uitgewerkt. Dit artikel geeft daar een overzicht van. Daarbij wordt in paragraaf 2 ingegaan op de vraag wie wanneer inzage krijgt in het onderzoeksverslag (art. 2:353 lid 2 BW). In paragraaf 3 komt aan de orde wanneer de inzagegerechtigden mededelingen mogen doen uit het onderzoeksverslag (art. 2:353 lid 3 BW).

2 Inzage in het onderzoeksverslag

De vertrouwelijkheid van het onderzoeksverslag is geregeld in artikel 2:353 BW. Op grond van lid 1 van dit artikel wordt het onderzoeksverslag ter griffie van het Gerechtshof Amsterdam neergelegd. Artikel 2:353 lid 2 BW bepaalt dat in ieder geval de advocaat-generaal (A-G) bij het ressortsparket, de rechtspersoon, alsmede de verzoekers en hun advocaten een exemplaar van het onderzoeksverslag ontvangen.[3] Daarnaast kan de Ondernemingskamer bepalen dat het verslag geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor door haar aan te wijzen personen of voor eenieder. Uit de tekst van artikel 2:353 lid 3 BW blijkt dat het verslag vertrouwelijk van aard is ter bescherming van het belang van de onderzochte rechtspersoon.[4] Die is immers niet gebonden aan de geheimhoudingsplicht, terwijl anderen daar ontheffing voor nodig hebben van de voorzitter van de Ondernemingskamer.

Een andere reden voor het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag is het feit dat door middel van een door de Ondernemingskamer gelast onderzoek informatie kan worden verkregen die anders mogelijk niet te achterhalen zou zijn. Daarmee wordt een van de doeleinden van de enquête gediend: het verkrijgen van openheid van zaken binnen de vennootschap.[5] Dit doel lijkt tegenstrijdig met het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag. Naarmate de kring van personen die inzage krijgen in het onderzoeksverslag toeneemt, neemt het oorspronkelijk vertrouwelijke karakter ervan immers af. De Ondernemingskamer drukt het als volgt uit: de verzoeker krijgt enerzijds door middel van de enquête toegang tot – ook – vertrouwelijke informatie, die hij zonder de enquêteprocedure in het algemeen niet zou hebben gehad, maar anderzijds is de aldus verkregen openheid – in de meeste gevallen – beperkt.[6]

In de parlementaire geschiedenis wordt over de verhouding tussen vertrouwelijkheid en publiciteit het volgende opgemerkt:

‘In de bepleite ruimere opzet van het enquêterecht past een meer gedifferentieerde regeling. Het lijkt de commissie wenselijk in de wet vast te leggen wie in ieder geval van het verslag kan kennisnemen en voorts aan de rechter de bevoegdheid te geven naar de omstandigheden van het geval de omvang van de publiciteit te bepalen. In elk geval moet het verslag ter kennis

kunnen komen van de verzoekers en van de vennootschap en haar bestuurders en haar commissarissen. Daarnaast kunnen andere personen een redelijk belang hebben bij kennisneming van het verslag. De rechter zal hieromtrent een beslissing hebben te nemen. Kennisnemen voor eenieder lijkt aangewezen, indien de aandelen van de vennootschap ter beurze zijn genoteerd en alle aandeelhouders een redelijk belang hebben bij kennisneming.’[7]

In de praktijk werd tot 2012 daadwerkelijk een fysiek exemplaar van het verslag op de griffie van het Gerechtshof Amsterdam ter inzage gelegd dat slechts na schriftelijk verzoek daartoe ter plekke kon worden geraadpleegd. Sinds april 2012 publiceert de Ondernemingskamer de onderzoeksverslagen die ter inzage liggen voor eenieder op haar website.[8] Desgevraagd verstrekt de Ondernemingskamer aan degenen voor wie het verslag ter inzage ligt een kopie van het onderzoeksverslag.[9]

2.1 Inzage voor wie?

Uit de formulering van artikel 2:353 lid 2 BW (de Ondernemingskamer ‘kan’ bepalen) blijkt dat het ter discretionaire bevoegdheid van de Ondernemingskamer is om al dan niet te bepalen dat het verslag naast toezending aan de rechtspersoon, verzoeker(s) en A-G geheel of deels ter inzage ligt voor een door haar aan te wijzen beperkte groep belanghebbenden of voor eenieder. Dit leidt voor wat betreft de deponeringsbeschikking tot de volgende categorieën:

1. Voor belanghebbenden In het merendeel van de gevallen wordt het verslag slechts voor belanghebbenden ter inzage gelegd.[10] De term ‘belanghebbende’ in de zin van de deponeringsbeschikking dient te worden onderscheiden van het begrip belanghebbende als bedoeld in artikel 279 lid 1 en 282 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).[11] Wie onder het begrip ‘belanghebbenden’ vallen, beoordeelt de Ondernemingskamer aan de hand van een concreet verzoek tot inzage en van de omstandigheden van het geval.[12] Dit zijn vaak de in de eerste fase verschenen belanghebbenden, maar dat hoeft niet. Wanneer iemand als belanghebbende in de zin van de deponeringsbeschikking wenst te worden aangemerkt, kan hij een verzoek daartoe indienen op de voet van artikel 2:353 lid 2 BW. De Ondernemingskamer beoordeelt dan of voor de verzoeker in kwestie een uitzondering op het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag moet worden gemaakt. Daarbij maakt de Ondernemingskamer een belangenafweging tussen het gestelde belang van de verzoeker tot inzage en het belang van de rechtspersoon bij vertrouwelijkheid.[13] Bij deze belangenafweging worden ook de belangen van eventuele andere belanghebbenden, zoals (voormalige) bestuurders, meegewogen.[14]

2. Voor eenieder Daarnaast kan de Ondernemingskamer het verslag voor eenieder ter inzage

leggen.[15] Van deze mogelijkheid wordt beperkt gebruik gemaakt; onder meer als het een beursvennootschap betreft en de aandeelhouders een redelijk belang bij kennisname hebben,[16] of wanneer publicatie anderszins van maatschappelijk belang wordt geacht.[17] Met deponering ter inzage voor eenieder is het verslag in feite openbaar, zo bevestigde de Hoge Raad onlangs in *De Rooy/Staat*, waarover hierna meer. Wanneer de Ondernemingskamer heeft besloten in de zin van categorie 1 (ter inzage voor belanghebbenden) heeft een verzoek het verslag alsnog voor eenieder ter inzage te leggen (dat wil zeggen: openbaar te maken) weinig kans van slagen.[18]

3. *Verslag voor eenieder, bepaalde bijlagen voor belanghebbenden* In sommige gevallen neemt de Ondernemingskamer een gemengde inzagebeslissing, waarbij het verslag voor eenieder en (bepaalde) bijbehorende bijlagen alleen voor belanghebbenden ter inzage worden gelegd.[19] De mogelijkheid om slechts een gedeelte van het verslag openbaar te maken is op advies van de Sociaal-Economische Raad (SER) in de wet opgenomen om te voorkomen dat de betreffende onderneming nadeel lijdt doordat gedetailleerde bedrijfsgegevens in de openbaarheid worden gebracht.[20] Bij de keuze om bepaalde gegevens openbaar te maken dient een afweging plaats te vinden tussen het algemene belang bij openbaarmaking en het belang van de onderneming bij geheimhouding.[21]

4. *Uitsluitend voor (rechts)personen genoemd in artikel 2:353 lid 2 BW* Tot slot bestaat de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer het verslag slechts aan de in artikel 2:353 lid 2 BW genoemde (rechts)personen toezendt en ter griffie neerlegt, maar niet ter inzage.[22] Het al dan niet ter inzage leggen blijft een discretionaire bevoegdheid van de Ondernemingskamer. In feite is deze situatie vergelijkbaar met die van categorie 1 (ter inzage voor belanghebbenden) in het geval dat er geen belanghebbenden zijn aangewezen.

2.2 *Casus HR 2 december 2016 (De Rooy/Staat)*[23]

In de enquêteprocedure inzake Middle Europe Investments NV (hierna: MEI) en Mei Fondsenbeheer BV (hierna: MFB) is sprake van een gemengde deponeringsbeschikking (zie categorie 3 hierboven). Het onderzoeksverslag met twaalf bijlagen is ter inzage voor eenieder gelegd en de aanvulling op het verslag met drie bijlagen voor belanghebbenden.[24] De Rooy (voormalig bestuurder van de onderzochte vennootschappen) is in de enquêteprocedure niet als belanghebbende verschenen (art. 2:349a BW). Wel heeft de Ondernemingskamer hem op zijn verzoek aangemerkt als belanghebbende in de zin van de deponeringsbeschikking en hem een kopie verstrekt van de aanvulling op het verslag met drie bijlagen.[25]

Bij brief van 25 maart 2014 heeft de Ondernemingskamer desgevraagd een kopie van de voor eenieder ter inzage liggende delen van het onderzoeksverslag verstrekt aan een advocaat in

een andere zaak. Deze kopie is vervolgens als productie ingebracht in een procedure waar De Rooy bij betrokken is. In reactie daarop vordert De Rooy met zijn echtgenote in kort geding dat het de Staat (de Ondernemingskamer) wordt verboden om een kopie van het onderzoeksverslag aan een derde toe te sturen, omdat in artikel 2:353 BW is bepaald dat het onderzoeksverslag 'ter griffie ter inzage is nedergelegd'. Ter inzage leggen dient volgens De Rooy letterlijk te worden uitgelegd, waardoor belangstellenden een bezoek zouden moeten brengen aan de griffie van het gerechtshof om het verslag aldaar in te zien. De voorzieningenrechter en het Gerechtshof Den Haag wijzen de vordering af.[26]

De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het gerechtshof. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de parlementaire geschiedenis, waaruit blijkt dat de wetgever een gedifferentieerde regeling heeft bedoeld te geven voor de vraag wie kennis kan nemen van het onderzoeksverslag. Het is aan de rechter om te bepalen wie – naast de in artikel 2:353 lid 2 BW genoemde (rechts)personen – van het verslag kan kennisnemen. De Hoge Raad ziet niet in waarom in de huidige tijd van een belangstellende gevergd zou moeten worden dat hij persoonlijk naar de griffie van de Ondernemingskamer gaat om kennis te nemen van een voor eenieder ter inzage gelegd onderzoeksverslag.[27] Wanneer de Ondernemingskamer heeft beslist dat een onderzoeksverslag voor eenieder ter inzage ligt, is het daarmee in feite openbaar. Een adequate invulling van deze beslissing (het gerechtshof spreekt van een meer eigentijdse en servicegerichte invulling) brengt mee dat het verslag desgevraagd mag worden toegezonden aan een belangstellende.

3 Machtiging tot doen van mededeling uit het verslag

Het is verboden mededelingen uit het onderzoeksverslag te doen (art. 2:353 BW). Deze geheimhoudingsplicht geldt niet voor de onderzochte rechtspersoon zelf en is evenmin aan de orde wanneer het onderzoeksverslag voor eenieder ter inzage ligt en dus openbaar is. Anderen dan de rechtspersoon die mededelingen aan derden wensen te doen uit het onderzoeksverslag, kunnen de voorzitter van de Ondernemingskamer daartoe een machtiging vragen.

Onder het doen van mededelingen uit het onderzoekverslag aan derden valt ook het overleggen van het verslag of de bijlagen in andere gerechtelijke procedures.[28] Bij de beoordeling van een verzoek tot machtiging bekijkt de voorzitter van de Ondernemingskamer doorgaans of het verzoek verband houdt met de strekking van het enquêterecht. Vaak wordt machtiging gevraagd met het oog op een op te starten bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure of om het onderzoeksverslag met een deskundige te kunnen delen. In de regel wordt een dergelijke machtiging verstrekt, tenzij er zwaarwegende belangen zijn die zich daartegen verzetten.[29] In de beschikking op het machtigingsverzoek

van de VEB inzake Fortis overwoog de voorzitter van de Ondernemingskamer dat een vordering tot het vergoeden van schade tegen bestuurders of commissarissen die verantwoordelijk zijn voor eventueel wanbeleid rechtstreeks in het verlengde ligt van de strekking van het enquêterecht (onder meer het verkrijgen van openheid van zaken en vaststelling van verantwoordelijkheid voor mogelijk wanbeleid).[30] Dat een enkel beroep op gebruik in een civiele aansprakelijkheidsprocedure geen garantie vormt voor een machtiging, blijkt uit de beschikking van de voorzitter van de Ondernemingskamer van 20 september 2016 inzake Energie Concurrent.

3.1 Casus Vz. OK Energie Concurrent[31]

In de enquêteprocedure inzake Energie Concurrent bepaalt de Ondernemingskamer bij beschikking van 27 juni 2016 dat het verslag van het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Energie Concurrent met bijlagen ter griffie ter inzage ligt voor belanghebbenden. Dit verslag moet worden onderscheiden van het reeds bij beschikking van 10 december 2013 gedeponeerde onderzoeksverslag met betrekking tot het beleid en de gang van zaken bij Greenchoice. Vervolgens heeft Greenchoice (waarvan Energie Concurrent voormalig bestuurder was) verzocht om machtiging tot het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent aan derden in een nog door hem aanhangig te maken procedure tegen oud-bestuurders van Greenchoice. Tegen dit verzoek is verweer gevoerd, dat ondersteund wordt door Energie Concurrent.

Greenchoice stelt dat uit het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent blijkt van dezelfde patronen en wijze van handelen van Energie Concurrent en de (indirect) oud-bestuurders als bij Greenchoice het geval was, onder meer wat betreft de omgang met tegenstrijdige belangen, transparantie, governance en het voeren van een juiste administratie. Dit is relevante informatie voor de procedure tegen Energie Concurrent en de voormalige indirecte bestuurders, aldus Greenchoice. Volgens Greenchoice vormt zijn oogmerk om het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent in een aansprakelijkheidsprocedure in te brengen een voldoende zwaarwegend belang om hem te machtigen in die procedure mededelingen te doen uit het onderzoeksverslag. Daarmee sluit Greenchoice aan bij de overweging van de voorzitter van de Ondernemingskamer inzake Fortis:

‘[D]e verzoeker die gebruik wil maken van het verkregen onderzoeksverslag in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure heeft doorgaans een voldoende zwaarwichtig belang bij machtiging en hoeft geen verdere bijzondere toelichting te geven, terwijl de rechtspersoon op zijn beurt wel eventuele bezwaren daartegen dient te specificeren en toe te lichten.’[32]

In dit geval constateert de voorzitter van de Ondernemingskamer echter dat het functioneren

van Energie Concurrent als bestuurder van Greenchoice en de rol van de voormalige indirecte bestuurders daarin onderwerp zijn van het onderzoeksverslag inzake Greenchoice. Gezien de beschikking van 9 juli 2014 in dezelfde procedure, waarin onder meer is geoordeeld dat uit het onderzoeksverslag inzake Greenchoice blijkt van wanbeleid bij Greenchoice, ligt het voor de hand dat Greenchoice in de door hem aangekondigde procedure uit dat onderzoeksverslag inzake Greenchoice mededelingen zal doen en dat staat hem als rechtspersoon zelf uiteraard vrij (art. 2:353 lid 3 BW). Naar het oordeel van de voorzitter van de Ondernemingskamer heeft Greenchoice onvoldoende toegelicht dat het daarnaast een specifiek belang heeft bij het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent (dat betrekking heeft op de interne verhoudingen binnen Energie Concurrent) en dat daarvoor het uitgangspunt van vertrouwelijkheid dient te wijken. Na het verweer van Energie Concurrent had Greenchoice zijn belang nader moeten toelichten.

Het onderscheid tussen het onderzoeksverslag inzake Greenchoice en dat inzake Energie Concurrent komt op mij wat gekunsteld over. Het betreft weliswaar twee afzonderlijke rechtspersonen, maar ze zijn wel aan elkaar gelieerd. Energie Concurrent was tot zijn schorsing bij wijze van onmiddellijke voorziening op 27 april 2012 bestuurder van Greenchoice. De onderzoeksperiode voor de enquête inzake Energie Concurrent begint op 10 maart 2011. Bevindingen van de onderzoeker met betrekking tot de tussenliggende periode van ruim een jaar kunnen relevant zijn in de door Greenchoice te entameren aansprakelijkheidsprocedure.

Evenals bij de inzagevraag is hier sprake van een belangenafweging tussen de gevraagde openheid en het uitgangspunt van vertrouwelijkheid. De openheid behoort tot de doeleinden van het enquêterecht: het verkrijgen van opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid. De vertrouwelijkheid is er als gezegd primair in het belang van de rechtspersoon. In de belangenafweging weegt dan ook zwaar of de rechtspersoon al dan niet bezwaar maakt tegen het verzoek. Ook inzake Energie Concurrent hechtte de voorzitter van de Ondernemingskamer uitdrukkelijk belang aan het feit dat Energie Concurrent bezwaar had tegen het verzoek, ook al bestond dit bezwaar slechts uit het onderschrijven van andermans verweer en ging het om gebruik van het onderzoeksverslag binnen de strekking van het enquêterecht.

3.2 Verzoek tot machtiging: voldoende gespecificeerd

Een vordering gericht op het vergoed krijgen van schade als gevolg van het gevoerde beleid of de gang van zaken van de rechtspersoon valt dus binnen de strekking van het enquêterecht. Een vordering tot vergoeding van schade aangericht in hoedanigheid van executeur, (testamentair) bewindvoerder of boedelnotaris valt echter buiten de strekking van het

enquête-recht.[33] Dat vereist een nadere toelichting op welke grond de machtiging kan en moet worden verleend. Vereiste is steeds dat de verzoeker een voldoende zwaarwegend belang aantoonde om mededelingen uit het onderzoeksverslag te mogen doen. Daarbij dient het wel om een eigen belang van de verzoeker te gaan.[34] Ook moet de verzoeker concreet toelichten aan welke partij mededelingen gedaan zullen worden. De vereffenaar van de nalatenschap van Willem Endstra stelde er (praktisch) belang bij te hebben vrijelijk mededelingen uit het onderzoeksverslag aan derden te kunnen doen. Een machtiging om aan eenieder mededelingen uit het onderzoeksverslag te doen acht de voorzitter van de Ondernemingskamer echter te ruim en ongespecificeerd. Hetzelfde geldt voor een verzoek tot machtiging mededelingen te mogen doen in alle (toekomstige) procedures en zaken waarbij slechts een aantal specifiek genoemde (rechts)personen betrokken is.[35] Ook het doen van mededelingen in een nog op te starten procedure waarvan (nog) niet alle wederpartijen duidelijk zijn, wordt niet toewijsbaar geacht,[36] evenmin als het doen van mededelingen in een nog niet aangevangen procedure waarvan onzeker is dat die een aanvang zal nemen.[37] Dit laatste lijkt niet in lijn met de machtiging tot het doen van mededelingen in een nog op te starten aansprakelijkheidsprocedure zoals deze met enige regelmaat gevraagd en gegeven wordt.

Overigens deed De Rooy in de MEI-enquête eveneens een verzoek tot machtiging tot het doen van mededelingen uit de aanvulling op het onderzoeksverslag (dat niet voor eenieder ter inzage was gelegd). Het verzoek – ingediend tweeënhalf jaar na deponering van het onderzoeksverslag – was gebaseerd op de stelling dat het onderzoeksverslag onjuistheden bevatte. Het verzoek werd afgewezen; artikel 2:353 lid 3 BW beoogt niet de discussie over de juistheid van het verslag voor een ander gremium of een andere instantie dan de Ondernemingskamer te faciliteren.[38]

3.3 Machtiging altijd vereist

Voor het doen van mededelingen uit een verslag dat niet voor eenieder ter inzage is gelegd, is altijd een machtiging vereist (mededelingen door de rechtspersoon zelf uitgezonderd); ook bij mededeling in een tuchtprocedure[39] en zelfs bij mededeling op grond van een wettelijke informatieplicht.[40] In het algemeen zal bij de belangenafweging – afhankelijk van de aard van de wettelijke verplichting al dan niet doorslaggevend – gewicht toekomen aan het belang van de verzoeker om aan de door hem gestelde wettelijke informatieplicht te kunnen voldoen.[41] In de beschikking in kwestie ging het om een informatieverplichting op grond van artikel 61 van de Invorderingswet (waaraan doorslaggevend gewicht werd toegekend), maar uit de algemene bewoordingen kan worden afgeleid dat de beslissing eveneens kan worden toegepast op andere wettelijke informatieverplichtingen.[42]

4 Slotopmerkingen

De gang van zaken in de hiervoor behandelde jurisprudentie geeft aanleiding tot enkele slotopmerkingen. Zoals uit het voorgaande blijkt, is het aan de Ondernemingskamer te bepalen in welke mate het onderzoeksverslag en de bijlagen vertrouwelijk blijven, maar de onderzoeker heeft daar een grote stem in. Zo maakt de onderzoeker in *Xeikon* bijvoorbeeld reeds in het onderzoeksverslag onderscheid tussen ‘bijlagen’ en ‘vertrouwelijke bijlagen’. De Ondernemingskamer heeft dit onderscheid overgenomen in de deponeringsbeschikking en de door de onderzoeker als vertrouwelijk gerubriceerde bijlagen slechts ter inzage gelegd voor belanghebbenden.[43] Uit de bijlagenlijst in het onderzoeksverslag valt op te maken wat de vertrouwelijke bijlagen behelzen. Hiermee geeft de onderzoeker invulling aan de aanbeveling van de Ondernemingskamer om in het onderzoekverslag aanbevelingen te doen omtrent de wenselijkheid dat het verslag, of delen daarvan, en/of (een deel van) de bijlagen ter inzage worden gelegd voor belanghebbenden dan wel voor eenieder.[44] De praktijk van gemengde openbaarheid maakt de al dan niet openbare status van stukken op voorhand wel (ook bij beursvennootschappen) minder voorzienbaar.

Minder zichtbaar zijn de afwegingen van de onderzoeker bij het bepalen welke bijlagen hij bij zijn onderzoeksverslag voegt en welke niet. Hij is daar in beginsel vrij in.[45] Het is aan de onderzoeker te bepalen in hoeverre (delen uit) door hem geraadpleegde bescheiden via het onderzoeksverslag en de eventuele bijlagen daarbij openbaar, althans aan partijen bekendgemaakt worden. Hij is niet verplicht om alle hem aangereikte stukken in of als bijlage bij het verslag op te nemen. Het is aan de onderzoeker om de relevantie van die stukken af te wegen.[46] In de literatuur is kritiek geuit op deze ‘delegatie van bevoegdheid’ van de Ondernemingskamer aan de onderzoeker.[47] De controle van de onderzoekers over de vraag welke geraadpleegde documenten zij in hun onderzoeksverslag en de bijlagen opnemen, zou te groot zijn. In de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers wordt daarover het volgende opgemerkt:

‘Het onderzoeksverslag dient voldoende feitelijke grondslag te vormen voor een beoordeling van het beleid en de gang van zaken van de onderzochte rechtspersoon. Het verdient aanbeveling om stukken waaraan “wezenlijke bevindingen ontleend zijn” als bijlage bij het verslag te voegen.’[48]

Het is de vraag of deze vrijblijvende en algemene aanbeveling kan voorkomen dat belanghebbenden onkundig worden gehouden van documenten waarop de onderzoekers hun bevindingen in belangrijke mate hebben gebaseerd. De door de onderzoeker gemaakte keuzes bij het onderbouwen van zijn conclusies zijn moeilijk na te gaan zonder alle geraadpleegde stukken te kennen. En wat te doen met vertrouwelijk aan de onderzoeker ter inzage gegeven

stukken? Er valt iets te zeggen voor (meer) transparantie in het totstandkomingsproces van het onderzoeksverslag. Tegelijkertijd hoeft het gebrek aan zicht op de afwegingen van de onderzoeker in mijn ogen geen slechte zaak te zijn. De omgang van de onderzoeker met brondocumenten is mede bepalend voor de overtuigingskracht van zijn onderzoeksverslag. Karig onderbouwde conclusies zijn in het partijdebat gemakkelijker te weerleggen en zullen minder snel gehoor vinden bij de Ondernemingskamer. Vertrouwelijk verstrekte documentatie kan niet rechtstreeks worden gebruikt ter onderbouwing van feiten en conclusies uit het onderzoeksverslag, maar kan voor de onderzoeker wel nuttige aanwijzingen bevatten om op bepaalde onderwerpen gericht te kunnen doorvragen en/of verder (forensisch) onderzoek te doen. Het zou nuttig zijn wanneer onderzoekers vooraf bijvoorbeeld in een plan van aanpak laten weten welke stukken onder meer bij het onderzoeksverslag gevoegd zullen worden, voor zover dat in dat stadium al mogelijk is (denk aan gespreksverslagen, interne memo's, enzovoort).

Tot slot: wat is nu de waarde van de machtiging? Overtreding van de geheimhoudingsplicht is onrechtmatig en strafrechtelijk gesanctioneerd (art. 272 van het Wetboek van Strafrecht). Veelal zal het kwaad dan echter al zijn geschied. Zeker in een internationale setting is het de vraag of de overtreding nog ongedaan kan worden gemaakt. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam inzake Leaderland dat voldoende vaststond dat de verstrekking van het onderzoeksverslag aan twee Russische banken, de Russische belastingdienst en het Russisch kadaster door een aandeelhouder onrechtmatig was.[49] De voorzieningenrechter verbood de aandeelhouder vervolgens – onder meer – op straffe van een dwangsom het onderzoeksverslag aan derden te verstrekken en anderszins mededelingen daaruit te doen aan derden, behoudens machtiging door de voorzitter van de Ondernemingskamer, en veroordeelde de aandeelhouder tevens om opgave te doen van de volledige namen en adresgegevens van partijen waaraan hij het onderzoeksverslag had verstrekt. Om zo veel mogelijk te voorkomen dat de derden aan wie de aandeelhouder in strijd met zijn geheimhoudingsplicht informatie heeft verstrekt van die informatie gebruik zullen maken of die informatie verder zullen verspreiden, dient de aandeelhouder eveneens op straffe van een dwangsom een brief te doen betekenen met kennelijk een vorm van erkenning van schuld. Het effect van deze schadebeperkende maatregelen lijkt mij lastig na te gaan. Gevallen waarin overtreding van dit verbod daadwerkelijk strafrechtelijk werd gehandhaafd, zijn mij niet bekend. Overlegging van (de aanvulling op) het onderzoeksverslag door de advocaat van MEI in een tuchtprocedure om een zo volledig mogelijk beeld van de zaak te geven werd door het Hof van Discipline niet tuchtrechtelijk verwijtbaar geacht.[50]

5 Conclusie

Het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag kan worden beperkt door uitbreiding

van de kring waaraan inzage wordt verleend en de mogelijkheid om – na machtiging daartoe door de voorzitter van de Ondernemingskamer – mededelingen te doen aan derden uit het onderzoeksverslag (art. 2:353 lid 3 BW). Zowel bij inzageverzoeken als bij de vraag of al dan niet machtiging tot het doen van mededelingen uit het verslag wordt verleend, maakt de Ondernemingskamer een belangenafweging. Die afweging is casuïstisch van aard, waardoor het lastig is er algemene uitspraken over te doen. Op basis van het bovenstaande kan de volgende weergave van de belangenafwegingen van de (voorzitter van de) Ondernemingskamer worden gegeven.

Wanneer het onderzoeksverslag slechts ter inzage is gelegd voor belanghebbenden (wat meestal het geval is), is de Ondernemingskamer terughoudend met het honoreren van verzoeken om inzage (zowel om het verslag voor eenieder ter inzage te leggen als om uitbreiding van de kring van belanghebbenden met inzage). Een uitzondering op het vertrouwelijke karakter van de stukken wordt dan niet snel gemaakt. Soepeler lijkt de Ondernemingskamer te zijn bij verzoeken tot machtiging om mededelingen uit het onderzoeksverslag aan derden te doen, mits voorzien van een deugdelijke toelichting (niet de enkele stelling dat overlegging noodzakelijk is ter onderbouwing van een vordering/verweer, ook waarom dat zo is) en niet voor ver buiten de enquête gelegen gebruik. Dat wil zeggen, tenzij de rechtspersoon zich tegen de machtiging verzet. Dan komt de nadruk te liggen op de vertrouwelijkheid en worden er hogere eisen gesteld aan de onderbouwing van het belang van de verzoeker om mededelingen te doen. Ook de belangen van andere belanghebbenden kunnen zich verzetten tegen ontheffing van de geheimhoudingsplicht.[51] Overigens lijkt ook een machtiging voor gebruik buiten de strekking van de enquête onder omstandigheden mogelijk, waarbij wel extra eisen aan de toelichting van het verzoek worden gesteld.

Noten

[1] Art. 2:345 en 2:355 BW, Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/787 en Geerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:353 BW, aant. 2.

