

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 09, 2019

Nummer 9, 2019

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:2962](#) 13-08-2019

Bekrachtiging overeenkomst bij opzegging

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2954](#) 06-08-2019

Disculpatieverweer indirect bestuurders

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:2021](#) 06-08-2019

Gouden Tromp B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2949](#) 06-08-2019

Groothandel sportartikelen. Curator/bestuurder

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:2883](#) 05-08-2019

Rabat/Berg en Dal en Ergo

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:5627](#) 09-07-2019

Bestuurder Ceres/Geïntimeerden

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:5636](#) 09-07-2019

Ekris/IDC

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:2255](#) 28-06-2019

Hello Amsterdam B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:5254](#) 25-06-2019

VIPPost.nl/appellant

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:1077](#) 23-04-2019

Vlimo Tuinbouwprojecten c.s./Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:6785](#) 21-08-2019

Niet tijdig deponeren jaarrekening

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2019:7637](#) 20-08-2019

Verzoekers/Aqua Terra BV

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:3529](#) 02-08-2019

Geen beroep op wettelijk bewijsvermoeden

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:7381](#) 17-04-2019

Warmex Vastgoed/X

Uitspraken zonder ECLI

[Hof van Justitie van de Europese Unie](#) 22-06-2019

FNV c.s./Smallsteps

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[Hof van Justitie van de Europese Unie](#) 06-02-2019

Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[Hof van Justitie van de Europese Unie](#) 16-05-2019

Plessers/Prefaco NV - België

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

[Bestuurdersaansprakelijkheid en internetcriminaliteit in de bioscoop: een spannende film?](#)

W.A. Westenbroek

Annotatie

[Ontslag van de bestuurder van de stichting door de rechter. Wie is de belanghebbende?](#)

A.M. Dumoulin-Siemens

ANNOTATIE

Bestuurdersaansprakelijkheid en internetcriminaliteit in de bioscoop: een spannende film?

W.A. Westenbroek

In deze praktisch-wetenschappelijke bijdrage wordt aan de hand van de CEO-fraude bij Pathé stilgestaan bij het onderscheid tussen de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder en de aansprakelijkheidspositie van de werknemer en de in dat verband gehanteerde terminologie .

1 Inleiding

In dit bijna op zijn einde lopende tweede decennium van de 21ste eeuw is internetcriminaliteit niets nieuws. Iedereen met een bankrekening wordt met regelmaat gewaarschuwd voor zogenoemde phishingmails en nepmails. De Consumentenbond had op zijn website zelfs – ja, echt waar – een ware quiz geplaatst waarmee de consument zijn ‘skills’ kan testen om ‘goede en valse e-mails uit elkaar te houden’. Niet alleen consumenten moeten opletten. Ook bedrijven worden regelmatig aangevallen. Op 11 juli 2015 werd op www.fraudehelpdesk.nl al gewaarschuwd voor zogenoemde CEO-fraude:

‘Internationaal opererende ondernemingen zijn in Nederland sinds afgelopen voorjaar doelwit van een buitenlandse criminele organisatie, die erin slaagt om grote geldbedragen binnen te halen via een listige truc. Daarbij speelt de ceo (chief executive officer) van het bedrijf nietsvermoedend een prominente rol. (...)’

De NRC kopte op 16 juli 2016: ‘Je moet nú 3 miljoen euro overmaken’, met als ondertitel: ‘Een eenvoudig principe vormt de basis van een lucratieve vorm van oplichting: (...) De opmars van de ceo-fraude.’ Ook het AVROTROS-televisieprogramma ‘Opgelicht?!’ kwam op 21 juni 2017 met een ‘Alert’. Het zijn maar een paar voorbeelden. Genoeg waarschuwingen zou men dus denken. Menig krantabonnee zal begin november 2018 dan ook met enige verbazing hebben gelezen hoe twee inmiddels ontslagen directeuren van bioscoopconcern Pathé in de val zijn getrapt en in maart 2018 in enkele dagen tijd een totaalbedrag van meer dan EUR 19 miljoen hebben overgemaakt aan internetcriminelen. Sommige krantenkoppen logen er niet om: ‘Pathé-directie kinderlijk simpel opgelicht’ en ‘Babbeltruc kostte Pathé 19 miljoen euro’. De

kantonrechter zag op 31 oktober 2018 onvoldoende reden voor ontslag op staande voet, maar meende wel dat sprake was van verwijtbaar handelen, zodat ontbinding van de arbeidsovereenkomst op zijn plaats was. Wat was er gebeurd en hoe dienen de omstandigheden in deze zaak te worden gezien in het kader van eventuele bestuurdersaansprakelijkheid? In deze praktisch-wetenschappelijke bijdrage zal ik daarop ingaan, waarbij de discussie over de ‘ernstig verwijt’-maatstaf^[1] opnieuw geraakt zal worden.

2 De feiten

Uit de feitenomschrijving in de uitspraak van de kantonrechter en uit verschillende krantenartikelen blijkt het volgende. Pathé Theatres B.V. (hierna: Pathé) is in Nederland marktleider in de exploitatie van bioscopen. Zij had in 2017 een omzet van EUR 209 miljoen en ongeveer 1900 werknemers. Pathé is ook in Frankrijk groot en heeft (uiteindelijk) een Franse moeder vennootschap waarvan de aandelen in handen zijn van een familie. De Franse moeder vennootschap wordt geleid door CEO X en Y.

Mevrouw [M] was vanaf 2009 tot en met 2016 CEO bij het Havenbedrijf Amsterdam. Op 1 mei 2017 werd zij statutair bestuurder van Pathé in Nederland. Zij bekleedde de functie van Managing Director. De andere hoofdrolspeler is de heer [S]. Hij was van 2006 tot en met 2014 accountant bij KPMG, en vervolgens vanaf 11 november 2015 Finance Director bij Pathé. Eerst was hij dat op interimbasis en per 1 januari 2018 is hij in dienst getreden. Hij was geen statutair directeur maar wel per 1 december 2017 in het handelsregister ingeschreven als een beperkt gevolmachtigde. M en S onderhielden tot maart 2018 geen rechtstreeks contact met X en Y.

Op 8 maart 2018 ontving M een e-mail van iemand die zich voordeed als en de naam gebruikte van X (hierna: de nep-CEO). M werd gevraagd of zij die ochtend al contact had gehad met een specifiek persoon bij KPMG (hierna: de nep-adviseur). Nadat M hem had geantwoord dat dit niet het geval was, werd zij door de nep-CEO gevraagd om hem de bankpositie van Pathé te sturen aan zijn ‘veilige’ e-mailadres, waarna zij verdere instructies zou krijgen. Zij stuurde vervolgens een screenshot van de bankpositie, waarna de nep-CEO antwoordde:

‘We are currently carrying out a financial transaction regarding the acquisition of a foreign corporation based in Dubai. The transaction must remain strictly confidential. No one else must be made aware of it for now in order to give us an advantage over our competitors. I and I alone will notify the affected parties in due time.’

In diezelfde e-mail werd M geïnstrueerd om contact op te nemen met de nep-adviseur via een aangegeven e-mailadres teneinde de bankgegevens van de beweerde contractspartij in de

‘financial transaction’ te verkrijgen, waarnaar een bedrag van EUR 826.521 moest worden overgemaakt.

Alles moest strikt geheim blijven, zo bleek uit de verdere instructie:

‘As a security measure for this type of confidential transaction, we must communicate solely via my personal email so that our discussions remain free of any risk of disclosure and to respect the transaction’s norm. It is imperative that no references be made about this file, either orally or by phone, nor speak of this matter with third parties. In accordance with the norms of KPMG, my personal email is to be the sole means of communication.’

M neemt conform de instructie contact op met het opgegeven e-mailadres van de nep-adviseur, waarvan vervolgens de instructie komt om het bedrag van EUR 826.521 over te maken op een rekeningnummer van Towering Stars General Trading LLC in Dubai. M vindt het wel vreemd, zo blijkt uit haar e-mail aan S met de tekst: ‘Strange, nietwaar?’ S en M besluiten de nep-CEO te berichten dat de instructie duidelijk is, maar dat zij graag nog een ‘official notification’ ontvangen van Y. Een dag later, op 9 maart 2018, ontvangen S en M vervolgens een e-mail die beweerdelijk afkomstig is van het e-mailadres van Y:

‘Hello, as [nep-CEO]’s request, I enclose the confirmation of the acquisition in Dubai. Thank you to do the necessary while respecting the strictest confidentiality. Find attached the invoice for this payment. Please send the confirmation of the transfer only to Mr. [nep-adviseur].
Regards, [Y].’

Als bijlage bij deze e-mail was een factuur gevoegd van Towering Stars General Trading LLC met daarop als omschrijving vermeld ‘Amount for 10% of the acquisition’. Onder de factuur stonden de namen X en Y, met daarbij hun beweerdelijke handtekening. S zou de handtekeningen hebben gecontroleerd en daarna is de betaling uitgevoerd. S is vervolgens van 12 tot en met 18 maart 2018 met vakantie gegaan.

Op 13 maart 2018 bevestigde M aan de nep-adviseur de betaling van een tweede tranche van EUR 2.479.563. Voorafgaand daaraan was opnieuw een factuur ontvangen met de beweerdelijke handtekeningen van X en Y. Diezelfde dag laat M aan de nep-CEO weten dat er onvoldoende geld is om de resterende termijnen te betalen. In verband daarmee stelt zij telefonisch overleg voor. De nep-CEO laat weten dat dit in strijd is met de normen voor geheimhouding. De betreffende e-mail stuurde M door naar S, die kennelijk vanuit zijn vakantieadres reageerde met: ‘Wonderlijk proces. Nooit zo meegemaakt.’ Maar ook de derde tranche werd vervolgens klaargezet door de ondergeschikte van S, waarbij (met S in cc) ook een aanvraag werd ingediend bij de zogeheten ‘cash pool’ van het Pathé-concern in Frankrijk omdat het geld opraakte. Op 16 maart 2018 werd de derde tranche betaald, en op 20 maart

2018 werd de vierde tranche betaald, nadat de cash-poolbetaling net was ontvangen. De nep-CEO mailde vervolgens: 'Perfect I will make the necessary, I come back to you during the day.' M stuurde dit bericht door aan S met het commentaar: 'Ik dacht dat we klaar waren ...' Maar de boeven hadden de smaak te pakken. Op 22 maart 2018 bevestigde de nep-CEO aan M namelijk dat de volledige koopprijs was ontvangen (EUR 8.265.210), maar dat een aanvullend bedrag van EUR 5.826.770 betaald moest worden voor 'communication and development'. En op 26 maart 2018 mailde de nep-CEO dat nog een keer een aanvullend bedrag moest worden overgemaakt in verband met een 'difference of funds', nu ten bedrage van EUR 5.152.354. Op 27 maart 2018, tweeënhalve week na het eerste contact, was ruim EUR 19,2 miljoen overgemaakt. Toen op 28 maart 2018 vanuit Frankrijk vragen kwamen over de grote onttrekkingen uit de cash pool, werd duidelijk dat Pathé slachtoffer was geworden van een zogeheten CEO-fraude en was het geld verdwenen. Op 29 maart 2018 zijn M en S per direct geschorst. Op 13 april 2018 werd M door de algemene vergadering ontslagen. S werd per brief van 26 april 2018 op staande voet ontslagen.

3 De kantonrechter en commentaar

In de procedure bij de kantonrechter vocht S zijn ontslag op staande voet aan. De kantonrechter richtte zich op de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 en 7:678 Burgerlijk Wetboek (BW) en stelde zichzelf de vraag: is hetgeen S heeft gedaan en nagelaten van dien aard dat Pathé het uiterste middel – ontslag op staande voet – mocht inzetten? De kantonrechter oordeelde dat dit niet het geval is. De daartoe strekkende overwegingen acht ik – maar ik ben dan ook geen arbeidsrechtadvocaat – enigszins 'mild'. Zo overwoog de kantonrechter dat S de betalingen niet klakkeloos heeft gedaan, maar heeft aangedrongen op bevestiging van de te verrichten betalingen, welke bevestiging ook is gekomen, dat de valse e-mailadressen steeds eindigden op pathe.com, dat S heeft gecontroleerd dat iemand met de naam die de nep-adviseur gebruikte bij KPMG werkte, en dat hij het bestaan van de begunstigde vennootschap op internet gevonden zou hebben. Is al het voorgaande echter niet juist hetgeen met internetfraude wordt getracht te maskeren? De bevestiging van de te verrichten betalingen kwam nota bene van een vals e-mailadres. Ook de overweging 'dat het niet voor de hand lag dat S (en M) zich hebben laten verleiden tot de laatste twee grote betalingen, maar dat M met in haar kielzog S zich inmiddels hadden laten overtuigen met de werkelijke X en Y te maken te hebben, zodat niet onbegrijpelijk is dat ook de nadere opdrachten zijn uitgevoerd', is bepaald mild voor S en M. Is het feit *dat* zij zich hebben laten overtuigen niet juist het verwijt dat hun werd gemaakt? Er zijn nog meer overwegingen waarin de kantonrechter de werknemer in bescherming nam. Zo overwoog de kantonrechter dat een e-mail (die aan S was doorgestuurd) een onjuiste ondertekening bevatte, maar dat dit 'in de stroom van e-mailcorrespondentie niet hoefde te zijn opgemerkt'.

Dat de naam die de handlanger gebruikte alleen was te koppelen aan een KPMG-entiteit in Canada 'hoefde aan zijn betrokkenheid bij een internationale transactie niet in de weg te staan'. Dat het logo van de beweerde begunstigde vennootschap afweek van het logo dat op internet was gevonden, 'was niet op het eerste gezicht opvallend'. Het niet checken van handelingen en betalingsomschrijvingen bij anderen binnen de organisatie van Pathé 'paste binnen de opgelegde geheimhouding' (van de fraudeurs nota bene). En tegenover het (begrijpelijke) argument van Pathé dat S toch gewoon de telefoon had kunnen oppakken, stelde de kantonrechter: 'achteraf kan gezegd worden dat het bellen van X de fraude had kunnen voorkomen, maar onderdeel van die fraude waar S zich in mee had laten nemen was nu juist dat er niet telefonisch mocht worden gecommuniceerd'. De overweging van de kantonrechter dat onweersproken is gebleven dat bij Pathé ook grotere bedragen omgingen, zodat betalingen met grote omvang op zichzelf nog geen reden waren voor achterdocht, acht ik overtuigender, maar niet doorslaggevend. Hetzelfde geldt voor de overweging dat verschillende betalingen waren verricht toen S op vakantie was, in welke periode ook de aanvragen uit de cash pool in gang waren gezet.

Wat er van het voorgaande ook zij, naar het oordeel van de kantonrechter had in de laatste fase weliswaar 'meer oplettendheid mogen worden verwacht', maar het ontbreken daarvan zou onvoldoende zijn om een dringende reden op te leveren. De kantonrechter schaarde zich achter de conclusie van het door Pathé ingeschakelde recherchebureau:

'S is op geraffineerde wijze in een val van fraudeurs gelokt. De door Pathé opgesomde "red flags" kunnen met de wijsheid van nu niet over het hoofd worden gezien en evenmin kan er twijfel over zijn wat de conclusie hiervan is als deze nu op een rij worden gezet: er klopt iets niet. Waar het echter om gaat is of S al die "red flags" destijds heeft gezien of had moeten zien en niettemin zijn handelwijze niet heeft aangepast. Dat is onvoldoende gebleken.'

Maar was het nu echt zo geraffineerd? Is dit nu een script voor de volgende spannende film waarin George Clooney met een team van intelligente criminelen op uiterst geraffineerde wijze miljoenen weet te verdienen? Of is dit een verhaal waar menig consument niet zou zijn ingetrapt? De reacties op de krantenkoppen liegen er niet om:

'Een bestuurskamer is geen kleuterschool. (...), incompetent heet dat, of gewoon dom. (...) in een onderneming wordt je geacht te functioneren. Afhankelijk van de gevolgen hoort het maken van fouten consequenties te hebben, anders is de kans op moral hazard levensgroot.'

En:

'Wat bij Pathé is gebeurd, (...), is niet te vergeven. Het is bestuurlijke incompetentie van megalomane schaal. Een paar telefoontjes met de hoofdbestuurders van Pathé in Parijs en met

collega bestuurders van andere Pathé ondernemingen had dit eenvoudig kunnen voorkomen.’[2]

Het is moeilijk om het niet eens te zijn met deze constatering. Blindelings vertrouwen op een op zichzelf vrij dubieus betalingsverzoek per e-mail om miljoenen over te maken, waarbij strikte geheimhouding wordt gevraagd en zelfs telefonisch contact met de CEO van de holding wordt verboden, lijkt mij voor een financieel directeur, mede gelet op het tijdperk waarin wij leven en waarin internetcriminaliteit allesbehalve nieuw is, bepaald niet verstandig, terwijl één telefoontje alles had kunnen voorkomen.

Volgens artikel 7:678 lid 2 sub b en k BW kunnen dringende redenen onder andere aanwezig worden geacht wanneer een werknemer (1) ‘in ernstige mate de bekwaamheid of geschiktheid blijkt te missen tot de arbeid waarvoor hij zich heeft verbonden’, en (2) ‘wanneer hij op andere wijze grovelijk de plichten veronachtzaamt, welke de arbeidsovereenkomst hem oplegt’. Is daarvan sprake geweest? Volgens de kantonrechter dus niet. Maar terwijl de kantonrechter een dringende reden niet aanwezig achtte, oordeelde deze wel dat alle hiervoor genoemde omstandigheden verwijtbaar handelen van S opleveren, hetgeen ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt ex artikel 7:671b lid 1 jo. artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Hoe verhoudt het oordeel dat sprake is van verwijtbaar handelen zich met de overweging van de kantonrechter dat S op geraffineerde wijze in een val van fraudeurs is gelokt en dat onvoldoende is gebleken dat S alle ‘red flags’ destijds heeft gezien of had moeten zien? Wordt met deze laatste overweging juist niet gezegd dat S in feite geen verwijt treft? Bovendien is voor ontslag op staande voet wegens een dringende reden helemaal geen verwijtbaarheid vereist, terwijl dat wel is vereist op grond van artikel 7:671b lid 1 jo. artikel 7:669 lid 3 sub e BW.[3] Dit alles gezegd hebbende, ik ben geen arbeidsrechtsspecialist en ik ben erg benieuwd hoe deze uitspraak in arbeidsrechtvakbladen zal worden becommentarieerd.

4 Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemer en bestuurder

4.1 Inleiding

De vraag is of dit script nog een vervolg gaat krijgen op het gebied van persoonlijke aansprakelijkheid van S en M. Zou Pathé, althans een verzekeraar, hen kunnen aanspreken voor de schade die Pathé heeft geleden? Ik ben niet bekend met eventuele lopende procedures of met enig voornemen van Pathé om tot aansprakelijkstelling over te gaan en terughoudendheid is dan ook gepast, mede overigens nu deze zaak in feite alleen maar verliezers kent. Dat neemt niet weg dat de zaak aanleiding geeft om nog eens goed te kijken naar het antwoord op de vraag wat het ondernemingsrecht van een bestuurder verwacht en in hoeverre de (aansprakelijkheids)positie van een bestuurder verschilt met die van een

werknemer onder het arbeidsrecht. Het aardige van deze onfortuinlijke zaak is namelijk dat we hier te maken hebben met enerzijds een werknemer (S) en anderzijds een statutair bestuurder (M, die vermoedelijk ook werknemer was), die ten aanzien van vrijwel hetzelfde feitencomplex (vrijwel, want S was deels op vakantie) door de vennootschap zouden kunnen worden aangesproken. Vooruitlopend op de hiernavolgende analyse is het leuk om te noemen dat de Hoge Raad in twee zaken die hetzelfde Autobedrijf (Van de Ven) betroffen in 1996 (Roebbers/Van de Ven[4]) en 1997 (Staleman/Van de Ven[5]) een standaardarrest heeft gewezen over de toepasselijke maatstaven voor aansprakelijkheid van een werknemer respectievelijk een bestuurder. In het arbeidsrecht is de schuldmaatstaf 'opzet of bewuste roekeloosheid' vereist om tot aansprakelijkheid te komen. In het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht staat vooralsnog het vereiste van een 'ernstig verwijt' centraal, welke term per 1 januari 2013 is gecodificeerd in artikel 2:9 BW. De vraag is echter in hoeverre de maatstaven verschillen,[6] en derhalve ook in hoeverre de maatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht wel de juiste is. Ik zal daar hierna op ingaan.

4.2 Aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever

De aansprakelijkheid van een werknemer ten opzichte van zijn werkgever voor schade die de werknemer aan de werkgever heeft toegebracht in de uitoefening van zijn werkzaamheden wordt geregeld door artikel 7:661 BW. Dat artikel luidt:

'De werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, is te dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.'

Hiermee wordt dus afgeweken van de algemeen civielrechtelijke regelingen omtrent schadevergoeding ex artikel 6:74 jo. artikel 6:75 BW (bij wanprestatie) en artikel 6:162 BW (bij onrechtmatige daad).[7]

Mede in het licht van de volgende paragraaf, die handelt over het criterium voor aansprakelijkheid van bestuurders, is het goed om stil te staan bij de term 'opzet of bewuste roekeloosheid' en zijn oorsprong.[8] Toen de Hoge Raad in 1983 het Debrot-arrest[9] wees, dat handelde over de aansprakelijkheid van een werknemer jegens een werkgever, bestond nog geen wettelijke bepaling die voorzag in de situatie dat een werknemer schade had toegebracht aan de werkgever. Wel bestond artikel 7A:1638x (oud) BW (thans art. 7:658 BW), dat zag op de aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer en dat bepaalde dat de werkgever alleen niet aansprakelijk is als de werknemer 'grove schuld' is te wijten. Voor het

begrip ‘grove schuld’ werd in de rechtspraak ook het begrip ‘ernstig verwijt’ gehanteerd.[10] De Hoge Raad heeft dit begrip ‘ernstig verwijt’ in het Debrot-arrest vervolgens gebruikt voor de beoordeling van aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever. Kort na het Debrot-arrest onderkende de wetgever de noodzaak om een wettelijke bepaling op te nemen die betrekking had op de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever:

‘Inderdaad is het bij nader inzien wenselijk om in de regeling betreffende de arbeidsovereenkomst een bepaling in te voegen betreffende het geval dat de werknemer bij de uitvoering van de overeenkomst schade aan de werkgever toebrengt.’[11]

Zo werd vervolgens artikel (7A:)1639da (oud) BW (het huidige art. 7:661 BW) geïntroduceerd. Gelet op de in de hiervoor genoemde rechtspraak gehanteerde term ‘ernstig verwijt’, die was gebaseerd op de wettelijke term ‘grove schuld’ en de door de wetgever geïntroduceerde term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, merkte de wetgever daarbij op ‘buiten twijfel te stellen dat tussen beide formuleringen in wezen geen verschil bestaat’ en dat ‘de omschrijving “ernstig verwijt” (...) zeer wel als passend equivalent van “opzet of bewuste roekeloosheid” kan worden gebezigd’.[12]

Vast staat dat het begrip ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ voor de werkgever een zeer hoge drempel opwerpt voor het met succes aansprakelijk stellen van werknemers die hem schade hebben toegebracht.[13] Bewuste roekeloosheid dient volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad sinds het eerdergenoemde standaardarrest Roebbers/Van de Ven[14] namelijk zo te worden uitgelegd dat hiervan pas sprake is als de werknemer onmiddellijk voorafgaand aan de schadeveroorzakende gedraging zich daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van deze gedraging. Van een gedraging met een ‘roekeloos karakter’ is volgens de Hoge Raad sprake indien de werknemer zich daarvan in verband met de aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het daardoor in het leven geroepen gevaar had behoren te onthouden.[15] Dit brengt de werkgever in een behoorlijk lastige bewijspositie omdat hij moet bewijzen dat het bewustzijn van het gevaar en van de aanmerkelijke kans dat het gevaar wordt verwezenlijkt daadwerkelijk in de geest van de werknemer plaatshad.[16]

In het arrest Godfried/Tribulet[17] overwoog de Hoge Raad verder dat

‘ingevolge de regel die sinds 1 januari 1992 in artikel 7A:1639da BW en sinds 1 april 1997 in artikel 7:661 BW is neergelegd, maar voordien reeds als geldend kon worden beschouwd, de werknemer die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst aan de werkgever schade toebrengt (...) te dier zake in beginsel niet jegens de werkgever aansprakelijk is dan in geval van *ernstige verwijtbaarheid of – in de bewoordingen van art. 1639da – van opzet of bewuste roekeloosheid*. Een dergelijke verwijtbaarheid dan wel opzet of bewuste roekeloosheid mag, ook

als het gaat om tekortkomingen als door Tribulet aan N. verweten, niet bij voorbaat worden aangenomen dan op goede, in de motivering tot uiting te brengen gronden.’ (cursivering WW)

Dat gaat zo ver dat een taxichauffeur die met de auto van zijn werkgever in een uitgefreesd gedeelte van het wegdek terecht is gekomen van een weg die was afgesloten door een wegafzetting voorzien van het verkeersbord ‘afgesloten voor alle verkeer’ met de uitzondering ‘uitgezonderd bestemmingsverkeer’ niet aansprakelijk werd geacht, omdat de werkgever niet kon aantonen dat de chauffeur zich bewust was van het feit dat dit schade zou kunnen veroorzaken.[18] Bewustheid is dus een vereiste en de werkgever moet dat aantonen.

De Hoge Raad is de werkgever in het arrest Dieteren/Engelen[19] nog enigszins tegemoetgekomen door te overwegen dat de werkgever met betrekking tot bewuste roekeloosheid van de werknemer aan zijn stelplicht heeft voldaan, indien hij voldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld (en bewezen) waaruit *naar objectieve maatstaven* kan worden afgeleid dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het veroorzaken van de schade daadwerkelijk bewust is geweest van het roekeloze karakter van zijn gedrag. De werknemer kan de bewuste roekeloosheid evenwel voldoende gemotiveerd betwisten door feiten en omstandigheden te stellen die zouden kunnen ontzenuwen dat van bewustzijn sprake is geweest, en daarmee zou hij zelfs kunnen volstaan door omstandigheden te stellen die tot verminderde oplettendheid kunnen hebben geleid (zoals een hoge werkdruk of het dagenlang gedurende (te) lange tijd werken).

De sterke positie van de werknemer is terug te voeren op de gedachte dat de werknemer als in de regel zwakkere partij een bijzondere bescherming verdient, en dat deze positie van de werknemer in dit opzicht bijvoorbeeld verschilt met die van de bestuurder.[20] Een werknemer is immers financieel afhankelijk van de werkgever en dient instructies op te volgen van de werkgever. Deze werkgever kan de werknemer bovendien bezwaarlijk onervarenheid of ongeschiktheid voor de functie verwijten wanneer deze de werknemer heeft aangenomen na een gedegen sollicitatieprocedure (zou de werknemer daarin gelogen hebben over zijn ervaring of deskundigheid, dan zou dat in theorie natuurlijk anders kunnen zijn). In het Pathé-script zal de werkgever, gelet op al het voorgaande, dus met goede argumenten moeten komen om tot aansprakelijkheid te concluderen.

4.3 Aansprakelijkheid van de (werknemer-)bestuurder jegens de (werkgever-)rechtspersoon

Is de aansprakelijkheidspositie van de (werknemer-)bestuurder jegens de (werkgever-)rechtspersoon nu anders? Het antwoord op die vraag is in mijn visie positief. Alvorens daar nader op in te gaan, moet kort worden stilgestaan bij de bestuurder die tevens werknemer is, zoals vermoedelijk ook het geval was met mevrouw M uit het Pathé-script.

Een werknemer-bestuurder kan zich ten aanzien van schade die hij heeft veroorzaakt bij de werkgever-rechtspersoon beroepen op artikel 7:661 BW. Opzet of bewuste roekeloosheid is dan dus vereist. Maar omdat hij ook bestuurder is, geldt voor hem daarnaast een aparte aansprakelijkheidsgrondslag die is neergelegd in artikel 2:9 BW.[21] De werknemer-bestuurder neemt derhalve een dubbelpositie in, enerzijds zijn rechtspersonenrechtelijke positie, anderzijds zijn contractuele positie: hetzij een arbeidsovereenkomst, hetzij een overeenkomst van opdracht.[22] Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch overwoog in 1992 dan ook treffend dat de interne aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de rechtspersoon 'niet uitsluitend haar grondslag vindt in wanprestatie of onrechtmatige daad maar moet worden beoordeeld aan de hand van het bepaalde in art. 2:9 BW in samenhang met art. 2:8 BW en met de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht'.[23] Voor een bestuurder gaat het primair om de rechtspersonenrechtelijke betrekking, ongeacht de aard van de contractuele relatie.[24] Dat de rechtspersonenrechtelijke betrekking prevaleert, blijkt ook uit de wetsgeschiedenis van een wettelijke bepaling waar men niet meteen aan denkt als het gaat over bestuurdersaansprakelijkheid, namelijk artikel 6:170 BW. Volgens deze bepaling is de werkgever hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die aan een derde is toegebracht door een fout van de werknemer. Artikel 6:170 lid 3 BW bepaalt kort gezegd dat de werknemer in de onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding hoeft bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid, hetgeen hetzelfde criterium is als artikel 7:661 BW. De laatste volzin van lid 3 luidt echter vrijwel hetzelfde als de hiervoor geciteerde laatste volzin van artikel 7:661 BW: 'Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van hun verhouding, anders voortvloeien.'[25] De parlementaire geschiedenis daarbij noemt in dit verband expliciet het voorbeeld van 'het geval dat het gaat om een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.'[26] Logisch, want de facto is deze directeur immers niet echt een 'ondergeschikte' en gaat de gedachte dat hij als in de regel zwakkere partij een bijzondere bescherming verdient niet op. Met andere woorden: wanneer een werknemer tevens bestuurder is en schade veroorzaakt bij een derde die deze schade verhaalt op de rechtspersoon, dan zou deze rechtspersoon onder omstandigheden toch regres kunnen nemen op de bestuurder, terwijl geen sprake hoeft te zijn van opzet of bewuste roekeloosheid. Voorwaarde is daarvoor mijns inziens wel dat het een verwijt betreft dat verband houdt met de bestuursfunctie, en daarmee als onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW kan worden aangemerkt. Maakt een bestuurder die op werkbezoek is zonder opzet of bewuste roekeloosheid bijvoorbeeld een kostbare machine defect bij een van de fabrieken van de rechtspersoon die hij bestuurt of van een derde, dan zal voor hem dus gewoon de aansprakelijkheidsmaatstaf van artikel 7:661 BW respectievelijk de bescherming van artikel 6:170 lid 3 BW gelden. Indien het verwijt aan de bestuurder evenwel betrekking heeft op de vervulling van zijn taak als bestuurder, dan wordt artikel 7:661 BW terzijde gesteld

door artikel 2:9 BW,[27] althans geeft de laatste volzin van artikel 7:661 lid 1 BW ruimte voor toepassing van de maatstaf uit artikel 2:9 BW, respectievelijk geldt de laatste volzin van artikel 6:170 lid 3 BW.