[2] Zie daarover uitgebreider F.G.K. Overkleeft, Zaaïen en oogsten bij enquêteprocedures, MvO 2015, afl. 1/2, p. 13-21 en de in noot 12 van dat artikel genoemde literatuur.

[3] Betreft het een enquête bij een onder toezicht staande financiële instelling, dan ontvangen DNB, AFM en/of ECB ook een exemplaar.

[4] Dit vormt een standaardoverweging van de Ondernemingskamer, zie bijv. Hof Amsterdam (vz. OK) 5 oktober 2015, ARO 2015/230 (Sovereign Trust) en (herhaaldelijk) in: Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis).

[5] Zie HR 10 januari 1990, NJ 1990/466 (Ogem).

[6] Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.4.

[7] Kamerstukken II 1967/68, 9596, 3 (MvT), p. 8, ook geciteerd in de conclusie van A-G Timmerman van 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2740, r.o. 3.3 e.v. Het valt op dat de MvT ook bestuurders en commissarissen noemt als personen die in elk geval inzage krijgen. Doorgaans zullen zij met het exemplaar van het verslag voor de rechtspersoon eveneens geïnformeerd zijn, maar zeker is dat niet, met name bij verstoorde verhoudingen binnen de vennootschap. Zie daarover Geerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:353 BW, aant. 3.1, die meent dat bestuurders en commissarissen steeds bevoegd zijn tot inzage in het verslag. Evenzo: P.M. Storm, Corporate litigation bij de Ondernemingskamer, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 159.

[8] Zo zijn op www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie-en-rechtsgebieden/Ondernemingskamer/P.s/Onderzoeken.aspx de onderzoeksverslagen van Meavita, Van der Moolen, Fortis, Jeemer en Xeikon te raadplegen.

[9] Hof Amsterdam (vz. OK) 1 april 2016, ARO 2016/77 (Museum Vastgoed Groep), r.o. 2.6. In De Rooy/Staat beoordeelde de Hoge Raad dit als een adequate invulling van de beslissing tot openbaarmaking van het verslag.

[10] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 27 juni 2016, ARO 2016/142 (Energie Concurrent).

[11] Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2015, JOR 2015/35 (MEI) r.o. 2.8 en Hof Amsterdam (OK) 7 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis). Zie ook Hof Amsterdam (OK) 25 augustus 2010, JOR 2010/340 (Fortis), waarin een verzoek van de Staat om als belanghebbende inzage te verkrijgen in (bijlagen van) het verslag werd afgewezen.

[12] Aanbeveling 4.8 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers, versie 1 januari 2013.

[13] Hof Amsterdam (OK) 9 december 2014, JOR 2015/35 (MEI) r.o. 2.8 en Hof Amsterdam (OK) 7 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.1 e.v.

[14] In Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.5 overwoog de Ondernemingskamer dat (voormalige) bestuurders en commissarissen tot op zekere hoogte indirect door een van de rechtspersoon afgeleide vertrouwelijkheid worden beschermd. De vertrouwelijkheid strekt niet alleen tot bescherming van het belang van de rechtspersoon, maar ook tot bescherming van het belang van andere betrokkenen, zie Rb. Amsterdam 25

september 2015, JOR 2015/328 m.nt. P.D. Olden (Leaderland). Het kort geding was aangespannen na overtreding van de geheimhoudingsplicht van art. 2:353 lid 3 BW. Olden wijst er in zijn noot op dat de uitzonderingspositie van de rechtspersoon op grond van de wettekst in die zin niet te plaatsen valt. Een belangenafweging zou ook in geval van mededelingen door de rechtspersoon zelf aangewezen zijn.

[15] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 28 maart 2014, ARO 2014/69 en ARO 2014/70 (Slotervaartziekenhuis).

[16] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2011, ARO 2011/90 (Van der Moolen) en Hof Amsterdam (OK) 1 juli 2004, ARO 2004/78 (Laurus). Een redelijk belang zal bij aandeelhouders van een beursvennootschap al snel aanwezig zijn. Daarover onder meer D.R. Doorenbos, Van voorwetenschap tot nawetenschap, in: Marius geannoteerd (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 97-105, onder verwijzing naar M.W. Josephus Jitta, De koersgevoeligheid van de enquêteprocedure bij beursgenoteerde ondernemingen, JOR plus 2002, p. 30-37.

[17] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 15 december 2008, ARO 2009/8 (PCM). Asser 2-II* 2009/788 spreekt over zaken die tot maatschappelijke onrust hebben geleid.

[18] Zo werd in Hof Amsterdam (vz. OK) 1 april 2016, ARO 2016/77 (Museum Vastgoed Groep) vergeefs verzocht het onderzoeksverslag (alsnog) ter inzage van eenieder te leggen, onder meer met een beroep op de maatschappelijke ophef rond de persoon van Willem Endstra. Zie ook F. Assink & M.J. Kroeze, Kroniek enquêterecht 2015, in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 54 en de in voetnoot 64 genoemde jurisprudentie.

[19] Bijv. bij Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2016, ARO 2016/155 (Xeikon): elf bijlagen ter inzage voor eenieder en de overige voor belanghebbenden, Hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2013, ARO 2013/146 (Meavita): drie bijlagen ter inzage voor eenieder en de overige bijlagen voor belanghebbenden, Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2010, ARO 2010/97 (Fortis): verslag ter inzage voor eenieder en bepaalde bijlagen slechts voor belanghebbenden, en zoals hiervoor genoemd in Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2011, ARO 2011/153 (MEI) ten aanzien van de aanvulling op het verslag.

[20] SER 1967, nr. 5, p. 11, geparafraseerd door A-G Timmerman in r.o. 3.4 van zijn conclusie van 9 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:939.

[21] Je kunt je afvragen of in deze gevallen is voldaan aan de eis van art. 2:355 BW dat anderen dan de rechtspersoon – die aan de eisen van art. 2:346 en 2:347 BW voldoen – bevoegd zijn tot

een tweedefaseverzoek indien het verslag (waartoe ook de bijlagen behoren) voor hen ter inzage ligt, zie ook Josephus Jitta, in: T&C Ondernemingsrecht, art. 2:355 BW, aant. 1.

[22] Ook dan wordt het verslag neergelegd ter griffie, dit vormt een wettelijke verplichting die niet ter discretionaire bevoegdheid van de griffier staat (art. 2:353 lid 1 BW), zie Hof Amsterdam (OK) 28 april 2015, ARO 2015/127 (Leaderland).

[23] HR 2 december 2016, NJB 2016/2299 (De Rooy/Staat).

[24] Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2011, ARO 2011/153. Zie ook de eerdere beschikkingen van de Ondernemingskamer inzake MEI van 10 februari 2011 (ARO 2011/33) en 3 oktober 2011 (JOR 2012/9).

[25] Bij beschikking van 9 december 2014 (JOR 2015/35) werd de echtgenote van De Rooy niet-ontvankelijk verklaard in eenzelfde verzoek.

[26] Hof Den Haag 24 februari 2015, JOR 2015/225 en Rb. Den Haag 11 juni 2014, JONDR 2014/946.

[27] HR 2 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:939, r.o. 3.3.3-3.3.5.

[28] Geerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:353 BW, aant. 5, onder verwijzing naar Hof Amsterdam (OK) 19 april 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AN4857 (Village Scaldia), Asser 2-II* 2009/789 en Assink & Kroeze 2015, p. 54 en 55.

[29] Zie recent Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4378 (ZED+), Hof Amsterdam (vz. OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen), Hof Amsterdam (vz. OK) 28 juni 2016, ARO 2016/160 (Best Green), Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2015, ARO 2015/225 (Leaderland) en Hof Amsterdam (vz. OK) 15 juni 2015, ARO 2015/162 (Leaderland) en Hof Amsterdam (vz. OK) 20 mei 2015, ARO 2015/145 (Verf- en Behanghal); zie ook de genoemde jurisprudentie in voetnoot 66 van Assink & Kroeze 2015.

[30] Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.4.

[31] Hof Amsterdam (vz. OK) 20 september 2016 (gepubliceerd 9 november 2016), ARO 2016/144 (Energie Concurrent).

[32] Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.4.

[33] Hof Amsterdam (vz. OK) 16 januari 2014, JOR 2014/127 (Pierson & Pierson).

[34] Hof Amsterdam (OK) 19 april 2001, JOR 2001/152 (Village Scaldia), waarin een verzoek

dat steunde op een door een derde gesteld belang op die grond werd afgewezen. Recenter oordeelde de Ondernemingskamer in dezelfde zin ten aanzien van een verzoek tot inzage namens derden in Hof Amsterdam (OK) 1 april 2016, ARO 2016/76 (Museum Vastgoed Groep).

[35] Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2015, ARO 2015/225 (Leaderland).

[36] Hof Amsterdam (vz. OK) 1 april 2016, ARO 2016/77 (Museum Vastgoed Groep).

[37] Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2015, ARO 2015/225 (Leaderland), waarin wel machtiging werd verleend voor mededeling in hoger beroep of vrijwaring van reeds aanhangige procedures.

[38] Hof Amsterdam (vz. OK) 19 mei 2014, ARO 2014/88 (MEI).

[39] Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2014, ARO 2014/151 (MEI). Anders: J.H. Lemstra & T. Salemink, *Kroniek enquêterecht* 2015, in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 20, voetnoot 88.

[40] Hof Amsterdam (vz. OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen).

[41] Hof Amsterdam (vz. OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen), r.o. 2.2.

[42] Zo ook Berkhout in punt 7 van zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen).

[43] Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2016, ARO 2016/155 (Xeikon).

[44] Aanbeveling 4.8 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers, versie 1 januari 2013.

[45] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 1 december 2011, ARO 2012/8 (Van der Moolen) en HR 13 juni 2014, JOR 2014/261 (Energie Concurrent/Eneco Retail).

[46] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, ARO 2015/82 (Proxy) en Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, JOR 2005/6 (Ahold).

[47] Storm 2014, p. 160 en F.G.K. Overkleef, *Inzage in het onderzoeksverslag in enquêtetprocedures*, V&O 2010, afl. 11, p. 205.

[48] Aanbeveling 4.3 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor

onderzoekers, versie 1 januari 2013.

[49] Rb. Amsterdam 25 september 2015, JOR 2015/328 (Leaderland).

[50] Hof van Discipline 30 mei 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:97; zie Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2014, ARO 2014/151 (MEI), waarin alsnog machtiging werd verzocht maar niet verkregen.

[51] Zie voor een weergave van de diverse mogelijke uitkomsten van de belangenafweging par. 7 van de noot van Olden onder Rb. Amsterdam 25 september 2015, JOR 2015/328 (Leaderland).

ANNOTATIE

Het onderzoeksverslag in enquêteprocedures: openheid versus vertrouwelijkheid

H.J. de Kraker

Dit artikel bevat een overzicht van recente uitspraken van de Ondernemingskamer met betrekking tot verzoeken tot inzage in het onderzoeksverslag of machtiging om het met derden te delen. In dat kader wordt telkens een belangenafweging gemaakt tussen openheid en vertrouwelijkheid.

1 Inleiding

Het onderzoeksverslag bevat de bevindingen van de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoeker. In het onderzoeksverslag brengt de onderzoeker in kaart wat zich bij de rechtspersoon heeft afgespeeld. Hij doet dat op een zodanige manier dat de Ondernemingskamer in staat gesteld wordt zich een oordeel te vormen omtrent de vraag of sprake is (geweest) van wanbeleid, en zo ja, wie daarvoor verantwoordelijk is en welke voorzieningen eventueel getroffen dienen te worden.^[1] Uitgangspunt is dat dit onderzoeksverslag vertrouwelijk van aard is. Om diverse redenen is het voor de betrokkenen bij een enquêteprocedure interessant om kennis te nemen van het onderzoeksverslag.

Zo is het recht op inzage van belang in verband met de daaraan gekoppelde bevoegdheid de Ondernemingskamer te verzoeken om wanbeleid vast te stellen en eventuele voorzieningen na enquête. Op grond van artikel 2:355 van het Burgerlijk Wetboek (BW) kunnen alleen de oorspronkelijke verzoekers en, als het verslag voor hen ter inzage ligt, anderen die aan de toegangseisen van het enquêterecht (art. 2:346 en 2:347 BW) voldoen, verzoeken om de voorzieningen van artikel 2:356 BW. Daarnaast is inzage in het verslag vanwege de vergaande bevoegdheden van de onderzoeker op het gebied van informatievergaring voor diverse partijen interessant bij de beslissing al dan niet een civiele aansprakelijkheidsprocedure te beginnen.^[2] Inzage in het verslag is met name waardevol als daaruit ook geput mag worden in die aansprakelijkheidsprocedure. In beginsel is het anderen dan de rechtspersoon echter verboden mededelingen aan derden te doen uit het verslag, voor zover dat niet voor eenieder ter inzage ligt. Ontheffing van dit verbod is echter mogelijk na machtiging daartoe door de

voorzitter van de Ondernemingskamer (art. 2:353 lid 3 BW).

In (recente) jurisprudentie is de vertrouwelijkheid van het onderzoeksverslag (en de grenzen daarvan) verder uitgewerkt. Dit artikel geeft daar een overzicht van. Daarbij wordt in paragraaf 2 ingegaan op de vraag wie wanneer inzage krijgt in het onderzoeksverslag (art. 2:353 lid 2 BW). In paragraaf 3 komt aan de orde wanneer de inzagegerechtigden mededelingen mogen doen uit het onderzoeksverslag (art. 2:353 lid 3 BW).

2 Inzage in het onderzoeksverslag

De vertrouwelijkheid van het onderzoeksverslag is geregeld in artikel 2:353 BW. Op grond van lid 1 van dit artikel wordt het onderzoeksverslag ter griffie van het Gerechtshof Amsterdam neergelegd. Artikel 2:353 lid 2 BW bepaalt dat in ieder geval de advocaat-generaal (A-G) bij het ressortsparket, de rechtspersoon, alsmede de verzoekers en hun advocaten een exemplaar van het onderzoeksverslag ontvangen.[3] Daarnaast kan de Ondernemingskamer bepalen dat het verslag geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor door haar aan te wijzen personen of voor eenieder. Uit de tekst van artikel 2:353 lid 3 BW blijkt dat het verslag vertrouwelijk van aard is ter bescherming van het belang van de onderzochte rechtspersoon.[4] Die is immers niet gebonden aan de geheimhoudingsplicht, terwijl anderen daar ontheffing voor nodig hebben van de voorzitter van de Ondernemingskamer.

Een andere reden voor het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag is het feit dat door middel van een door de Ondernemingskamer gelast onderzoek informatie kan worden verkregen die anders mogelijk niet te achterhalen zou zijn. Daarmee wordt een van de doeleinden van de enquête gediend: het verkrijgen van openheid van zaken binnen de vennootschap.[5] Dit doel lijkt tegenstrijdig met het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag. Naarmate de kring van personen die inzage krijgen in het onderzoeksverslag toeneemt, neemt het oorspronkelijk vertrouwelijke karakter ervan immers af. De Ondernemingskamer drukt het als volgt uit: de verzoeker krijgt enerzijds door middel van de enquête toegang tot – ook – vertrouwelijke informatie, die hij zonder de enquêteprocedure in het algemeen niet zou hebben gehad, maar anderzijds is de aldus verkregen openheid – in de meeste gevallen – beperkt.[6]

In de parlementaire geschiedenis wordt over de verhouding tussen vertrouwelijkheid en publiciteit het volgende opgemerkt:

‘In de bepleite ruimere opzet van het enquêterecht past een meer gedifferentieerde regeling. Het lijkt de commissie wenselijk in de wet vast te leggen wie in ieder geval van het verslag kan kennisnemen en voorts aan de rechter de bevoegdheid te geven naar de omstandigheden van het geval de omvang van de publiciteit te bepalen. In elk geval moet het verslag ter kennis

kunnen komen van de verzoekers en van de vennootschap en haar bestuurders en haar commissarissen. Daarnaast kunnen andere personen een redelijk belang hebben bij kennisneming van het verslag. De rechter zal hieromtrent een beslissing hebben te nemen. Kennisnemen voor eenieder lijkt aangewezen, indien de aandelen van de vennootschap ter beurse zijn genoteerd en alle aandeelhouders een redelijk belang hebben bij kennisneming.’[7]

In de praktijk werd tot 2012 daadwerkelijk een fysiek exemplaar van het verslag op de griffie van het Gerechtshof Amsterdam ter inzage gelegd dat slechts na schriftelijk verzoek daartoe ter plekke kon worden geraadpleegd. Sinds april 2012 publiceert de Ondernemingskamer de onderzoeksverslagen die ter inzage liggen voor eenieder op haar website.[8] Desgevraagd verstrekt de Ondernemingskamer aan degenen voor wie het verslag ter inzage ligt een kopie van het onderzoeksverslag.[9]

2.1 Inzage voor wie?

Uit de formulering van artikel 2:353 lid 2 BW (de Ondernemingskamer ‘kan’ bepalen) blijkt dat het ter discretionaire bevoegdheid van de Ondernemingskamer is om al dan niet te bepalen dat het verslag naast toezending aan de rechtspersoon, verzoeker(s) en A-G geheel of deels ter inzage ligt voor een door haar aan te wijzen beperkte groep belanghebbenden of voor eenieder. Dit leidt voor wat betreft de deponeringsbeschikking tot de volgende categorieën:

1. Voor belanghebbenden In het merendeel van de gevallen wordt het verslag slechts voor belanghebbenden ter inzage gelegd.[10] De term ‘belanghebbende’ in de zin van de deponeringsbeschikking dient te worden onderscheiden van het begrip belanghebbende als bedoeld in artikel 279 lid 1 en 282 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).[11] Wie onder het begrip ‘belanghebbenden’ vallen, beoordeelt de Ondernemingskamer aan de hand van een concreet verzoek tot inzage en van de omstandigheden van het geval.[12] Dit zijn vaak de in de eerste fase verschenen belanghebbenden, maar dat hoeft niet. Wanneer iemand als belanghebbende in de zin van de deponeringsbeschikking wenst te worden aangemerkt, kan hij een verzoek daartoe indienen op de voet van artikel 2:353 lid 2 BW. De Ondernemingskamer beoordeelt dan of voor de verzoeker in kwestie een uitzondering op het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag moet worden gemaakt. Daarbij maakt de Ondernemingskamer een belangenafweging tussen het gestelde belang van de verzoeker tot inzage en het belang van de rechtspersoon bij vertrouwelijkheid.[13] Bij deze belangenafweging worden ook de belangen van eventuele andere belanghebbenden, zoals (voormalige) bestuurders, meegewogen.[14]

2. Voor eenieder Daarnaast kan de Ondernemingskamer het verslag voor eenieder ter inzage

leggen.[15] Van deze mogelijkheid wordt beperkt gebruik gemaakt; onder meer als het een beursvennootschap betreft en de aandeelhouders een redelijk belang bij kennisname hebben,[16] of wanneer publicatie anderszins van maatschappelijk belang wordt geacht.[17] Met deponering ter inzage voor eenieder is het verslag in feite openbaar, zo bevestigde de Hoge Raad onlangs in *De Rooy/Staat*, waarover hierna meer. Wanneer de Ondernemingskamer heeft besloten in de zin van categorie 1 (ter inzage voor belanghebbenden) heeft een verzoek het verslag alsnog voor eenieder ter inzage te leggen (dat wil zeggen: openbaar te maken) weinig kans van slagen.[18]

3. *Verslag voor eenieder, bepaalde bijlagen voor belanghebbenden* In sommige gevallen neemt de Ondernemingskamer een gemengde inzagebeslissing, waarbij het verslag voor eenieder en (bepaalde) bijbehorende bijlagen alleen voor belanghebbenden ter inzage worden gelegd.[19] De mogelijkheid om slechts een gedeelte van het verslag openbaar te maken is op advies van de Sociaal-Economische Raad (SER) in de wet opgenomen om te voorkomen dat de betreffende onderneming nadeel lijdt doordat gedetailleerde bedrijfsgegevens in de openbaarheid worden gebracht.[20] Bij de keuze om bepaalde gegevens openbaar te maken dient een afweging plaats te vinden tussen het algemene belang bij openbaarmaking en het belang van de onderneming bij geheimhouding.[21]

4. *Uitsluitend voor (rechts)personen genoemd in artikel 2:353 lid 2 BW* Tot slot bestaat de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer het verslag slechts aan de in artikel 2:353 lid 2 BW genoemde (rechts)personen toezendt en ter griffie neerlegt, maar niet ter inzage.[22] Het al dan niet ter inzage leggen blijft een discretionaire bevoegdheid van de Ondernemingskamer. In feite is deze situatie vergelijkbaar met die van categorie 1 (ter inzage voor belanghebbenden) in het geval dat er geen belanghebbenden zijn aangewezen.

2.2 *Casus HR 2 december 2016 (De Rooy/Staat)*[23]

In de enquêteprocedure inzake Middle Europe Investments NV (hierna: MEI) en Mei Fondsenbeheer BV (hierna: MFB) is sprake van een gemengde deponeringsbeschikking (zie categorie 3 hierboven). Het onderzoeksverslag met twaalf bijlagen is ter inzage voor eenieder gelegd en de aanvulling op het verslag met drie bijlagen voor belanghebbenden.[24] De Rooy (voormalig bestuurder van de onderzochte vennootschappen) is in de enquêteprocedure niet als belanghebbende verschenen (art. 2:349a BW). Wel heeft de Ondernemingskamer hem op zijn verzoek aangemerkt als belanghebbende in de zin van de deponeringsbeschikking en hem een kopie verstrekt van de aanvulling op het verslag met drie bijlagen.[25]

Bij brief van 25 maart 2014 heeft de Ondernemingskamer desgevraagd een kopie van de voor eenieder ter inzage liggende delen van het onderzoeksverslag verstrekt aan een advocaat in

een andere zaak. Deze kopie is vervolgens als productie ingebracht in een procedure waar De Rooy bij betrokken is. In reactie daarop vordert De Rooy met zijn echtgenote in kort geding dat het de Staat (de Ondernemingskamer) wordt verboden om een kopie van het onderzoeksverslag aan een derde toe te sturen, omdat in artikel 2:353 BW is bepaald dat het onderzoeksverslag 'ter griffie ter inzage is nedergelegd'. Ter inzage leggen dient volgens De Rooy letterlijk te worden uitgelegd, waardoor belangstellenden een bezoek zouden moeten brengen aan de griffie van het gerechtshof om het verslag aldaar in te zien. De voorzieningenrechter en het Gerechtshof Den Haag wijzen de vordering af.[26]

De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het gerechtshof. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de parlementaire geschiedenis, waaruit blijkt dat de wetgever een gedifferentieerde regeling heeft bedoeld te geven voor de vraag wie kennis kan nemen van het onderzoeksverslag. Het is aan de rechter om te bepalen wie – naast de in artikel 2:353 lid 2 BW genoemde (rechts)personen – van het verslag kan kennisnemen. De Hoge Raad ziet niet in waarom in de huidige tijd van een belangstellende gevergd zou moeten worden dat hij persoonlijk naar de griffie van de Ondernemingskamer gaat om kennis te nemen van een voor eenieder ter inzage gelegd onderzoeksverslag.[27] Wanneer de Ondernemingskamer heeft beslist dat een onderzoeksverslag voor eenieder ter inzage ligt, is het daarmee in feite openbaar. Een adequate invulling van deze beslissing (het gerechtshof spreekt van een meer eigentijdse en servicegerichte invulling) brengt mee dat het verslag desgevraagd mag worden toegezonden aan een belangstellende.

3 Machtiging tot doen van mededeling uit het verslag

Het is verboden mededelingen uit het onderzoeksverslag te doen (art. 2:353 BW). Deze geheimhoudingsplicht geldt niet voor de onderzochte rechtspersoon zelf en is evenmin aan de orde wanneer het onderzoeksverslag voor eenieder ter inzage ligt en dus openbaar is. Anderen dan de rechtspersoon die mededelingen aan derden wensen te doen uit het onderzoeksverslag, kunnen de voorzitter van de Ondernemingskamer daartoe een machtiging vragen.

Onder het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag aan derden valt ook het overleggen van het verslag of de bijlagen in andere gerechtelijke procedures.[28] Bij de beoordeling van een verzoek tot machtiging bekijkt de voorzitter van de Ondernemingskamer doorgaans of het verzoek verband houdt met de strekking van het enquêterecht. Vaak wordt machtiging gevraagd met het oog op een op te starten bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure of om het onderzoeksverslag met een deskundige te kunnen delen. In de regel wordt een dergelijke machtiging verstrekt, tenzij er zwaarwegende belangen zijn die zich daartegen verzetten.[29] In de beschikking op het machtigingsverzoek

van de VEB inzake Fortis overwoog de voorzitter van de Ondernemingskamer dat een vordering tot het vergoeden van schade tegen bestuurders of commissarissen die verantwoordelijk zijn voor eventueel wanbeleid rechtstreeks in het verlengde ligt van de strekking van het enquêterecht (onder meer het verkrijgen van openheid van zaken en vaststelling van verantwoordelijkheid voor mogelijk wanbeleid).[30] Dat een enkel beroep op gebruik in een civiele aansprakelijkheidsprocedure geen garantie vormt voor een machtiging, blijkt uit de beschikking van de voorzitter van de Ondernemingskamer van 20 september 2016 inzake Energie Concurrent.

3.1 Casus Vz. OK Energie Concurrent[31]

In de enquêteprocedure inzake Energie Concurrent bepaalt de Ondernemingskamer bij beschikking van 27 juni 2016 dat het verslag van het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Energie Concurrent met bijlagen ter griffie ter inzage ligt voor belanghebbenden. Dit verslag moet worden onderscheiden van het reeds bij beschikking van 10 december 2013 gedeponeerde onderzoeksverslag met betrekking tot het beleid en de gang van zaken bij Greenchoice. Vervolgens heeft Greenchoice (waarvan Energie Concurrent voormalig bestuurder was) verzocht om machtiging tot het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent aan derden in een nog door hem aanhangig te maken procedure tegen oud-bestuurders van Greenchoice. Tegen dit verzoek is verweer gevoerd, dat ondersteund wordt door Energie Concurrent.

Greenchoice stelt dat uit het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent blijkt van dezelfde patronen en wijze van handelen van Energie Concurrent en de (indirect) oud-bestuurders als bij Greenchoice het geval was, onder meer wat betreft de omgang met tegenstrijdige belangen, transparantie, governance en het voeren van een juiste administratie. Dit is relevante informatie voor de procedure tegen Energie Concurrent en de voormalige indirecte bestuurders, aldus Greenchoice. Volgens Greenchoice vormt zijn oogmerk om het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent in een aansprakelijkheidsprocedure in te brengen een voldoende zwaarwegend belang om hem te machtigen in die procedure mededelingen te doen uit het onderzoeksverslag. Daarmee sluit Greenchoice aan bij de overweging van de voorzitter van de Ondernemingskamer inzake Fortis:

‘[D]e verzoeker die gebruik wil maken van het verkregen onderzoeksverslag in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure heeft doorgaans een voldoende zwaarwichtig belang bij machtiging en hoeft geen verdere bijzondere toelichting te geven, terwijl de rechtspersoon op zijn beurt wel eventuele bezwaren daartegen dient te specificeren en toe te lichten.’[32]

In dit geval constateert de voorzitter van de Ondernemingskamer echter dat het functioneren

van Energie Concurrent als bestuurder van Greenchoice en de rol van de voormalige indirecte bestuurders daarin onderwerp zijn van het onderzoeksverslag inzake Greenchoice. Gezien de beschikking van 9 juli 2014 in dezelfde procedure, waarin onder meer is geoordeeld dat uit het onderzoeksverslag inzake Greenchoice blijkt van wanbeleid bij Greenchoice, ligt het voor de hand dat Greenchoice in de door hem aangekondigde procedure uit dat onderzoeksverslag inzake Greenchoice mededelingen zal doen en dat staat hem als rechtspersoon zelf uiteraard vrij (art. 2:353 lid 3 BW). Naar het oordeel van de voorzitter van de Ondernemingskamer heeft Greenchoice onvoldoende toegelicht dat het daarnaast een specifiek belang heeft bij het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent (dat betrekking heeft op de interne verhoudingen binnen Energie Concurrent) en dat daarvoor het uitgangspunt van vertrouwelijkheid dient te wijken. Na het verweer van Energie Concurrent had Greenchoice zijn belang nader moeten toelichten.

Het onderscheid tussen het onderzoeksverslag inzake Greenchoice en dat inzake Energie Concurrent komt op mij wat gekunsteld over. Het betreft weliswaar twee afzonderlijke rechtspersonen, maar ze zijn wel aan elkaar gelieerd. Energie Concurrent was tot zijn schorsing bij wijze van onmiddellijke voorziening op 27 april 2012 bestuurder van Greenchoice. De onderzoeksperiode voor de enquête inzake Energie Concurrent begint op 10 maart 2011. Bevindingen van de onderzoeker met betrekking tot de tussenliggende periode van ruim een jaar kunnen relevant zijn in de door Greenchoice te entameren aansprakelijkheidsprocedure.