Uit het voorgaande volgt reeds dat de aansprakelijkheidsmaatstaf van artikel 2:9 BW anders is dan die van artikel 7:661 BW. Om te begrijpen in welke zin deze dan anders is, moet worden gekeken naar de rechts- en wetsgeschiedenis van artikel 2:9 BW. Artikel 2:9 BW is onder meer terug te voeren op het in 1925 ingevoerde artikel 31 Wet op de Coöperatieve Vereeniging, dat betrekking had op de aansprakelijkheid van bestuurders van coöperatieve verenigingen.[28] Lid 1 daarvan luidde: 'Iedere bestuurder is tegenover de coöperatieve vereniging aansprakelijk wegens tekortkomingen bij de vervulling der hem opgedragen taak.' Lid 2 regelde de hoofdelijke aansprakelijkheid voor een tekortkoming in deze taak. Het veelzeggende lid 3 voegde daaraan toe: 'Voor de toepassing van het voorgaand lid, wordt de bestuurder geacht kennis te hebben gekregen van al datgene, wat hem bij eene richtige waarneming zijner betrekking niet onbekend gebleven zou zijn.' Deze toevoeging laat zien dat de aansprakelijkheidsmaatstaf geobjectiveerd is: het gaat anders dan bij de werknemer niet om de vraag of de bestuurder zich 'bewust' was (vergelijk 'opzet of *bewuste* roekeloosheid' van art. 7:661 BW), maar om de vraag of hij zich bewust had moeten zijn.

Artikel 2:9 BW is verder terug te voeren op het in 1929 ingevoerde artikel 47c Wetboek van Koophandel (oud), dat de aansprakelijkheid regelde van bestuurders van de naamloze vennootschap. Visser schreef over deze bepaling dat de bestuurder, bij de aanvaarding van zijn benoeming, verplichtingen op zich neemt 'waarvan wel de eerste en voornaamste is, dat hij zijn taak als bestuurder naar beste krachten en zoals het een goed bestuurder betaamt, vervult'. Verder schreef hij:

'Die behoorlijke taakvervulling brengt (...) mede, dat (...) hij zijn taak heeft te verrichten volgens redelijke eischen van inzicht, zorgvuldigheid en toewijding, dat hij bij de vervulling daarvan handelt, zoals men in de gegeven omstandigheden van een goed bestuurder mag verwachten.'

Ook hieruit blijkt dat van een geobjectiveerde aansprakelijkheidsmaatstaf sprake is: wat had van de bestuurder verwacht mogen worden?

Artikel 2:9 BW moet voorts worden uitgelegd aan de hand van de wetsgeschiedenis van de in 1987 ingevoerde zogenoemde 'antimisbruik'-bepaling neergelegd in artikel 2:138/248 BW.[30] De minister merkte over het in dat verband ingediende wetsontwerp op: 'Het wetsontwerp steunt op de gedachten dat een bestuurder moet instaan voor zijn kwaliteiten als zodanig.'

[31] Hij moet dus 'instaan' voor zijn kwaliteiten. Met andere woorden: mist hij de kwaliteiten die

noodzakelijk zijn voor de bestuursfunctie in kwestie en leidt dat tot schade, dan zal hem dat niet van aansprakelijkheid ontheffen. Ook merkte hij op dat het begrip ‘misbruik’ ‘niet te eng moet worden opgevat’ en daaronder ook moet worden gerekend ‘duidelijk onverantwoordelijk, roekeloos, onzorgvuldig gedrag’, waarbij hij vervolgde:

‘Onbekwaamheid van bestuurders is mijns inziens gelijk te stellen met onverantwoordelijkheid in die gevallen waarin de bestuurders duidelijk onder de maat zijn wat betreft hun kwaliteiten om als bestuurder van een rechtspersoon te fungeren. Bestuurders moeten instaan voor het bezit van die kwaliteiten die nodig zijn om hun functie behoorlijk te vervullen.’[32]

Voor de vraag of sprake kan zijn van aansprakelijkheid ex artikel 2:138/248 BW heeft de minister voorts expliciet de volgende instructie gegeven aan de rechter:

‘De instructie aan de rechter is dat hij zal moeten letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen en dat hij zal moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt.’[33]

Opnieuw blijkt dat van een geobjectiveerde aansprakelijkheidsmaatstaf sprake is: wat zouden verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk beschouwen?

In de rechtspraak is de objectieve toets die geldt voor de bestuurder ook duidelijk naar voren gekomen. In het arrest Staleman/Van de Ven[34] spreekt de Hoge Raad bijvoorbeeld over ‘het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult’. De Hoge Raad spreekt in de beschikking inzake Laurus, waarnaar in de wetsgeschiedenis bij het huidige artikel 2:9 BW uitdrukkelijk wordt verwezen,[35] over ‘een taakvervulling die niet in overeenstemming is met de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris de taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen’.[36] Meer in het algemeen wordt ook genoemd het handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.[37] In het kader van aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement ex artikel 2:138/248 BW spreekt de Hoge Raad voorts bijvoorbeeld van kennelijk onbehoorlijk bestuur ‘als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld’.[38]

De literatuur is tot slot ook eenduidig.[39] Daarin wordt uiteengezet dat een bestuurder zich in het kader van zijn aansprakelijkheid – anders dan een werknemer – niet kan verschuilen achter onervarenheid of ongeschiktheid voor de functie.[40] Een bestuurder kan zich niet

disculperen met het excuus dat hij naar beste weten heeft gehandeld, maar dat het niveau van kennis en bekwaamheid niet toereikend was. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij geschiktheid bezit,[41] en onbekwaamheid voor de functie kan niet tot disculpatie leiden.[42] Wie de taak van de bestuurder op zich neemt, staat tot op zekere hoogte ervoor in dat hij de daartoe vereiste bekwaamheden bezit. Mist hij het inzicht of de bekwaamheid die van iemand in zijn positie redelijkerwijs kan worden verwacht, dan zal hij te zijner disculpering daarop geen beroep kunnen doen.[43] Een bestuurder dient op een geïnformeerde grondslag en doordachte wijze te handelen.[44] De bestuurder heeft een bewaarnemersrol voor de rechtspersoon[45] en de hoedanigheid van bestuurder brengt een zorgplicht met zich waaruit onderzoeksplichten voortvloeien die meebrengen dat een beroep op onwetendheid minder snel verschoonbaar zal worden geacht.[46]

Uit al het voorgaande volgt dat de (aansprakelijkheids)positie van de (werknemer-)bestuurder dus anders is dan die van de werknemer. Het verschil zit erin dat een bestuurder, anders dan de werknemer, niet beschermd wordt bij de afwezigheid van opzet of bewuste roekeloosheid. Deze schuldgradaties spelen dus geen rol in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Assink, Bröring, Timmerman en De Valk merkten in dit verband op

‘dat de bestuurdersaansprakelijkheidsanalyse zich kenmerkt door een objectieve benadering. De grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid vereisen – anders dan art. 7:661 BW – niet de aanwezigheid van enige vorm van subjectieve kwade trouw, bijvoorbeeld in de vorm van opzet of bewuste roekeloosheid. Ook wordt bij die grondslagen niet kenbaar uitgegaan van de persoonlijke kwaliteiten van een bestuurder.’[47]

Zij merkten voorts op dat het belang van deze objectieve benadering vooral is dat het de bestuurder dwingt zich bij het aanvaarden van zijn functie af te vragen of hij wel over de vereiste bekwaamheden beschikt om de bestuursfunctie, in de vennootschap waarin hij benoemd wordt, adequaat te kunnen vervullen. Een ander wenselijk gevolg van deze benadering is dat de achteraf toetsende rechter zich niet in allerlei interne mentale processen hoeft te verdiepen die zich in het hoofd van de handelende bestuurder hebben afgespeeld (al dan niet af te leiden uit de omstandigheden van het geval). Dit zou wel vereist zijn als voor aansprakelijkheid van een bestuurder – kort gezegd – subjectieve kwade trouw vereist zou zijn.[48]

Als men al hetgeen hiervoor is uiteengezet, afzet tegen de overweging van de kantonrechter in de zaak tegen werknemer S, dat in de laatste fase weliswaar ‘meer oplettendheid had mogen worden verwacht’, maar het ontbreken daarvan onvoldoende zou zijn om een dringende reden op te leveren, mag S in het kader van een eventuele nog te volgen aansprakelijkstelling meen

ik toch enigszins opgelucht zijn met het feit dat hij uitsluitend titulair financieel directeur was en geen statutair directeur. Terwijl bij gebreke van opzet of bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht geen aansprakelijkheid ontstaat, kan in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht een enkele onoplettendheid immers wel tot aansprakelijkheid leiden. De bestuurder wordt bij de beoordeling van zijn eventuele aansprakelijkheid, zoals uit het hiervoor aangehaalde artikel 31 Wet op de Coöperatieve Vereeniging reeds bleek, namelijk geacht 'kennis te hebben gekregen van al datgene, wat hem bij eene richtige waarneming zijner betrekking niet onbekend gebleven zou zijn'. Hij dient daarbij zoals gezegd op een geïnformeerde grondslag en doordachte wijze te handelen. De mate van onoplettendheid die in deze zaak aan de orde was, geeft weinig aanleiding te vermoeden dat een statutair bestuurder het gemakkelijk gaat krijgen in een bestuurdersaansprakelijkheidszaak. De procespositie van S in een eventuele aansprakelijkheidszaak lijkt mij daarom minst genomen gunstiger dan die van zijn collega directeur M, die wél statutair directeur was. Ik ga er overigens van uit dat een concern met de omvang van Pathé adequate bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen heeft afgesloten en dat M daar (anders dan een werknemer) een beroep op toekomt.

4.4 Het grotere plaatje vanuit de theorie bezien

De lezer zal zijn opgevallen dat ik de term 'ernstig verwijt', die sinds het in 1997 gewezen standaardarrest Staleman/Van de Ven[49] en de codificatie per 1 januari 2013 in artikel 2:9 BW de facto wordt gehanteerd in het kader van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, in deze bijdrage evenwel niet heb laten terugkomen in de paragraaf die handelt over de aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van de rechtspersoon (par. 4.3). De term komt echter wel terug in de paragraaf die handelt over de aansprakelijkheid van de *werknemer* ten opzichte van de werkgever (par. 4.2). Ik heb dat bewust gedaan. De term 'ernstig verwijt' voegt namelijk niets toe aan de normen voor bestuurdersaansprakelijkheidsrecht die van oudsher uit de wetsgeschiedenis en literatuur blijken, zoals uiteengezet in paragraaf 4.3. In het arbeidsrecht heeft de term echter daadwerkelijk een functie, de term vindt daar ook zijn oorsprong en wordt daarin nog steeds gebruikt, zie bijvoorbeeld artikel 7:653 lid 5, 7:671b lid 8 en 9, 7:673 lid 7, 7:671c lid 3 en 7:681 BW. Zie ook Van Schilfgaarde, die in 2017 schreef:

'Ik breng in herinnering dat de term "ernstig verwijt" afkomstig is uit het arrest Debrot van 1983. Dat arrest (...) ging niet over bestuurdersaansprakelijkheid maar over de aansprakelijkheid van een "gewone" werknemer (...)'[50]

De term is eind jaren tachtig, begin jaren negentig overgewaaid van het arbeidsrecht naar het ondernemingsrecht in een periode dat het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid zowel in de maatschappij als in de rechtspraak van ondergeschikt belang was en er nog nauwelijks jurisprudentie bestond.[51] In de literatuur werd toen voor de aansprakelijkheidspositie van

de bestuurder door sommigen aansluiting gezocht bij die van de werknemer, waarbij onvoldoende werd onderkend dat de aansprakelijkheidsmaatstaf voor een bestuurder anders is dan voor de werknemer. Vervolgens is de term op een toch enigszins 'toevallige' en ogenschijnlijk niet doordachte wijze terechtgekomen in het arrest Staleman/Van de Ven.[52]

Ik denk dat inmiddels eenieder het erover eens is dat de werknemer en de bestuurder niet gelijk zijn te trekken. Het zou goed zijn om dat ook in de rechtstheorie duidelijker naar voren te brengen door in te zien dat de term 'ernstig verwijt' is verknocht aan het arbeidsrecht en niet thuishoort in het ondernemingsrecht. Was dat eerder al ingezien, dan had de bestuurder van Stichting ATAL zich in 2015/2016 de moeite kunnen besparen om tot de Hoge Raad door te procederen met de stelling dat het door de Hoge Raad sinds 1997 (Staleman/Van de Ven) in het kader van artikel 2:9 BW gehanteerde begrip 'ernstig verwijt' dezelfde betekenis heeft als 'opzet of bewuste roekeloosheid'.[53] Door het cassatieberoep af te doen met artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) heeft de Hoge Raad overigens bevestigd dat de positie van de bestuurder anders is dan die van de werknemer, hetgeen mij volstrekt juist lijkt. De wijze van afdoening door middel van artikel 81 Wet RO is evenwel moeilijk te rijmen met (1) de hiervoor aangehaalde arresten Roebbers/Van de Ven[54] uit 1996 en Godfried/Tribulet[55] uit 1998, waarin de Hoge Raad zelf ook 'ernstige verwijtbaarheid' op één lijn plaatst met 'opzet of bewuste roekeloosheid', en (2) het feit dat de wetgever juist buiten twijfel heeft willen stellen dat tussen de formulering 'ernstig verwijt en opzet of bewuste roekeloosheid in wezen geen verschil bestaat en dat de omschrijving "ernstig verwijt" (...) zeer wel als passend equivalent van "opzet of bewuste roekeloosheid" kan worden gebezigd'.[56] De afdoening ex artikel 81 Wet RO is voorts moeilijk te rijmen met de taak die de wetgever voor de Hoge Raad in de praktijk heeft weggelegd, en zoals deze juist in artikel 81 Wet RO is vastgelegd, namelijk om de rechtseenheid te bewaken. Dit geldt temeer nu de wetgever uitdrukkelijk overwoog:

'Bij het bewaken van de rechtseenheid gaat het om de *eenvormige uitleg en toepassing* van de rechter van rechtsregels en rechtsbegrippen, zowel binnen afzonderlijke rechtsgebieden als in samenhang tussen afzonderlijke rechtsgebieden.'[57] (cursivering WW)

Bij de uitleg van de term 'ernstig verwijt' gaat het bovendien om de uitleg die in het kader van hetzelfde rechtsgebied, namelijk het burgerlijk recht, werd en wordt gebruikt. De ene keer weliswaar in het kader van Boek 7 BW en de andere keer in het kader van Boek 2 BW, maar dat neemt niet weg dat sprake is van één BW, dat bestaat uit een gelaagd systeem[58] met talloze schakelbepalingen. Bovendien laat zowel de rechtspraak als de literatuur zien dat het gebruik van de term juist *het gevolg* is van een in het verleden gemaakte (onjuiste) vergelijking tussen de bestuurder in het ondernemingsrecht en de werknemer in het arbeidsrecht. Het ligt dan niet voor de hand om dezelfde term te gebruiken voor verschillende betekenissen. Maar zelfs als men het arbeidsrecht en het ondernemingsrecht als afzonderlijke rechtsgebieden zou

beschouwen, blijft het recht een samenhangend regelgebonden systeem,[59] en blijft het volgens de wetgever, aldus het voorgaande, van belang dat de rechtseenheid wordt bewaakt met een eenvormige uitleg en toepassing van rechtsregels en rechtsbegrippen.[60] De conclusie is dan eenvoudig: het begrip ‘ernstig verwijt’ past niet in het ondernemingsrecht en boven op het voorgaande zijn de argumenten daarvoor talrijk.[61]

5 Afronding

Ik ben benieuwd of het Pathé-script in de toekomst nog een vervolg zal krijgen in de vorm van een aansprakelijkheidsprocedure. Uit het voorgaande blijkt dat een dergelijke procedure voor de rechtswetenschap overigens ook nog eens waardevol zou kunnen zijn, omdat daarin het verschil tussen de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder ten opzichte van de aansprakelijkheidspositie van de werknemer aan de orde kan komen. Nu menig statutair directeur tevens werknemer zal zijn, en hij in beide hoedanigheden duidelijkheid zou moeten hebben over zijn rechtspositie, lijkt het mij geen overbodige luxe om zich te herbezinnen over het gebruik van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Ik begrijp dat Timmerman het daarmee niet eens is. Hij schaaft zich daarbij achter het feit dat de wetgever de term in 2013 in artikel 2:9 BW heeft gecodificeerd en dat de term inmiddels ‘op een betrekkelijk grote schaal door de wetgever wordt gebruikt’, waarbij hij voor het ontslagrecht zelfs verwijst ‘naar art. 7:673 lid 1 sub b BW, art. 7:673 lid 7 en lid 9 BW en art. 682 lid 1 sub c, lid 2, sub b en lid 3 sub b BW’. Timmerman stelt vervolgens ‘dat de Hoge Raad in 1997 blijkbaar een begrip heeft geïntroduceerd dat de wetgever heeft geïnspireerd’, en ‘vindt het mooi dat wetgever en Hoge Raad elkaar over en weer beïnvloeden’.[62] Het zijn zalvende woorden, maar de verwijzingen naar arbeidsrechtelijke bepalingen ter onderbouwing van het gebruik van de term in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht zijn gelet op al het voorgaande moeilijk te verdedigen. Timmerman gaat voorts eraan voorbij dat het begrip ‘ernstig verwijt’ in de door hem aangehaalde artikelen juist uiting geeft aan een door de wetgever expliciet bedoelde zeer zware – met opzet of bewuste roekeloosheid te vergelijken – (‘ernstige’) schuldmaatstaf (met als voorbeelden diefstal, bedrog, werkweigering), die niet te vergelijken is met de maatstaf die men op bestuurders van toepassing acht.[63] De codificatie in 2013 van de term in artikel 2:9 BW is voorts betrekkelijk ondoordacht geweest en leek alleen maar te zijn ingegeven door de wens van de wetgever ‘om de formulering van art. 2:9 BW te laten aansluiten op de in de literatuur en rechtspraak (Staleman/Van de Ven) gebruikte terminologie’.[64] In de Tweede Kamer hebben leden van de vaste commissie van Justitie en Veiligheid (van VVD, CDA en SGP) eind 2018 aan de minister gevraagd om in te gaan op de door mij geleverde kritiek op de toepassing van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Zij vroegen de minister in te gaan op de bevindingen in mijn proefschrift van eind 2017 en stelden naar aanleiding van de voornoemde codificatie van

de maatstaf in 2013 verschillende vragen over de betekenis en functie van de term ‘ernstig verwijt’.[65] Het waren terechte vragen, maar de minister heeft de vragen grotendeels ontweken en onbeantwoord gelaten[66] door te verwijzen naar een evaluatierapport dat onder meer betrekking had op de wijze waarop artikel 2:9 BW per 1 januari 2013 is gewijzigd,[67] welk rapport tot stand is gekomen onder toezicht van een begeleidingscommissie die werd voorgezeten door Timmerman. Mijn proefschrift uit 2017 is daarin niet meegenomen en de onderzoekers stellen vrij kort dat hun geen onduidelijkheid is gebleken ‘inzake de toepassing van de “ernstig verwijt”-maatstaf’.[68] Deze conclusie lijkt echter strijdig met de feitelijke bevindingen in het rapport. Het daarin genoemde rechtspraakonderzoek over de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016 zou in totaal immers 33 rechtbankprocedures en 2 hofprocedures hebben opgeleverd,[69] waarover de onderzoekers stellen dat ‘in 26 procedures art. 2:9 (oud) is toegepast of het niet duidelijk is’.[70] Blijkt hier niet onduidelijkheid uit? Vreemd is ook dat de onderzoekers stellen: ‘In de vier uitspraken waarin de vordering op de voet van art. 2:9 (nieuw) BW werd toegewezen, werd ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur aangenomen’, terwijl deze terminologie (‘ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’) in *geen* van de vier uitspraken waarnaar de onderzoekers refereren, wordt gebruikt.[71] De leden van de VVD-fractie vroegen in dit verband of er ook zoiets bestaat als ‘niet-ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’,[72] maar daar is de minister niet op ingegaan.[73] Een kritische blik op de rechtspraaklijst uit het rapport levert voorts de constatering op dat in 19 van de 35 onderzochte zaken terminologie is gebruikt uit artikel 2:248 BW (‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’) en/of uit het arrest HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454 (Panmo), dat betrekking heeft op artikel 2:248 BW en waarin is bepaald dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling sprake is ‘als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – zo gehandeld zou hebben’. De onderzoekers benoemen dat niet, maar het bevestigt de gegrondheid van de vraag van de CDA-leden in de vaste commissie[74] over het feit dat in artikel 2:9 en 2:138/248 BW ten onrechte verschillende terminologie wordt gebruikt. Het lijken mij in ieder geval genoeg redenen om niet te concluderen dat ‘niet is gebleken van onduidelijkheid inzake de toepassing van de “ernstig verwijt”-maatstaf’. De minister verwees verder naar twee (inmiddels oudere) publicaties, die evenwel geen betrekking hebben op artikel 2:9 BW, maar op aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 6:162 BW (waar de vragen van de vaste commissie van Justitie en Veiligheid dus geen betrekking op hadden).[75] Overigens wordt de inhoud van die publicaties in de rechtswetenschap weerlegd[76] en ben ik ook niet meer de enige die (in een proefschrift) betoogt dat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf onduidelijk is en/of niet past. Op 19 maart 2019 promoveert Karapetian op haar proefschrift *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, waarin zij tot dezelfde conclusie komt.[77] Terwijl de minister derhalve geen antwoord lijkt te hebben gegeven op de gestelde vragen, lijken de antwoorden die hij wel

heeft gegeven bovendien geen recht te doen aan de ontwikkelingen in de rechtswetenschap. Ook lijken de antwoorden van de minister voer te geven voor de herleving van een oude discussie tussen Timmerman, Schild, Huizink en Assink, die speelde ten tijde van de invoering van de Wet bestuur en toezicht in 2011, over de functie van de term ‘ernstig verwijt’ en de werking daarvan in artikel 2:9 BW.[78] Ook ten aanzien van dit script ben ik benieuwd naar het vervolg.

Noten

[1] Zie hierover uitvoerig W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt (diss. Rotterdam; IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[2] <https://fd.nl/ opinie/1278357/bij-blame-cultuur-pathe-zwijgen-mensen-over-hun-fouten-en-op-termijn-is-dat-recept-voor-ondergang>.

[3] Een analyse van de verschillen/overeenkomsten tussen beëindiging ex art. 7:671b lid 1 jo. art. 7:669 lid 3 sub e BW en ontslag op staande voet gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

[4] HR 10 mei 1996, NJ 1996/669 m.nt. P.A. Stein (Roebbers/Van de Ven).

[5] HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 1997/29 (Staleman/Van de Ven).

[6] Zo worden in het arrest Roebbers/Van de Ven de maatstaf ‘ernstig verwijt’ en de maatstaf ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ door elkaar gebruikt en gelijkgetrokken.

[7] De schuldenaar ex art. 6:74 BW zal bijv. moeten instaan voor fouten die een gevolg zijn van een gebrek aan ervaring, ook al is hem geen verwijt te maken van het feit dat hij de gedraging, waarin de fout besloten lag, heeft verricht, en al was de fout voor hem niet te voorzien. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/358. De arts die door onervarenheid tekortkomt in zijn zorgverplichting kan jegens de patiënt aansprakelijk zijn op grond van art. 6:162 BW. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/121, R. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 49 en mijn discussie daarover in WPNR 2017/7189 met Timmerman. In de verhouding tussen de werknemer en de werkgever (zoals een arts-werknemer en het ziekenhuis) zal daarvoor daarentegen eerst opzet of bewuste roekeloosheid moeten worden aangetoond.

[8] Zie hierover uitvoerig Westenbroek 2017 (diss.), par. 4.2 en 5.2.2.

[9] HR 4 februari 1983, NJ 1983/543 m.nt. P.A. Stein (Debrot).

[10] HR 27 juni 1975, NJ 1976/81 m.nt. G.J. Scholten (Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek), later herhaald in HR 9 januari 1987, NJ 1987/948 m.nt. P.A. Stein, HR 6 maart 1987, NJ 1987/533, HR 22 maart 1991, NJ 1991/420 en HR 27 maart 1992, NJ 1992/496 m.nt. P.A. Stein (Buigcentrale Nederveen).

[11] Kamerstukken II 1987/88, 17896, 8, p. 27.

[12] Kamerstukken II 1987/88, 17896, 8, p. 27-28. De in verband met art. 7:661 BW geuite gedachte verwoord in het arrest van Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2203, dat 'ernstige verwijtbaarheid' een lichtere schuldmaatstaf is dan 'opzet of bewuste roekeloosheid', is dus onjuist.

[13] B. Schouten, Opzet of bewuste roekeloosheid ex art. 7:661 BW en de behoefte aan een soepeler maatstaf voor werknemersaansprakelijkheid, TAP 2014/205, die ook een heldere uiteenzetting geeft over de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid.

[14] HR 10 mei 1996, NJ 1996/669 m.nt. P.A. Stein (Roebbers/Van de Ven). Zie ook HR 14 oktober 2005, NJ 2005/539 (City Tax/De Boer).

[15] HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 m.nt. Vegter (Maatman/Akzo Nobel).

[16] Schouten 2014.

[17] HR 9 januari 1998, NJ 1998/440 m.nt. P.A. Stein (Godfried/Tribulet).

[18] HR 14 oktober 2005, NJ 2005/539 (City Tax/De Boer). Zie ook HR 10 mei 1996, NJ 1996/669 m.nt. P.A. Stein (Roebbers/Van de Ven).

[19] HR 2 december 2005, JAR 2006/15 (Dieteren/Engelen) en de conclusie van A-G Spier.

[20] J.M. Blanco Fernández, De raad van commissarissen bij NV en BV (diss. Maastricht; IVOR nr. 19), Deventer: Kluwer 1993, p. 174-175 en 179.

[21] Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.7.2 met verwijzing naar Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3 en 4, Kamerstukken II 1981/82, 16631, 5, p. 11 en Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 20, waaruit blijkt dat 'onbehoorlijke taakvervulling' zowel binnen als buiten faillissement de rechtsgrond voor aansprakelijkheid vormt van de bestuurder. Zie voorts Westenbroek 2017 (diss.), par. 5.3.5 met diverse verwijzingen naar literatuur.

[22] J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, Bestuur en toezicht: taken, verantwoordelijkheden, aansprakelijkheden van bestuurders en commissarissen (R&P nr. 71), Deventer: Kluwer 1994, p. 113-114.

- [23] Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 1992, NJ 1993/41, r.o. 4.1.5.
- [24] Glasz, Beckman & Bos 1994, p. 113-114.
- [25] Met de laatste volzin van art. 7:661 lid 1 BW is dan ook bedoeld aansluiting te zoeken bij art. 6:170 lid 3 BW. Zie T&C Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Deventer: Wolters Kluwer 2015, art. 7:661 BW, aant. 2.
- [26] Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 728 en Kamerstukken II 1975/76, 7729, 6, p. 169.
- [27] P. van der Vlis, Interne aansprakelijkheid van bestuurders: de functies van art. 2:9 BW, TVVS 1994/157, par. 4.
- [28] Wet van den 28sten Mei 1925, Stb. Nr. 204, houdende nieuwe wettelijke regeling van de Coöperatieve Vereeniging.
- [29] J.G. Kist & D.L.E. Visser, Beginselen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet. De Naamlooze vennootschap volgens de wet van 2 juli 1928, Stb. No 216 (Supplement op Deel III), Den Haag: Gebr. Belinfante (N.V.) 1929, p. 236.
- [30] Waaruit blijkt dat de gedragsnorm ('behoorlijke taakvervulling') en de rechtsgrond voor aansprakelijkheid ((kennelijke) 'onbehoorlijke taakvervulling') die zijn neergelegd in art. 2:138/248 BW in feite gelijk zijn aan die van art. 2:9 BW. Zie Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.7.1, 3.7.2 en 3.7.4 met verwijzingen.
- [31] Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 19.
- [32] Kamerstukken II 1983/84, 16631, 9, p. 14.
- [33] Kamerstukken II 1983/84, 16631, 9, p. 2.
- [34] HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 1997/29 (Staleman/Van de Ven).
- [35] Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 9.
- [36] HR 8 april 2005, NJ 2006/443 m.nt. G. van Solinge, JOR 2005/119 m.nt. M. Brink (Laurus).
- [37] Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, NJ 1980/71 (Batco); Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1987, NJ 1988/99 m.nt. J.M.M. Maeijer; HR 10 januari 1990, NJ 1990/466 m.nt. J.M.M. Maeijer (Ogem).
- [38] HR 8 juni 2001, NJ 2001/454, JOR 2011/171 m.nt. Tekstra (Panmo). Zie ook HR 7 juni 1996,

NJ 1996/695 m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 1996/69 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Ontvanger/Van Zoolingen) met betrekking tot aansprakelijkheid op grond van art. 36 Invorderingswet.

[39] Zie voor een uiteenzetting W.A. Westenbroek, Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid, RMThemis 2016, afl. 4, p. 175-192. Overigens kan ongeschiktheid wel een reden zijn om tot ontbinding/opzegging van de arbeidsovereenkomst over te gaan op grond van art. 7:669 lid 3 sub d BW, maar dat is wat anders dan dat de werknemer *aansprakelijk* kan worden gehouden voor schade als gevolg van ongeschiktheid. Dat laatste kan dus niet, want daarvoor is opzet of bewuste roekeloosheid vereist.

[40] Asser/Maeijer & Dortmond 2-III 1994/321.

[41] J.R. Glasz, Aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen, vanuit het vennootschapsrecht gezien, TVVS 1986, afl. 4, p. 81 e.v.

[42] L.G. Eykman, De aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen tegenover de vennootschap, gezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen, TVVS 1986, afl. 4, p. 87 e.v.

[43] J.B. Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:9 BW, aant. 8.1 en Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4257 (Stichting Bureau Jeugdzorg).

[44] B.J. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 525.

[45] W.A. Westenbroek, De waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht, MvO 2018, afl. 3-4, p. 63-75 en W.A. Westenbroek, Het trustkantoor als bestuurder en 'omgaan' in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470), O&F 2018, afl. 3, p. 14-32.

[46] Jansen, in: GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 14.2. Zie voorts HR 6 december 2013, NJ 2014/167 m.nt. Van Schilfgaarde (Fortis), r.o. 4.2.1.

[47] B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman & S.N. de Valk, Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (IVOR nr. 76), Deventer: Kluwer 2011, p. 31.

[48] Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 63.

[49] HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 1997/29 (Staleman/Van de Ven).

[50] P. van Schilfgaarde, Van promotor tot promotus, in: B.F. Assink e.a. (red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer

2017, hoofdstuk 36, p. 486.

[51] Blanco Fernández 1993, p. 179.

[52] Zie Westenbroek 2017 (diss.), par. 4.3, voor een uiteenzetting en behandeling van die literatuur, en par. 4.4, waarin wordt uiteengezet op welke wijze de term in het arrest Staleman/Van de Ven is terechtgekomen.

[53] Zie HR 1 april 2016, JOR 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (Stichting ATAL) en mijn kritiek op de conclusie van A-G Spier in Westenbroek 2017 (diss.), par. 5.2.2.

[54] HR 10 mei 1996, NJ 1996/669 m.nt. P.A. Stein (Roebbers/Van de Ven). In het gehele arrest worden de termen ‘ernstig verwijt’ en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ ook steeds door elkaar gebruikt, en ook A-G Koopmans overwoog in zijn conclusie bij dit arrest dat er ‘geen beduidend verschil is tussen de beide uitdrukkingen’.