Evenals bij de inzagevraag is hier sprake van een belangenafweging tussen de gevraagde openheid en het uitgangspunt van vertrouwelijkheid. De openheid behoort tot de doeleinden van het enquêterecht: het verkrijgen van opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid. De vertrouwelijkheid is er als gezegd primair in het belang van de rechtspersoon. In de belangenafweging weegt dan ook zwaar of de rechtspersoon al dan niet bezwaar maakt tegen het verzoek. Ook inzake Energie Concurrent hechtte de voorzitter van de Ondernemingskamer uitdrukkelijk belang aan het feit dat Energie Concurrent bezwaar had tegen het verzoek, ook al bestond dit bezwaar slechts uit het onderschrijven van andermans verweer en ging het om gebruik van het onderzoeksverslag binnen de strekking van het enquêterecht.

3.2 Verzoek tot machtiging: voldoende gespecificeerd

Een vordering gericht op het vergoed krijgen van schade als gevolg van het gevoerde beleid of de gang van zaken van de rechtspersoon valt dus binnen de strekking van het enquêterecht. Een vordering tot vergoeding van schade aangericht in hoedanigheid van executeur, (testamentair) bewindvoerder of boedelnotaris valt echter buiten de strekking van het

enquête-recht.[33] Dat vereist een nadere toelichting op welke grond de machtiging kan en moet worden verleend. Vereiste is steeds dat de verzoeker een voldoende zwaarwegend belang aantoont om mededelingen uit het onderzoeksverslag te mogen doen. Daarbij dient het wel om een eigen belang van de verzoeker te gaan.[34] Ook moet de verzoeker concreet toelichten aan welke partij mededelingen gedaan zullen worden. De vereffenaar van de nalatenschap van Willem Endstra stelde er (praktisch) belang bij te hebben vrijelijk mededelingen uit het onderzoeksverslag aan derden te kunnen doen. Een machtiging om aan eenieder mededelingen uit het onderzoeksverslag te doen acht de voorzitter van de Ondernemingskamer echter te ruim en ongespecificeerd. Hetzelfde geldt voor een verzoek tot machtiging mededelingen te mogen doen in alle (toekomstige) procedures en zaken waarbij slechts een aantal specifiek genoemde (rechts)personen betrokken is.[35] Ook het doen van mededelingen in een nog op te starten procedure waarvan (nog) niet alle wederpartijen duidelijk zijn, wordt niet toewijsbaar geacht,[36] evenmin als het doen van mededelingen in een nog niet aangevangen procedure waarvan onzeker is dat die een aanvang zal nemen.[37] Dit laatste lijkt niet in lijn met de machtiging tot het doen van mededelingen in een nog op te starten aansprakelijkheidsprocedure zoals deze met enige regelmaat gevraagd en gegeven wordt.

Overigens deed De Rooy in de MEI-enquête eveneens een verzoek tot machtiging tot het doen van mededelingen uit de aanvulling op het onderzoeksverslag (dat niet voor eenieder ter inzage was gelegd). Het verzoek – ingediend tweeënhalf jaar na deponering van het onderzoeksverslag – was gebaseerd op de stelling dat het onderzoeksverslag onjuistheden bevatte. Het verzoek werd afgewezen; artikel 2:353 lid 3 BW beoogt niet de discussie over de juistheid van het verslag voor een ander gremium of een andere instantie dan de Ondernemingskamer te faciliteren.[38]

3.3 Machtiging altijd vereist

Voor het doen van mededelingen uit een verslag dat niet voor eenieder ter inzage is gelegd, is altijd een machtiging vereist (mededelingen door de rechtspersoon zelf uitgezonderd); ook bij mededeling in een tuchtprocedure[39] en zelfs bij mededeling op grond van een wettelijke informatieplicht.[40] In het algemeen zal bij de belangenafweging – afhankelijk van de aard van de wettelijke verplichting al dan niet doorslaggevend – gewicht toekomen aan het belang van de verzoeker om aan de door hem gestelde wettelijke informatieplicht te kunnen voldoen.[41] In de beschikking in kwestie ging het om een informatieverplichting op grond van artikel 61 van de Invorderingswet (waaraan doorslaggevend gewicht werd toegekend), maar uit de algemene bewoordingen kan worden afgeleid dat de beslissing eveneens kan worden toegepast op andere wettelijke informatieverplichtingen.[42]

4 Slotopmerkingen

De gang van zaken in de hiervoor behandelde jurisprudentie geeft aanleiding tot enkele slotopmerkingen. Zoals uit het voorgaande blijkt, is het aan de Ondernemingskamer te bepalen in welke mate het onderzoeksverslag en de bijlagen vertrouwelijk blijven, maar de onderzoeker heeft daar een grote stem in. Zo maakt de onderzoeker in *Xeikon* bijvoorbeeld reeds in het onderzoeksverslag onderscheid tussen ‘bijlagen’ en ‘vertrouwelijke bijlagen’. De Ondernemingskamer heeft dit onderscheid overgenomen in de deponeringsbeschikking en de door de onderzoeker als vertrouwelijk gerubriceerde bijlagen slechts ter inzage gelegd voor belanghebbenden.[43] Uit de bijlagenlijst in het onderzoeksverslag valt op te maken wat de vertrouwelijke bijlagen behelzen. Hiermee geeft de onderzoeker invulling aan de aanbeveling van de Ondernemingskamer om in het onderzoekverslag aanbevelingen te doen omtrent de wenselijkheid dat het verslag, of delen daarvan, en/of (een deel van) de bijlagen ter inzage worden gelegd voor belanghebbenden dan wel voor eenieder.[44] De praktijk van gemengde openbaarheid maakt de al dan niet openbare status van stukken op voorhand wel (ook bij beursvennootschappen) minder voorzienbaar.

Minder zichtbaar zijn de afwegingen van de onderzoeker bij het bepalen welke bijlagen hij bij zijn onderzoeksverslag voegt en welke niet. Hij is daar in beginsel vrij in.[45] Het is aan de onderzoeker te bepalen in hoeverre (delen uit) door hem geraadpleegde bescheiden via het onderzoeksverslag en de eventuele bijlagen daarbij openbaar, althans aan partijen bekendgemaakt worden. Hij is niet verplicht om alle hem aangereikte stukken in of als bijlage bij het verslag op te nemen. Het is aan de onderzoeker om de relevantie van die stukken af te wegen.[46] In de literatuur is kritiek geuit op deze ‘delegatie van bevoegdheid’ van de Ondernemingskamer aan de onderzoeker.[47] De controle van de onderzoekers over de vraag welke geraadpleegde documenten zij in hun onderzoeksverslag en de bijlagen opnemen, zou te groot zijn. In de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers wordt daarover het volgende opgemerkt:

‘Het onderzoeksverslag dient voldoende feitelijke grondslag te vormen voor een beoordeling van het beleid en de gang van zaken van de onderzochte rechtspersoon. Het verdient aanbeveling om stukken waaraan “wezenlijke bevindingen ontleend zijn” als bijlage bij het verslag te voegen.’[48]

Het is de vraag of deze vrijblijvende en algemene aanbeveling kan voorkomen dat belanghebbenden onkundig worden gehouden van documenten waarop de onderzoekers hun bevindingen in belangrijke mate hebben gebaseerd. De door de onderzoeker gemaakte keuzes bij het onderbouwen van zijn conclusies zijn moeilijk na te gaan zonder alle geraadpleegde stukken te kennen. En wat te doen met vertrouwelijk aan de onderzoeker ter inzage gegeven

stukken? Er valt iets te zeggen voor (meer) transparantie in het totstandkomingsproces van het onderzoeksverslag. Tegelijkertijd hoeft het gebrek aan zicht op de afwegingen van de onderzoeker in mijn ogen geen slechte zaak te zijn. De omgang van de onderzoeker met brondocumenten is mede bepalend voor de overtuigingskracht van zijn onderzoeksverslag. Karig onderbouwde conclusies zijn in het partijdebat gemakkelijker te weerleggen en zullen minder snel gehoor vinden bij de Ondernemingskamer. Vertrouwelijk verstrekte documentatie kan niet rechtstreeks worden gebruikt ter onderbouwing van feiten en conclusies uit het onderzoeksverslag, maar kan voor de onderzoeker wel nuttige aanwijzingen bevatten om op bepaalde onderwerpen gericht te kunnen doorvragen en/of verder (forensisch) onderzoek te doen. Het zou nuttig zijn wanneer onderzoekers vooraf bijvoorbeeld in een plan van aanpak laten weten welke stukken onder meer bij het onderzoeksverslag gevoegd zullen worden, voor zover dat in dat stadium al mogelijk is (denk aan gespreksverslagen, interne memo's, enzovoort).

Tot slot: wat is nu de waarde van de machtiging? Overtreding van de geheimhoudingsplicht is onrechtmatig en strafrechtelijk gesanctioneerd (art. 272 van het Wetboek van Strafrecht). Veelal zal het kwaad dan echter al zijn geschied. Zeker in een internationale setting is het de vraag of de overtreding nog ongedaan kan worden gemaakt. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam inzake Leaderland dat voldoende vaststond dat de verstrekking van het onderzoeksverslag aan twee Russische banken, de Russische belastingdienst en het Russisch kadaster door een aandeelhouder onrechtmatig was.[49] De voorzieningenrechter verbood de aandeelhouder vervolgens – onder meer – op straffe van een dwangsom het onderzoeksverslag aan derden te verstrekken en anderszins mededelingen daaruit te doen aan derden, behoudens machtiging door de voorzitter van de Ondernemingskamer, en veroordeelde de aandeelhouder tevens om opgave te doen van de volledige namen en adresgegevens van partijen waaraan hij het onderzoeksverslag had verstrekt. Om zo veel mogelijk te voorkomen dat de derden aan wie de aandeelhouder in strijd met zijn geheimhoudingsplicht informatie heeft verstrekt van die informatie gebruik zullen maken of die informatie verder zullen verspreiden, dient de aandeelhouder eveneens op straffe van een dwangsom een brief te doen betekenen met kennelijk een vorm van erkenning van schuld. Het effect van deze schadebeperkende maatregelen lijkt mij lastig na te gaan. Gevallen waarin overtreding van dit verbod daadwerkelijk strafrechtelijk werd gehandhaafd, zijn mij niet bekend. Overlegging van (de aanvulling op) het onderzoeksverslag door de advocaat van MEI in een tuchtprocedure om een zo volledig mogelijk beeld van de zaak te geven werd door het Hof van Discipline niet tuchtrechtelijk verwijtbaar geacht.[50]

5 Conclusie

Het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag kan worden beperkt door uitbreiding

van de kring waaraan inzage wordt verleend en de mogelijkheid om – na machtiging daartoe door de voorzitter van de Ondernemingskamer – mededelingen te doen aan derden uit het onderzoeksverslag (art. 2:353 lid 3 BW). Zowel bij inzageverzoeken als bij de vraag of al dan niet machtiging tot het doen van mededelingen uit het verslag wordt verleend, maakt de Ondernemingskamer een belangenafweging. Die afweging is casuïstisch van aard, waardoor het lastig is er algemene uitspraken over te doen. Op basis van het bovenstaande kan de volgende weergave van de belangenafwegingen van de (voorzitter van de) Ondernemingskamer worden gegeven.

Wanneer het onderzoeksverslag slechts ter inzage is gelegd voor belanghebbenden (wat meestal het geval is), is de Ondernemingskamer terughoudend met het honoreren van verzoeken om inzage (zowel om het verslag voor eenieder ter inzage te leggen als om uitbreiding van de kring van belanghebbenden met inzage). Een uitzondering op het vertrouwelijke karakter van de stukken wordt dan niet snel gemaakt. Soepeler lijkt de Ondernemingskamer te zijn bij verzoeken tot machtiging om mededelingen uit het onderzoeksverslag aan derden te doen, mits voorzien van een deugdelijke toelichting (niet de enkele stelling dat overlegging noodzakelijk is ter onderbouwing van een vordering/verweer, ook waarom dat zo is) en niet voor ver buiten de enquête gelegen gebruik. Dat wil zeggen, tenzij de rechtspersoon zich tegen de machtiging verzet. Dan komt de nadruk te liggen op de vertrouwelijkheid en worden er hogere eisen gesteld aan de onderbouwing van het belang van de verzoeker om mededelingen te doen. Ook de belangen van andere belanghebbenden kunnen zich verzetten tegen ontheffing van de geheimhoudingsplicht.[51] Overigens lijkt ook een machtiging voor gebruik buiten de strekking van de enquête onder omstandigheden mogelijk, waarbij wel extra eisen aan de toelichting van het verzoek worden gesteld.

Noten

[1] Art. 2:345 en 2:355 BW, Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/787 en Geerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:353 BW, aant. 2.

[2] Zie daarover uitgebreider F.G.K. Overkleeft, Zaaïen en oogsten bij enquêteprocedures, MvO 2015, afl. 1/2, p. 13-21 en de in noot 12 van dat artikel genoemde literatuur.

[3] Betreft het een enquête bij een onder toezicht staande financiële instelling, dan ontvangen DNB, AFM en/of ECB ook een exemplaar.

[4] Dit vormt een standaardoverweging van de Ondernemingskamer, zie bijv. Hof Amsterdam (vz. OK) 5 oktober 2015, ARO 2015/230 (Sovereign Trust) en (herhaaldelijk) in: Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis).

- [5] Zie HR 10 januari 1990, NJ 1990/466 (Ogem).
- [6] Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.4.
- [7] Kamerstukken II 1967/68, 9596, 3 (MvT), p. 8, ook geciteerd in de conclusie van A-G Timmerman van 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2740, r.o. 3.3 e.v. Het valt op dat de MvT ook bestuurders en commissarissen noemt als personen die in elk geval inzage krijgen. Doorgaans zullen zij met het exemplaar van het verslag voor de rechtspersoon eveneens geïnformeerd zijn, maar zeker is dat niet, met name bij verstoorde verhoudingen binnen de vennootschap. Zie daarover Geerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:353 BW, aant. 3.1, die meent dat bestuurders en commissarissen steeds bevoegd zijn tot inzage in het verslag. Evenzo: P.M. Storm, Corporate litigation bij de Ondernemingskamer, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 159.
- [8] Zo zijn op www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie-en-rechtsgebieden/Ondernemingskamer/P.s/Onderzoeken.aspx de onderzoeksverslagen van Meavita, Van der Moolen, Fortis, Jeemer en Xeikon te raadplegen.
- [9] Hof Amsterdam (vz. OK) 1 april 2016, ARO 2016/77 (Museum Vastgoed Groep), r.o. 2.6. In De Rooy/Staat beoordeelde de Hoge Raad dit als een adequate invulling van de beslissing tot openbaarmaking van het verslag.
- [10] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 27 juni 2016, ARO 2016/142 (Energie Concurrent).
- [11] Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2015, JOR 2015/35 (MEI) r.o. 2.8 en Hof Amsterdam (OK) 7 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis). Zie ook Hof Amsterdam (OK) 25 augustus 2010, JOR 2010/340 (Fortis), waarin een verzoek van de Staat om als belanghebbende inzage te verkrijgen in (bijlagen van) het verslag werd afgewezen.
- [12] Aanbeveling 4.8 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers, versie 1 januari 2013.
- [13] Hof Amsterdam (OK) 9 december 2014, JOR 2015/35 (MEI) r.o. 2.8 en Hof Amsterdam (OK) 7 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.1 e.v.
- [14] In Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.5 overwoog de Ondernemingskamer dat (voormalige) bestuurders en commissarissen tot op zekere hoogte indirect door een van de rechtspersoon afgeleide vertrouwelijkheid worden beschermd. De vertrouwelijkheid strekt niet alleen tot bescherming van het belang van de rechtspersoon, maar ook tot bescherming van het belang van andere betrokkenen, zie Rb. Amsterdam 25

september 2015, JOR 2015/328 m.nt. P.D. Olden (Leaderland). Het kort geding was aangespannen na overtreding van de geheimhoudingsplicht van art. 2:353 lid 3 BW. Olden wijst er in zijn noot op dat de uitzonderingspositie van de rechtspersoon op grond van de wettekst in die zin niet te plaatsen valt. Een belangenafweging zou ook in geval van mededelingen door de rechtspersoon zelf aangewezen zijn.

[15] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 28 maart 2014, ARO 2014/69 en ARO 2014/70 (Slotervaartziekenhuis).

[16] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2011, ARO 2011/90 (Van der Moolen) en Hof Amsterdam (OK) 1 juli 2004, ARO 2004/78 (Laurus). Een redelijk belang zal bij aandeelhouders van een beursvennootschap al snel aanwezig zijn. Daarover onder meer D.R. Doorenbos, Van voorwetenschap tot nawetenschap, in: Marius geannoteerd (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 97-105, onder verwijzing naar M.W. Josephus Jitta, De koersgevoeligheid van de enquêteprocedure bij beursgenoteerde ondernemingen, JOR plus 2002, p. 30-37.

[17] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 15 december 2008, ARO 2009/8 (PCM). Asser 2-II* 2009/788 spreekt over zaken die tot maatschappelijke onrust hebben geleid.

[18] Zo werd in Hof Amsterdam (vz. OK) 1 april 2016, ARO 2016/77 (Museum Vastgoed Groep) vergeefs verzocht het onderzoeksverslag (alsnog) ter inzage van eenieder te leggen, onder meer met een beroep op de maatschappelijke ophef rond de persoon van Willem Endstra. Zie ook F. Assink & M.J. Kroeze, Kroniek enquêterecht 2015, in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 54 en de in voetnoot 64 genoemde jurisprudentie.

[19] Bijv. bij Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2016, ARO 2016/155 (Xeikon): elf bijlagen ter inzage voor eenieder en de overige voor belanghebbenden, Hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2013, ARO 2013/146 (Meavita): drie bijlagen ter inzage voor eenieder en de overige bijlagen voor belanghebbenden, Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2010, ARO 2010/97 (Fortis): verslag ter inzage voor eenieder en bepaalde bijlagen slechts voor belanghebbenden, en zoals hiervoor genoemd in Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2011, ARO 2011/153 (MEI) ten aanzien van de aanvulling op het verslag.

[20] SER 1967, nr. 5, p. 11, geparafraseerd door A-G Timmerman in r.o. 3.4 van zijn conclusie van 9 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:939.

[21] Je kunt je afvragen of in deze gevallen is voldaan aan de eis van art. 2:355 BW dat anderen dan de rechtspersoon – die aan de eisen van art. 2:346 en 2:347 BW voldoen – bevoegd zijn tot

een tweedefaseverzoek indien het verslag (waartoe ook de bijlagen behoren) voor hen ter inzage ligt, zie ook Josephus Jitta, in: T&C Ondernemingsrecht, art. 2:355 BW, aant. 1.

[22] Ook dan wordt het verslag neergelegd ter griffie, dit vormt een wettelijke verplichting die niet ter discretionaire bevoegdheid van de griffier staat (art. 2:353 lid 1 BW), zie Hof Amsterdam (OK) 28 april 2015, ARO 2015/127 (Leaderland).

[23] HR 2 december 2016, NJB 2016/2299 (De Rooy/Staat).

[24] Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2011, ARO 2011/153. Zie ook de eerdere beschikkingen van de Ondernemingskamer inzake MEI van 10 februari 2011 (ARO 2011/33) en 3 oktober 2011 (JOR 2012/9).

[25] Bij beschikking van 9 december 2014 (JOR 2015/35) werd de echtgenote van De Rooy niet-ontvankelijk verklaard in eenzelfde verzoek.

[26] Hof Den Haag 24 februari 2015, JOR 2015/225 en Rb. Den Haag 11 juni 2014, JONDR 2014/946.

[27] HR 2 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:939, r.o. 3.3.3-3.3.5.

[28] Geerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:353 BW, aant. 5, onder verwijzing naar Hof Amsterdam (OK) 19 april 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AN4857 (Village Scaldia), Asser 2-II* 2009/789 en Assink & Kroeze 2015, p. 54 en 55.

[29] Zie recent Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4378 (ZED+), Hof Amsterdam (vz. OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen), Hof Amsterdam (vz. OK) 28 juni 2016, ARO 2016/160 (Best Green), Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2015, ARO 2015/225 (Leaderland) en Hof Amsterdam (vz. OK) 15 juni 2015, ARO 2015/162 (Leaderland) en Hof Amsterdam (vz. OK) 20 mei 2015, ARO 2015/145 (Verf- en Behanghal); zie ook de genoemde jurisprudentie in voetnoot 66 van Assink & Kroeze 2015.

[30] Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.4.

[31] Hof Amsterdam (vz. OK) 20 september 2016 (gepubliceerd 9 november 2016), ARO 2016/144 (Energie Concurrent).

[32] Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.4.

[33] Hof Amsterdam (vz. OK) 16 januari 2014, JOR 2014/127 (Pierson & Pierson).

[34] Hof Amsterdam (OK) 19 april 2001, JOR 2001/152 (Village Scaldia), waarin een verzoek

dat steunde op een door een derde gesteld belang op die grond werd afgewezen. Recenter oordeelde de Ondernemingskamer in dezelfde zin ten aanzien van een verzoek tot inzage namens derden in Hof Amsterdam (OK) 1 april 2016, ARO 2016/76 (Museum Vastgoed Groep).

[35] Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2015, ARO 2015/225 (Leaderland).

[36] Hof Amsterdam (vz. OK) 1 april 2016, ARO 2016/77 (Museum Vastgoed Groep).

[37] Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2015, ARO 2015/225 (Leaderland), waarin wel machtiging werd verleend voor mededeling in hoger beroep of vrijwaring van reeds aanhangige procedures.

[38] Hof Amsterdam (vz. OK) 19 mei 2014, ARO 2014/88 (MEI).

[39] Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2014, ARO 2014/151 (MEI). Anders: J.H. Lemstra & T. Salemink, *Kroniek enquêterecht* 2015, in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 20, voetnoot 88.

[40] Hof Amsterdam (vz. OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen).

[41] Hof Amsterdam (vz. OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen), r.o. 2.2.

[42] Zo ook Berkhout in punt 7 van zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen).

[43] Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2016, ARO 2016/155 (Xeikon).

[44] Aanbeveling 4.8 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers, versie 1 januari 2013.

[45] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 1 december 2011, ARO 2012/8 (Van der Moolen) en HR 13 juni 2014, JOR 2014/261 (Energie Concurrent/Eneco Retail).

[46] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, ARO 2015/82 (Proxy) en Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, JOR 2005/6 (Ahold).

[47] Storm 2014, p. 160 en F.G.K. Overkleef, *Inzage in het onderzoeksverslag in enquêtetprocedures*, V&O 2010, afl. 11, p. 205.

[48] Aanbeveling 4.3 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor

onderzoekers, versie 1 januari 2013.

[49] Rb. Amsterdam 25 september 2015, JOR 2015/328 (Leaderland).

[50] Hof van Discipline 30 mei 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:97; zie Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2014, ARO 2014/151 (MEI), waarin alsnog machtiging werd verzocht maar niet verkregen.

[51] Zie voor een weergave van de diverse mogelijke uitkomsten van de belangenafweging par. 7 van de noot van Olden onder Rb. Amsterdam 25 september 2015, JOR 2015/328 (Leaderland).

ANNOTATIE

1. Extra bescherming voor de OK-functionaris: de escrowvoorziening.

D.M.H. de Leeuw (annotatie 1) en M.J.R. Brons (annotatie 2)

In de Cunico-beschikking staat de OK een ruime escrowvoorziening toe, die mede strekt tot zekerheid van de kosten van advies en verweer in rechte tegen aansprakelijkstellingen van de door de OK benoemde functionarissen persoonlijk. De escrowvoorziening lijkt een welkome aanvulling op de middelen om de OK-functionaris te beschermen tegen (ongefundeerde) druk van de bij de rechtspersonen betrokken partijen, zolang de omvang hiervan niet tot onnodige extra liquiditeitskrapte bij de rechtspersoon leidt.

1 Inleiding

De benoeming van tijdelijke bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen door de Ondernemingskamer (hierna: OK) vindt doorgaans plaats op het moment dat er onenigheid bestaat over de door de rechtspersoon te volgen koers. Veelal bestaat er een impasse binnen de organen van de rechtspersoon, die normale besluitvorming onmogelijk maakt. Het vergt daadkracht en vastberadenheid om onder die omstandigheden – als relatieve buitenstaander – vergaande beslissingen te nemen in het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming. Beslissingen die stevast niet door alle belanghebbenden worden toegejuicht.

In de literatuur wordt de complexiteit van de functie van de tijdelijk bestuurder op de meest beeldende manieren omschreven: hij moet vanaf het moment dat hij wordt ‘geparachuteerd binnen de vennootschap’[1] ‘daadkrachtig op eieren lopen’[2] en ‘opereren in een wespennest waarin tussen tegengestelde belangen moet worden gemanoeuvreerd’.[3]

De door de OK benoemde bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen (hierna ook: OK-functionarissen) staan echter niet geheel onbeschermd in de vuurlinie. Rechtspraak en praktijk tonen een aantal mogelijkheden voor de OK-functionaris om zich te wapenen in de strijd. Recentelijk – in de derde Cunico-beschikking[4] – heeft de OK een middel aan dit wapenarsenaal toegevoegd: de escrowvoorziening. In deze bijdrage bespreek ik de

wenselijkheid van deze ontwikkeling (par. 5). Daaraan voorafgaand zal ik eerst ingaan op de Cunico-beschikkingen (par. 2). Vervolgens behandel ik de aansprakelijkheidsnormen voor de OK-functionarissen (par. 3) en de mogelijkheden voor OK-functionarissen om zich te beschermen tegen de gevolgen van een aansprakelijkstelling (par. 4). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 6).

2 De Cunico-beschikkingen

Cunico Resources N.V. (hierna: Cunico) houdt aandelen in een achttal vennootschappen. Cunico en haar dochtervennootschappen (hierna ook: de Cunico-groep) houden zich bezig met het exploiteren, delven en produceren van ferromnikkel. De Cunico-groep beschikt onder meer over mijnen en fabrieken en heeft in totaal zo'n 2350 werknemers in dienst.

Cunico is een joint venture van BSGR Holdings Coöperatie U.A. (hierna: BSGR) en International Mineral Resources B.V. (hierna: IMR). Zij houden elk 50% van de aandelen in het kapitaal van Cunico. Deze gelijkwaardigheid komt ook tot uitdrukking in het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: ava) van Cunico. BSGR en IMR hebben op basis van de statuten elk het recht tot het doen van een bindende voordracht voor de benoeming van één bestuurder. Deze bestuurders zijn gezamenlijk bevoegd om Cunico te vertegenwoordigen. De ava kan op grond van de statuten slechts besluiten nemen met volstrekte meerderheid in een vergadering waarin ten minste twee aandeelhouders aanwezig of vertegenwoordigd zijn.

BSGR en IMR verschilden medio 2015 van inzicht over de door Cunico te volgen koers. Dit leidde zowel binnen het bestuur als binnen de ava van Cunico tot een impasse, ten gevolge waarvan het voortbestaan van Cunico ernstig werd bedreigd. Zowel BSGR als IMR wendde zich daarom in augustus 2015 tot de OK. Zij verzochten de OK om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen Cunico te gelasten en om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Nog voordat de mondelinge behandeling plaatsvond, bereikten BSGR en IMR vervolgens echter wél overeenstemming over de te treffen voorlopige voorzieningen. Zij verzochten de OK gezamenlijk om (onder meer):

- een derde, onafhankelijke bestuurder te benoemen met een beslissende stem binnen het bestuur en zelfstandige bevoegdheid om Cunico te vertegenwoordigen (voor zover nodig in afwijking van de statuten); en
- 5% van de door BSGR respectievelijk IMR gehouden aandelen in het kapitaal van Cunico ten titel van beheer over te dragen aan een door de OK te benoemen beheerder.

BSGR en IMR voerden in dit verband aan dat zij – hoewel zij van mening verschilden over de

vraag aan wie het een en ander te wijten was – het erover eens waren dat ingrijpen dringend noodzakelijk was gelet op de impasse in zowel het bestuur als de afdeling van Cunico, ten gevolge waarvan de met het oog op het voortbestaan van Cunico (en de Cunico-groep) noodzakelijke besluitvorming uitbleef. De OK deelde deze conclusie van BSGR en IMR en wees het gezamenlijke verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen toe bij beschikking van 2 september 2015.[5]

De eensgezindheid van BSGR en IMR leek echter na het treffen van deze voorlopige voorzieningen direct weer verdwenen. Amper een maand later wendde IMR zich wederom bij verzoekschrift tot de OK. Nu stelde zij niet alleen het handelen van BSGR, maar ook het handelen van de OK-functionarissen in de tussenliggende periode ter discussie.

Kort samengevat was er in deze periode het volgende voorgevallen. Begin oktober 2015 stond er een bespreking gepland tussen de OK-functionarissen en de financiers van Cunico. De OK-functionarissen wensten een langetermijnoplossing te presenteren aan de financiers. Kort voor de bespreking deed Tower View Asset Management (hierna: TVAM) een indicatief voorstel voor een kapitaalinjectie, dat volgens de OK-functionarissen het begin van deze oplossing zou kunnen vormen. Vooruitlopend op de bespreking met de financiers stelden zij IMR en BSGR in de gelegenheid om akkoord te gaan met dit voorstel, of eenzelfde of hoger voorstel voor te leggen. Een groepsvennootschap van IMR bracht direct een dag later een hoger bod uit. BSGR verzocht om extra tijd om hierover te beslissen. Zodra IMR van het voornemen van BSGR om een hoger bod uit te brengen vernam, maakte zij hiertegen bezwaar en verzocht zij de OK-functionarissen om enkel de biedingen van TVAM en IMR in behandeling te nemen, nu – in de visie van IMR – de gestelde deadline voor het uitbrengen van biedingen reeds was verstreken. De OK-functionarissen gingen hier niet in mee en stelden in plaats daarvan spelregels voor een biedingsproces vast, waarin zowel IMR als BSGR een bindend en finaal bod kon uitbrengen. Door mee te doen aan het biedingsproces zouden IMR en BSGR het risico op verwatering accepteren en toezeggen om in dat geval geen gebruik te maken van hun voorkeursrecht. Daarnaast verklaarden zij zich volgens deze spelregels aldus bereid om – indien het belang van de andere aandeelhouder zou verwateren – een *earn-out*-betaling aan te bieden aan deze andere aandeelhouder. Tevens dienden IMR en BSGR een volmacht af te geven op grond waarvan de aandelen konden worden uitgegeven.

IMR maakte bezwaar tegen deze gang van zaken. IMR meende dat BSGR niet binnen de gestelde deadline had gereageerd, dat het eerste bod van IMR had moeten worden geaccepteerd en dat BSGR niet in de gelegenheid zou moeten worden gesteld om nog een bieding uit te brengen. Daarnaast meende IMR dat de inhoud, de mogelijke gevolgen en de noodzaak van de door de OK-functionarissen opgezette biedingsprocedure discutabel waren, terwijl deelname aan deze procedure voor IMR en BSGR feitelijk betekende dat een van hen

werd onteigend, hetgeen volgens IMR onnodig en disproportioneel was. In dat kader vorderde IMR een aantal nadere onmiddellijke voorzieningen. IMR vorderde allereerst benoeming van een (economisch) adviseur die de OK-functionarissen, het bestuur en de aandeelhouders van Cunico met raad en daad terzijde kon staan. Daarnaast vorderde IMR primair een verbod voor Cunico, het bestuur en de ava om de hiervoor omschreven biedingsprocedure te volgen en subsidiair – wanneer deze biedingsprocedure toch zou worden gevolgd – de ava (of enig ander daartoe aangewezen orgaan) te verbieden om het voorkeursrecht uit te sluiten.

Bij beschikking van 27 oktober 2015 wees de OK het verzoek van IMR af. De OK overwoog daartoe onder meer dat duidelijk was dat de geschetste situatie waarin Cunico verkeerde, ingrijpen van de OK-functionarissen vereiste. De OK-functionarissen hadden, om de in dit geval vereiste totaaloplossing te bewerkstelligen, een formeel biedingsproces aangekondigd en in gang gezet. Dit biedingsproces voorzag volgens de OK, anders dan IMR betoogde, onder meer in een gelijke behandeling van de beide aandeelhouders. De OK zag daarbij geen beletsel om BSGR tot het biedingsproces toe te laten: vanuit een oogpunt van gelijkwaardigheid getuigde het juist van zorgvuldigheid om beide jointventurepartners de kans te geven om op gelijke voet deel te nemen.

Cunico[6] en de OK-functionarissen verzochten de OK op hun beurt bij zelfstandig tegenverzoek, vervat in hun verweerschrift, om de OK-functionarissen nog ruimere bevoegdheden toe te kennen, om aldus te kunnen bewerkstelligen dat het biedingsproces en de daarin voorziene aandelenemissie op een zo kort mogelijke termijn ongehinderd zou kunnen plaatsvinden. De OK wees deze onmiddellijke voorzieningen wel toe. Het bestuur van Cunico werd aldus zonder besluit van de ava bevoegd tot uitgifte van aandelen Cunico aan de aandeelhouder die het beste bod zou doen in het biedingsproces, met uitsluiting van het voorkeursrecht van de andere aandeelhouder. Ook werd de OK-bestuurder bevoegd om zelfstandig en met uitsluiting van de andere bestuurders bindende bestuursbesluiten te nemen en de voor de uitvoering en afwikkeling van het emissiebesluit benodigde rechtshandelingen te verrichten. Daarenboven bepaalde de OK dat de OK-bestuurder zijn medebestuurders niet behoefde te informeren over de biedingen van beide aandeelhouders, en hen ook niet behoefde te consulteren bij de besluitvorming over deze biedingen.

Daarnaast verzochten Cunico en de OK-functionarissen de OK om te bepalen dat de OK-bestuurder bevoegd was om zelfstandig alle (rechts)handelingen te verrichten om EUR 1,5 miljoen buiten het vermogen van Cunico in escrow te plaatsen, tot zekerheid van de kosten van advies en verweer in rechte van Cunico en de OK-functionarissen. Wat daartoe precies is aangevoerd door Cunico en de OK-functionarissen staat niet met zoveel woorden benoemd in de beschikking. Wel overweegt de OK in dit verband:

‘Voldoende is gebleken dat de OK-functionarissen moeten opereren in een omgeving die wantrouwend is en waarin iedere stap die zij zetten met aansprakelijkheidstelling wordt bedreigd. Niet uitgesloten is dat zij door IMR worden aangesproken en in rechte worden betrokken, ook in persoon. In dit bijzondere geval acht de Ondernemingskamer een reservering van kosten in escrow noodzakelijk. Een dergelijke reservering maakt dat de OK-functionarissen in vrijheid kunnen optreden en die besluiten kunnen nemen die zij geraden achten met het oog op de continuïteit en in het belang van Cunico.’

3 De OK-functionarissen: aansprakelijkheidsnormen

De Cunico-beschikking raakt aan een aantal belangrijke kwesties binnen het enquêterecht, waaronder de aansprakelijkheidspositie van OK-functionarissen en de mogelijkheden die zij hebben om aansprakelijkheidsrisico's te mitigeren.

Over de normen voor aansprakelijkheid van de OK-bestuurder is al het nodige geschreven. De literatuur is redelijk eensgezind in de vaststelling dat voor de OK-bestuurder de ‘normale’ aansprakelijkheidsnormen gelden.[7] Dit is in lijn met het uitgangspunt dat de OK-bestuurder heeft te gelden als volwaardig bestuurder, op wie dezelfde bevoegdheden en verplichtingen rusten als op iedere andere bestuurder.[8] De OK-bestuurder dient zijn taak – net als iedere ander bestuurder – zorgvuldig en naar behoren uit te voeren.[9] Bij het hanteren van de aansprakelijkheidsnormen van artikel 2:9 en 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW) zijn de omstandigheden van het geval echter steeds van belang.[10] Dat brengt mee dat het bijzondere speelveld waarin de OK-bestuurder moet acteren, bij inkleuring van deze normen desalniettemin een rol kan spelen. Zo kunnen bijvoorbeeld de financiële problemen van de rechtspersoon, de acute noodzaak tot handelen en het verschil van inzicht tussen de verschillende betrokkenen – indien van toepassing – worden meegenomen als omstandigheden van het geval.

Mede gelet op deze mogelijkheid tot maatwerk, lijken de algemene normen van artikel 2:9 en 6:162 BW mij een passend en voldoende flexibel toetsingskader, ook in geval van een OK-bestuurder. Het is vervolgens aan de civiele rechter om bij toepassing van deze norm acht te slaan op alle omstandigheden van het geval.

Er zijn mij geen uitspraken bekend waarin de civiele rechter daadwerkelijk heeft geoordeeld over aansprakelijkheid van een OK-bestuurder. De OK heeft zich wel uitgelaten over de invulling van artikel 6:162 BW in geval van een OK-bestuurder. In de e-Traction-beschikking uit 2007 oordeelde de OK dat het aansprakelijk stellen van een door de OK benoemde bestuurder door een van de bij de procedure betrokken partijen in het algemeen – behoudens wellicht zeer bijzondere omstandigheden – ‘niet wel’ kan worden aanvaard.[11]

Ook in de literatuur heerst de opvatting dat aansprakelijkheid van een OK-bestuurder niet snel mag worden aangenomen.[12] Krop, Scholten en Verburgt concluderen dat – gezien de moeilijke situatie waarin de OK-bestuurder functioneert – hem niet snel een ernstig verwijt zal treffen.[13] Zij menen daarbij dat wanneer de OK bij de benoeming van de bestuurder een specifieke taak meegeeft of de bevoegdheden van deze bestuurder afbakt, dit eveneens een relevante omstandigheid van het geval is bij een eventueel aansprakelijkheidsoordeel.

Over de aansprakelijkheid van OK-commissarissen en -beheerders is minder geschreven. Het ligt echter in de rede om aan te nemen dat ook de door de OK benoemde commissarissen en beheerders qua aansprakelijkheidsnormen niet anders zouden moeten worden behandeld dan ‘normaal’ benoemde commissarissen en beheerders, waarbij de omstandigheden van het geval – waaronder de omstandigheden waaronder zij benoemd zijn – ook hier weer van belang kunnen zijn.[14] Dit wordt ook onderstreept door de omstandigheid dat titel 8, afdeling 2 van Boek 2 BW geen specifieke aansprakelijkheidsnorm voor OK-bestuurders, -commissarissen of -beheerders, maar wel voor de OK-onderzoeker bevat.[15] De hiervoor besproken terughoudendheid bij het aansprakelijk achten van OK-bestuurders is mijns inziens evenzeer op zijn plaats bij OK-commissarissen en -beheerders.

4 De middelen van de OK-functionarisDe OK-functionaris heeft een aantal middelen om de financiële gevolgen van een aansprakelijkstelling voor hem persoonlijk te mitigeren.

Allereerst kan de OK bepalen dat een OK-functionaris zich op kosten van de rechtspersoon mag verzekeren tegen de gevolgen van eventuele aansprakelijkheid. De OK oordeelde reeds in de Zwagerman-beschikking van 2001 ter zake van een door de OK benoemde commissaris dat dit in dat geval toelaatbaar was.[16] De OK achtte het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering noodzakelijk om te bewerkstelligen dat de voorzieningen het beoogde effect zouden hebben en de commissaris zijn werkzaamheden onbelemmerd kon uitvoeren. De Hoge Raad oordeelde in 2002 dat de OK hiertoe inderdaad bevoegd was op grond van artikel 2:357 lid 2 BW.[17] Gelet op de risico's die het verzekeren van een OK-functionaris met zich brengt, zullen niet alle verzekeraars steeds bereid zijn om een OK-functionaris te verzekeren tegen een (voor de rechtspersoon) aanvaardbare premie en onder (voor de OK-functionaris) aanvaardbare polisvoorwaarden.[18] Tegen deze achtergrond heeft de Stichting Rimari – die is opgericht met het doel om OK-functionarissen bij te staan en te ondersteunen – bewerkstelligd dat er inmiddels een collectieve verzekering voor aansprakelijkheid van OK-functionarissen bestaat. Daarnaast geldt dat de aansprakelijkheidsrisico's van een advocaat die wordt benoemd tot OK-functionaris, onder omstandigheden ook kunnen worden gedekt door zijn eigen beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

Ten tweede kan de OK op grond van het in 2013 nieuw toegevoegde lid 6 van artikel 2:357 BW bepalen dat de rechtspersoon de ‘redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer’ van de OK-functionaris ter zake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling gedurende de tijdelijke aanstelling betaalt. Het aansprakelijkheidsrisico zelf is daarmee uiteraard nog niet weggenomen. De OK oordeelde overigens in de Zwagerman-beschikking al voordat deze mogelijkheid in de wet werd verankerd, dat de kosten in het eventuele geval dat de OK-commissaris in kwestie aansprakelijk zou worden gesteld, ten laste van de vennootschap zouden komen.[19]

Het ging de OK in de e-Traction-beschikking (begrijpelijkerwijze) echter een brug te ver om een voorlopige voorziening tot verplichte afstand van een aansprakelijkheidsstelling en vrijwaring van een OK-bestuurder door belanghebbenden toe te wijzen.[20] Dit verzoek ging volgens de OK de spankracht van artikel 2:349a lid 2 BW te buiten, onder meer omdat de gevraagde voorzieningen niet naar hun aard als voorlopig konden worden aangemerkt en daarnaast ook bindend effect jegens niet in het geding betrokken partijen werd beoogd.

Een aansprakelijkheidsverzekering of vrijwaring van de rechtspersoon neemt echter niet weg dat aansprakelijkstellingen –| zelfs wanneer deze elke rechtsgrond ontberen – uitermate vervelend kunnen zijn voor de OK-functionaris in kwestie. Niet alleen ontkomt hij er niet aan om tijd te besteden aan het voeren van verweer, daarnaast wordt op deze wijze (oneigenlijke) druk op hem uitgeoefend om te dansen naar de pijpen van de partij die hem aansprakelijk stelt. Dit terwijl de OK-functionaris op dat moment doorgaans zijn tijd al hard nodig heeft om de rechtspersoon te behoeden voor de ondergang. Er zijn meerdere voorbeelden van OK-bestuurders die de OK vanwege aanhoudende aansprakelijkstellingen hebben verzocht om te worden ontheven uit hun functie.[21] De OK benoemt daarop niet altijd een nieuwe functionaris, waardoor de door de OK getroffen voorziening wordt gefrustreerd en de rechtspersoon in dezelfde stuurloze positie als voorheen terechtkomt.

Dit is op zichzelf bezien uiteraard een onwenselijke ontwikkeling. Het zullen echter over het algemeen juist de gevallen zijn waarin de aansprakelijkstelling niet evident ongegrond is, waarin de OK-functionaris aan het wankelen kan worden gebracht. Met name in de gevallen waarin de aansprakelijkstelling niet na summierlijk onderzoek al ondeugdelijk blijkt, lijkt er geen grond te zijn om een partij de bevoegdheid tot aansprakelijkstelling te ontzeggen. De bijzondere omstandigheden van de positie van de OK-functionaris kunnen in acht worden genomen bij toepassing van de normen van artikel 6:162 en 2:9 BW zelf. Wanneer dit wordt aangevuld met waarborgen voor de kosten van verweer en er daarnaast een reële mogelijkheid bestaat tot het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering voor de OK-functionaris door de vennootschap, lijkt de positie van OK-functionaris redelijk beschermd.

5 Nieuw: de escrowvoorziening in ‘bijzondere gevallen’

In de Cunico-beschikking van 27 oktober 2015 wordt meer handen en voeten gegeven aan de hiervoor geschetste vrijwaringsmogelijkheid, doordat tevens een escrowvoorziening kan worden gecreëerd.[22] Een vrijwaring biedt immers weinig waarborg als de rechtspersoon zelf geen verhaal biedt. De escrowvoorziening lijkt mij in dat verband een logische stap voorafgaand aan een mogelijke uitspraak van de OK op grond van artikel 2:357 lid 6 BW, en dan met name wanneer er een reëel risico bestaat dat de rechtspersoon anders geen verhaal biedt voor de kosten van verweer.

De OK overweegt dat zij de escrowvoorziening ‘in dit bijzondere geval’ noodzakelijk acht. Wat dit geval precies bijzonder maakt, wordt niet geheel duidelijk uit de beschikking zelf. OK-functionarissen worden nagenoeg altijd aangesteld bij een deadlock door verschil in inzicht over de te volgen strategie. Zij zullen over het algemeen beslissingen moeten nemen die nadelig uitpakken voor één of meer van de betrokken partijen. In dit geval verzet een van de aandeelhouders zich kennelijk met hand en tand tegen de door de OK-functionarissen gekozen koers. Dat lijkt op zichzelf nog niet uitzonderlijk of bijzonder.

De overweging ‘dat de OK-functionarissen moeten opereren in een omgeving (...) waarin iedere stap die zij zetten met aansprakelijkheidstelling wordt bedreigd’, impliceert echter dat IMR ook buiten rechte niet heeft stilgezeten. De zich mogelijk opstapelende (dreigingen met) aansprakelijkstellingen, gecombineerd met het feit dat IMR zich wendde tot de OK met een verzoek dat – bij toewijzing – de door de OK-functionarissen gekozen koers feitelijk zou hebben doorkruist, lijkt de OK in dit geval te hebben overtuigd. De mogelijkheid voor de OK-functionarissen om in vrijheid te kunnen optreden en de besluiten te kunnen nemen die zij geraten achtten met het oog op de continuïteit en in het belang van de vennootschappen, werd in de visie van de OK kennelijk bedreigd.

Door de toegewezen onmiddellijke voorziening wordt het voor IMR (maar ook voor BSGR) minder aantrekkelijk om Cunico en de OK-functionarissen in een OK-procedure of civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure te betrekken. Niet alleen de kosten die de vennootschap zelf maakt, maar ook de kosten van de OK-functionarissen voor advies en verweer in rechte komen nu immers hoe dan ook ten laste van de vennootschap waarin zij zelf 50% van de aandelen houden, terwijl hiervoor tevens al een bedrag van EUR 1,5 miljoen in escrow is geplaatst.

Deze beschikking maakt het interessant voor OK-functionarissen om in vergelijkbare omstandigheden hun OK-verweerschrift te combineren met een zelfstandig verzoek voor een dergelijke onmiddellijke escrowvoorziening.

De beschikking kan daarmee tevens een ontmoedigingssignaal afgeven aan partijen die in de toekomst willen optreden tegen OK-functionarissen (en de rechtspersoon onder leiding daarvan) ten overstaan van de OK. Een forse escrowvoorziening zal (ongefundeerde) aansprakelijkstellingen en daaropvolgende gerechtelijke procedures uiteraard niet volledig voorkomen, maar mogelijk wel beperken. Een dergelijke voorziening leidt er immers toe dat de kosten voor advies en verweer in rechte van de OK-functionarissen – anders dan in geval van een claim onder een aansprakelijkheidsverzekering – een-op-een worden doorbelast aan de rechtspersoon uit direct daarvoor ter beschikking staande middelen. Nu het echter ook zonder escrowvoorziening al mogelijk was om deze kosten ten laste van de rechtspersoon te brengen, werkt het extra ontmoedigingseffect van een escrowvoorziening met name in de gevallen waarin de rechtspersoon zonder een dergelijke escrowvoorziening mogelijk geen verhaal zou bieden en/of de escrowvoorziening daarnaast druk legt op de liquiditeit van de rechtspersoon.

In dat verband dringt zich de vraag op onder welke omstandigheden een escrowvoorziening redelijk en wenselijk is. Met name bij aansprakelijkstellingen die louter lijken te dienen om druk uit te oefenen op de OK-functionarissen, is het ook in het belang van de rechtspersoon zelf dat deze kosten niet alleen voor zijn rekening komen, maar dat hiervoor tevens zekerheid kan worden gesteld. Dit geldt temeer wanneer de OK-functionarissen overwegen om op te stappen. De mogelijkheid tot het creëren van een escrowvoorziening kan ook het risico van ongewenste selectie van OK-functionarissen aan de poort verkleinen. Josephus Jitta merkt in dit verband in zijn noot onder de e-Traction-beschikking op dat het enkele risico om zelfs in een op voorhand kansloze procedure betrokken te raken, reden kan zijn om een benoeming tot OK-functionaris niet te aanvaarden.[23]

hoeverre de aansprakelijkstellingen in dit geval naar het oordeel van de OK ongefundeerd leken, en of dit een factor is die is meegewogen, blijkt niet uit de beschikking. Het bedrag dat in escrow mag worden geplaatst (EUR 1,5 miljoen), komt mij daarbij opvallend hoog voor. Bij het bepalen van de omvang van het in escrow te plaatsen bedrag dient mijns inziens tevens te worden meegewogen of dit de liquiditeit van de rechtspersoon niet onnodig onder druk zet.

In dat kader blijkt uit de beschikking ook niet of er in dit geval sprake was van een aansprakelijkheidsverzekering. Toewijzing van een verzoek om een escrowvoorziening, voor zover het betrekking heeft op de kosten voor advies en verweer in rechte van de OK-functionarissen zelf, lijkt mij een stuk lastiger wanneer wordt aangetoond dat er sprake is van een verzekering die voldoende dekking biedt. Indien er nog geen deugdelijke verzekering is afgesloten, terwijl dit wel tot de mogelijkheden behoort, zou de partij die toewijzing van een escrowvoorziening vreest, dit mogelijk nog als alternatief kunnen voorstellen, dat geheel of gedeeltelijk in de plaats van een escrowvoorziening komt.

Bij het voorgaande past ten slotte nog de kanttekening dat ook na toevoeging van de escrowvoorziening uit de Cunico-beschikking aan het pakket van beschermingsmaatregelen van de OK-functionaris de risico's voor de OK-functionaris nog niet volledig zijn weggenomen. De escrowvoorziening strekt immers alleen tot zekerheid voor de kosten voor advies en verweer in rechte van de OK-functionarissen. Indien aansprakelijkheid van een OK-functionaris uiteindelijk in rechte wordt vastgesteld, is hij gehouden de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden, zonder dat hij dit op de rechtspersoon kan verhalen. Dit kan er nog steeds toe leiden dat de OK-functionaris zijn functie zal willen neerleggen omdat de druk te hoog wordt.

6 Afsluiting

In de Cunico-beschikking staat de OK een ruime escrowvoorziening toe, die mede strekt tot zekerheid van de kosten voor advies en verweer in rechte tegen aansprakelijkstellingen van OK-functionarissen persoonlijk. Een dergelijke voorziening is volgens de OK in dit bijzondere geval noodzakelijk en toewijsbaar.

Aansprakelijkstellingen die elkaar in rap tempo opvolgen en/of andere (ongegronde) pogingen om de door de OK-functionarissen gekozen koers te dwarsbomen, lijken een dergelijk bijzonder geval te construeren.

De escrowvoorziening is mijns inziens een welkome aanvulling op de middelen om de OK-functionaris te beschermen. Dit heeft tot gevolg dat de OK-functionaris zich kan (blijven) richten op de taken waarvoor hij is aangesteld, zonder dat hij daarvoor zelf de rekening, in de vorm van kosten voor het voeren van verweer, krijgt gepresenteerd omdat de rechtspersoon daar zelf geen verhaal voor biedt. Daarmee wordt tevens het belang van de rechtspersoon zelf gediend.

Noten

[1] A.R.J. Croiset van Uchelen, Verlengstuk van de vennootschap of van de rechter? De positie van de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, deel 97, Deventer: Kluwer 2008.

[2] D.D. Krop, C.J. Scholten & B.E. Verburgt, De tijdelijke bestuurder: daadkrachtig op eieren lopen, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, deel 128, Deventer: Kluwer 2015, p. 193 e.v.

[3] Croiset van Uchelen 2008, p. 229.

- [4] Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4379.
- [5] Hof Amsterdam (OK) 2 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3981. Bij beschikking van 3 september 2015 zijn vervolgens de bestuurder en bewaarder benoemd (Hof Amsterdam (OK) 3 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3626).
- [6] Hoewel dit niet als zodanig uit de beschikking blijkt, zal Cunico daarbij zijn vertegenwoordigd door de OK-bestuurder, eventueel gesteund door de BSGR-bestuurder.
- [7] O.m. Krop, Scholten & Verburgt 2015, p. 223, S.L. Sluijters, De aansprakelijkheid van een door de OK in het kader van een enquêteprocedure aangestelde bestuurder, V&O 1999, p. 28; anders: M.W. Josephus Jitta, De aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt (Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, deel 25), Deventer: Kluwer 2003, p. 468.
- [8] Vgl. de vaste jurisprudentie van de OK op dit vlak: o.m. Hof Amsterdam (OK) 11 december 2013, JOR 2014/36 m.nt. Josephus Jitta (Slotervaartziekenhuis), Hof Amsterdam (OK) 19 april 2007, JOR 2007/142 (Begeman) en Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2013, ARO 2013/159 (Greenchoice).
- [9] Dit wordt onder meer afgeleid uit de Zwagerman-beschikking, waarin de Hoge Raad in gelijke zin oordeelde ter zake van een OK-functionaris: HR 4 oktober 2002, JOR 2002/214 m.nt. Van den Ingh (Zwagerman Beheer).
- [10] Vgl. in dit verband o.m. HR 27 februari 2015, NJ 2015/240 m.nt. PvS (ING/Deuzeman c.s.), HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. Maeijer (Staleman/Van de Ven), P.D. Olden, De OK-commissaris, in: M.J. Kroeze e.a., Bestuur en toezicht (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 67), Deventer: Kluwer 2009, p. 131-132, Krop, Scholten & Verburgt 2015, p. 220 en Croiset van Uchelen 2008, p. 230.
- [11] Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, JOR 2008/34 m.nt. Josephus Jitta (e-Traction), r.o. 3.4.
- [12] Croiset van Uchelen 2008, p. 229 en Josephus Jitta 2003, p. 466.
- [13] Krop, Scholten & Verburgt 2015, p. 221-223.
- [14] Over de OK-commissaris: Olden 2009, p. 131-132.
- [15] Vgl. art. 2:351 BW.

[16] Hof Amsterdam 29 november 2001, JOR 2002/7.

[17] HR 4 oktober 2002, NJ 2002/556.

[18] Vgl. o.m. Josephus Jitta 2003 en F. Eikelboom, Hoe kneedbaar is (de positie van) een tijdelijke bestuurder, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging voor Corporate Litigation 2011-2012, deel 112, Deventer: Kluwer 2012, p. 111.

[19] Hof Amsterdam 29 november 2001, JOR 2002/7.

[20] Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, JOR 2008/34 m.nt. Josephus Jitta (e-Traction).

[21] Dit deed zich onder meer voor in de hiervoor in noot 11 aangehaalde e-Traction-zaak en in de zaak die leidde tot Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2003, ARO 2003/89 (Huis 77).

[22] Olden (2009, p. 131) noemde dit overigens al – met enige kanttekeningen – als optie.

[23] Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, JOR 2008/34 m.nt. Josephus Jitta (e-Traction).

Shoot-out clauses kunnen een nuttig mechanisme zijn voor de doorbreking van impasses bij BV's met twee aandeelhouders die ieder 50% van de aandelen houden. Dit artikel bespreekt verschillende varianten van shoot-out clauses, enkele specifieke kenmerken per variant en voor- en nadelen van het gebruik van shoot-out clauses in het algemeen.

1 Impasse

Een bekend nadeel van een BV waarvan de aandelen en bestuurszetels gelijkelijk zijn verdeeld over twee partijen (hierna: 50/50-BV), is het risico op een impasse: bij een verschil van inzicht worden zowel binnen de algemene vergadering van de BV als binnen haar bestuur geen besluiten meer genomen. Dat kan leiden tot een slepend geschil en schade aan de onderneming van de vennootschap. Vaak zien beide aandeelhouders na enige tijd wel in dat een van hen de vennootschap zal moeten verlaten, maar worden zij het niet eens over de vraag wie moet uitstappen en tegen welke prijs.

De wettelijke geschillenregeling (art. 2:335 t/m 2:343c van het Burgerlijk Wetboek (BW)) voorziet in de mogelijkheid tot het instellen van vorderingen tot uitstoting en uittreding. Problematisch aan de geschillenregeling is dat de rechter vorderingen tot uitstoting of uittreding zal afwijzen als niet wordt bewezen dat de medeaandeelhouder door zijn gedragingen (als aandeelhouder) het belang van de vennootschap zodanig schaadt, of heeft geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld (uitstotingsvordering, art. 2:336 BW) c.q. de aandeelhouder door gedragingen van de medeaandeelhouder zodanig in zijn rechten en belangen is geschaad dat het voortduren van

zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden geveerd (uittredingsvordering, art. 2:343 BW). Veel vaker dan niet zal de impasse zijn ontstaan door een strategisch verschil van inzicht of een *incompabilité des humeurs*. In de praktijk trachten partijen regelmatig geschillen met medeaandeelhouders te beslechten door een enquêteprocedure te starten. Het initiëren van een enquêteprocedure levert doorgaans een lange en kostbare procedure op, maar geeft geen garantie op een blijvende oplossing. Aandeelhouders in een 50/50-BV nemen daarom vaak een regeling voor de beslechting van impasses op in statuten of in een aandeelhoudersovereenkomst. Dergelijke regelingen kennen vele verschijningsvormen.[1] In deze bijdrage bespreek ik de zogenaamde *shoot-out clauses*.