[55] HR 9 januari 1998, NJ 1998/440 m.nt. P.A. Stein (Godfried/Tribulet).

[56] Zie de eerder aangehaalde Kamerstukken II 1987/88, 17896, 8, p. 27-28 (MvA). Zie hierover Westenbroek 2017 (diss.), hoofdstuk 2, alsmede par. 5.2.2 en p. 212.

[57] Wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak), Kamerstukken II 2010/11, 32576, 3, p. 1.

[58] P.H.M. Gerver e.a., Pitlo. Het systeem van het Nederlandse privaatrecht, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 13 e.v. en p. 63 e.v.

[59] F.B. Bakels, Rode draad rechtsvorming door de Hoge Raad. Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad, AA 2015, afl. 11, p. 938.

[60] Westenbroek 2017 (diss.), par. 5.2.2.

[61] Zie Westenbroek 2017 (diss.) met bronnen en ook mijn eerder aangehaalde bijdragen in WPNR 2018/7189, MvO 2018, afl. 3-4 en O&F 2018, afl. 3 (met in voetnoot 22 en 25 nog een nadere reactie op het naschrift van Timmerman in WPNR 2018/7189).

[62] Zie zijn naschrift in WPNR 2018/7189 in reactie op W.A. Westenbroek, Wat wil deze advocaat-generaal? Over een pragmatische beoefening van het ondernemingsrecht, een terughoudende toetsing en aansluiting op de economische realiteit, WPNR 2018/7189.

[63] Zie Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 40 en P. Kruit, in: Arbeidsovereenkomst, art.

7:673 BW, aant. 1.1 (online bijgewerkt tot 1 november 2017).

[64] Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 8-9.

[65] Zie Kamerstukken II 2018/19, 34491, 8, p. 3-4.

[66] Kamerstukken II 2018/19, 34491, 9, p. 8-11.

[67] H.E. Boschma e.a., Evaluatie Wet bestuur en toezicht. Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv (IVOR nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 102-103 en 108.

[68] Er is wel verwezen naar mijn in noot 38 genoemde publicatie in RMThemis 2016. Boschma e.a. 2018, p. 108-109 stellen daarover echter: 'De onderzoekers wijzen erop dat de voorbeelden van onduidelijke rechterlijke uitspraken die Westenbroek in dit verband aanvoert, dateren van voor de inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv. Uit de rechterlijke uitspraken die nadien zijn geweest, is de onderzoekers niet gebleken van onduidelijkheid inzake de toepassing van de "ernstig verwijt"-maatstaf.' Deze redenering verbaast, nu de onderzoekers zelf (terecht) constateren dat met art. 2:9 (nieuw) BW geen koerswijziging ten opzichte van art. 2:9 (oud) BW is beoogd, en dat 'het derhalve niet uit [lijkt] te maken of art. 2:9 (nieuw) BW dan wel art. 2:9 (oud) BW wordt toegepast' (p. 102 en 107). Hieruit moet dan de gevolgtrekking worden gemaakt dat de door mij aangehaalde voorbeelden uit de rechtspraak van voor 2013 nog steeds relevant zijn.

[69] In de lijst van onderzochte rechtspraak (p. 154-156) komen de door mij in mijn proefschrift behandelde uitspraken HR 1 april 2016, JOR 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (Stichting ATAL), Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, JOR 2014/29 (Goedewaagen), Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, JOR 2015/32, (Meepo) en Rb. Noord-Holland 2 september 2015, JOR 2016/122 (Voetbal Vereniging Young Boys) verder niet terug, hetgeen minst genomen vreemd is, aangezien dat twee additionele hofuitspraken en een Hoge Raad-uitspraak betreft.

[70] Boschma e.a. 2018, p. 100 en 154-156.

[71] Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198 (Aannemersbedrijf BV); Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6045 (HDI-Gerling Verzekeringen NV); Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110 (Bedrijf BV); Rb. Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5988 (Eiseres BV).

[72] Zie Kamerstukken II 2018/19, 34491, 8, p. 3-4.

[73] Was de minister daar wel op ingegaan, dan had deze moeten constateren dat de term een pleonasme is. De minister heeft in 1983/1984 namelijk opgemerkt: 'In de term "onbehoorlijk" moet vooral het element van "verwijtbaarheid" worden gelezen' (Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 4).

[74] Kamerstukken II 2018/19, 34491, 8, p. 3.

[75] P.D. Olden, Koester de maatstaf 'ernstig verwijt': beter hebben we niet, *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367 en J. van Bekkum, Reactie op Mr. W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24, *Ondernemingsrecht* 2016/98.

[76] Zie daarover o.m. Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.5.4.5, 10.5.6 en 10.6.2; W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid: hoe iets is en hoe iets behoort te zijn, *Ondernemingsrecht* 2016/99; F.M.J. Verstijlen, Bestuurdersaansprakelijkheid na Hezemans Air, in: B.J. Huizink e.a., Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 21-29; R.P.J.L. Tjittes, Handelen in hoedanigheid, in: B.F. Assink e.a. (red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 26, p. 367-380; S.M. Bartman, Anders dan het orakel van Delphi, *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723 en anderen.

[77] A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (diss. Groningen; R&P nr. INSR11), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 47 en 59.

[78] Zie de discussie weergegeven in hoofdstuk 8 van mijn dissertatie. Zie voorts J.B. Huizink, Artikel 2:9 BW. Enkele observaties, in: J.B. Huizink e.a. (red.), Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland? Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW, Deventer: Kluwer 2011, p. 5-15; A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders, *WPNR* 2014/7011, p. 270-274; J.B. Huizink, Een reactie naar aanleiding van A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders, *WPNR* 2014/7011, *WPNR* 2014/7018, p. 270-274; B.F. Assink, Reactie op de reactie van prof. mr. J.B. Huizink in *WPNR* (2014) 7018. If it ain't broke..., *WPNR* 2014/7026, p. 656-658; J.B. Huizink, Naschrift op 'Een reactie naar aanleiding van A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders, *WPNR* 2014/7026', *WPNR* 2014/7018, p. 659.

ANNOTATIE

Ontslag van de bestuurder van de stichting door de rechter. Wie is de belanghebbende?

A.M. Dumoulin-Siemens

Wie wordt ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot ontslag van de stichtingsbestuurder? De auteur analyseert het nieuwste arrest van de Hoge Raad hierover. De conclusie luidt dat de Hoge Raad de bestendige jurisprudentie over de reikwijdte van het belanghebbendebegrip bevestigt en wellicht iets verruimt.

1 Inleiding

Artikel 2:298 Burgerlijk Wetboek (BW) vertrouwt het toezicht op het stichtingsbestuur aan de rechter toe. De bestuurder kan op verzoek van een belanghebbende door de rechter worden ontslagen. De invulling van het begrip belanghebbende bepaalt in welke mate in de praktijk uitvoering kan worden gegeven aan het rechterlijk toezicht. De Hoge Raad heeft recent korte metten gemaakt met de (te) beperkte uitleg, die achtereenvolgens door de Rechtbank Den Haag en het Hof Den Haag aan het begrip belanghebbende is gegeven. Dit artikel analyseert deze uitspraken en de consequenties daarvan voor de praktijk.

2 Juridisch kader: artikel 2:298 BW

Een bestuurder van een stichting die iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of van de statuten, dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer of niet of niet behoorlijk voldoet aan een bevel van de voorzieningenrechter tot openlegging van de boeken of bescheiden, kan volgens artikel 2:298 BW door de rechtbank worden ontslagen. Dit kan geschieden op verzoek van het Openbaar Ministerie of een belanghebbende.

De wet geeft niet aan wie tot de kring van belanghebbenden behoort. Dit heeft gezorgd voor een scala aan uitspraken (zie par. 2 en 3) en een levendige discussie in de literatuur (zie par. 9). Aanleiding voor deze bijdrage is het arrest^[1] Stichting ANV Fondsen, dat de Hoge Raad op 12 oktober 2018 heeft gewezen. De overwegingen uit dit arrest, afgezet tegen de argumenten die de rechtbank in eerste aanleg^[2] en het hof in hoger beroep^[3] hebben gebezigd, lijken de

lijn die in de jurisprudentie is uitgezet, te bevestigen.

Artikel 2:298 BW vertrouwt het toezicht op het bestuur van een stichting aan de rechter toe, omdat een vorm van interne controle bij een stichting kan ontbreken. Een toezichthoudend orgaan is niet dwingend voorgeschreven. Stichtingen hebben bovendien geen leden (zie art. 2:285 BW) en geen aandeelhouders, waardoor een algemene vergadering eveneens ontbreekt. De rechtbank kan de bestuurder niet ambtshalve ontslaan. Dat kan uitsluitend op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie.[4] Bij de uitvoering van de in artikel 2:298 lid 1 BW neergelegde bevoegdheid is een belangrijke rol weggelegd voor de belanghebbende. Volgens de letterlijke tekst van de wet kan 'iedere' belanghebbende bij de rechtbank een verzoek tot ontslag van de bestuurder van een stichting indienen. Het Openbaar Ministerie kan dat ook. De praktijk leert echter dat het Openbaar Ministerie zelden gebruikmaakt van deze bevoegdheid.[5]

De bepaling van artikel 2:298 BW is bedoeld ter bescherming van de belangen van de stichting. Dat is anders met betrekking tot het begrip belanghebbende in – bijvoorbeeld – artikel 279 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Het laatstgenoemde artikel biedt een ingang voor de behartiging van de eigen belangen van de verzoeker/belanghebbende. De vraag wat het doel is van de bepaling waaraan de belanghebbende bevoegdheden ontleent, is belangrijk. Het antwoord houdt rechtstreeks verband met de reikwijdte van de kring van personen die zich als verzoeker/belanghebbende tot de rechter kan wenden. De kring van personen die in verband met de externe controle van de stichting een ontslagverzoek ex artikel 2:298 BW bij de rechter kan indienen, zal ruimer kunnen zijn dan de kring van belanghebbenden onder artikel 279 Rv.[6]

3 Kring van belanghebbenden – jurisprudentie Hoge Raad

Voordat ik toekom aan de analyse van Stichting ANV Fondsen, behandel ik eerst de drie centrale arresten waarin de Hoge Raad invulling heeft gegeven aan het begrip belanghebbende en geef ik een kort overzicht van de lagere rechtspraak over dit onderwerp.

In het Leonhard Woltjer Stichting-arrest[7] uit 1991 oordeelt de Hoge Raad dat voor ieder type verzoekschriftprocedure uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsebepalingen moet worden afgeleid wie tot de kring van belanghebbenden zijn te rekenen. De casus betreft een beschikking tot goedkeuring van een besluit tot fusie. De Hoge Raad oordeelt dat een oprichter of iemand die ten tijde van de totstandkoming van het fusiebesluit deel uitmaakt van een van de organen van de stichting in beginsel als belanghebbende moet worden aangemerkt. Een niet tot deze kring behorende persoon kan, aldus de Hoge Raad, slechts dan als belanghebbende in de zin van (thans) artikel 279 Rv worden aangemerkt, als

hij door de desbetreffende beschikking een ‘concreet en specifiek nadeel’ ondervindt in zijn betrekking tot de stichting.

In het Scheipar-arrest[8] verruimt de Hoge Raad het begrip belanghebbende door de introductie van de zogeheten tweekringenleer. De Hoge Raad herhaalt de overweging uit het Leonhard Woltjer Stichting-arrest, dat uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen moet worden afgeleid of iemand belanghebbende is. Bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is, speelt volgens de Hoge Raad een rol in hoeverre (kring I) de verzoeker door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen, dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of (kring II) de verzoeker anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.

In het arrest Stichting IHD[9] bevestigt de Hoge Raad de door hem in Scheipar geformuleerde tweekringenleer. De casus betrof een verzoek tot ontslag van bestuurders van een stichting ex artikel 2:298 BW door een gewezen bestuurder. Volgens de Hoge Raad kan onder omstandigheden (ook) een gewezen bestuurder (als behorende tot kring II) als belanghebbende worden aangemerkt. De gebeurtenissen die ten grondslag kunnen worden gelegd aan het ontslagverzoek ex artikel 2:298 BW moeten dan wel tijdens de bestuursperiode zijn voorgevallen en de gewezen bestuurder moet het verzoek binnen een redelijke termijn na het einde van zijn bestuursperiode indienen.

4 Kring van belanghebbenden – jurisprudentie lagere rechtspraak

Hoe gaat de lagere rechtspraak om met de hoedanigheid van de verzoeker? Uit een korte rondgang langs enkele uitspraken blijkt dat de lagere rechtspraak de tweekringenleer consequent toepast. Hierbij zijn met name de uitspraken over kring II interessant.

Uit de uitspraken komt naar voren dat de lagere rechter toetst of de verzoeker/eiser een bepaalde mate van betrokkenheid bij het onderwerp van de procedure kan aantonen en daarom als belanghebbende uit kring II in zijn verzoek dan wel eis kan worden ontvangen. Zo bepaalt bijvoorbeeld het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in zijn uitspraak van 22 oktober 2008[10] dat het belang van de verzoeker (dat is de Staat, die subsidie verleende aan de stichting) is gelegen in het in de toekomst voorkomen van onrechtmatig handelen bij de stichting. Gebleken is dat het uitoefenen van repressief toezicht niet volstond.

In een andere zaak oordeelde het Gerechtshof Amsterdam[11] dat de verzoekers er belang bij hebben dat de stichting op behoorlijke wijze wordt bestuurd. Verzoekers zijn curatoren die belast zijn met het beheer en de vereffening van de failliete boedel van de failliet. De failliet is

bestuurder van een Stichting Administratiekantoor en houder van door deze Stichting uitgegeven certificaten van aandelen in enkele vennootschappen. Gezien de verwevenheid tussen (het vermogen van) de failliet en de vennootschappen, hebben de curatoren er volgens het hof belang bij dat de Stichting Administratiekantoor op behoorlijke wijze wordt bestuurd. De curatoren worden vanwege deze verwevenheid als belanghebbenden in hun ontslagverzoek ontvangen.

De Rechtbank Rotterdam^[12] toetst ook of er belang dan wel betrokkenheid van de verzoeker bij de procedure is. Verzoeker stelt in deze zaak dat hij een schuldeiser is van de stichting. De rechtbank oordeelt dat de betrokkenheid, het bestaan van een vordering, op geen enkele wijze is onderbouwd en verklaart verzoeker niet-ontvankelijk in zijn verzoek.

De Rechtbank Haarlem^[13] merkt de Verzekeringskamer aan als belanghebbende in haar verzoek tot ontslag van een bestuurder van een pensioenfonds. De rechtbank baseert haar oordeel op de in de Pensioen- en spaarfondsenwet neergelegde toezichthoudende taak van de Verzekeringskamer.

Tot slot is het Gerechtshof Amsterdam^[14] van oordeel dat verzoekers, dochters van een van de bestuursleden van de stichting, niet-ontvankelijk zijn. De dochters stellen dat de overige bestuursleden de vader hebben benadeeld in verband met een door de vader aan de stichting verstrekte lening. De dochters worden niet-ontvankelijk verklaard, omdat het volgens het hof niet voor de hand ligt dat de wetgever crediteuren de mogelijkheid heeft willen geven hun crediteursbelang geldend te maken door met een verzoek ex artikel 2:298 BW in te grijpen in de interne bestuursstructuur van hun debiteur. Daarnaast overweegt het hof dat verzoekers geen toezichthoudende taak ten aanzien van de stichting hebben.