Shoot-out clauses komen in de Verenigde Staten en Groot-Brittannië aanmerkelijk vaker voor dan in continentaal Europa.[2] Gelet op het aanzienlijke aantal kostbare en slepende aandeelhoudersgeschillen in 50/50-BV's lijkt het ook voor Nederlandse praktijkjuristen de moeite waard om het opnemen van een shoot-out clause vaker te overwegen. In deze bijdrage bespreek ik voor- en nadelen van shoot-out clauses in het algemeen en aandachtspunten bij het gebruik van enkele specifieke veelvoorkomende varianten. Ik besteed daarbij aandacht aan praktische aspecten, maar ook aan de vraag hoe de verschillende varianten van de shoot-out clause zich verhouden tot de *justice as fairness*-theorie van John Rawls.

2 De aard van de shoot-out clause

Een shoot-out clause kan worden gedefinieerd als een contractuele of statutaire regeling[3] ter beslechting van een zeggenschapsimpasse in een kapitaalvennootschap, welke regeling bij toepassing uitmondt in de overdracht van de aandelen van de ene aandeelhouder aan de andere, waarbij op voorhand niet vaststaat welke van de twee aandeelhouders zijn aandelen aan de ander verkoopt en levert.

Bij het opstellen van een deugdelijke shoot-out clause is het van cruciaal belang dat er aandacht wordt besteed aan de vraag wanneer de shoot-out procedure kan worden ingeroepen. Vaak wordt in de aandeelhoudersovereenkomst bepaald dat de shoot-out clause kan worden ingeroepen zodra sprake is van een 'impasse' of 'deadlock'. Een deadlock of impasse doet zich bijvoorbeeld voor wanneer over bepaalde in een bijlage bij de aandeelhoudersovereenkomst genoemde belangrijke onderwerpen ook na herhaald overleg geen besluit kan worden genomen omdat de stemmen staken. Bij het opstellen van deze belangrijke deadlock- of impassedefinitie is het zaak aandacht te besteden aan de volgende vragen:

Welke besluiten zijn van zodanig belang dat een impasse over het bedoelde onderwerp de aanleiding voor het intreden van een shoot-out regeling kan zijn? Op welk vennootschapsrechtelijk niveau wordt over het bedoelde besluit gestemd (algemene vergadering, bestuur of raad van commissarissen)? Hoeveel formele vergaderingen dienen minimaal te worden besteed aan het onderwerp, voordat sprake is van een deadlock? Binnen welke termijn kunnen de aandeelhouders vervolgens de shoot-out regeling activeren? Wordt eerst nog een afkoelingsperiode of mediationpoging ingelast?

Daarnaast dient bij het uitwerken van de shoot-out regeling uiteraard aandacht te worden besteed aan formele zaken, zoals de toepasselijke termijnen en de wijze waarop de aandeelhouders elkaar formele mededelingen doen. Het moge duidelijk zijn dat het opstellen van een goede shoot-out clause zorgvuldig maatwerk vereist en meer in het bijzonder aansluit bij de concrete situatie van de betrokken aandeelhouders en de statuten van de vennootschap.

Om een shoot-out clause hanteerbaar te houden is het zaak dat vooraf wordt afgesproken hoe betaling zal plaatsvinden (in cash, zonder verrekening, ineens dan wel in een bepaald aantal termijnen, enzovoort). Daarnaast dient aandacht te worden besteed aan garanties. Om een ingewikkelde discussie over garanties, *disclosures* en aansprakelijkheden te voorkomen, is het verstandig om overeen te komen dat er slechts een beperkt aantal titelgaranties zal worden gegeven en dat de aandelen overigens 'as is' worden gekocht. Nog beter is om, ter vermindering van elke verdere discussie, een eenvoudige concept-koopovereenkomst aan de aandeelhoudersovereenkomst te hechten waarin slechts de namen van koper en verkoper, de koopprijs en de leveringsdatum zijn opgelaten.

Een shoot-out clause is een drastisch instrument omdat de uitkomst van de regeling binair van aard is: de aandeelhouders komen na toepassing van de shoot-out clause in volstrekt tegenovergestelde posities terecht, te weten die van koper en houder van alle aandelen in het kapitaal van de vennootschap of die van verkoper en houder van geen enkel aandeel. Ik heb in de praktijk gemerkt dat aandeelhouders huiverig zijn om het op daadwerkelijke onverkorte toepassing van de shoot-out clause te laten aankomen, omdat de uitkomst van de toepassing van een shoot-out clause ingrijpend, maar tegelijkertijd ongewis is. Mijn ervaring is bovendien dat ook aandeelhouders die wel een shoot-out clause zijn overeengekomen, in geval van een impasse vaak toch geneigd zijn te onderhandelen over een oplossing in plaats van het simpelweg volgen van de shoot-out regeling, omdat zij door te onderhandelen denken grip op de uitkomst van het geschil te houden. Dat is meteen een duidelijk voordeel van het opnemen van een shoot-out clause: het enkele bestaan ervan levert al een prikkel op om te onderhandelen, terwijl er tegelijkertijd een ultieme oplossing voorhanden is voor het geval die onderhandelingen niets opleveren.

Een ander duidelijk voordeel van het gebruik van een shoot-out clause is dat integere toepassing ervan vaak resulteert in een redelijke koopprijs voor de aandelen van de uittredende aandeelhouder, vaak zonder dat daarvoor de inschakeling van een accountant, valuator of andere (vaak kostbare) expert nodig is. Wat de meeste varianten van de shoot-out clause gemeen hebben is dat, in een ideale situatie, geen van beide aandeelhouders het zich kan permitteren om een onrealistisch laag of hoog bod op de aandelen van de andere aandeelhouder te doen. In paragraaf 4 blijkt dat een aandeelhouder die bij toepassing van een shoot-out clause een veel te hoge bieding doet, het risico loopt te veel voor de aandelen van de andere aandeelhouder te betalen. Een te lage bieding veroorzaakt daarentegen het risico op uittreding tegen een te lage prijs. Deze risico's dwingen beide aandeelhouders tot een redelijke bieding en dus tot een redelijke prijsvorming.

3 Shoot-out clauses vanuit het perspectief van justice as fairness

Het idee dat onbekendheid met de eigen eindpositie partijen dwingt om een redelijke verdeling van middelen tot stand te brengen, dateert al van ruim voor de opkomst van de shoot-out clause. In zijn magnum opus *A theory of justice*,^[4] dat nog altijd wordt beschouwd als een van de hoogtepunten van de hedendaagse politieke en juridische filosofie, presenteert John Rawls het concept *justice as fairness*. De theorie van Rawls biedt een oplossing voor het vraagstuk van rechtvaardige maatschappelijke allocatie van middelen en beheerst sinds het begin van de jaren zeventig het theoretische debat over rechtvaardigheid.

De theorie van Rawls is in essentie een sociaal-contracttheorie in de traditie Hobbes, Locke en Rousseau, met dien verstande dat Rawls een wat verfijnder alternatief aandraagt voor de rauwe *state of nature*, de door Hobbes beschreven hypothetische toestand waarin mensen leven voordat zij het sociale contract sluiten. Het alternatief van Rawls heet de *original position*. In deze *original position* worden deelnemers geacht om bij aanvang een eerlijke verdeling van middelen tot stand te brengen. Om te bewerkstelligen dat die verdeling inderdaad eerlijk uitpakt, moeten de deelnemers die middelen verdelen terwijl zij een *veil of ignorance* dragen. Deze sluier van onwetendheid laat zich het best omschrijven als een hypothetische blinddoek die ervoor zorgt dat de deelnemers vooraf geen enkele kennis hebben van hun relevante persoonlijke eigenschappen. Zo kennen zij bijvoorbeeld niet hun sociale status, talenten, geslacht, fysieke gesteldheid, etniciteit en morele standpunten. Rawls' aanname is dat partijen die niet weten welke positie zij zullen gaan innemen, worden gedwongen om een verdeling tot stand te brengen die rationeel en rechtvaardig is, in welke positie men ook terecht zal komen.

Veelgehoorde kritiek op de theorie van Rawls is dat zij weinig praktisch nut heeft, aangezien de *veil of ignorance* niet werkelijk bestaat, omdat eenieder wel degelijk bekend is met zijn

eigen positie. Dit lijkt een juiste observatie op macro-economisch niveau. Op het niveau van een 50/50-BV waarin zich een impasse voordoet, kan de theorie van Rawls echter behulpzaam zijn bij het bepalen van het meest wenselijke type shoot-out clause. Met behulp van die theorie kan – door de vraag te stellen of de aandeelhouders wel opereren vanuit een waarlijke *original position* – worden gewaarborgd dat de aandelen en de koopprijs eerlijk verdeeld worden. Hierna bespreek ik de bekendste shoot-out clauses, om ze vervolgens langs de meetlat van de theorie van Rawls te leggen.

4 Typen shoot-out clauses

Hieronder bespreek ik enkele veelvoorkomende typen shoot-out clauses. Ik merk daarbij op dat er meer varianten zijn en dat het gebruik van de benamingen van de diverse clauses per jurisdictie en per contract kunnen verschillen.

4.1 Texas shoot-out

A doet een bod op de aandelen van B. B kan het bod aanvaarden en zijn aandelen verkopen aan A voor de genoemde prijs. B kan echter ook een hoger tegenbod doen. A kan vervolgens weer kiezen tussen aanvaarden of een hoger tegenbod doen. Dit proces herhaalt zich net zo lang tot een aandeelhouder het laatste bod van de ander aanvaardt (althans geen nieuw hoger bod doet).

De Texas shoot-out clause is een directe en snelle procedure. Om te voorkomen dat geen faire prijs tot stand komt door het enkele feit dat de ene aandeelhouder de andere aandeelhouder overrompelt, is het verstandig de toepasselijke reactietermijnen niet te kort te maken en deze clause uit te rusten met een afkoelingsperiode, onmiddellijk volgend op de vaststelling dat sprake is van een impasse, en overeen te komen dat de Texas shoot-out regeling tijdens deze afkoelingsperiode nog niet mag worden geactiveerd. Dat geeft beide aandeelhouders de gelegenheid financiering te arrangeren en hun bieding voor te bereiden.

Een nadeel van deze clause is dat ze niet noodzakelijkerwijs tot de meest redelijke prijs leidt. De koopprijs die uiteindelijk tussen partijen zal gelden, hoeft niet hoog of redelijk te zijn. Doorslaggevend is uitsluitend dat de prijs (iets) hoger is dan het laatste bod van de ander. Beginnen met een lage bieding wordt in dit systeem vaak niet afgestraft, wat de prijs niet ten goede komt. In essentie is de Texas shoot-out clause niets meer of minder dan een contractuele veiling bij opbod. De Texas shoot-out clause kan naar mijn mening de toets van Rawls niet goed doorstaan. Een bieding zal in deze variant vaak niet worden gedaan omdat ze een *redelijke* prijs voor de aandelen reflecteert, maar omdat de inschatting is dat het de laagste prijs is waarvoor de aandelen van de ander kunnen worden overgenomen. Blijkt die inschatting onjuist, dan ontstaat later alsnog altijd de mogelijkheid om het bod te verhogen en de aandelen toch te verwerven. Zoals in paragraaf 5.1 nader aan de orde zal komen, resulteert

dit in een strategisch nadeel voor de aandeelhouder met de minder sterke financiële positie.

4.2 Mexican shoot-out

A en B doen beiden en tegelijkertijd een gesloten bieding op de aandelen van de ander en deponeren die bieding bij een onafhankelijke derde (zoals een notaris). De aandeelhouder die het hoogste bod heeft gedaan, verkrijgt de aandelen van de andere aandeelhouder tegen betaling van de door hem geboden prijs.

Het evidente voordeel van deze clause is dat beide aandeelhouders meteen worden gedwongen het achterste van hun tong te laten zien. De prijs die zij noemen, moet zodanig zijn dat zij deze als fair ervaren, onafhankelijk van of zij verkoper van hun eigen aandelen zijn of koper van de aandelen van de ander.

De Mexican shoot-out clause kent een variant waarbij de aandelen nog altijd worden verkocht aan de hoogste bieder, maar niet tegen de door hem genoemde prijs, maar juist tegen de (lagere) door de andere aandeelhouder genoemde koopprijs. Deze variant wordt ook wel een *Dutch auction* [5] genoemd. Het voordeel van deze variant is dat hij het doen van zeer lage biedingen ontmoedigt. Tegelijkertijd is de uitkomst paradoxaal, gezien vanuit de wens om tot een zo hoog mogelijke prijs te komen voor de uittredende aandeelhouder; de koper koopt de aandelen in deze variant altijd voor minder dan hij voor de aandelen zegt over te hebben.

Bezien vanuit de theorie van Rawls, waarbij de gedachte is dat een redelijke prijs tot stand komt door de onbekendheid met de eindpositie van de aandeelhouders, neig ik ernaar te concluderen dat de Mexican shoot-out clause in het beste systeem voorziet. Beide aandeelhouders hebben in dit geval immers de kans om zich zelfstandig een oordeel te vormen over de vraag wat in geval van zowel koop als verkoop een redelijke prijs zou zijn. Dat uiteindelijk de hoogste bieder de aandelen verwerft, kan worden gerechtvaardigd vanuit de gedachte dat de koper door het doen van zijn bieding te kennen heeft gegeven deze prijs ook daadwerkelijk voor de aandelen over te hebben. De verkoper daarentegen ontvangt meer dan wat hij zelf redelijk zou vinden. Als deze laatste consequentie in een concreet geval onwenselijk wordt geacht, zou een *Dutch auction* een beter alternatief kunnen zijn.

4.3 Russian roulette

A noemt aan B een koopprijs. B moet nu kiezen tussen het verkopen van zijn aandelen aan A voor die prijs of het kopen van de aandelen van A voor diezelfde prijs.

De Russian roulette clause[6] is in potentie de shoot-out procedure die het snelst kan worden voltooid. Ook hier geldt daarom de suggestie van het inbouwen van een

afkoelingstermijn en het overeenkomen van een voldoende lange termijn voor B om te bepalen of hij zal kopen of verkopen. De charme van deze clause is erin gelezen dat A wordt gedwongen tot het doen van een rationeel en fatsoenlijk bod: de prijs die hij noemt, moet voor hem acceptabel zijn, als te betalen én als te ontvangen koopprijs.

De *Russian roulette* clause zou ik voorshands willen aanmerken als een variant die de toets van Rawls in abstracto wel kan doorstaan, maar procedureel toch het risico in zich draagt om door een van de aandeelhouders als onredelijk te worden ervaren. Weliswaar dwingt ook de *Russian roulette* clause tot het formuleren van een bieding die ongeacht de toekomstige positie van koper of verkoper redelijk moet zijn, maar het proces van het vaststellen van die prijs wordt bij de *Russian roulette* clause uitsluitend doorlopen door degene die als eerste een bod doet. De andere aandeelhouder kan door die bieding worden overvallen omdat hij zich voor een plotseling dilemma (kopen of verkopen) geplaatst voelt. *Russian roulette* clauses zitten vaak echter zo in elkaar dat het moment waarop de clause kan worden geactiveerd, blijkt uit de aandeelhoudersovereenkomst. Dit kan ertoe leiden dat beide partijen onmiddellijk nadien een bieding op de aandelen van de ander proberen te doen. De prijs waarvoor de aandelen worden verkocht, wordt in die situatie beslissend bepaald door snelheid en niet (noodzakelijkerwijs) door redelijkheid.

4.4 *Fairest bid*

Een onafhankelijke deskundige, bijvoorbeeld een registervaluator, stelt een 'faire' prijs voor 50% van de aandelen vast, maar maakt deze nog niet kenbaar aan de aandeelhouders. Beide aandeelhouders doen vervolgens gelijktijdig een gesloten bieding op elkaars aandelen. De deskundige stelt vast welke bieding het dichtst bij de door hem vastgestelde faire prijs ligt. De aandeelhouder die het meest faire bod heeft gedaan, koopt de aandelen van de andere aandeelhouder voor de door hem genoemde prijs.

Een voordeel van deze regeling kan zijn dat het inschakelen van een derde zal zorgen voor een zekere temporisering van het proces. Daarnaast kan als een voordeel worden gezien dat bij de prijsvorming een expert wordt betrokken, wiens onafhankelijke opinie als leidraad geldt. Nadelen zijn de kosten van de deskundige en het feit dat partijen hun lot in handen leggen van een buitenstaander en dus autonomie verliezen. Een aandeelhouder die zo spoedig mogelijk tot een oplossing van een impasse zal willen komen, zal bovendien als nadeel ervaren dat de deskundige tijd nodig heeft om tot zijn waardering te komen. Een bijzonder aspect van de *fairest bid* clause is dat deze ertoe kan leiden dat de aandelen niet worden verkocht aan de aandeelhouder met het hoogste bod: als het lagere bod dichterbij de door de expert vastgestelde faire prijs ligt, worden de aandelen overgedragen aan de aandeelhouder die deze bieding heeft gedaan.

Een zo nu en dan voorkomende variatie op de *fairest bid* clause is de variant waarbij de aandeelhouder met het meest faire bod vervolgens een vooraf vastgestelde korting op de door hem genoemde koopprijs krijgt. Het voordeel van deze variant is dat laag bieden extra wordt ontmoedigd. Het nadeel is dat de uiteindelijk vastgestelde prijs niet optimaal is, als gevolg van de korting.

Toepassing van de *fairest bid* clause leidt niet tot een zuivere toepassing van de theorie van Rawls: de aandeelhouders bieden niet op basis van wat zij zelf een redelijke prijs zouden vinden, maar op basis van wat zij vermoeden dat een deskundige een redelijke prijs zal vinden. Daarbij moet worden aangetekend dat dit onderscheid in de praktijk weinig relevant kan zijn: een aandeelhouder die vaststelt dat een bepaalde prijs in zijn ogen redelijk is, zal al snel aannemen dat een deskundige (min of meer) dezelfde conclusie zal bereiken.

Om ervoor te zorgen dat de waardering van de deskundige geen verrassingsbeslissing wordt, is het overigens aan te bevelen om in de aandeelhoudersovereenkomst op te nemen op welke wijze de aandelen door de deskundige moeten worden gewaardeerd.

5 Valkuilen

In de *original position* van Rawls worden partijen geacht geen enkele kennis van hun eindpositie te hebben, gehinderd als zij worden door de *veil of ignorance*. De praktijk van aandeelhoudersgeschillen is echter dat er tal van omstandigheden zijn die kunnen meebrengen dat de *veil of ignorance* doorzichtig wordt en zo het beoogde redelijke-prijsmechanisme van de shoot-out clause uit balans kan brengen, met onbillijke resultaten tot gevolg. Hieronder geef ik enkele voorbeelden van aspecten die een dergelijke disbalans kunnen veroorzaken.

5.1 Financiële positie

Voor elke shoot-out clause geldt dat deze vatbaar is voor misbruik door een aandeelhouder van de slechtere financiële positie van de ander. Als op voorhand duidelijk is dat tussen de aandeelhouders een blijvend verschil in financiële slagkracht bestaat, dan doet de aandeelhouder met de kleinere portemonnee er goed aan zich af te vragen of het überhaupt raadzaam is om in te stemmen met het opnemen van een shoot-out clause. Als er dan toch een shoot-out clause wordt overeengekomen, dan heeft deze aandeelhouder geen belang bij een zeer snelle procedure met korte reactietermijnen, omdat hij wil voorkomen dat hij geen mogelijkheden heeft om tijdig externe financiering aan te trekken. Een *fairest bid* clause zal gemiddeld genomen relatief gunstig voor de financieel zwakkere partij uitpakken. Voor de *Russian roulette* clause en de *Mexican* shoot-out clause geldt een duidelijk risico dat de andere aandeelhouder, anticiperend op de beperkte mogelijkheden van de financieel

zwakkere aandeelhouder, een onredelijk laag eerste bod doet, wetende dat de andere aandeelhouder geen hoger bod kan doen. Desondanks moet de financieel sterkere partij er rekening mee houden dat de andere aandeelhouder toch financiering heeft gearrangeerd[7] en een net iets hogere koopprijs biedt, waardoor de financieel sterkere partij haar hand overspeelt en tegen een lage koopprijs haar aandelen kwijtraakt aan de zwakkere aandeelhouder. De wens om dit risico te vermijden zal gemiddeld genomen de bieding van de financieel sterkere partij bij toepassing van een *Russian roulette* clause of een *Mexican shoot-out* clause omhoogstuwen. Die neiging zal er bij toepassing van een *Texas shoot-out* clause niet zijn. Als het eerste bod van de financieel sterkere aandeelhouder in eerste instantie wordt overtroffen door een onverwacht tegenbod van de andere aandeelhouder, kan de sterkere aandeelhouder zijn bieding steeds een beetje verder verhogen, totdat de mogelijkheden van de financieel zwakkere aandeelhouder zijn uitgeput (bijvoorbeeld doordat diens financier afhaakt). Adviseert men een aandeelhouder die (potentieel) duidelijk minder financiële middelen voorhanden heeft, dan is het sterk af te raden om een *Texas shoot-out* clause te accepteren. Voor de financieel sterkere partij geldt uiteraard het tegenovergestelde advies, al dient daarbij te worden aangetekend dat aandeelhoudersovereenkomsten vaak lang lopen en de financiële situatie van de betrokken aandeelhouders gaandeweg kan veranderen. Het opnemen van een *Texas shoot-out* clause blijft dus in veel gevallen riskant.

5.2 Afhankelijkheid en synergievoordelen

Ook in niet-financiële zin kan de verhouding tussen de aandeelhouders onevenwichtig zijn. Een aandeelhouder kan mogelijk over relevante kennis en ervaring beschikken die nodig zijn om de onderneming zelfstandig voort te zetten. Als die kennis en ervaring bij de andere aandeelhouder ontbreken, is het voor deze aandeelhouder veel minder aantrekkelijk om de onderneming voort te zetten, omdat de kans op succes van die voortzetting kleiner is, wat de door hem geboden koopprijs negatief zal beïnvloeden. Hetzelfde kan spelen als de vennootschap voor haar bedrijfsvoering belangrijke goederen, diensten of licenties afneemt van een van de aandeelhouders, of indien slechts een van de aandeelhouders duidelijke synergievoordelen met de vennootschap heeft. Als dat het geval is, is het voor de andere aandeelhouder onaantrekkelijk om met een shoot-out clause in te stemmen. Deze aandeelhouder zal zelf niet snel een hoge bieding doen, anticiperend waarop de andere aandeelhouder voor een relatief beperkte koopprijs een waardevolle onderneming voor 100% in handen kan krijgen. Dit probleem geldt, wederom, in nog grotere mate als de aandeelhoudersovereenkomst een *Texas shoot-out* clause bevat. Voor de aandeelhouder die over de cruciale kennis, ervaring, goederen, diensten, licenties en/of synergievoordelen beschikt, geldt wederom het omgekeerde perspectief.

5.3 Concurrentie

Partijen die in een 50/50-BV hebben samengewerkt, hebben meestal gedetailleerde kennis van de markt waarop de 50/50-BV zich beweegt en hebben in veel gevallen contacten onderhouden met haar klanten, leveranciers en werknemers. Als de aandeelhouders er rekening mee moeten houden dat de verkopende aandeelhouder na afwikkeling van de shoot-out regeling een concurrerende onderneming kan beginnen, zal dat een prijsdrukkend effect hebben. Het is daarom aan te raden om in de shoot-out clause op te nemen dat voor de verkopende aandeelhouder een non-concurrentiebeding, een relatiebeding en/of een non-wervingsbeding zal gelden.

6 Sancties

Een belangrijk aspect bij alle genoemde varianten is de vraag welke sanctie er staat op het niet nakomen van uit shoot-out clauses voortvloeiende verplichtingen.

Te denken valt allereerst aan regelingen die erin voorzien dat aandeelhouders worden geacht het lagere bod te hebben gedaan ingeval zij niet binnen de gestelde termijn reageren. Ingewikkelder is echter de vraag hoe moet worden omgegaan met het niet betalen door een aandeelhouder van een in het kader van de shoot-out regeling geboden koopprijs. Sancties die erin resulteren dat de impasse weer terug op tafel komt (bijvoorbeeld: de koopovereenkomst wordt ontbonden en de koper verbeurt een boete), dienen mijns inziens zo veel mogelijk te worden vermeden, omdat het onverwacht terugkeren van de impasse de continuïteit van de onderneming in gevaar kan brengen en geen finale oplossing biedt. Bovendien zijn boetes waarschijnlijk moeilijk verhaalbaar als het een aandeelhouder betreft die de toegezegde koopprijs niet betaalt omdat hij niet over de benodigde financiële middelen beschikt.

Een alternatief kan zijn dat in geval van non-betaling geldt dat de andere aandeelhouder alsnog als koper zal optreden, waarbij de koopprijs gelijk is aan diens laatste bod. Deze methode werkt overigens niet bij een *Russian roulette* clause, omdat bij toepassing van dit mechanisme slechts één bod is gedaan, zodat er geen lager bod is om op terug te vallen.

De aandeelhouder die op grond van de toepassing van de shoot-out clause als verkoper optreedt, kan op zijn beurt verzuimen zijn verplichting tot het leveren van de aandelen na te komen. De koper zal in een dergelijk geval nakoming van deze leveringsverplichting kunnen vorderen. Bij voorkeur wenst de kopende aandeelhouder in een dergelijk geval de transactie echter buiten rechte af te dwingen. Om de kans daarop te vergroten, is het aan te bevelen de verplichting tot levering zo helder mogelijk te formuleren, te werken met een aan de aandeelhoudersovereenkomst gehechte koopovereenkomst en in de aandeelhoudersovereenkomst een duidelijke volmacht tot levering aan koper en/of de notaris op te nemen (en de tekst van deze documenten zo mogelijk op voorhand door de beoogde

notaris te laten accorderen).

7 Een nieuw overeengekomen shoot-out als oplossing voor een aandeelhoudersgeschil

Afgaand op de vele tientallen aandeelhoudersovereenkomsten die ik de afgelopen jaren heb beoordeeld, concludeer ik dat veruit de meeste Nederlandse aandeelhoudersovereenkomsten geen shoot-out clause bevatten. Dat neemt niet weg dat een shoot-out regeling alsnog kan voorzien in een oplossing voor een aandeelhoudersgeschil. Uiteraard moeten de aandeelhouders daarover overeenstemming bereiken, wat zal worden bemoeilijkt door het feit dat tussen hen op dat moment een impasse is ontstaan. Tegelijkertijd kan het gebruik van een shoot-out clause in deze fase juist aantrekkelijk zijn, omdat de aandeelhouders er door de ontstane patstelling mogelijk beter van zijn doordrongen dat een snelle oplossing noodzakelijk is. Ook hoeven zij bij het afwegen van financiële onevenwichtigheid of andere disbalans (zie hiervoor par. 5) geen rekening te houden met toekomstige wijzigingen in hun positie. Ik zie de nieuw overeen te komen shoot-out regeling daarom als een nuttig stuk gereedschap in de gereedschapskist van de zakelijke mediator en de OK-functionaris.[8]

8 Conclusie

Shoot-out clauses kunnen een nuttig mechanisme zijn om impasses in 50/50-BV's te doorbreken. Ten eerste omdat een shoot-out clause voorziet in een daadwerkelijke oplossing van een aandeelhoudersgeschil, terwijl dat met de gebruikelijke wettelijke en statutaire instrumenten niet kan worden gegarandeerd. Daarnaast levert het wat draconische karakter van een shoot-out clause op zichzelf al een prikkel voor de strijdende aandeelhouders op om hun geschil in overleg te beslechten; de shoot-out clause werkt dus preventief. Ten slotte geldt dat, vanwege onbekendheid met de eindpositie, aandeelhouders ertoe zullen neigen een faire koopprijs tot stand te brengen, waarmee zowel de voortzettende als de uittredende aandeelhouder tevreden is. Deze laatste, cruciale premisse gaat echter alleen op als, in de terminologie van John Rawls, een *veil of ignorance* bestaat, zodat de aandeelhouders waarlijk onbekend zijn met hun eindpositie. Deze uitgangssituatie kan worden verstoord door bestaande of toekomstige onevenwichtigheden tussen de aandeelhouders, al of niet op financieel gebied. Een dergelijk gebrek aan balans kan reden zijn om in het geheel geen shoot-out clause overeen te komen en dwingt in ieder geval tot een zorgvuldige selectie van het type shoot-out clause. Omdat ook na verloop van tijd de balans tussen aandeelhouders zodanig verstoord kan raken dat een van de aandeelhouders misbruik kan maken van de shoot-out clause, blijft het overeenkomen van shoot-out clauses een riskante onderneming en vereist het ontwerpen van een passende regeling aandachtig maatwerk.

Noten

- [1] Bijv. het gebruik van een ‘wipaandeel’ of een besluit van de rvc in geval van een impasse.
- [2] H. Fleischer & S. Schneider, Shoot-out clauses in partnerships and close corporations – An approach from comparative law and economic theory, *European Company and Financial Law Review* (9) 2012, afl. 1, p. 35-50.
- [3] Opname van shoot-out regelingen in de statuten van de vennootschap is mogelijk sinds de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. Zie Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3, p. 55, waarin de *Russian roulette* clause en de *Mexican* shoot-out clause als voorbeelden worden genoemd.
- [4] J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press 1971 (herziene druk: 1999).
- [5] Ik wijs erop dat deze term ook voor verschillende andere verkoop- en veilingtechnieken wordt gebruikt.
- [6] Doorgaans wordt de *Russian roulette* clause zo gestructureerd dat de prijs die A noemt de prijs is waarvoor hij wil *verkopen* aan B. De spiegelbeeldige variant, waarbij het openingsbod van A wordt aangemerkt als een bod op de aandelen van B, wordt wel aangeduid als de *buy-sell* clause. Ik merk deze variant echter niet aan als een separate categorie shoot-out clause omdat het verschil tussen beide varianten irrelevant is. Of de door A genoemde prijs nu als een voorgestelde verkoopprijs of als een voorgestelde koopprijs moet worden aangemerkt, doet immers niets ter zake. In beide gevallen kan B dezelfde keuze maken: kopen voor de door A genoemde prijs, of voor diezelfde prijs verkopen.
- [7] Bijv. van een sterkere derde partij, die na uitkoop van de medeaandeelhouder een belang in de vennootschap wil nemen.
- [8] Zie voor een lezenswaardig voorbeeld waarin OK-functionarissen een impasse hebben doorbroken door een shoot-out procedure: Hof Amsterdam 27 oktober 2015, JOR 2016/60 (Cunico).

ANNOTATIE

De curator, het boedeltekort en de schade van de rechtspersoon***F. Ortiz Aldana en J. van Bekkum***

Tussen artikel 2:9 en artikel 2:248 BW bestaan aanmerkelijke verschillen. Met name wordt op beide gronden iets anders gevorderd. Curatoren zouden de artikel 2:9 BW-vordering veel meer dan op dit moment gebruikelijk is als een zelfstandige vordering naast artikel 2:248 BW moeten behandelen. Dat voorkomt de potentiële verwaarlozing van een belangrijk boedelactief.

1 Inleiding

Wanneer een rechtspersoon faillieert, doet de curator in het kader van de hem opgedragen taak tot beheer en vereffening van de boedel (art. 68 van de Faillissementswet (Fw)) onderzoek naar de wijze waarop de rechtspersoon voorafgaand aan het faillissement is bestuurd.[1] Als er naar het oordeel van de curator sprake is van onbehoorlijk bestuur, dan zijn er, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, verschillende soorten vorderingen die de curator kan instellen. De vordering die door de curator waarschijnlijk het meest wordt gebruikt, is de vordering van de boedel[2] op grond van artikel 2:138/248 van het Burgerlijk Wetboek (BW).[3] Op die grondslag kan de curator het boedeltekort van de bestuurders vorderen als er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als een curator een vordering instelt op grond van artikel 2:248 BW beroept hij zich vaak subsidiair op artikel 2:9 BW. Het valt ons in de praktijk op dat curatoren hierbij geregeld het boedeltekort vorderen op grond van artikel 2:9 BW, zonder specifiek te beargumenteren welke schade de gefailleerde rechtspersoon als gevolg van de gestelde inbreuk op artikel 2:9 BW heeft geleden. Curatoren gaan daarmee voorbij aan het zelfstandige karakter van de vordering ex artikel 2:9 BW[4] naast de vordering ex artikel 2:248 BW. Daardoor wordt de vordering ex artikel 2:9 BW door curatoren niet optimaal benut.

In dit artikel lichten wij toe dat de vordering ex artikel 2:9 BW een zelfstandig karakter heeft naast artikel 2:248 BW (par. 2), waarom de omvang van het boedeltekort niet relevant is voor een vordering ex artikel 2:9 BW (par. 3), welke schade op grond van artikel 2:9 BW kan worden

gevorderd (par. 4) en hoe de vordering ex artikel 2:9 BW zich in de praktijk verhoudt tot de vordering ex artikel 2:248 BW (par. 5).

2 Het zelfstandige karakter van artikel 2:9 BW naast artikel 2:248 BW

2.1 Verschillende 'onbehoorlijk bestuur'-maatstaven

Artikel 2:9 BW schrijft voor dat iedere bestuurder is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Bestuurders dienen zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon.[5] De Hoge Raad heeft bepaald dat als er sprake is van 'ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur', de rechtspersoon van de bestuurders op grond van artikel 2:9 BW de schade kan vorderen die hij dientengevolge heeft geleden.[6] In faillissement wordt de rechtspersoon daarbij door de curator vertegenwoordigd. Op grond van artikel 2:248 BW geldt dat als er sprake is van 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' waarvan aannemelijk is dat het een belangrijke oorzaak is van het faillissement, de curator namens de boedel het boedeltekort kan vorderen van de bestuurders. Lid 8 van artikel 2:248 BW bevestigt dat de curator daarnaast de mogelijkheid heeft om op grond van artikel 2:9 BW te ageren.

Er staan dus twee typen 'onbehoorlijk bestuur' naast elkaar: 'ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur' en 'kennelijk onbehoorlijk bestuur'. Er is pas sprake van 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld.[7] De Hoge Raad noemt deze negatief geformuleerde maatstaf strenger dan de maatstaf die hij aanlegt bij 'ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur'.[8] Daar hanteert de Hoge Raad de positief geformuleerde maatstaf of de bestuurder heeft gehandeld zoals mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.[9] De Hoge Raad vult de verschillende typen 'onbehoorlijk bestuur' dus verschillend in. Wij zijn er echter niet mee bekend dat dit in de praktijk tot wezenlijk andere uitkomsten leidt. De dominante opvatting in de literatuur is dat beide typen 'onbehoorlijk bestuur' inhoudelijk niet verschillen.[10] Artikel 2:9 BW ontleent het zelfstandig karakter naast de vordering ex artikel 2:248 BW ons inziens dus niet zozeer aan de invulling van de verschillende typen 'onbehoorlijk bestuur' door de Hoge Raad.

2.2 Verschillende vorderingen

Kenmerkender dan het verschil in de 'onbehoorlijk bestuur'-maatstaf is het verschil van wat gevorderd kan worden op grond van artikel 2:9 BW respectievelijk artikel 2:248 BW. Op grond van artikel 2:248 lid 1 BW kan het boedeltekort worden gevorderd. Deze vordering is erop gericht om alle *crediteuren* van de rechtspersoon schadeloos te stellen in het faillissement. Op grond van artikel 2:9 BW daarentegen kan de schade worden gevorderd die de *rechtspersoon* heeft geleden.[11] Deze vordering is er dus op gericht om de rechtspersoon schadeloos te

stellen, zowel in als buiten faillissement. In paragraaf 3 t/m 5 werken wij dit verschil verder uit.

2.3 Overige verschillen

Het zelfstandig karakter van artikel 2:9 BW naast artikel 2:248 BW blijkt uit nog meer verschillen tussen beide artikelen. Naast de twee verschillen die hiervoor al zijn besproken, zetten wij de belangrijkste verschillen op een rij in tabel 1.[12]

Tabel 1

Art. 2:9 BW-vordering

Geen verband met het intreden van het faillissement vereist Geen wettelijke bewijsvermoedens Niet beperkt tot gedragingen drie jaar voorafgaand aan faillissement Kan enkel tegen statutaire bestuurders worden ingesteld Voor cessie vatbaar[1] Verjaring begint reeds voor faillissement te lopen[2] en loopt door tot een halfjaar nadat de bestuurder is afgetreden (art. 3:320 jo. art. 3:321 lid 1 sub d BW) Een aan de bestuurder verleende decharge heeft in beginsel[3] het beoogde effect Verrekening door de bestuurder is in faillissement mogelijk op grond van art. 53 Fw en buiten faillissement in beginsel ook op grond van art. 6:127 e.v. BW Klachtplicht art. 6:89 BW mogelijk van toepassing[4] Wettelijke rente kan worden gevorderd Matiging mogelijk indien toekenning volledige schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden (art. 6:109 BW)

Art. 2:248 BW-vordering

Het onbehoorlijk bestuur dient een (van de) belangrijke oorzaak (oorzaken) van het faillissement te zijn[5] Als art. 2:10 BW (administratieplicht) of art. 2:394 BW (deponeringsplicht) is geschonden, is er sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement (lid 2) Beperkt tot gedragingen drie jaar voorafgaand aan het faillissement (lid 6)[6] Kan ook tegen feitelijk beleidsbepalers worden ingesteld (lid 7) Niet voor cessie vatbaar[7] Verjaringstermijn van vijf jaar begint te lopen nadat de curator met de schade en de daarvoor aansprakelijke bestuurder(s) bekend is geworden Een aan de bestuurder verleende decharge kan hem niet baten (lid 6) Verrekening door de bestuurder is niet mogelijk[8] Klachtplicht art. 6:89 BW waarschijnlijk niet van toepassing Er kan geen wettelijke rente worden gevorderd[9] Matiging mogelijk op drie limitatieve gronden: (1) aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, (2) de andere oorzaken van het faillissement en (3) de wijze waarop het

faillissement is afgewikkeld (lid 4)

Noten bij tabel

[1] Hof Den Haag 6 april 1999, JOR 1999/142 (Verto/Drenth).

[2] De in art. 3:310 lid 1 BW bedoelde verjaringstermijn begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde bekend is geworden met de schade en de aansprakelijke persoon. Deze eis houdt volgens vaste rechtspraak in dat de benadeelde – dat is bij de art. 2:9 BW-vordering de vennootschap – daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon.

[3] Het zal afhangen van de reikwijdte van de dechargeverklaring. Zie HR 25 juni 2010, NJ 2010/373 (De Rouw/Dingemans q.q.).

[4] Zie Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, JOR 2013/237 (Landis) en Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198. Vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600. In tegengestelde zin: Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, JOR 2015/94 (Maessen en Hermesen q.q./Van Loon c.s.) en Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, RO 2016/68 (Ebcon Holding). Kritisch: Kroeze & Wezeman 2015, p. 12.

[5] HR 24 januari 2014, NJ 2014/177 (Magista BV). Vgl. J.E. Brink-van der Meer, Artikel 2:138-248 BW: een loterij? Recente ontwikkelingen in jurisprudentie, TvI 2009/26.

[6] Die termijn kan langer zijn wanneer het onbehoorlijk bestuur in de periode voorafgaand aan de driejaarstermijn plaatsvond en dat onbehoorlijk bestuur niet is geheeld in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement, zie Rechtbank Arnhem 18 april 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5588, r.o. 4.3: ‘(...) dat het in de driejaarsperiode laten voortbestaan van een manco, dat voordien is ontstaan door onbehoorlijk bestuur, op zichzelf als een daad van onbehoorlijke taakvervulling kan worden beschouwd.’

[7] HR 7 september 1990, NJ 1991/52 (Den Toom/De Kreek). Hetzelfde geldt overigens voor de tegen een bestuurder ingestelde Peeters/Gatzen-vordering, zie HR 24 april 2009, JOR 2010/22 (Dekker q.q./Lutèce).

[8] HR 18 september 2009, JOR 2010/29 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (Stichting Derdengelden Simon), r.o. 3.4.

[9] Rb. Rotterdam 20 januari 2010, JOR 2010/212, r.o. 2.5: ‘(...) Het boedeltekort bestaat uit het

verschil tussen de overige baten enerzijds en het totaal van de boedelschulden en de concurrente en preferente schulden anderzijds. In de definitieve afrekening is dit het bedrag dat [gedaagde] dient te voldoen. Als hij daarnaast rente zou moeten betalen over de periode tot aan de vaststelling van het boedeltekort, dan zou het resultaat zijn dat [gedaagde] uiteindelijk meer dan het tekort moet voldoen en zou er bij betaling een overschot in het faillissement kunnen resteren. Hiervoor is de regeling van artikel 2:248 BW niet bedoeld.'

2.4 Tussenconclusie

De vordering ex artikel 2:9 BW heeft een zelfstandig karakter naast de vordering ex artikel 2:248 BW. Het (al dan niet subsidiair) instellen van een vordering ex artikel 2:9 BW naast een vordering ex artikel 2:248 BW vergt dus een zelfstandige analyse van de curator.

3 Het boedeltekort is niet relevant voor een vordering ex artikel 2:9 BW

De wetgever heeft voor een vordering ex artikel 2:248 BW de schade die het gevolg is van onbehoorlijk bestuur gefixeerd op het boedeltekort, om het de curator makkelijker te maken.[13] Het boedeltekort is het verschil tussen de waarde van de activa en de passiva in de faillissementsboedel. Mits de passiva de activa overstijgen, komt dat verschil kort gezegd overeen met het totaal van de ingediende vorderingen van de crediteuren van de failliet die niet kunnen worden voldaan uit het gerealiseerde boedelactief.[14]

Voor de schade van de rechtspersoon zoals bedoeld in artikel 2:9 BW kan de curator niet volstaan met het vorderen van het boedeltekort. Deze schade dient te worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de daadwerkelijke financiële positie van de rechtspersoon en de financiële positie die de rechtspersoon zou hebben gehad in de hypothetische situatie dat het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur niet zou hebben plaatsgevonden.[15] Ten behoeve van een vordering ex artikel 2:9 BW zal de curator dus moeten stellen wat in de hypothetische situatie de waarde zou zijn geweest van (specifieke delen van) de activa en de passiva van de failliet en zal de curator dat moeten vergelijken met de daadwerkelijke waarde van diezelfde (specifieke delen van de) activa en passiva. Kortom, de curator moet in dit verband een vergelijking maken tussen twee balansen: de daadwerkelijke balans en een hypothetische balans. Dat is dus een andere vergelijking dan de vergelijking tussen de activa en de passiva binnen één en dezelfde daadwerkelijke balans, die moet worden gemaakt om het boedeltekort vast te stellen. Die interne vergelijking binnen de daadwerkelijke balans is niet relevant in het kader van artikel 2:9 BW.

Het kan natuurlijk voorkomen dat uit de hiervoor omschreven vergelijking tussen de daadwerkelijke en de hypothetische balans blijkt dat het verschil tussen die twee balansen (de schade van de rechtspersoon) gelijk is aan het verschil tussen de activa en de passiva binnen

de daadwerkelijke balans (het boedeltekort). Dit betekent echter niet meer dan dat de curator in zo'n geval op grond van artikel 2:9 BW een schadebedrag kan vorderen dat gelijk is aan het boedeltekort.[16] Het laat onverlet dat de omvang van het boedeltekort zelf niet relevant is voor de begroting van de schade die op grond van artikel 2:9 BW kan worden gevorderd.

De Rechtbank Oost-Brabant zag dit goed in haar vonnis van 20 maart 2016:

‘Verder geldt dat ook in geval zou moeten worden aangenomen dat de onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:9 BW tot het faillissement van X heeft geleid, het op de weg van de curator had gelegen een vergelijking te maken tussen de vermogenstoestand van X voorafgaande aan de onbehoorlijke taakvervulling en de vermogenstoestand die tot het faillissement heeft geleid. Het verschil zou de schade (kunnen) zijn, en dus niet zomaar het tekort in het faillissement. Met de vordering van het tekort miskent de curator dat het bij 2:9 BW gaat om een schadevordering van de rechtspersoon tegen het bestuur/een bestuurder en niet om de afwikkeling van een faillissement. Hierop stuit de primaire[17] vordering van de curator ex artikel 2:9 BW reeds af.’[18]

Kortom, curatoren kunnen op grond van artikel 2:9 BW niet het boedeltekort vorderen. Zij kunnen vergoeding van de schade vorderen die door de rechtspersoon is geleden. Die schade dient de curator te begroten door een vergelijking te maken tussen het vermogen van de rechtspersoon in de daadwerkelijke situatie en het vermogen in de hypothetische situatie dat het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur niet zou hebben plaatsgevonden. Dit zal niet in alle gevallen eenvoudig zijn.

Dat het (al dan niet subsidiair) vorderen van het boedeltekort op grond van artikel 2:9 BW gedoemd is te mislukken, vindt in zoverre bevestiging in de jurisprudentie, dat wij na uitgebreid onderzoek slechts één geval hebben gevonden waarin zo'n vordering is toegewezen. De betreffende uitspraak werpt echter geen ander licht op voormelde conclusie.

De uitspraak betreft het recente vonnis inzake Schreurs q.q./Schoolbestuurder.[19] Daarin werd een schoolbestuurder door de curator op grond van artikel 2:300a jo. artikel 2:138 BW en artikel 2:9 BW aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort. De curator stelde dat de school failleerde als gevolg van door de bestuurder gepleegde ontuchtige handelingen.[20] De curator gaf over de verhouding van de door hem gehanteerde grondslagen voor de vordering aan dat:

‘(...) de opbouw van de vordering in primair (artikelen 2:300a en 2:138 BW) en subsidiair (artikel 2:9 BW) niet dwingend is bedoeld voor de beoordeling door de rechtbank. De vordering als geheel strekt tot een veroordeling van [gedaagde] tot vergoeding van het boedeltekort. Voor de daartoe te volgen juridische redenering staat het de rechtbank vrij de haars inziens meest passende en meest proceseconomische oplossing te kiezen.’

De rechtbank overwoog – kort gezegd – dat de bestuurder de betreffende stichtingen met zijn handelen (ontucht met minderjarige leerlingen) had blootgesteld aan een groot continuïteitsrisico, met als direct en voor de bestuurder voorzienbaar gevolg dat toen dit bekend werd alle activiteiten (en inkomstenbronnen) van de stichtingen stopten, wat al snel leidde tot een faillissement. Volgens de rechtbank kon de bestuurder daarvan een ernstig verwijt worden gemaakt. Dat oordeel lijkt ons juist en, gelet op de omstandigheden, bevredigend.

Op basis van dit oordeel kon ons inziens het boedeltekort op grond van de primaire vordering van de curator ex artikel 2:300a jo. artikel 2:138 BW worden toegewezen. De rechtbank wees het boedeltekort echter toe op grond van artikel 2:9 BW. De rechtbank licht die keuze niet toe. Het lijkt ons, gelet op wat wij hiervóór hebben betoogd, onjuist. Bij toewijzing van de vordering ex artikel 2:9 BW diende de rechtbank de door de rechtspersoon geleden schade te begroten door de daadwerkelijke financiële positie van de stichtingen te vergelijken met de financiële positie in de hypothetische situatie dat de bestuurder geen ontuchtige handelingen had gepleegd. In die hypothetische situatie waren de activiteiten van de betreffende scholen niet gestopt en waren de inkomsten van de rechtspersoon niet opgedroogd, aldus de rechtbank. De schade van de rechtspersoon bestond in dit geval dus uit de misgelopen inkomsten over toekomstige jaren. Het boedeltekort is niet relevant. Het is zelfs denkbaar dat de curator iets heeft laten liggen door enkel het boedeltekort te vorderen. In een geval als dit zou het immers goed kunnen dat de rechtspersoon méér inkomsten is misgelopen dan dat hij crediteuren onbetaald heeft gelaten. In dat geval zou de schade van de rechtspersoon het boedeltekort overstijgen.

4 De schade die de curator ex artikel 2:9 BW kan vorderen

De vraag welke schade de curator ex artikel 2:9 BW kan vorderen, hangt af van het specifieke ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur dat zich feitelijk heeft voorgedaan. De mogelijke feitelijke omstandigheden zijn legio. Wij zullen niet proberen alle mogelijkheden in kaart te brengen. Wel wijzen wij erop dat vermogensschade zowel geleden verlies als gederfde winst omvat (art. 6:96 lid 1 BW).

Het vorderen van vergoeding voor geleden verlies op grond van artikel 2:9 BW zal vaak voor de hand liggen. Een veelvoorkomende variant van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur is bijvoorbeeld het doen van privéonttrekkingen door de bestuurder. De hiervóór bedoelde vermogensvergelijking leidt er dan toe dat het saldo van de onttrekkingen door de curator als schade van de rechtspersoon bij de bestuurder kan worden gevorderd.

Een voorbeeld hiervan is de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de Hoge Raad van 25

juni 2010.[21] De curator vorderde in deze zaak op grond van artikel 2:9 BW en op grond van artikel 6:162 BW terugbetaling van (1) door de bestuurder gedane geldopnamen in privé ten laste van de gefailleerde vennootschap en (2) door de vennootschap aan de bestuurder betaalde facturen voor niet-verrichte werkzaamheden (spookfacturen). Het als gevolg daarvan door de rechtspersoon geleden verlies werd door het hof toegewezen op grond van artikel 2:9 BW.[22]

Naast het vorderen van geleden verlies is het voor de curator interessant om te bezien of ook gederfde winst kan worden gevorderd. In de situatie dat een rechtspersoon is gefailleerd en er naar het oordeel van de curator sprake is van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur, kan het immers goed zijn dat het onbehoorlijk bestuur het faillissement heeft veroorzaakt en dat daardoor toekomstige winsten zijn gederfd. Dat was bijvoorbeeld het geval in de hiervoor besproken zaak Schreurs q.q./Schoolbestuurder. Als de ontuchtige handelingen niet hadden plaatsgevonden, had de school mogelijk nog tientallen jaren haar activiteiten kunnen voortzetten en daarmee winst kunnen maken.

In hoeverre gederfde winst voor vergoeding in aanmerking komt, zal afhangen van het antwoord op de vraag in hoeverre de gederfde winst als een gevolg van het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur kan worden toegerekend (art. 6:98 BW). De mate van voorzienbaarheid van de gederfde winst ten tijde van het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur zal daarbij een rol spelen. Voor zover de omvang van de gederfde winst niet nauwkeurig kan worden vastgesteld – en dat zal vaak het geval zijn –, kan deze worden geschat (art. 6:97 BW). De rechter dient daarbij te motiveren hoe hij de schade heeft geschat,[23] maar aan die motivering worden geen hoge eisen gesteld.[24]

De praktijk zal moeten uitwijzen of rechters in voorkomende gevallen bereid zijn gederfde winst toe te wijzen op grond van artikel 2:9 BW. Wij kunnen ons voorstellen dat rechters daarmee terughoudend zullen zijn. Maar voor curatoren is het in ieder geval interessant om gederfde winst te vorderen. Het is goed denkbaar dat die schade het boedeltekort overstijgt. Het instellen van een dergelijke vordering kan dan voor de curator aanmerkelijke meerwaarde hebben naast de vordering ex artikel 2:248 BW, zowel qua potentiële opbrengst als wat betreft de onderhandelingspositie jegens de bestuurder.

5 De relatie tussen de vordering ex artikel 2:9 en artikel 2:248 BW in de praktijk

Het voorgaande leidt ons tot de conclusie dat curatoren er goed aan doen een vordering ex artikel 2:9 BW zelfstandig te behandelen naast een vordering ex artikel 2:248 BW. Niet alleen verschillen beide grondslagen op wezenlijke punten van elkaar, de vordering ex artikel 2:9 BW kan de vordering ex artikel 2:248 BW ook overstijgen.

Wij zouden zelfs nog een stap verder willen gaan. In feite moet de rechter altijd eerst oordelen over de vordering ex artikel 2:9 BW, voordat hij oordeelt over een vordering ex artikel 2:248 BW. De rechter kan het boedeltekort ex artikel 2:248 BW namelijk pas begroten nadat op de artikel 2:9 BW-vordering is beslist en het resultaat van de incasso daarvan bekend is. Lukt het de curator om met een vordering ex artikel 2:9 BW een bedrag in de boedel te krijgen, dan neemt daarmee het boedeltekort immers af (doordat het actief in de boedel is verhoogd).[25] De vorderingen ex artikel 2:9 BW en ex artikel 2:248 BW zijn dus tot op zekere hoogte communicerende vaten.

Dit laatste betekent overigens dat als de vordering ex artikel 2:9 BW de vordering ex artikel 2:248 BW niet overstijgt en beide voor toewijzing in aanmerking komen, de vordering ex artikel 2:9 BW – los van eventuele verschillen (zie par. 2) – geen meerwaarde heeft voor de curator. Echter, of dit zo is, weet de curator pas achteraf, en niet al op het moment dat de curator de bestuurder(s) aansprakelijk stelt of de dagvaarding uitbrengt. Het mogelijke gebrek aan meerwaarde doet er dus niet aan af dat curatoren er goed aan doen de vordering ex artikel 2:9 BW zelfstandig te behandelen naast de vordering ex artikel 2:248 BW.

Relevant is nog dat wanneer de schade van de rechtspersoon hoger is dan het boedeltekort, en die schade met succes door de curator op grond van artikel 2:9 BW wordt geïncasseerd, er een overschot achterblijft in de boedel. Dat overschot komt dan in beginsel toe aan de aandeelhouders (art. 2:23b lid 1 BW). Voor dat geval hebben Kroeze en Wezeman[26] zich de vraag gesteld of de curator ook de (financiële) belangen van de aandeelhouder(s) moet behartigen door naast de vordering ex artikel 2:248 BW ook de vordering ex artikel 2:9 BW in te stellen.[27] Dit kan de curator immers met weinig extra inspanning bewerkstelligen, aldus Kroeze en Wezeman, terwijl de aandeelhouders zelf voor afgeleide schade geen rechtstreekse vergoeding van de bestuurder(s) kunnen vorderen.[28] Wij denken dat dit vooral een theoretische discussie is, omdat, zoals gezegd, in de praktijk voorafgaand aan een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure niet bekend zal zijn of er daadwerkelijk een overschot in de boedel zal vloeien. Dit hangt van veel factoren af, zoals of de vordering ex artikel 2:9 BW zal worden toegewezen, wat de omvang van de begrote schade is, of de rechter de schadevergoedingsverplichting zal matigen, de mate van verhaal die mogelijk is op de bestuurder(s), of tussentijds een schikking zal worden bereikt, enzovoort. Kortom, de curator zal meestal pas achteraf, nadat de vordering(en) ex artikel 2:9 BW is (zijn) geïncasseerd, weten of er een overschot in de boedel terecht zal komen en of hij mede heeft opgetreden in het belang van de aandeelhouders. Tot die tijd is het in het belang van de schuldeisers om de vordering ex artikel 2:9 BW, net als elk ander boedelactief, te gelde te maken (art. 68 jo. art. 176 Fw).[29]

6 Conclusie

In dit artikel hebben wij uiteengezet dat de vordering ex artikel 2:9 BW een zelfstandig karakter heeft naast artikel 2:248 BW. Curatoren zouden artikel 2:9 BW niet slechts als subsidiaire grondslag naast artikel 2:248 BW in stelling moeten brengen, omdat tussen beide grondslagen aanmerkelijke verschillen bestaan, en met name omdat op beide gronden iets anders wordt gevorderd. Een vordering ex artikel 2:248 BW strekt ertoe de schuldeisers schadeloos te stellen door aanzuivering van het boedeltekort. Een vordering ex artikel 2:9 BW heeft als doel om de rechtspersoon schadeloos te stellen door deze in de vermogenstoestand te brengen die hij zou hebben gehad als het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur niet zou hebben plaatsgevonden. Bovendien is denkbaar dat op grond van artikel 2:9 BW, met name vanwege gederfde winst, een hoger bedrag kan worden gevorderd dan op grond van artikel 2:248 BW. Ten slotte kan het boedeltekort pas worden vastgesteld nadat het resultaat van de incasso van een toegewezen vordering ex artikel 2:9 BW bekend is.

Er is dus alle reden voor curatoren om de vordering ex artikel 2:9 BW veel meer dan op dit moment gebruikelijk is als een zelfstandige vordering naast artikel 2:248 BW te behandelen. Dat voorkomt de potentiële verwaarlozing van een belangrijk boedelactief.

Noten

[1] De curator zal over de bevindingen uit zijn onderzoek jegens de toezichthoudend rechter-commissaris moeten rapporteren, wat in de praktijk gebeurt in standaard faillissementsverslagen (art. 73a Fw) onder het kopje 'rechtmatigheid', zie bijlage A-2 bij de Recofa-richtlijnen (www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Recofa-richtlijnen-voor-faillissementen-en-surseances-van-betaling.pdf).

[2] Zie HR 18 september 2009, JOR 2010/29 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (Stichting Derdengelden Simon), r.o. 3.4: 'De aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge de artt. 2:138 en 2:248 BW is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap maar een aansprakelijkheid jegens de boedel.'

[3] In het navolgende zullen wij voor het gemak de vorderingen ex art. 2:138/248 BW aanduiden als de vordering ex art. 2:248 BW, omdat deze grondslag (voor de BV) in de praktijk het meest wordt gebruikt.