5 Casus Stichting ANV Fondsen

In de zaak Stichting ANV Fondsen zijn de volgende feiten van belang. De Stichting ANV Fondsen (hierna: de Stichting) beheert enkele fondsen, waaronder het zogeheten Visser-fonds (hierna: het Fonds). In het Fonds is de erfenis van mr. H.L.A. Visser ondergebracht. De Stichting heeft het beheer van het Fonds op enig moment overgenomen van de vereniging Algemeen-Nederlands Verbond (hierna: het ANV). De oprichtster van de Stichting is het ANV. Tussen het bestuur van de Stichting en het dagelijks bestuur van het ANV bestaat een personele unie. De leden van het dagelijks bestuur van het ANV vormen tevens de leden van het bestuur van de Stichting.^[15] Het gehele bestuur van het ANV bestaat uit negen personen. De leden van het bestuur van het ANV worden gekozen door de algemene vergadering van het ANV. De leden van het ANV hebben geen direct stemrecht in de algemene vergadering. De stemmen worden uitgebracht door de leden van het bestuur (9 stemmen) en door de

afgevaardigden van de landenafdelingen (29 stemmen).

Volgens artikel 3 van de (gewijzigde) statuten van de Stichting heeft deze ten doel (a) het beheren en administreren van fondsen van het ANV, (b) het besteden van die fondsen of de revenuen daarvan in overleg met het ANV en (c) het financieel ondersteunen van de werkzaamheden van het ANV.[16]

De Stichting dient volgens het testament van wijlen Visser van de zuivere inkomsten uit het kapitaal van het Fonds jaarlijks of tweejaarlijks ten minste zeven achtste deel te besteden aan enkele door wijlen Visser gespecificeerde doelen. Daarbij moet zij voorstellen van het ANV in aanmerking nemen. In 2014 bedraagt de netto-opbrengst van het Fonds bijna EUR 130.000. De Stichting maakt jaarlijks onder de noemer 'kostenvergoeding' bedragen over aan het ANV. De werkzaamheden die het ANV ten behoeve van de Stichting verricht, zouden volgens verzoeker de hoogte van deze bedragen niet rechtvaardigen. Verzoeker stelt dat het bestuur van de Stichting in strijd met het doel van de Stichting en met de verplichtingen uit het testament te veel geld aan personeels-, huisvestings- en organisatiekosten besteedt.

Verzoeker is van juni 2004 tot juni 2012 bestuurder[17] van het ANV geweest en is nog steeds lid van het ANV. Sinds 2009 is verzoeker bestuurslid van een ANV-afdeling. Verzoeker verzoekt de Rechtbank Den Haag primair alle bestuurders van de Stichting met onmiddellijke ingang te ontslaan op grond van artikel 2:298 BW en een nieuw en onafhankelijk bestuur te benoemen op grond van artikel 2:299 BW. Subsidiair wenst verzoeker dat de Stichting op grond van artikel 2:21 lid 4 BW met onmiddellijke ingang wordt ontbonden met benoeming van een onafhankelijke vereffenaar.

Het is wel duidelijk dat verzoeker geen eigen belang heeft bij de uitkomst van de procedure en dus niet tot kring I behoort.[18] De centrale vraag is of verzoeker kan worden ontvangen in zijn verzoek tot ontslag van het bestuur van de Stichting, omdat hij aan de criteria van kring II voldoet. Verzoeker is van mening dat hij zo nauw betrokken is geweest bij het onderwerp van de procedure, te weten het bestedingsbeleid van de Stichting, dat hij belang heeft om toegelaten te worden in zijn verzoek. Verzoeker onderbouwt zijn betrokkenheid met formele en materiële argumenten. Verzoeker is van juni 2004 tot juni 2012 bestuurder van het ANV geweest en is nog steeds lid van het ANV. Sinds 2009 is verzoeker bestuurslid van een ANV-afdeling. Verder heeft verzoeker in de afgelopen jaren geregeld aan de orde gesteld dat het de Stichting niet is toegestaan om uitkeringen aan het ANV te doen. Volgens verzoeker hebben zijn bezwaren geleid tot een aanpassing van de statuten van de Stichting in 2008. Toen is onderdeel c (het financieel ondersteunen van de werkzaamheden van het ANV) uit de statuten geschrapt. Nadien is verzoeker blijven protesteren tegen het feit dat ondanks de statutenwijziging de Stichting doorging met het doen van uitkeringen aan het ANV.

6 Overwegingen rechtbank in Stichting ANV Fondsen

Hoe gaat de rechtbank om met de vraag of verzoeker ontvankelijk is in zijn verzoek?

In de hiervoor aangehaalde voorbeelden uit de jurisprudentie toetste de rechter steeds in hoeverre sprake is van een zekere betrokkenheid van verzoeker bij het onderwerp van de procedure. In de Stichting ANV Fondsen-zaak volgt de Rechtbank Den Haag deze lijn niet. De Rechtbank Den Haag beantwoordt de door haarzelf geformuleerde vraag of er een structuur aanwezig is die 'tegenwicht kan bieden tegen het zelfstandig en/of eigenmachtig optreden van het bestuur van de Stichting'.^[19] De rechtbank acht deze vraag van belang voor de beoordeling of iemand al dan niet als belanghebbende kan worden beschouwd. De rechtbank concludeert dat zo'n structuur bestaat, omdat de algemene vergadering van het ANV diens bestuur en daarmee ook het bestuur van de Stichting kan benoemen, schorsen en ontslaan. De rechtbank merkt verzoeker niet als belanghebbende aan, omdat verzoeker als bestuurslid van een landenafdeling zijn stem in de algemene vergadering kan uitbrengen en zo in staat is controle op het bestuur van de Stichting uit te oefenen.

In mijn noot^[20] onder het vonnis van de Rechtbank Den Haag heb ik aangegeven dat ik de rechtbank in haar argumentatie niet kan volgen. In een procedure als de onderhavige moet het belang van de stichting vooropstaan en moet de betrokkenheid van verzoeker in het kader van dat belang worden onderzocht. Dat blijkt uit de hiervoor behandelde jurisprudentie. Dit onderzoek is uiteraard feitelijk van aard en kan tot uiteenlopende uitkomsten leiden. In dit geval echter onderzoekt de rechtbank niet de juiste vraag. De vraag of verzoeker betrokken is bij het onderwerp van de procedure wordt wel gesteld,^[21] maar niet beantwoord. De rechtbank beantwoordt slechts de vraag of er externe controle op het bestuur van de Stichting kan worden uitgeoefend. Gezien de hiervoor genoemde voorbeelden uit de jurisprudentie had de rechtbank verzoeker als belanghebbende ontvankelijk kunnen verklaren juist vanwege het gegeven dat verzoeker (indirect) controle kan uitoefenen en daarmee betrokken is – en daar ook blijk van geeft – bij het ontslagverzoek wegens doeloverschrijding.

7 Overwegingen hof in Stichting ANV Fondsen

In beroep toetst het Gerechtshof Den Haag of verzoeker een bepaalde en voldoende mate van betrokkenheid bij het onderwerp van de procedure kan aantonen. Het hof oordeelt dat het lidmaatschap van het ANV, het lidmaatschap van het bestuur van een afdeling van het ANV en het voormalig lidmaatschap van het bestuur van de vereniging onvoldoende zijn om hem als belanghebbende in de zin van artikel 2:298, 2:299 en 2:21 lid 4 BW aan te merken.^[22] Ook de feitelijke bemoeienis van verzoeker bij het uitgavenbeleid van de Stichting mag hem niet baten. Volgens het hof^[23] is onvoldoende gebleken van een specifiek en concreet belang van

verzoeker. Het hof acht hierbij van belang dat het ontslag van de bestuurders en de ontbinding van de Stichting ingrijpende verzoeken zijn. Daarnaast laat het hof meewegen dat het ANV op grond van de statutaire inrichting van zowel de Stichting als het ANV zelf en de verwevenheid van het vermogen tussen beide rechtspersonen een nauwere betrokkenheid heeft bij het bestedingsbeleid dan verzoeker.

Het is de vraag of het hof de tweekringenleer toepast. Verzoeker dient volgens het hof een 'specifiek en concreet belang' te hebben. Deze formulering ben ik in de eerdere jurisprudentie niet tegengekomen. In het Leonhard Woltjer Stichting-arrest uit 1991 gold als maatstaf dat de verzoeker door de desbetreffende beschikking een concreet en specifiek nadeel ondervindt in zijn betrekking tot de stichting.[24] Het hof lijkt hierbij aansluiting te zoeken. Nadien heeft de Hoge Raad de kring van belanghebbenden echter verruimd door de introductie van de tweekringenleer in de Scheipar-[25] en Stichting IHD[26]-arresten. Het argument van het hof dat het ontslag van de bestuurders en de ontbinding van de Stichting ingrijpende verzoeken zijn, zou pas aan de orde moeten komen bij de inhoudelijke toetsing van het verzoek, nadat verzoeker ontvankelijk is verklaard.

8 Gevolgen van de beschikking van het hof voor de praktijk

In mijn noot[27] onder de beschikking van het hof heb ik mij afgevraagd welke personen binnen het ANV of de Stichting op basis van de uitspraak van het hof het ontslag van het bestuur van de Stichting of de ontbinding van de Stichting kunnen verzoeken. Door de beperkte maatstaf die het hof aanlegt, wordt de kring van mogelijk belanghebbenden wel erg klein. Bestuursleden van het ANV die geen bestuurslid van de Stichting zijn (geweest), zullen blijkens het oordeel van het hof niet-ontvankelijk worden verklaard. De kring van betrokkenen lijkt hiermee te worden beperkt tot (oud-)bestuursleden van de Stichting en tot het ANV zelf. De kans dat (oud-)bestuursleden van de Stichting hun eigen ontslag en dat van hun medebestuursleden bewerkstelligen, is niet heel groot. Gezien de statutaire en financiële verwevenheid tussen de Stichting en het ANV zie ik ook niet snel gebeuren dat het (bestuur van het) ANV het initiatief neemt tot het indienen van een ontslagverzoek.

Het externe toezicht dat de rechter op grond van artikel 2:298, 2:299 en 2:21 lid 4 BW op het bestuur kan uitoefenen, wordt door de beschikking van het hof beperkt. Buiten het gegeven dat het hof de betrokkenheid van verzoeker heeft beoordeeld aan de hand van een (te beperkte) maatstaf die door de Hoge Raad is verlaten, betwijfel ik of de uitkomst strookt met het doel van artikel 2:298 BW. De bevoegdheid neergelegd in artikel 2:298, 2:299 en 2:21 lid 4 BW is geen 'actio popularis'. [28] Anderzijds moet, in de woorden van A-G Timmerman, [29] worden voorkomen dat het met artikel 2:298 BW beoogde rechterlijke toezicht op het bestuur door een te beperkte uitleg van het begrip belanghebbende 'een papieren tijger' wordt.

9 Literatuur

In de literatuur wordt verdedigd dat de tweekringenleer ruimer moet worden toegepast. Ik refereerde hier in mijn noot[30] onder de uitspraak van de rechtbank al aan. Ook een persoon die niet direct bij de stichting is betrokken en die niet zelf concreet en specifiek nadeel ondervindt als het verzoek niet wordt gehonoreerd, zou volgens Van der Ploeg[31] onder omstandigheden als belanghebbende moeten kunnen worden aangemerkt. Overes[32] betoogt dat de kring van personen die zich tot de rechter kunnen richten ruimer zal kunnen zijn, omdat de voorzieningen die de rechter kan treffen er mede toe strekken het belang van de stichting te beschermen. Koelemeijer[33] meent dat de tweekringenleer ruimer zou moeten worden toegepast bij maatschappelijke stichtingen dan bij stichtingen waarin geen maatschappelijke activiteiten worden ontplooid. Volgens Rensen[34] is de in het IHD-arrest gegeven uitleg van het belanghebbendebegrip nog steeds leidend, maar er wordt niet altijd op expliciete wijze aan getoetst. Rensen noemt hierbij onder meer de beschikking van het hof in de Stichting ANV Fondsen-zaak.

10 Overwegingen Hoge Raad in Stichting ANV Fondsen

Inmiddels heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over het door verzoeker ingestelde cassatieberoep. De Hoge Raad bevestigt kort en bondig de bestendige lijn uit de Scheipar- en Stichting IHD-arresten. Onder verwijzing naar het Stichting IHD-arrest uit 2006 herhaalt de Hoge Raad dat artikel 2:298, 2:299 en 2:21 lid 4 BW niet vermelden wie als belanghebbende in de zin van deze artikelen kan worden gerekend. Dit moet, zo de Hoge Raad, uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid. De Hoge Raad vervolgt met de overweging dat de tweekringenleer de maatstaf is bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is.[35] De Hoge Raad benoemt alle omstandigheden die de mate van betrokkenheid van verzoeker bij de Stichting aantonen: verzoeker is bestuurder van het ANV geweest in de periode dat de Stichting de fondsen beheerde, verzoeker is bestuurder van een ANV-afdeling, verzoeker heeft zich sterk gemaakt voor de statutenwijziging en is, ten slotte, tijdens zijn bestuurslidmaatschap van het ANV en nadien erop blijven wijzen dat de Stichting te veel kosten van het ANV voor rekening van het Fonds bracht. Het onderwerp dat in deze procedure wordt behandeld, is de vraag of het bestedingsbeleid van de Stichting voldoet aan de testamentaire en statutaire voorwaarden. De aangevoerde omstandigheden zijn zodanig dat het hof nader had moeten motiveren waarom deze, gezien het onderwerp van de procedure, onvoldoende zijn om verzoeker als belanghebbende ontvankelijk te verklaren in zijn verzoek. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

‘Daarbij is van belang dat aan de door het hof in aanmerking genomen omstandigheid dat [verzoeker] geen bestuurder van de Stichting is (geweest) in dit verband geen beslissende

betekenis toekomt.’[36]

Tevens maakt de Hoge Raad duidelijk dat de omstandigheid dat de verzochte voorzieningen buitengewoon zwaar ingrijpen in (de governance van) de Stichting pas bij de inhoudelijke toetsing van de verzoeken moet worden betrokken.[37] Dit gegeven speelt geen rol bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag. De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het Gerechtshof Den Haag en verwijst het geding naar het Gerechtshof Amsterdam.

11 Ruimere invulling van het begrip belanghebbende?

De omstandigheden die volgens verzoeker zijn betrokkenheid bij het onderwerp van de procedure bevestigen, worden in detail door de Hoge Raad weergegeven.[38] Daarnaast benadrukt de Hoge Raad dat geen beslissende betekenis toekomt aan het feit dat verzoeker nooit bestuurder van de Stichting (zelf) is geweest. Het lijkt alsof de Hoge Raad zich voorstander toont van een ruime(re) interpretatie van het begrip belanghebbende. Ook een verzoeker die geen oprichter of bestuurder van de stichting is of is geweest, maar wel op andere wijze zijn betrokkenheid bij de Stichting en het onderwerp van de procedure heeft aangetoond, kan als belanghebbende worden aangemerkt. In Stichting IHD handelde verzoeker/belanghebbende in zijn hoedanigheid van gewezen bestuurder. De Hoge Raad lijkt in Stichting ANV Fondsen nog een stapje verder te gaan.

Ik meen dat het arrest van de Hoge Raad recht doet aan het doel van artikel 2:298, 2:299 en 2:21 BW. De rechter kan zijn bevoegdheid tot het uitoefenen van toezicht op het bestuur van de stichting op de voet van artikel 2:298 BW slechts uitoefenen als een belanghebbende of het Openbaar Ministerie daartoe het initiatief neemt. Omdat niet gerekend kan worden op het Openbaar Ministerie, zal de belanghebbende in het belang van de stichting moeten kunnen handelen. A-G Verburg was in 1987 al van mening dat de rechter een autonome taak heeft bij de uitvoering van zijn taak het begrip belanghebbende inhoud te geven. Daarbij spelen relevante maatschappelijke ontwikkelingen een belangrijke rol.[39]

12 Toekomstig recht – Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet in een wettelijke grondslag voor de mogelijkheid tot instelling van een raad van commissarissen bij de stichting.[40] Tevens bevat het wetsvoorstel een verruiming van de gronden voor ontslag van een bestuurder (en commissaris) van een stichting. Het begrip belanghebbende wordt in het wetsvoorstel echter niet nader ingevuld. De memorie van toelichting[41] verwijst naar het Stichting IHD-arrest en vermeldt dat het wetsvoorstel geen verandering aanbrengt in de daarin geformuleerde maatstaf voor de invulling van het begrip belanghebbende.