[4] Zie over dat zelfstandige karakter uitgebreid M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, De curator en interne aansprakelijkheid, in: De gereedschapskist van de curator (INSOLAD Jaarboek 2015), Deventer: Wolters Kluwer, p. 1-22.

[5] Zie bijv. voor de NV art. 2:129 lid 5 BW, voor de BV art. 2:239 lid 5 BW en voor stichtingen impliciet art. 2:298 BW. Vgl. art. 9 lid 3, tweede volzin, in het wetsvoorstel bestuur en toezicht

rechtspersonen, te raadplegen via:

www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/06/13/wetsvoorstel-bestuur-en-toezicht-rechtspersonen.

[6] HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven).

[7] HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (Panmo).

[8] HR 3 april 2003, JOR 2003/134 m.nt. Borrius (Skipper Club), r.o. 3.5; zie ook par. 7 van de noot.

[9] HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1.

[10] Zie hierover Asser 2-I* De rechtspersoon, 2015/208, Toepassing maatstaf ernstig verwijt bij externe aansprakelijkheid: 'De benadering van de Hoge Raad sluit aan bij art. 2:138/2:248 BW, waarin immers sprake is van een externe aansprakelijkheid, maar als maatstaf geldt "kennelijk onbehoorlijk bestuur", een maatstaf die m.i. niet wezenlijk verschilt van de ernstig verwijt maatstaf.' Zie ook recent L. Timmerman, Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid, WPNR 2016/7105, p. 324-330. Vgl. Parl. Gesch. Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3-4: 'In de voorgestelde artikelen wordt aansluiting gezocht bij artikel 8 Boek 2 BW, waar het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid is geformuleerd als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon "tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak".'

[11] Parl. Gesch. Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 6: 'Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW is voorts vereist dat het onbehoorlijke bestuur leidt tot schade voor de vennootschap.'

[12] Vgl. T.T. van Zanten & B.F. Assink, Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!, TvI 2008/25.

[13] Parl. Gesch. Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3-4: '(...) dat de curator een bijna onvervulbare bewijslast heeft. Hij moet aantonen dat "de toestand der vennootschap" te wijten is aan de "grove schuld of grove nalatigheid" van de bestuurder die hij wil aanspreken en hij moet bovendien de omvang aantonen van de schade, die daardoor is veroorzaakt. (...) Om de wettelijke regeling meer effect te doen hebben, is verbetering daarvan noodzakelijk. (...) De curator behoeft voorts alleen [nog] aan te tonen hoe groot het tekort is. Van hem wordt niet – zoals in de huidige artikelen – het vaak niet eenvoudige bewijs van de omvang van de door de tekortkoming ontstane schade verlangd [curs. en toevoeging; FOA & JvB].'

[14] Een voorbeeld van hoe het boedeltekort dient te worden berekend, is te vinden in Rb.

Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5964, r.o. 4.10 e.v.

[15] HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539. Zie in het kader van art. 2:9 BW in dezelfde zin Van Zanten en Assink, die hebben bepleit dat bij een art. 2:9 BW-vordering de schadevergoeding dient te leiden tot 'herstel van de balans in de oorspronkelijke toestand' (Van Zanten & Assink 2008).

[16] Waarbij het boedeltekort wordt berekend exclusief eventuele geïnde bedragen op grond van de art. 2:9 BW-vordering.

[17] De rechtbank schrijft 'primair', maar bedoelt 'subsidiar', zie r.o. 2.7.7.6.

[18] Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats Den Bosch) 30 maart 2016, JOR 2016/153, r.o. 2.9.

[19] Rb. Oost-Brabant 28 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:7243.

[20] Wij laten hier buiten beschouwing of dit handelen in de hoedanigheid van bestuurder betrof.

[21] HR 25 juni 2010, JOR 2010/227 (De Rouw/Dingemans q.q.).

[22] Zie concl. A-G, 2.5 e.v. Het hof wees de vordering ex art. 6:162 BW af, omdat niet was gesteld noch was gebleken dat de schuldeisers van de vennootschap ten gevolge van de onttrekkingen en de spookfacturen waren benadeeld. Geen van de schuldeisers uit de periode dat de verweten gedragingen plaatsvonden, had in het faillissement een vordering ingediend (concl. A-G, 2.1-2.4). Deze zaak laat dus niet alleen zien dat een curator op grond van art. 2:9 BW geleden verlies van de rechtspersoon kan vorderen, maar ook duidelijk het verschil tussen de door de rechtspersoon zelf geleden schade (ex art. 2:9 BW) en de door de schuldeisers geleden schade (in casu op grond van art. 6:162 BW, maar net zo goed ook op grond van art. 2:248 BW).

[23] HR 25 oktober 2002, NJ 2003/171 m.nt. MS (Verhoeven c.s./Lammers c.s. en Gemeente Heeze-Leende/Lammers c.s.).

[24] HR 17 februari 2006, RvdW 2006/205 (Royal & Sun Alliance c.s./Polygram).

[25] Dit geldt ook in het geval de aansprakelijk gestelde bestuurder een tegenvordering (denk aan salaris of managementfee die de bestuurder nog tegoed heeft, of voorgesloten kosten) met de schuld ex art. 2:9 BW aan de rechtspersoon in verrekening brengt. In dat geval neemt het boedeltekort immers ook af (doordat het passief in de boedel is verlaagd).

[26] Kroeze & Wezeman 2015, p. 1-22.

[27] De Rechtbank Midden-Nederland stelde zelfs de vraag of de curator überhaupt schade kan vorderen die het boedeltekort overstijgt. Zie Rb. Midden-Nederland 29 augustus 2013, JOR 2013/237 (Landis), r.o.12.2: 'De hoogte van de schade die een gevolg is van de schending van artikel 2:9 BW is nog volstrekt onduidelijk. Bovendien zal in de schadestaatprocedure moeten worden beslist *over de vraag of de curatoren in dit geval de schade die uitstijgt boven het tekort kunnen vorderen* [curs. FOA & JvB].' Naar onze mening moet deze vraag zonder meer bevestigend worden beantwoord. Een 2:9-vordering is een actief van de boedel. Er is geen reden waarom de curator dat actief niet ten volle zou kunnen te gelde maken, net als ieder ander actief.

[28] HR 2 december 1994, NJ 1994/288 (Poot/ABP).

[29] Tenzij de curator op de voet van art. 176 lid 2 Fw van de rechter-commissaris toestemming verkrijgt om een bepaald boedelactief niet te (hoeven) vereffenen.

ANNOTATIE

Rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade van een vennoot in een personenvennootschap

T.D.J. Oosterink

Schade aan het vermogen van een personenvennootschap heeft voor de individuele vennoten zowel rechtstreekse als afgeleide schade tot gevolg. De auteur onderzoekt hoe dit zit en of individuele vennoten die beide schadesoorten buiten de personenvennootschap om op de schadetoebrenger kunnen verhalen. Hij doet dit naar aanleiding van lagere rechtspraak en in het licht van het Poot/ABP-arrest.

1 Inleiding

Indien schade is toegebracht aan het vermogen van een personenvennootschap, zijn de vennoten in die personenvennootschap degenen die schade lijden. De vennoten lijden allereerst schade aan hun gemeenschappelijke vennootschapsvermogen. Daarnaast lijden de vennoten schade aan hun afzonderlijke privévermogens. Zo nu en dan probeert een vennoot de schade aan het vennootschapsvermogen en/of zijn privévermogen rechtstreeks op de schadetoebrenger te verhalen. Het is de vraag of dat kan.

In een aan de Rechtbank Groningen voorgelegde zaak vorderden enkele commanditaire vennoten in eigen naam vergoeding van de schade die de beherend vennoot aan het vennootschapsvermogen had toegebracht. De rechtbank staat dit toe. De schade van de commanditaire vennoten valt volgens de rechtbank namelijk samen met de schade van de commanditaire vennootschap.[1] In een zaak voor het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden stelde de beherend vennoot enkele commanditaire vennoten rechtstreeks aansprakelijk voor de waardevermindering van zijn participaties in de commanditaire vennootschap. Die schade aan zijn privévermogen was ontstaan doordat de aangesproken commanditaire vennoten schade aan het vennootschapsvermogen hadden toegebracht. Het hof wijst de vordering van de beherend vennoot af. De leer van de afgeleide schade zou aan toewijzing van die vordering in de weg staan.[2]

Ik onderzoek in paragraaf 2 of de Rechtbank Groningen de commanditaire vennoten terecht in

staat heeft gesteld de beherend vennoot rechtstreeks aan te spreken voor de schade aan het vennootschapsvermogen. In paragraaf 3 analyseer ik waarom schade aan het vennootschapsvermogen afgeleide schade aan de afzonderlijke privévermogens tot gevolg heeft. Daarop volgend vraag ik mij af of het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de in het Poot/ABP-arrest neergelegde regel terecht op de commanditaire vennootschap heeft toegepast. Ik sluit in paragraaf 4 af met een conclusie.

2 Individuele vennoten kunnen rechtstreekse schade nooit rechtstreeks vorderen

2.1 Vennoten zijn gezamenlijk rechthebbende van het vennootschapsvermogen

Een personenvennootschap is een bijzondere, op samenwerking gerichte overeenkomst tussen personen. Van die overeenkomst bestaan drie varianten: de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. De maatschap wordt beheerst door de wettelijke bepalingen die zijn opgenomen in titel 9 van Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek (BW). De wettelijke regeling voor de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap is verspreid over voornoemde titel uit het BW en titel 3 van het Wetboek van Koophandel (WvK). De vennoten in een personenvennootschap beschikken over een gemeenschappelijk vermogen. Dat vermogen bestaat uit actief en passief. Dit geheel duid ik aan met ‘afgescheiden vermogen’. Met ‘vennootschapsvermogen’ refereer ik slechts aan het actief.

In de Groningse zaak heeft de beherend vennoot heimelijk actief aan het afgescheiden vermogen onttrokken. De rechthebbende van dit vermogen lijdt rechtstreekse schade. Maar wie is dat? De Rechtbank Groningen oordeelt dat een personenvennootschap geen zelfstandige drager van rechten en verplichtingen is. Het vennootschapsvermogen komt toe aan de samenwerkende vennoten.[3] De vennoten lijden volgens de rechtbank rechtstreekse schade aan *hun* vennootschapsvermogen. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden komt daarentegen tot de conclusie dat een personenvennootschap een van de vennoten te onderscheiden rechtssubject is.[4] De personenvennootschap lijdt volgens het hof rechtstreekse schade aan haar vennootschapsvermogen.

Dit oordeel van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is naar mijn mening in strijd met geldend recht. Rechtssubjecten zijn subjecten aan wie het objectieve recht de kwaliteit toekent zelfstandig drager van rechten en verplichtingen te kunnen zijn.[5] Het objectieve recht kent die eigenschap toe aan natuurlijke personen en rechtspersonen. In privaatrechtelijke context ontlenen natuurlijke personen en rechtspersonen hun rechtssubjectiviteit aan artikel 1:1 respectievelijk artikel 2:5 BW.[6]

Personen nemen niet alleen als individu, maar ook als collectief deel aan het rechtsverkeer.

Een personenvennootschap is zo'n collectief. Het rechtsverkeer wordt echter grotendeels beheerst door privaatrechtelijke regels die op individuen zijn afgestemd.[7] Daarom zijn oplossingen verzonnen om groepen aan het rechtsverkeer te kunnen laten deelnemen. Het concept 'rechtspersoon' is een van die oplossingen.[8] Dat concept stelt een collectief in staat om onafhankelijk van zijn leden – als zelfstandig persoon – aan het rechtsverkeer deel te nemen. Niet elke groep van samenwerkende personen is een rechtspersoon. Dit geldt slechts voor groepen die in het recht als persoon worden erkend.[9] Daar zit wat betreft personenvennootschappen het probleem. De wetgever heeft geen van de personenvennootschappen tot op heden rechtspersoonlijkheid toegekend. De Hoge Raad wijst rechtspersoonlijkheid van personenvennootschappen expliciet af.[10] Personenvennootschappen bezitten daarom (vooralsnog) geen rechtspersoonlijkheid.[11]

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden onderkent dit.[12] Desondanks kwalificeert het de commanditaire vennootschap als zelfstandig rechtssubject. Maar bij gebreke van rechtspersoonlijkheid kan een personenvennootschap geen zelfstandig drager van rechten en verplichtingen zijn. Het vennootschapsvermogen is hooguit in metaforische zin 'van' de personenvennootschap.[13] In juridische zin is het vennootschapsvermogen van de vennoten gezamenlijk. In de woorden van de Werkgroep Personenvennootschappen:

'Wegens het ontbreken van rechtspersoonlijkheid worden de verhoudingen toegerekend aan de gezamenlijk handelende vennoten.'[14]

Iets anders is dat er goede argumenten zijn om personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Onder de schrijvers die zich bezighouden met personenvennootschappen bestaat een breed gedeelte behoefte om personenvennootschappen efficiënter aan het rechtsverkeer te laten deelnemen.[15] Dat rechtvaardigt toekenning van rechtspersoonlijkheid aan (openbare) personenvennootschappen.[16] Daar komt bij dat personenvennootschappen – nota bene volgens de Hoge Raad zélf – in het maatschappelijk verkeer al worden gezien als van de vennoten te onderscheiden rechtssubject.[17] Desondanks weigert de Hoge Raad personenvennootschappen als rechtspersoon te erkennen. Hij toont zich slechts bereid personenvennootschappen in bepaalde omstandigheden te behandelen alsof zij rechtssubject zijn.[18]

Blanco Fernández leidt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad af dat personenvennootschappen zelfstandig drager van rechten en verplichtingen kunnen zijn zonder (rechts)persoonlijkheid te bezitten.[19] Maar persoonlijkheid gaat, zoals vermeld, aan rechtssubjectiviteit vooraf. De 'rechtspersoon' is juist in het leven geroepen om een collectief in staat te stellen zelfstandig aan het rechtsverkeer deel te nemen. De wetgever heeft op het

punt bestaan (openbare) personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Maar de ontwerptitel 7.13 BW is in 2011 ingetrokken. De Werkgroep Personenvennootschappen heeft de wetgever in september 2016 opnieuw verzocht personenvennootschappen als rechtspersoon te erkennen. Het is momenteel onduidelijk of de wetgever de handschoen deze keer wel oppakt. Tot die tijd is geen andere conclusie mogelijk dan dat het vennootschapsvermogen van de gezamenlijke vennoten is, met 'alle moeizame dogmatische onderscheidingen'[20] van dien.

2.2 Individuele vennoten houden ieder afzonderlijk een onverdeeld aandeel in het gemeenschappelijke vennootschapsvermogen

Die moeizame dogmatische onderscheidingen komen voort uit het feit dat ons privaatrecht grotendeels op individuen is toegesneden. In het goederenrecht, bijvoorbeeld, is het uitgangspunt dat een goed één rechthebbende heeft.[21] Die rechthebbende mag in beginsel naar eigen inzicht gebruik maken van de aan dat goed verbonden bevoegdheden, zoals die van beheer, gebruik, genot en beschikking. Maar de economische realiteit is dat goederen vaak van meerdere personen zijn. Naast het concept 'rechtspersoon' is er nog een andere manier om de juridische werkelijkheid met deze economische realiteit in overeenstemming te brengen. Die meerdere personen kunnen hun zelfstandigheid behouden als zij ten aanzien van het gedeelde goed als eenheid optrekken. De wet faciliteert dit met de rechtsfiguur 'gemeenschap' (titel 3.7 BW). Een in gemeenschap gehouden goed heeft meerdere rechthebbenden, ook wel 'deelgenoten' genoemd. Die deelgenoten kunnen als eenheid gebruik maken van de bevoegdheden die zijn verbonden aan het gemeenschappelijke goed.

Om als eenheid te kunnen optrekken hebben deelgenoten zich aan afspraken en regels te houden. De positie van een deelgenoot vindt haar weerslag in het onverdeeld aandeel dat hij in het gemeenschappelijke goed heeft. Een onverdeeld aandeel is een zelfstandig vermogensrecht, en dus een zelfstandig goed (art. 3:6 jo. art. 3:1 BW).[22] Zo'n onverdeeld aandeel stelt een individuele deelgenoot niet in staat zelfstandig gebruik te maken van de bevoegdheden die zijn verbonden aan het gemeenschappelijke goed. De deelgenoten delen die bevoegdheden. Het onverdeeld aandeel verschilt daarin van een beperkt recht. In dat geval zijn de aan een goed verbonden bevoegdheden verdeeld.[23] Een deelgenoot kan een met hem gedeelde bevoegdheid slechts samen met de andere deelgenoten uitoefenen. Daarentegen kan een beperkt gerechtigde de hem toebedeelde bevoegdheid zelfstandig uitoefenen.[24] Onverdeelde aandelen stellen deelgenoten in staat gezamenlijk gebruik te maken van de bevoegdheden die zijn verbonden aan het gemeenschappelijke goed. Onverdeelde aandelen kunnen daarom niet los worden gezien van het gemeenschappelijke goed waarvan zij onderdeel uitmaken.[25]

De algemene regels voor deelgenoten in gemeenschappen zijn neergelegd in afdeling 3.7.1 BW. Voor deelgenoten in gemeenschappen als genoemd in artikel 3:189 BW zijn op diverse plekken in de wet bijzondere regels opgenomen.[26] Die regels zijn afgestemd op de bijzondere doelen waarvoor die gemeenschappen kunnen worden gevormd.[27] De vennootschappelijke gemeenschap is zo'n aan bijzondere regels onderworpen gemeenschap. Het doel waarvoor vennoten goederen in gemeenschap bijeenbrengen, is het behalen van gezamenlijk voordeel ((art. 1 jo. art. 15 WvK jo.) art. 7A:1655 BW). De relevante regels kunnen worden gevonden in titel 9 van Boek 7A BW, titel 3 WvK en de jurisprudentie.

De algemene regel is dat deelgenoten vrijelijk over hun onverdeelde aandelen in gemeenschapsgoederen kunnen beschikken (art. 3:175 lid 1 BW). Schuldeisers van deelgenoten kunnen die onverdeelde aandelen uitwinnen (art. 3:276 jo. art. 3:175 lid 3 BW). Maar vennoten brengen goederen juist in gemeenschap bijeen om die ten gunste van hen gezamenlijk aan te wenden. Dit gezamenlijke doel komt in gevaar als individuele vennoten of hun privéschuldeisers verdeling van gemeenschapsgoederen kunnen vorderen om de daarin gehouden onverdeelde aandelen ten gunste van zichzelf te gelde te maken. Daarom heeft de Hoge Raad voor vennootschappelijke gemeenschappen een bijzondere regel ontwikkeld: in afwijking van de algemene regel kunnen individuele vennoten niet vrijelijk over hun onverdeelde aandelen in gemeenschapsgoederen beschikken en kunnen privéschuldeisers ten aanzien van die onverdeelde aandelen geen verhaalsmaatregelen treffen.[28] Onverdeelde aandelen in vennootschappelijke gemeenschapsgoederen vallen daarom buiten het bereik van de individuele vennoten en hun privéschuldeisers, ook al behoren die onverdeelde aandelen tot de vermogens van die vennoten.

Ook de gemeenschapsgoederen vallen buiten het bereik van de individuele vennoten en hun privéschuldeisers. Als zodanig maken gemeenschappelijke goederen namelijk geen onderdeel uit van de vermogens van de vennoten. In de afzonderlijke vermogens van de individuele vennoten bevinden zich slechts de in die gemeenschapsgoederen gehouden onverdeelde aandelen. Vennoten kunnen wel in gezamenlijk verband over de in gemeenschap gehouden goederen beschikken. In het verlengde daarvan kunnen gemeenschapsschuldeisers zich op gemeenschapsgoederen verhalen.[29] Zij hoeven de daarin gehouden onverdeelde aandelen niet afzonderlijk uit te winnen.[30] Omdat gemeenschapsgoederen slechts tot verhaal van gemeenschapsschulden strekken, wordt het geheel van gemeenschapsgoederen en gemeenschapsschulden wel aangeduid met 'afgescheiden vermogen'. [31]

Als de vennootschapsovereenkomst wordt ontbonden, komt de vennootschappelijke samenwerking ten einde. Het afgescheiden vermogen moet dan worden vereffend. De afdelingen 3.7.1 en 3.7.2 BW, eventueel aangevuld met de artikelen 30 tot en met 34 WvK, beheersen die vereffening. Dit volgt uit artikel 3:189 lid 2 BW. Gemeenschapsschuldeisers

nemen ook na ontbinding een exclusieve verhaalspositie in ten aanzien van de gemeenschapsgoederen.[32] Een eventueel overschot wordt volgens de gemaakte afspraken onder de vennoten verdeeld en gaat onderdeel uitmaken van hun privévermogens. In geval van een tekort kan het faillissement van de personenvennootschap worden aangevraagd. Het faillissementsbeslag treft dan de goederen die in het afgescheiden vermogen vallen. De curator wordt geacht de opbrengst van die goederen onder de gemeenschapsschuldeisers te verdelen.

Gemeenschapsschuldeisers kunnen hun vorderingen ook geheel of gedeeltelijk op privégoederen van de vennoten verhalen.[33] Het is daarom niet uitgesloten dat gemeenschapsschuldeisers alsnog worden betaald. Vertoont het privévermogen van de aangesproken vennoot een tekort, dan kan die vennoot in privé failliet worden verklaard. Het faillissementsbeslag omvat dan alle goederen die onderdeel uitmaken van zijn vermogen, behalve zijn onverdeelde aandelen in de afzonderlijke gemeenschapsgoederen. Die behoren als samenstellende delen van die gemeenschapsgoederen tot het afgescheiden vermogen. Kortom: vennoten kunnen zowel gezamenlijk (q.q.) als individueel (pro se) failleren. Het gezamenlijke faillissement kan een privéfaillissement tot gevolg hebben. Noodzakelijk is dat echter niet.[34]

2.3 Individuele vennoten kunnen schade aan hun onverdeelde aandelen nooit rechtstreeks vorderen

In de zaak voor de Rechtbank Groningen had de beherend vennoot de bankrekening van de commanditaire vennootschap geplunderd. De gemeenschappelijke vordering op de bank uit hoofde van een positief banksaldo was waardeloos geworden. Omdat de vereisten voor aansprakelijkheid waren vervuld, was voor die schade een schadevergoedingsvordering in de plaats getreden. De commanditaire vennoten procedeerden in eigen naam. Zij vorderden daarom geen volledige betaling van die schadevergoedingsvordering. Zij vorderden slechts betaling voor zover die gemeenschappelijke vordering op grond van hun onverdeelde aandelen aan hen toekwam. De rechtbank staat dit toe, en wel omdat:

‘de schade van de gezamenlijke vennoten geheel samenvalt met de schade van de C.V., zodat ieder der commanditaire vennoten zijn aandeel in de schade kan vorderen’.[35]

De Rechtbank Groningen stelt de commanditaire vennoten dus in staat de onverdeelde aandelen die zij in de gemeenschappelijke schadevergoedingsvordering hielden, te gelde te maken. Ik heb sterke twijfels bij dit oordeel. De volgende belangen dienen in dit verband te worden afgewogen. Aan de ene kant de belangen van de individuele vennoten en hun privéschuldeisers. De individuele vennoten wensen vrijelijk over hun goederen te kunnen beschikken en hun privéschuldeisers zouden zich op al die goederen willen kunnen verhalen.

Aan de andere kant de belangen van de gezamenlijke vennoten en hun gezamenlijke schuldeisers. De vennoten hebben er in hun gezamenlijke verband belang bij dat gemeenschapsgoederen slechts ten gunste van het collectief kunnen worden aangewend. De gemeenschapsschuldeisers zouden graag zien dat gemeenschapsgoederen in het bijzonder hun tot verhaal strekken.[36]

De Hoge Raad laat deze belangenafweging in het nadeel van de individuele vennoten en hun privéschuldeisers uitvallen. Hij heeft namelijk de regel ontwikkeld dat onverdeelde aandelen in gemeenschapsgoederen buiten het bereik van de individuele vennoten en hun privéschuldeisers liggen. Sterker nog, zelfs als de vennoten niet meer gezamenlijk optrekken en geen gezamenlijke schuldeisers meer hebben, delven de belangen van de individuele vennoten en hun privéschuldeisers het onderspit. Dat was bijvoorbeeld het geval in de casus die aan het Van den Broeke/Van der Linden-arrest ten grondslag ligt.[37] Daarin vormden de gebrouilleerde procespartijen gezamenlijk een al jaren niet meer actieve vennootschap onder firma. Die vennootschap onder firma had een vordering op Van der Linden. Dat wil zeggen: Van den Broeke en Van der Linden hadden q.q. gezamenlijk een vordering op Van der Linden pro se. Daar stond tegenover dat de vennootschap onder firma een schuld aan Van der Linden had. Van den Broeke voorzag vanwege het gerezen conflict problemen met de inning van de gezamenlijke vordering op Van der Linden. Daarom wenste Van den Broeke de gemeenschappelijke vordering op Van der Linden te verrekenen met de gemeenschapsschuld aan Van der Linden, voor zover die vordering op grond van het daarin gehouden onverdeelde aandeel aan hem toekwam.

Advocaat-generaal Vranken staat dit in zijn conclusie voor dit arrest toe. De belangen van de gezamenlijke vennoten en hun gezamenlijke schuldeisers kunnen geen gewicht meer in de schaal leggen. De vennootschappelijke samenwerking is geëindigd en van gemeenschapsschulden is niet gebleken. De belangenafweging dient daarom in het voordeel van Van den Broeke uit te vallen. Vranken schrijft:

‘Los van al deze juridische argumenten vind ik het ook praktisch als Van den Broeke in een geval als het onderhavige Van der Linden rechtstreeks kan aanspreken, beter: vind ik het uiterst onpraktisch en eigenlijk een zinloze omweg wanneer Van den Broeke (alsnog) gedwongen wordt zijn vordering in te kleden als namens de vennootschap ingesteld. De vennootschapsbelangen worden hiermee niet gediend, Van der Linden heeft er geen rechtens te respecteren voor- of nadeel van en vennootschapscrediteuren die in hun verhaalsmogelijkheden benadeeld zouden kunnen worden, zijn er niet, althans is daarvan niet gebleken.’[38]

Maar de Hoge Raad staat Van den Broeke niet toe zijn onverdeeld aandeel in de

gemeenschappelijke schadevergoedingsvordering door middel van verrekening te gelde te maken. Hij houdt strikt vast aan de regel dat onverdeelde aandelen in gemeenschapsgoederen 'gebonden' zijn en gemeenschapsgoederen (als gevolg daarvan) exclusief gemeenschapsschuldeisers tot verhaal strekken.[39] De hierboven beschreven belangenafweging lijkt te zijn gestold in een regel waarop geen uitzonderingen bestaan. Daarom kan vrij algemeen worden gesteld dat vennoten hun onverdeelde aandelen in gemeenschappelijke vorderingen nooit in eigen naam kunnen innen, overdragen, bezwaren, verrekenen of kwijtschelden.[40] De Rechtbank Groningen heeft de commanditaire vennoten daarom naar mijn mening ten onrechte toegestaan rechtstreeks betaling van hun 'aandeel' in de schade te vorderen.

2.4 Schade aan onverdeelde aandelen is rechtstreekse schade

Het Van den Broeke/Van der Linden-arrest brengt volgens Timmerman met zich dat individuele vennoten schade aan (hun onverdeelde aandelen in) het vennootschapsvermogen niet rechtstreeks op de schadetoebrenger kunnen verhalen.[41] Die conclusie onderschrijf ik. Maar ik volg Timmerman niet in zijn stelling dat die schade aan onverdeelde aandelen afgeleide schade is. Afgeleide schade is, kort gezegd, schade die via een ander vermogen ontstaat.[42] Schade aan onverdeelde aandelen ontstaat niet via een ander vermogen. Schade aan het gezamenlijke vennootschapsvermogen is, afhankelijk van het perspectief, schade aan één of meer gemeenschapsgoederen of schade aan de daarin gehouden onverdeelde aandelen.[43] Vanuit het perspectief van de gezamenlijke vennoten betreft het schade aan één of meer gemeenschapsgoederen. Vanuit het perspectief van de individuele vennoten betreft het schade aan onverdeelde aandelen in die gemeenschapsgoederen. Rechtstreekse schade aan het gemeenschappelijke vennootschapsvermogen is dus rechtstreekse schade aan de daarin gehouden onverdeelde aandelen. Het geheel van gemeenschapsgoederen en gemeenschapsschulden wordt aangeduid met 'afgescheiden vermogen'. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat alléén gemeenschapsschulden op gemeenschapsgoederen kunnen worden verhaald. Maar dit maakt niet dat de in die gemeenschapsgoederen gehouden onverdeelde aandelen in een ander vermogen vallen dan die gemeenschapsgoederen als zodanig. Gemeenschapsgoederen zijn in de vorm van onverdeelde aandelen over de afzonderlijke vermogens van de individuele vennoten verspreid.

Onverdeelde aandelen in gemeenschapsgoederen dienen te worden onderscheiden van aandelen in kapitaalvennootschappen. Onverdeelde aandelen brengen tot uitdrukking dat vennoten in juridisch opzicht mederechthebbende van het vennootschapsvermogen zijn. Onverdeelde aandelen zijn onlosmakelijk verbonden met het gemeenschapsgoed waarvan zij onderdeel uitmaken. Maar de in gemeenschapsgoederen gehouden onverdeelde aandelen reflecteren niet de mate waarin de onderscheiden vennoten aan de financiering van die

goederen hebben bijgedragen. Sterker nog, de juridische en economische belangen die vennoten in de afzonderlijke gemeenschapsgoederen hebben, lopen meestal niet gelijk op.[44] Vennoten houden in beginsel gelijke onverdeelde aandelen in de afzonderlijke gemeenschapsgoederen (art. 3:166 lid 2 BW). Hun inbreng kan echter sterk verschillen. Hiermee wordt bij liquidatie van het gemeenschappelijke vennootschapsvermogen rekening gehouden. Het doel van vennootschappelijke samenwerking is in beginsel namelijk niet om in economisch opzicht een vermogensverschuiving tussen vennoten te bewerkstelligen.[45]

Aandelen in kapitaalvennootschappen brengen daarentegen tot uitdrukking in welke mate aandeelhouders aan de financiering van het vennootschapsvermogen hebben bijgedragen. Dat vermogen is van de kapitaalvennootschap, niet van haar aandeelhouders. De kapitaalvennootschap kan als van haar aandeelhouders te onderscheiden rechtssubject eigen vermogensbestanddelen hebben. De kapitaalvennootschap financiert haar vermogen onder meer met kapitaal dat haar aandeelhouders bijeen hebben gebracht. De tot het vermogen van de aandeelhouder behorende aandelen reflecteren de mate waarin de onderscheiden aandeelhouders aan dat kapitaal hebben bijgedragen. Aandeelhouders investeren met het oog op het behalen van rendement. Aandelen geven daarom recht op een gedeelte van de winst (art. 2:105/216 BW). De waarde van aandelen van aandeelhouders hangt om die reden nauw samen met de toestand waarin het vermogen van de kapitaalvennootschap verkeert.[46]

3 Individuele vennoten kunnen afgeleide schade in beginsel niet rechtstreeks vorderen

3.1 Individuele vennoten lijden afgeleide schade aan hun participaties

Aandelen in kapitaalvennootschappen vertonen gelijkenissen met participaties in personenvennootschappen. 'Participatie' is een veelgebruikte (contractuele) term om aan te geven in welke mate een individuele vennoot in het vermogen van de personenvennootschap heeft geïnvesteerd. Het aantal door een individuele vennoot gehouden participaties bepaalt welk gedeelte van de winst aan hem toekomt ((art. 1 jo. art. 15 WvK jo.) art. 7A:167o BW).[47] Participaties behoren tot de privévermogens van de individuele vennoten. De individuele vennoten hebben pro se een vordering tot betaling van een gedeelte van de winst op de gezamenlijke vennoten q.q.[48] Participaties verminderen in waarde als het afgescheiden vermogen schade is toegebracht. Die schade aan participaties is afgeleide schade. Zij ontstaat namelijk via een ander vermogen dan het vermogen waarvan de participaties onderdeel uitmaken. Participaties lijken daarin op aandelen in kapitaalvennootschappen en verschillen daarin van onverdeelde aandelen in gemeenschapsgoederen.

In de zaak voor het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden vorderde de beherend vennoot onder meer rechtstreekse vergoeding van de waardevermindering van zijn participaties in de

commanditaire vennootschap. Het hof overweegt onder verwijzing naar het Poot/ABP-arrest dat afgeleide schade niet voor rechtstreekse vergoeding in aanmerking komt en wijst de vordering van de beherend vennoot af.[49] Ik onderzoek in de volgende paragrafen of het hof dit op kapitaalvennootschappen toegesneden arrest terecht op de commanditaire vennootschap heeft toegepast.

3.2 Poot/ABP-regel steunt op twee pijlers: relativiteitsleer en belangenafweging

De Poot/ABP-regel houdt in dat een aandeelhouder de waardevermindering van zijn aandelen niet rechtstreeks op de schadetoebrenger kan verhalen als die het gevolg is van een normschending ten opzichte van de kapitaalvennootschap. Ik herhaal de feiten in het licht waarvan de Hoge Raad deze regel heeft geformuleerd. Die zijn van belang voor de beantwoording van de vraag of ook vennoten aan de Poot/ABP-regel kunnen worden onderworpen. Poot B.V. failliede, met als gevolg dat de heer Poot zijn aandelenbelang waardeloos zag worden. De liquiditeitsproblemen van Poot B.V. zouden zijn veroorzaakt doordat het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP) contractbreuk zou hebben gepleegd. De curator in het faillissement van Poot B.V. besloot het ABP niet aansprakelijk te stellen. De heer Poot deed dat wel. Hij wilde dat het ABP de waardevermindering van zijn aandelen zou vergoeden.

De Hoge Raad oordeelt dat ten opzichte van de heer Poot geen norm is geschonden en dat de heer Poot daarom geen grond heeft om het ABP aansprakelijk te houden. De heer Poot valt buiten het beschermingsbereik van de geschonden contractuele norm. Poot B.V. is de partij onder de met het ABP gesloten overeenkomst. De overtreden contractuele norm strekt daarom slechts tot bescherming van het belang van Poot B.V. Deze kapitaalvennootschap is als rechtspersoon namelijk een van de heer Poot te onderscheiden rechtssubject.[50] Ten opzichte van de heer Poot is ook geen andere norm geschonden. De contractbreuk jegens Poot B.V. had wellicht als voorzienbaar gevolg dat de in Poot B.V. gehouden aandelen waardeloos zouden worden. Maar dat bracht niet met zich dat het ABP zich het belang van aandeelhouder de heer Poot in het bijzonder moest aantrekken. De contractbreuk jegens Poot B.V. is volgens de Hoge Raad niet onrechtmatig ten opzichte van de heer Poot.[51]

Een normschending jegens een kapitaalvennootschap houdt niet snel ook een normschending ten opzichte van haar aandeelhouder(s) in.[52] Toch is dit niet geheel ondenkbaar.[53] In zijn conclusie voor het Poot/ABP-arrest geeft advocaat-generaal Hartkamp het voorbeeld van een persoon die ten opzichte van de kapitaalvennootschap normoverschrijdend handelt met het vooropgezette doel om de aandeelhouder in privé te treffen. Hartkamp betoogt dat dit handelen ook ten opzichte van die aandeelhouder normoverschrijdend is.[54] De kapitaalvennootschap en de aandeelhouder hebben dan twee samenlopende

schadevergoedingsvorderingen: één ter vergoeding van rechtstreekse schade en één ter vergoeding van daarvan afgeleide schade.[55]

Het gevolg is dat de aandeelhouder zijn via het vennootschapsvermogen ontstane schade buiten dat vermogen om kan afwikkelen. De vraag is of dat niet te veel afbreuk doet aan de belangen van de kapitaalvennootschap, de bij haar betrokken personen en de schadetoebrenger. De vennootschap zal zelf willen bepalen of de schadetoebrenger aangesproken dient te worden. De bij de vennootschap betrokken personen wier schade via het vennootschapsvermogen wordt afgewikkeld (zoals schuldeisers), hebben er belang bij dat andere betrokken personen de tussen hen geldende rangorde niet kunnen omzeilen. Het is in het belang van de schadetoebrenger dat hij de door de individuele aandeelhouder geleden schade niet tweemaal – dat wil zeggen indirect via het vennootschapsvermogen en rechtstreeks – hoeft te vergoeden en niet hoeft te vrezen voor een oncontroleerbare stroom aan procedures over indirecte gevolgen van zijn handelen.[56]

Dit geval van (subjectieve) samenloop moet evenals ieder ander geval van samenloop worden beoordeeld aan de hand van een afweging van de betrokken belangen.[57] Ik leid uit het Poot/ABP-arrest af dat de Hoge Raad tot uitgangspunt neemt dat via het vennootschapsvermogen ontstane schade ook via dat vermogen moet worden afgewikkeld. Hij laat de belangenafweging in beginsel in het nadeel van de aandeelhouder uitvallen. De overige betrokken belangen wegen in principe zwaarder dan het belang van de aandeelhouder om rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade te kunnen vorderen. Bij die afweging speelt voor de Hoge Raad ook een rol dat aandeelhouders invloed kunnen uitoefenen op de beslissing van de kapitaalvennootschap om vergoeding van de schade aan haar vermogen te vorderen. Hij overweegt:

‘Het ligt op de weg van de vennootschap om ter bescherming van de belangen van allen die bij het in stand houden van haar vermogen belang hebben, van de derde schadevergoeding te vorderen; slaagt zij daarin, dan moet ook de met die schade corresponderende waardevermindering van de aandelen geacht worden ongedaan te zijn gemaakt. Zou de vennootschap het vorderen van schadevergoeding nalaten, dan behoeven de belanghebbenden daarin niet te berusten; het Nederlandse rechtstelsel biedt dan voldoende mogelijkheden om het bestuur van de vennootschap tot het alsnog instellen van de vordering te nopen.’[58]

Kortom, de Poot/ABP-regel steunt op twee zelfstandige pijlers: de relativiteitsleer en een belangenafweging.[59] Als ook ten opzichte van de aandeelhouder een norm is geschonden, vervalt de eerste pijler en komt de tweede pijler in beeld. Zolang de belangenafweging in het nadeel van de aandeelhouder uitvalt, gaat de Poot/ABP-regel op. Maar deze regel vindt geen

toepassing als de belangen van de kapitaalvennootschap, de bij haar betrokkenen en/of de schadetoebrenger in een concreet geval onvoldoende gewicht in de schaal leggen.[60] De aandeelhouder zou zijn afgeleide schade dan rechtstreeks op de schadetoebrenger moeten kunnen verhalen.

3.3 Individuele vennoten kunnen afgeleide schade aan hun participaties in beginsel niet rechtstreeks vorderen

In de aan het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden voorgelegde zaak waren de participaties van de beherend vennoot in waarde verminderd doordat enkele commanditaire vennoten schade aan het vennootschapsvermogen hadden toegebracht. De beherend vennoot probeerde die afgeleide schade rechtstreeks op de commanditaire vennoten te verhalen. Die poging mislukt. Weliswaar hebben de commanditaire vennoten ten opzichte van de commanditaire vennootschap mogelijk een norm overtreden, maar de commanditaire vennootschap is volgens het hof een van haar vennoten te onderscheiden rechtssubject. De beherend vennoot kan daarom geen bescherming ontlenen aan die mogelijk geschonden norm.[61] De schadevergoedingsvordering van de heer Poot is in het Poot/ABP-arrest om dezelfde reden afgewezen.

Maar de commanditaire vennootschap is anders dan een kapitaalvennootschap geen zelfstandig rechtssubject. Ten opzichte van de commanditaire vennootschap te respecteren normen richten zich daarom mede tot de beherend vennoot. Desalniettemin valt de beherend vennoot buiten het beschermingsbereik van de mogelijk geschonden norm. Een benadeelde kan bescherming aan een norm ontlenen, indien die norm de strekking heeft de benadeelde in zijn geschonden belang te beschermen.[62] Om schade met beroep op een overtreden norm te kunnen verhalen, dient die geschonden norm de benadeelde te beschermen tegen de schade zoals hij die heeft geleden (art. 6:163 BW).[63] Een norm die ten opzichte van de commanditaire vennootschap (de vennoten in hun gezamenlijke verband) is overtreden, beoogt de beherend vennoot niet te beschermen tegen afgeleide schade. Zo'n norm strekt niet tot bescherming van de afzonderlijke privébelangen van de individuele vennoten, maar tot bescherming van het gemeenschappelijke belang van de gezamenlijke vennoten. De beherend vennoot kan de schadeveroorzakende vennoten daarom niet op grond van zo'n norm rechtstreeks aansprakelijk houden voor afgeleide schade. Het relativiteitsvereiste staat daaraan in de weg. Maar een vermeend verschil in rechtssubjectiviteit tussen de personenvennootschap en haar vennoten is daarvan niet de reden.

Een ten opzichte van de personenvennootschap te respecteren norm dient te worden onderscheiden van een (specifiek) ten opzichte van de individuele vennoten in acht te nemen norm. Zulke normen bieden mogelijk wél bescherming aan de afzonderlijke privébelangen

van de individuele vennoten. Dit dient in ieder concreet geval afzonderlijk te worden vastgesteld.[64] In de zaak voor het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden betoogde de beherend vennoot dat de commanditaire vennoten ook ten opzichte van hem in privé normoverschrijdend hadden gehandeld. De aangesproken vennoten zouden medevennoten ten aanzien van het functioneren van de beherend vennoot hebben misleid met als doel hem uit de commanditaire vennootschap te stoten. Dit is volgens het hof weliswaar potentieel onrechtmatig jegens de beherend vennoot, maar de beherend vennoot heeft zijn stellingen in dit verband onvoldoende onderbouwd.[65]

Als de beherend vennoot dat naar behoren had gedaan, zou hij een schadevergoedingsvordering op de aangesproken vennoten hebben gehad. Maar dat betekent niet zonder meer dat hij dan met succes rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade had kunnen vorderen. De tweede pijler onder de Poot/ABP-regel komt dan namelijk in beeld: de belangenafweging. De beherend vennoot kan niet rechtstreeks vergoeding van zijn afgeleide schade vorderen als de overige betrokken belangen zwaarder wegen dan zijn privébelang. De overige betrokken belangen zijn die van de personenvennootschap, de bij haar betrokken personen en de schadetoebrenger. Deze belangenafweging valt bij kapitaalvennootschappen in beginsel in het nadeel van de aandeelhouder uit. Het lijkt wat mij betreft weinig twijfel dat dit uitgangspunt ook voor personenvennootschappen geldt. De af te wegen belangen zijn vergelijkbaar. Daar komt voor (beherend) vennoten in een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap bij dat zij behoudens andersluidende afspraak individueel bevoegd zijn in rechte namens de personenvennootschap een schadevergoedingsvordering in te stellen ((art. 19 lid 2 jo.) art. 17 lid 1 WvK). (Beherend) vennoten kunnen dus niet alleen invloed uitoefenen op de beslissing om via het vennootschapsvermogen ontstane schade via dat vermogen ongedaan te maken. Zij hebben die beslissing in principe zelfs in eigen hand.

In de aan het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden voorgelegde zaak kon de via het vennootschapsvermogen ontstane schade niet meer via dat vermogen worden hersteld. De commanditaire vennootschap had afstand gedaan van haar schadevergoedingsvordering op de schadeveroorzakende vennoten. Deze omstandigheid is van groot belang bij de te maken belangenafweging.[66] De belangen van de personenvennootschap, de bij haar betrokken personen en de schadetoebrenger verliezen sterk aan gewicht als de via het vennootschapsvermogen ontstane schade niet meer via dat vermogen kan worden afgewikkeld. Schuldeisers hoeven niet te vrezen dat de vennoot bij hen voorkruipt. Schadetoebrengrers kunnen niet meer tweemaal voor dezelfde schade worden aangesproken. Daar komt bij dat de beherend vennoot de aangesproken vennoten in de zaak voor het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van zeer verwijtbaar gedrag betichtte (uitstoting). Dit zou het gewicht van hun belang nog verder hebben doen dalen. Voorts bevond de commanditaire

vennootschap zich in staat van ontbinding. Haar belang kon daarom nauwelijks nog gewicht in de schaal leggen. Het lijkt mij in het licht van deze omstandigheden op zijn minst verdedigbaar dat de belangenafweging in het voordeel van de beherend vennoot had moeten uitvallen. De beherend vennoot had zijn afgeleide schade rechtstreeks op de schadeveroorzakende vennoten kunnen verhalen – als hij zijn stellingen beter had onderbouwd.

4 Conclusie

Indien schade is toegebracht aan het vermogen van een personenvennootschap, lijden de vennoten rechtstreekse schade aan hun daarin gehouden onverdeelde aandelen en afgeleide schade aan hun participaties. Beide schadeposten dienen via het gemeenschappelijke vennootschapsvermogen ongedaan te worden gemaakt.

Bij rechtstreekse schade aan onverdeelde aandelen bestaat geen ruimte voor een uitzondering op dat uitgangspunt. Ik verwijs naar mijn analyse van het Van den Broeke/Van der Linden-arrest. De Groningse rechtbank had de commanditaire vennoten in de haar voorgelegde zaak daarom niet in staat mogen stellen de schadetoebrenger rechtstreeks voor die schade aan te spreken. In de zaak voor het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden werd de schadevergoedingsvordering van de beherend vennoot afgewezen. Maar dat lag aan de kwaliteit van zijn stellingen. Bij afgeleide schade aan participaties bestaat namelijk wel ruimte voor een uitzondering. Ik verwijs naar mijn beschouwingen over het Poot/ABP-arrest.

Noten

[1] Rb. Groningen 21 december 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BV1373, RO 2012/25, r.o. 4.31, ECLI:NL:RBGRO:2011:BV1384, RO 2012/26, r.o. 4.30.

[2] Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491, JOR 2015/329, r.o. 6.4-6.9. Vergelijkbaar: Rb. Amsterdam 13 augustus 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF3732, RF 2009/6, r.o. 4.4.3.2.

[3] Rb. Groningen 21 december 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BV1373, RO 2012/25, r.o. 4.31, ECLI:NL:RBGRO:2011:BV1384, RO 2012/26, r.o. 4.30.

[4] Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491, JOR 2015/329, r.o. 6.7.

[5] S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber onder nr. 5 in hun JOR-noot onder HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, JOR 2015/181 (VDV Totaalbouw), onder verwijzing naar relevante literatuur.

- [6] M.J. Kroeze, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon, Deventer: Kluwer 2015, nr. 55. Overigens is de rechtssubjectiviteit van natuurlijke personen zowel in privaats- als in publiekrechtelijke context meeromvattend dan die van rechtspersonen. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/57 en 59.
- [7] W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, A. Pitlo's Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2012, nr. 406.
- [8] Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/19.
- [9] Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/42 en 137.
- [10] Zie HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, JOR 2013/133 (Biek Holdings), r.o. 3.4.2 en HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, JOR 2015/181 (VDV Totaalbouw), r.o. 3.4.
- [11] Zie anders M.J.G.C. Raaijmakers, VDV Totaalbouw: vof faillieert als rechtspersoon maar is dat niet (?), AA 2015, afl. 10, p. 803-804, die betoogt dat de wetgever en de Hoge Raad hierin niet het laatste woord hebben.
- [12] Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491, JOR 2015/329, r.o. 6.7. Vergelijkbaar: Rb. Amsterdam 13 augustus 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF3732, RF 2009/6, r.o. 4.4.3.2.
- [13] Ontleend aan J.M. Blanco Fernández onder nr. 5 in zijn JOR-noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491, JOR 2015/329.
- [14] M. van Olffen e.a., Modernisering personenvennootschappen. Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen, september 2016, p. 14.
- [15] De gesignaleerde inefficiënties zijn: de complexiteit en kosten die gepaard gaan met toetreden en uittreding van vennoten, alsmede de overdracht van en beslag en verhaal op goederen van de personenvennootschap. Verder wordt gewezen op de onmogelijkheid voor een maatschap om zelfstandig in rechte op te treden. Zie Rapport Werkgroep Personenvennootschappen 2016, p. 14.
- [16] Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/160.
- [17] HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, JOR 2015/181 (VDV Totaalbouw), r.o. 3.4.1.
- [18] De Hoge Raad acht het bijv. mogelijk dat een vof zelfstandig in rechte optreedt en als zodanig failliet wordt verklaard. Zie HR 5 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB7103, NJ

1977/586 (Moret Gudde Brinkman) resp. HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, JOR 2015/181 (VDV Totaalbouw).

[19] Blanco Fernández onder nr. 6 in zijn JOR-noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491, JOR 2015/329.

[20] Rapport Werkgroep Personenvennootschappen 2016, p. 14.

[21] Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/406.

[22] M.J.A. Van Mourik & F.W.J.M. Schols, *Gemeenschap* (Monografieën BW, deel B9), Deventer: Kluwer 2015, nr. 13.

[23] Vgl. H. Wammes, *De gemeenschap naar komend recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988, p. 49-50, die in geval van gemeenschap spreekt van de 'kwantitatieve' splitsing van een goed en in geval van een beperkt recht van de 'kwalitatieve' splitsing.

[24] In geval van het recht van vruchtgebruik bijv. is de vruchtgebruiker zelfstandig bevoegd het bezwaarde goed te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten. Zie art. 3:201 BW.

[25] Aldus ook Wammes 1988, p. 67.

[26] Zie voor een overzicht S. Perrick, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel V. Gemeenschap, Deventer: Kluwer 2015, nr. 53.

[27] Van Mourik & Schols 2015/6 en 10.

[28] Zie Tervoort, in: *GS Personenassociaties*, nr. 2.5.2.1 en 3.5.2, B.F. Assink, W.J. Slagters *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 2), Deventer: Kluwer 2013, p. 1923-1924 en M. van Olffen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII*. *Personenvennootschappen*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 162.

[29] Gemeenschapsschulden vloeien voort uit rechtshandelingen en bepaalde feitelijke handelingen die aan de gezamenlijke vennoten kunnen worden toegerekend. Zie Van Mourik & Schols 2015/35 en Slagter/Assink 2013 (Deel 2), p. 1962-1996.

[30] De Hoge Raad zoekt in dit verband aansluiting bij art. 3:192 BW, dat strikt genomen pas na ontbinding van de personenvennootschap van toepassing is. Zie Tervoort, in: *GS Personenassociaties*, nr. 3.5.4 en Slagter/Assink 2013 (Deel 2), p. 1928-1930.

[31] Zie nader Kortmann en Faber onder nr. 3 en 4 in hun JOR-noot onder HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, JOR 2015/181 (VDV Totaalbouw). Zie tevens Tervoort, in: GS Personenassociaties, nr. 3.5.2 en 3.5.4, Van Mourik & Schols 2015/5, 6, 10 en 32 en Asser/Van Olffen 7-VII* 2010/173.

[32] Ook na ontbinding verzet de aard van de personenvennootschap zich tegen uitwinning van onverdeelde aandelen. Zie Lammers, in: GS Vermogensrecht, art. 3:191, aant. 7.

[33] (Beherend) vennoten zijn in privé hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele gemeenschapsschuld ((art. 19 lid 2 jo.) art. 18 WvK). De privéaansprakelijkheid van maten is beperkt tot een evenredig gedeelte van de gemeenschapsschuld (art. 7A:1679 BW). Commanditaire vennoten zijn niet pro se aansprakelijk voor de gemeenschapsschuld (art. 20 lid 3 WvK).

[34] Met name niet als de aangesproken vennoot over voldoende privémiddelen beschikt. Mede hierom is in HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, JOR 2015/181 (VDV Totaalbouw) geoordeeld dat het faillissement van de vennootschap onder firma niet zonder meer ook het faillissement van de individuele vennoten inhoudt.

[35] Rb. Groningen 21 december 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BV1373, RO 2012/25, r.o. 4.31, ECLI:NL:RBGRO:2011:BV1384, RO 2012/26, r.o. 4.30.

[36] Asser/Van Olffen 7-VII* 2010/171.

[37] HR 17 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1182, NJ 1994/301 (Van den Broeke/Van der Linden).

[38] J.B.M. Vranken onder 27 in zijn conclusie voor HR 17 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1182, NJ 1994/301 (Van den Broeke/Van der Linden).

[39] HR 17 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1182, NJ 1994/301 (Van den Broeke/Van der Linden), r.o. 3.6.

[40] J.M.M. Maeijer onder 1 in zijn NJ-noot onder HR 17 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1182, NJ 1994/301 (Van den Broeke/Van der Linden).

[41] L. Timmerman, Van afgeleide schade naar afgeleide actie, in: A.F.J.A. Leijten e.a., Conflicten rondom de rechtspersoon (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 62), Deventer: Kluwer 2000, p. 20.

[42] Zie Slagter/Assink 2013 (Deel 1), p. 250-253 en M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 11.

[43] In dit voorbeeld ga ik uit van schade in de vorm van geleden verlies. Schade kan ook bestaan uit gedeelde winst. Zie art. 6:96 lid 1 BW.

[44] Chr.M. Stokkermans, Maatschap vs. VOF, in: W.G. Huijgen e.a., De personenvennootschap anno 2015 en haar toekomst (Serie Ars Notarius, deel 159), Deventer: Kluwer 2015, p. 13-14, Slagter/Assink 2013 (Deel 2), p. 1916 en Asser/Van Olffen 7-VII* 2010/155.

[45] Slagter/Assink 2013 (Deel 2), p. 1915, 1920-1921, 2041 en 2045 en Asser/Van Olffen 7-VII* 2010/159.

[46] G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. G.J.C. Rensen), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV – Oprichting, vermogen en aandelen, Deventer: Kluwer 2012, nr. 288.

[47] Tervoort, in: GS Personenassociaties, aant. 2.5.3.1 en Slagter/Assink 2013 (Deel 2), p. 1952-1961 en 2038-2046.

[48] Stokkermans 2015, p. 13-14.

[49] Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491, JOR 2015/329, r.o. 6.4-6.13.

[50] HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995/288 (Poot/ABP), r.o. 3.4.1.

[51] HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995/288 (Poot/ABP), r.o. 3.4.3.

[52] Slagter/Assink 2013 (Deel 1), p. 256-261. Ik merk voor de volledigheid op dat beide normschendingen op hun eigen merites moeten worden beoordeeld en afzonderlijk moeten worden vastgesteld.

[53] Zie bijv. HR 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2365, NJ 1997/662 (Kip en Sloetjes/Rabobank). Wel staat ter discussie of de in deze zaak gevorderde schade afgeleide schade is. Zie Slagter/Assink 2013 (Deel 1), p. 254.

[54] A.S. Hartkamp onder 12 sub c in zijn conclusie voor HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995/288 (Poot/ABP). Zie Jansen, in: GS Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 4.3.4.4 en Slagter/Assink 2013 (Deel 1), p. 256-261, voor andere voorbeelden.

[55] C.H. Sieburgh, Boekbeschuwing: M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, RMThemis 2006, afl. 5, p. 215.

[56] Slagter/Assink 2013 (Deel 1), p. 240-241. Zie hierover nader Kroeze 2004, p. 37 e.v.

[57] F.B. Bakels, Aspecten van samenloop (II, slot), WPNR 2009/6797, p. 365 en 369.

[58] HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995/288 (Poot/ABP), r.o. 3.4.1.

[59] Aldus ook Slagter/Assink 2013 (Deel 1), p. 265-267, M.J. Kroeze, Rechtspersoonlijkheid en afgeleide schade, in: G. van Solinge e.a., Relativering van rechtspersoonlijkheid (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 114), Deventer: Kluwer 2012, p. 32-33 en L. Timmerman, Hartkamp en afgeleide schade, in: H.J. van Kooten (red.), Hartkampvarianties, Deventer: Kluwer 2006, p. 134-136. Zie anders B.T.M. van der Wiel, Afgeleide schade en afgeleide actie, MvV 2005, afl. 1, p. 11, die stelt dat de Poot/ABP-regel slechts steunt op de relativiteitsleer.

[60] Zie Slagter/Assink 2013 (Deel 1), p. 265-267 en Timmerman 2006, p. 134-136.

[61] Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491, JOR 2015/329, r.o. 6.7-6.8.

[62] Zie A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet, Deventer: Kluwer 2015, nr. 129.

[63] Daarom dient aan de hand van het doel en de strekking van de overtreden norm te worden onderzocht tegen welke personen, welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de overtreden norm beoogt te beschermen. Zie HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281 (Duwbak Linda), r.o. 3.4.1.

[64] Het relativiteitsvereiste speelt bij alle buitencontractuele normen een rol. Ook bij de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. De vraag of de benadeelde en de door hem geleden schade in een concreet geval door een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm worden beschermd, valt niet samen met de (niet noodzakelijk op die benadeelde toegespitste) vraag welke mate van zorgvuldigheid van de schadetoebrenger kon worden verwacht. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/135.

[65] Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491, JOR 2015/329, r.o. 6.10.

[66] Aldus ook Slagter/Assink 2013 (Deel 1), p. 266-267, Kroeze 2012, p. 32-33 en Timmerman 2006, p. 134-136. Let op: deze omstandigheid is daarentegen niet van belang bij de beoordeling of het schadeveroorzakende handelen normoverschrijdend is ten opzichte van degene die afgeleide schade lijdt. Zie HR 2 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3671, NJ 2008/5

(Kessock/SFT), r.o. 3.4, onder verwijzing naar HR 15 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2443, NJ 2001/573 (Chipshol), r.o. 3.4.4.