Onder huidig recht kunnen de benoeming en het ontslag van een bestuurder statutair zijn toegekend aan een ander orgaan van de stichting, bijvoorbeeld een raad van toezicht.[42] Benoeming bij wijze van coöptatie komt echter veel voor.[43] Als de raad van commissarissen bij de stichting eenmaal een wettelijke grondslag heeft verkregen, zou de wijze waarop de bevoegdheden van een raad van commissarissen bij de stichting worden ingevuld, wel eens van invloed kunnen zijn op de reikwijdte van het begrip belanghebbende. In het geval de raad van commissarissen naast een adviserende functie ook de bevoegdheid heeft de bestuurder van de stichting te benoemen en te ontslaan, is het de vraag of verzoekers met een 'lossere' relatie met de stichting door de rechter in hun ontslagverzoek zullen worden ontvangen. De tijd zal het leren. Onder het huidige recht heeft de Hoge Raad duidelijkheid gecreëerd.

Noten

- [1] HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1900.
- [2] Rb. Den Haag 30 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11933.
- [3] Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1035.
- [4] Overes, in: GS Rechtspersonen, art. 2:298 BW, aant. 1.
- [5] Zie voor verwijzingen naar literatuur over dit onderwerp de conclusie van A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2018:696, nr. 3.8 (voetnoot 26) onder ECLI:NL:HR:2018:1900 (Stichting ANV Fondsen) (hierna: conclusie Timmerman).
- [6] Overes, in: GS Rechtspersonen, art. 2:295 BW, aant. 3.
- [7] HR 25 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo387, NJ 1992/149 m.nt. Maeijer.
- [8] HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, NJ 2003/486 m.nt. Maeijer.
- [9] HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290, NJ 2007/45 m.nt. Maeijer.
- [10] Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138.
- [11] Hof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3029.
- [12] Rb. Rotterdam 11 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2004.
- [13] Rb. Haarlem 24 april 1996, JOR 1998/17 m.nt. Wessels.
- [14] Hof Amsterdam 26 januari 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV8310.

[15] Zie r.o. 5.8 in de uitspraak van de rechtbank: Rb. Den Haag 30 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11933.

[16] Onderdeel c van art. 3 van de statuten is later geschrapt. Zie het einde van deze paragraaf.

[17] Verzoeker was geen lid van het dagelijks bestuur van het ANV en dus geen bestuurder van de Stichting.

[18] Op basis van hetgeen in de procedure is gesteld, concludeert de rechtbank dat verzoeker niet behoort tot kring I; zie r.o. 5.3 in de uitspraak van de rechtbank: Rb. Den Haag 30 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11933. In hoger beroep stelt verzoeker niet dat hij opkomt ter bescherming van een eigen belang waarin hij kan worden getroffen; zie par. 2.9 in conclusie Timmerman.

[19] Zie r.o. 5.6 in de uitspraak van de rechtbank: Rb. Den Haag 30 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11933.

[20] Rb. Den Haag 30 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11933, JIN 2016/223.

[21] In r.o. 5.4.

[22] Het hof heeft in zijn beschikking onbestreden overwogen dat de tweekringenleer ook van toepassing is op het begrip belanghebbende in art. 2:21 BW. Hierover lijkt in de literatuur discussie te bestaan. Zie conclusie Timmerman, nr. 3.7.

[23] R.o. 2.11.

[24] Zie r.o. 4.2 in het arrest Leonhard Woltjer Stichting, HR 25 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0387, NJ 1992/149 m.nt. Maeijer.

[25] Zie r.o. 3.3.2 in het arrest Scheipar, HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, NJ 2003/486 m.nt. Maeijer.

[26] Zie r.o. 3.4.2 in het arrest Stichting IHD, HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290, NJ 2007/45 m.nt. Maeijer.

[27] Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1035, JIN 2017/139.

[28] Conclusie Timmerman, nr. 3.8.

[29] Ibid.

[30] Rb. Den Haag 30 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11933, JIN 2016/223.

[31] P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Kluwer 2013, p. 280.

[32] Overes, in: GS Rechtspersonen, art. 2:295 BW, aant. 3.

[33] M. Koelemeijer, De nieuwe ontslagregeling voor de stichting, naar een beter bestuur en toezicht?, TvOB 2017, afl. 1, p. 26.

[34] Asser/Rensen 2-III 2017/351.

[35] R.o. 4.1.2.

[36] R.o. 4.1.4.

[37] R.o. 4.2.

[38] R.o. 4.1.4.

[39] Zie conclusie Timmerman, nr. 3.10 en de verwijzing daarin naar de conclusie van A-G Verburg in voetnoot 29.

[40] Art. 292a lid 1 wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen luidt als volgt: 'Tenzij uitvoering is gegeven aan artikel 291a lid 1, kan bij de statuten worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn. Deze kan ook als raad van toezicht worden aangeduid. De raad van commissarissen bestaat uit een of meer natuurlijke personen.'

[41] Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 7 (MvT).

[42] Overes, in: GS Rechtspersonen, art. 2:286 BW, aant. 11.1.

[43] Ibid.

RECHTSPRAAK

Niet tijdig deponeren jaarrekening

Rechtbank past mechanisme artikel 2:248 lid 2 BW toe bij het niet tijdig deponeren van de jaarrekening. Externe oorzaak van faillissement aangenomen, nu vennootschap zich bezighield met reparaties van mobiele telefoons en deze markt ingrijpend wijzigde met de opkomst van de smartphone.

Gedaagde exploiteerde een onderneming die zich sinds 2006 toelegde op het repareren van mobiele telefoons. De onderneming was ondergebracht in enkele Nederlandse en Tsjechische (klein)dochtermaatschappijen van een Nederlandse vennootschap. De onderneming kwam in financiële problemen te verkeren, waarna eind 2016 en begin 2017 enkele groepsmaatschappijen in staat van faillissement werden verklaard. In de loop van 2017 ging ook de Nederlandse houdstermaatschappij failliet. De curator in dit faillissement spreekt gedaagde en een rechtspersoon waarvan gedaagde enig bestuurder is aan op de voet van artikel 2:248 BW.

Vast staat dat in de jaren voorafgaand aan het faillissement niet steeds is voldaan aan de verplichting van artikel 2:394 BW om de jaarrekening binnen dertien (thans twaalf) maanden na afloop van het boekjaar te publiceren, hetgeen op grond van artikel 2:248 lid 2 BW betekent dat vaststaat dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd, en dat wordt vermoed dat dit onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De jaarrekening over 2013 is gepubliceerd op 14 december 2015; ruim tien maanden te laat. De jaarrekening over 2014 is gepubliceerd op 4 februari 2016; vier dagen te laat. Tot slot is tweemaal een jaarrekening over 2015 gepubliceerd: eenmaal op 30 december 2016, welke jaarrekening volgens de curator 'onjuist' was; en eenmaal op 8 juni 2017. De curator leidt hieruit af dat de jaarrekening over 2015 vier maanden en acht dagen te laat is gepubliceerd. Die conclusie lijkt mij niet juist. Met de publicatie van de (in de woorden van de curator) 'onjuiste' jaarrekening over 2015 op 30 december 2016 is (tijdig) aan de verplichting uit artikel 2:394 BW voldaan in de zin van artikel 2:248 lid 2 BW. Dat is slechts anders, wanneer de gepubliceerde jaarrekening 'met de beste wil van de wereld niet als een jaarrekening in de zin van Titel 8 van Boek 2 B.W. kan worden bestempeld' (*Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b (MvA)*). Zie ook Oost,

Thematisch Commentaar Bestuurdersaansprakelijkheid, aant. II.2.2.8.1, in: *Groene Serie Faillissementswet*, met verwijzingen. De curator stelt ook dat niet is voldaan aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW.

Ondanks een uitvoerig partijdebat over de mate van termijnoverschrijding ten aanzien van de jaarrekeningen over 2014 en 2015 en de deugdelijkheid van de gevoerde administratie, neemt de rechtbank aan dat artikel 2:248 lid 2 BW van toepassing is: door de evident te late deponering van de jaarrekening over 2013 staat vast dat kennelijk onbehoorlijk bestuurd is en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Het ligt vervolgens op de weg van gedaagde om dit vermoeden van causaal verband te weerleggen. Gedaagde voert aan dat zijn onderneming zich toelegde op de reparatie van mobiele telefoons. Door de opkomst van de smartphone namen grote spelers als Apple en Samsung de telefoonmarkt, inclusief de reparatiemarkt, over, hetgeen leidde tot het teruglopen van de marges en aanvoer voor de onderneming. Ondanks pogingen het tij te keren door andere reparatieklussen aan te nemen, zoals de reparatie van andere elektronische apparatuur, ging het slechter met de onderneming, hetgeen uiteindelijk tot het faillissement van een groepsmaatschappij leidde, die andere groepsmaatschappijen meetrok. De rechtbank honoreert dit verweer en hanteert daarbij heel precies de subtiele systematiek van artikel 2:248 lid 2 BW. De rechtbank wijst er vervolgens, in lijn met die systematiek, op dat naast deze externe oorzaak niet ook de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit is niet af te leiden uit hetgeen is gesteld en gebleken. Het feit dat achteraf geconstateerd kan worden dat te lang gedacht is dat de onderneming nog levensvatbaar was, is geen reden bestuurdersaansprakelijkheid aan te nemen. De rechter dient de ondernemingsbeslissingen van de bestuurder immers terughoudend te benaderen. De vorderingen van de curator worden afgewezen.

Tot slot wijs ik nog op het feit dat de rechtbank opmerkt dat gedaagde de curator voor 'een weinig inzichtelijk complex van feiten' heeft gesteld. Meer in het bijzonder is hij er niet in geslaagd de curator vóór de procedure voldoende duidelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling geen belangrijke oorzaak van het faillissement was. Hiervoor waren 'twee uitgebreide conclusiewisselingen' en 'een veelheid aan producties' nodig. Om die reden wordt de curator niet veroordeeld in de proceskosten, maar oordeelt de rechtbank dat partijen de eigen kosten dragen.

O. Oost, september 2019

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-08-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:6785

Zaaknummer: 10/540534

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: J.P.M. Borsboom en R.A. Wolf

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:248 lid 2 BW, 2:394 BW, 2:10 BW en 150 Rv

RECHTSPRAAK

Verzoekers/Aqua Terra BV

Bezwaar tegen iedere door verzoekers aangedragen vereffenaar wordt als onvoldoende onderbouwd en te algemeen van aard afgewezen.

De vereffening van Aqua Terra B.V. is op 9 juli 2019 heropend op grond van artikel 2:23c BW op verzoek van twee verzoekers. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de persoon van een vereffenaar. Aqua Terra maakt bezwaar tegen iedere vereffenaar die voorgesteld wordt door verzoekers en verzoekt de rechtbank zelf een vereffenaar aan te wijzen.

Verzoekers stellen voor mr. C.J. Diks als vereffenaar te benoemen. Zij geven aan dat er geen banden bestaan tussen hen of hun advocaat en de voorgestelde vereffenaar. De rechtbank wijst het bezwaar dat Aqua Terra maakt tegen iedere door verzoekers voorgedragen vereffenaar af, omdat dit bezwaar niet nader is onderbouwd en te algemeen van aard is. De rechtbank ziet ook geen aanleiding om Aqua Terra nader in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over benoeming van mr. Diks en benoemt hem tot vereffenaar.

H.J. de Kloe, september 2019

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 20-08-2019

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2019:7637

Zaaknummer: C/03/255852 / HA RK 18-262

Rechters: K.J.H. Hoofs

Advocaten: A.M. Smetsers en A.P. Macro

Wetsartikelen: 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Groothandel sportartikelen. Curator/bestuurder

De (indirecte) bestuurders van een failliete vennootschap worden door de curator aangesproken voor het tekort in faillissement. In eerste aanleg is de vordering toegewezen; schending van de publicatie- en de boekhoudplicht. Geen sprake van een onbelangrijk verzuim.

Centraal in deze casus staat een groothandel in sportartikelen, welke in 2010 failliet is verklaard ('de Vennootschap'). De curator in het faillissement spreekt de (indirect) bestuurders aan voor het tekort in het faillissement. Zij zijn in eerste aanleg op grond van artikel 2:248 lid 2 BW veroordeeld voor het tekort in faillissement, omdat er niet was voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW en de deponeringsplicht van artikel 2:394 BW. Een deel van deze bestuurders ('het (indirect) Bestuur') vorderen vernietiging van dit vonnis omdat volgens hen wel voldaan is aan deze verplichtingen. Daarnaast zou sprake zijn van een onbelangrijk verzuim en zouden er andere oorzaken dan het onbehoorlijk bestuur tot het faillissement van de Vennootschap hebben geleid.

Na een uitgebreide uiteenzetting van het juridisch kader stelt het hof vast dat de jaarrekeningen van 2007 en 2008 respectievelijk twintig en acht maanden te laat zijn gedeponerd. Dit betreft aanzienlijke overschrijdingen van de termijn van artikel 2:394 lid 3 BW. Het feit dat de jaarrekening van 2009 wel op tijd is gedeponerd maakt dit niet goed, mede gelet op de ratio achter de bepaling van tijdige publicatie van de jaarrekening (inzicht in de financiële positie van de vennootschap voor schuldeisers). Nu er daarnaast geen redenen zijn gegeven die de overschrijdingen rechtvaardigen, is er geen sprake van een onbelangrijk verzuim. Een van de bestuurders beroept zich nog op de individuele disculpatie van artikel 2:248 lid 3 BW. Het hof oordeelt echter dat het feit dat deze bestuurder slechts eens in de twee weken bij de Vennootschap kwam en zegt erop vertrouwd te hebben dat de andere indirect bestuurder (tevens accountant) de jaarrekening zou opstellen en publiceren, onvoldoende is omdat het hier om een collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur gaat.

Ten aanzien van de boekhoudplicht is het uitgangspunt dat aan de eisen van artikel 2:10 BW is voldaan indien men bij het bekijken van de boekhouding snel en makkelijk inzicht kan krijgen

in de debiteuren- en de crediteurenpositie en zodoende de vermogenspositie van de onderneming. De wijze waarop de administratie dient te worden ingericht hangt af van de aard, de omvang en de complexiteit van de onderneming. Het hof volgt het betoog van de curator en oordeelt dat de door de Vennootschap gehouden grootboekrekening geen snel inzicht oplevert in de vermogenspositie van de Vennootschap. Ook was de voorraadadministratie niet op orde. Zo werd de voorraad van de Vennootschap voor slechts € 12.000 verkocht terwijl deze voor € 280.000 in de boeken stond. De enige verklaring die voor deze discrepantie werd gegeven is dat een deel van de voorraad waarschijnlijk ten onrechte niet was afschreven. Deze verklaring wordt door het hof als niet afdoende beschouwd, te meer omdat het bij een webshop in sportartikelen van groot belang is dat er goed inzicht is in de omvang en de waarde van de voorraad. Dit was bij de Vennootschap niet het geval. Er is daarom niet voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW. Sterker nog: er is sprake van onbehoorlijk bestuur, hetgeen vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

Het (indirect) Bestuur betoogt in het kader van artikel 2:248 lid 2 BW nog dat de sterke omzetsdaling en het feit dat de bank om aanvullende zekerheden vroeg, de belangrijkste oorzaken van het faillissement zijn geweest. De curator meent dat deze beide stellingen onvoldoende onderbouwd zijn en het (indirect) Bestuur niets of onvoldoende gedaan heeft om het tij te keren. Ook het hof overweegt dat van het bestuur actie mag worden verwacht als de omzet terugloopt, zoals bijvoorbeeld het analyseren van het waarom achter de omzetsdaling en het treffen van maatregelen om die daling tegen te gaan. Enkel extra adverteren en een webshop openen, hetgeen het (indirect) Bestuur zegt te hebben gedaan, is in dat kader onvoldoende. Er is niets gesteld over door het (indirect) Bestuur genomen maatregelen om kosten te reduceren, om de voorraad wél up to date te houden, of over het versterken van de liquiditeit. Ook wordt niet aangegeven in hoeverre in het kader van de (dreigende) opzegging door de bank van de kredietrelatie met de bank is gesproken over herfinanciering. Al met al heeft het (indirect) Bestuur onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld om aan te nemen dat zich een andere belangrijke oorzaak van het faillissement dan onbehoorlijke taakvervulling heeft voorgedaan.

Tot slot doet het (indirect) Bestuur een beroep op matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW. Dit wordt afgewezen, nu zij als bestuurders op de hoogte hadden moeten zijn van de boekhoud- en publicatieplicht. Het feit dat zij voor het nakomen van deze verplichtingen vertrouwden op de andere (indirect) bestuurder (tevens accountant) is onvoldoende. Het hof concludeert dat alle grieven falen en bekrachtigt het eindvonnis van de rechtbank.

F.C.W. Wijffels, september 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2949

Zaaknummer: 200.217.118_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, E.J. van Sandick en P.M.A. de Groot-van Dijken

Advocaten: E.A.M. Claassen en M.J.G.A. Filemon

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Geen beroep op wettelijk bewijsvermoeden

Vordering curator ex artikel 2:248 BW afgewezen. Geen beroep op wettelijk bewijsvermoeden. Kennelijk onbehoorlijk bestuur door het doen van overname niet bewezen. Geen sprake van benadeling gezamenlijke schuldeisers. Schuldeisers zijn niet slechter af door de overname. De norm van artikel 2:248 BW strekt tot bescherming van de gezamenlijke schuldeisers en niet tot bescherming van de vennootschap.

Medio 2012 is een besloten vennootschap bedrijf 5 B.V. ('Failliet') opgericht. Bedrijf 3 B.V. ('Bedrijf 3') was de oprichter, enig aandeelhouder en enig bestuurder. Met uitzondering van verweerder 4 waren alle verweerders vanaf de oprichting indirect bestuurder (feitelijk beleidsbepalers) van Failliet. Binnen een maand na de oprichting hebben Failliet en een commanditaire vennootschap bedrijf 1 C.V. ('C.V.') een koopovereenkomst gesloten voor de overname van de onderneming van C.V. door Failliet. Voor één euro zijn (met uitzondering van het bedrijfspand, de daarop rustende schuld en de schuld aan Bedrijf 3) alle activa en passiva overgedragen. De activa omvatten onder meer de vorderingen op debiteuren, vergunningen, intellectuele-eigendomsrechten, verzekeringspolissen en de orderportefeuille.

In april 2013 wordt het faillissement uitgesproken van Failliet (bedrijf 5 B.V.). De curator bewerkstelligt een doorstart voor een deel van de activa van Failliet. Eind 2015 wordt Bedrijf 3 geliquideerd door middel van een turboliquidatie. Curator stelt verweerders (de directe en indirecte bestuurders van Failliet) hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort (ruim € 1,7 miljoen) omdat zij hun taak als bestuur kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld (art 2:248 BW) en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Volgens de curator heeft het bestuur van Failliet de administratieplicht van artikel 2:10 BW geschonden doordat belangrijke delen van de administratie zijn achtergehouden voor de curator. Volgens de rechtbank is er geen sprake van schending van de administratieplicht. Onbetwist is gesteld dat de volledige fysieke administratie aan de curator ter beschikking is gesteld. Alleen de verkoopfacturen ontbraken, maar de curator heeft onvoldoende onderbouwd waarom die noodzakelijk waren om de

rechten en verplichtingen van de vennootschap te kennen. Verder had de curator digitaal toegang tot stukken waaruit dezelfde informatie bleek als uit de verkoopfacturen. Het beroep van de curator op artikel 2:10 BW wordt daarom verworpen door de rechtbank, zodat onbehoorlijk bestuur niet op die grond is komen vast te staan en de curator geen beroep kan doen op het wettelijke bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW.

Nu de curator geen beroep toekomt op het wettelijk bewijsvermoeden gaat de rechtbank in op de vraag of het bestuur van Failliet kennelijk onbehoorlijk heeft gehandeld door het doen van de overname. De vraag die daarbij moet worden beantwoord, is of geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – de overname zou hebben gedaan omdat ten tijde van de overname voorzienbaar en onontkoombaar was dat Failliet failliet zou gaan. De rechtbank komt tot het oordeel dat hiervan geen sprake is. Van belang hierbij is, aldus de rechtbank, hoe de prognose van de liquiditeitspositie van de onderneming er ten tijde van de overname uitzag. De liquiditeitspositie leek toen beheersbaar tot en met eind 2013. Ook mocht het bestuur vertrouwen ontleenen aan het feit dat de Rabobank bereid was om Failliet te financieren, de onderneming van C.V. al 14 jaar succesvol was geweest, de eerste jaren van de financiële crisis winstgevend was en er sinds 2011 serieuze gesprekken liepen over een fusie met een ander bedrijf. De rechtbank meent dat het, gelet op deze omstandigheden, niet vaststaat dat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – de overname zou hebben gedaan. De rechtbank wijst de door de curator gevorderde verklaring voor recht dat verweerders hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover de boedel af. De rechtbank merkt op dat zelfs als de overname onverantwoord was geweest, de curator nog geen beroep toekomt op artikel 2:248 BW. Voor aansprakelijkheid van het bestuur op die grondslag is namelijk vereist dat door het handelen van het bestuur de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn geschaad. De curator heeft niet het standpunt ingenomen dat daarvan sprake is geweest, laat staan dat hij dat heeft onderbouwd. Het is de rechtbank zelf ook niet gebleken dat de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld. Er was feitelijk sprake van een herstructurering van de onderneming van C.V., waarbij de C.V. is omgezet in een besloten vennootschap (Failliet). Deze besloten vennootschap is speciaal opgericht voor de overname en niet gesteld of gebleken is dat andere activiteiten in deze vennootschap plaatsvonden dan het drijven van de overgenomen onderneming. De schuldeisers van Failliet waren dus dezelfde als de schuldeisers van C.V.

De curator heeft gesteld dat als Failliet de onderneming van C.V. niet had overgenomen, zij niet failliet zou zijn gegaan (en dus geen schuldeisers zou hebben gehad, zo begrijpt de rechtbank). De norm van artikel 2:248 BW strekt echter tot bescherming van de gezamenlijke schuldeisers en niet tot bescherming van de vennootschap. De situatie mét en zonder de overname door Failliet moet dus niet worden beschouwd vanuit Failliet, maar vanuit de

gezamenlijke schuldeisers van de onderneming. Uit de stellingen van de curator volgt niet dat de schuldeisers van de onderneming slechter af zijn door de overname, mede nu partijen het erover eens zijn dat C.V. failliet zou zijn gegaan indien de overname niet had plaatsgevonden. De rechtbank veroordeelt de curator als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten en wijst de gevorderde uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring toe onder de opschortende voorwaarde dat bij de slotuitdeling blijkt dat de boedel voldoende actief heeft om de proceskosten te voldoen en uitsluitend voor dat deel dat volgens de slotuitdeling aan verweerders toekomt.

J. van den Dolder, september 2019

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 02-08-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:3529

Zaaknummer:

Rechters: J.K.J. van den Boom, H.A. Brouwer en H.B.W. Beekman

Advocaten: J. van Bakkum, J.P. Koets en M.P.M. Fruytier

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

VIPPost.nl/appellant

Appellant heeft zijn koeriersbedrijf verkocht aan VIPPost.nl, maar de koopprijs is niet voldaan. De tegen een derde vennootschap ingestelde vordering op grond van onrechtmatig handelen en vereenzelviging wordt afgewezen.

In januari 2015 heeft appellant zijn koeriersbedrijf verkocht. Mede om die reden heeft hij een vordering op VIPPost.nl B.V. Op 16 augustus 2016 is VIPPost.nl failliet verklaard. De vordering van appellant is niet (volledig) voldaan. In eerste aanleg spreekt hij de moedervernootschap van VIPPost.nl aan, de enig bestuurder en aandeelhouder van de moedervernootschap ('de indirect bestuurder') en een zustervernootschap van VIPPost.nl ('Transnet'). Tot slot spreekt hij een vennootschap aan waarvan de ex-vrouw van de indirect bestuurder enig bestuurder en aandeelhouder is ('de vennootschap'). De grondslagen voor de vordering op de vennootschap zijn kennelijk vereenzelviging en onrechtmatige daad. De vennootschap wordt (en de overige gedaagden worden) in eerste aanleg bij verstek veroordeeld. De vennootschap komt in verzet, waarop de vordering van appellant wordt afgewezen. Hierop gaat appellant in beroep.

Naar de mening van appellant is de indirect bestuurder van VIPPost.nl zo nauw betrokken geweest bij de oprichting van de vennootschap en zijn de activiteiten van VIPPost.nl en Transnet overgeheveld naar de vennootschap ten koste van de schuldeisers. Het hof overweegt dat voor vereenzelviging onvoldoende is dat de indirect bestuurder een relatie had met de bestuurder van de vennootschap waaruit drie kinderen zijn geboren, dat de indirect bestuurder werkzaamheden verrichtte voor de vennootschap en dat de vennootschap werkzaamheden verricht die eerder werden uitgevoerd door de VIPPost.nl en Transnet. Tot slot verwijt appellant de bestuurder van de vennootschap dat zij voor faillissement onrechtmatig gelden van de bankrekening van VIPPost.nl heeft opgenomen. Naar het oordeel van het hof is deze stelling onvoldoende onderbouwd. Daarnaast zou onrechtmatig handelen van de bestuurder niet zonder nadere verklaring leiden tot aansprakelijkheid van de vennootschap. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank, waarbij de vordering van appellant is afgewezen.

H.J. de Kloe, juli 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:5254

Zaaknummer: 200.217.466

Rechters: H.L. Wattel, I.W. Levelt-Iseger en M.B. van den Beekhoven Boezem

Advocaten: J. Cortet en A. Kouwenaar-de Coninck

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

FNV c.s./Smallsteps

Smallsteps-uitspraak: de door de artikel 3 en 4 Richtlijn 2001/23/EG gegarandeerde bescherming blijft van toepassing bij een pre-packfaillissement teneinde de voortzetting van de onderneming te verwezelijken.

Feiten

(Prejudiciële vragen naar aanleiding van AR 2016-0175.) Op 5 juli 2014 is het faillissement uitgesproken van Estro Groep en haar dochterondernemingen. Estro Groep was het grootste kinderopvangbedrijf in Nederland met ongeveer 380 vestigingen en 3600 werknemers. Smallsteps B.V. heeft na het faillissement ongeveer 250 vestigingen en 2600 werknemers overgenomen. De overdracht aan Smallsteps is gerealiseerd door een zogenoemde *pre-pack*. Een pre-pack is een vóór het faillissement met behulp van een door de rechtbank benoemde stille bewindvoerder voorbereide activatransactie die de (beoogd) curator direct na het uitspreken van het faillissement ten uitvoer brengt. Op dit moment ontbreekt een wettelijke basis voor een pre-pack en de werkzaamheden van de stille bewindvoerder. De kantonrechter heeft het Hof van Justitie EU prejudiciële vragen gesteld of Richtlijn 2001/23, en met name artikel 5 lid 1 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers blijft gehandhaafd in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een daarvóór voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde 'beoogd curator' met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezelijken. Voorts wenst de verwijzende rechter te vernemen of het in dat verband van belang is dat met de pre-pack zowel de voortzetting van de activiteiten van de onderneming als de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming wordt beoogd.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

De door de artikel 3 en 4 richtlijn gegarandeerde bescherming blijft van toepassing bij een pre-packfaillissement teneinde de voortzetting van de onderneming te verwezelijken

Artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 bepaalt op cumulatieve wijze dat de vervreemder verwickeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure. Voorts moet deze procedure zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en moet deze onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staan.

Faillissementsprocedure

De pre-pack wordt weliswaar voorbereid voor het faillissement, maar wordt daarna pas uitgevoerd. Een dergelijke transactie, die daadwerkelijk het faillissement impliceert, kan dus onder het begrip ‘faillissementsprocedure’ in de zin van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 vallen.

Doel op liquidatie of voortzetting?

In de tweede plaats vereist artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 dat de faillissementsprocedure of de soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Wat de verschillen tussen die twee soorten procedures betreft, moet worden opgemerkt dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 57 en 58 van zijn conclusie heeft gepreciseerd, een procedure de voortzetting van de activiteit beoogt wanneer zij bedoeld is om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Een procedure die de liquidatie van het vermogen beoogt, zorgt daarentegen voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Ook al is het niet uitgesloten dat er een zekere overlapping kan zijn tussen die twee doelen die een bepaalde procedure nastreeft, het hoofddoel van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming. In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogt voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming, teneinde op die manier de onderbreking te vermijden die het gevolg zou zijn van de plotselinge stopzetting van de activiteiten van die onderneming op de datum van de faillietverklaring, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven. Onder deze omstandigheden en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, moet worden vastgesteld dat een dergelijke transactie

uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt, zodat het economische en sociale doel daarvan noch kan verklaren noch kan rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, haar werknemers worden beroofd van de rechten die Richtlijn 2001/23 hun toekent (zie naar analogie arrest van 7 december 1995, Spano e.a., C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421, punten 28 en 30). Hieruit volgt dat ervan moet worden uitgegaan dat een dergelijke transactie als hoofddoel het behoud van de failliete onderneming heeft, zodat deze niet onder artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 kan vallen.

Toezicht van een overheidsinstantie

Ofschoon de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris op verzoek van de failliete onderneming door de rechtbank worden aangesteld, beschikken zij formeel immers over geen enkele bevoegdheid. Zij staan derhalve niet onder toezicht van een overheidsinstantie (derde voorwaarden).

Conclusie

Gelet op de voorgaande overwegingen, moet op de eerste tot en met de derde prejudiciële vraag worden geantwoord dat Richtlijn 2001/23, en met name artikel 5 lid 1 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde 'beoogd curator' met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken. In dat verband is niet relevant dat de pre-packtevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 22-06-2019

Zaaknummer: C-126/16

RECHTSPRAAK

Plessers/Prefaco NV - België

Selectie werknemers vervreemder bij doorstart in strijd met OvO-richtlijn. Bij onmogelijkheid van richtlijnconformiteit, geen rechtstreeks horizontale werking maar Francovich.

Feiten

Plessers is in dienst van Echo. Op 23 april 2012 heeft de rechtbank van koophandel Hasselt (België) op verzoek van Echo een procedure van gerechtelijke reorganisatie geopend met het oog op een akkoord met de schuldeisers overeenkomstig de artikelen 44 tot en met 58 Wet Continuïteit Ondernemingen (WCO). Aan deze onderneming werd opschorting verleend tot en met 23 oktober 2012 en vervolgens tot en met 22 april 2013. Op 22 april 2013 heeft deze rechtbank de gerechtsmandatarissen gemachtigd om over te gaan tot de overdracht van de roerende en onroerende goederen aan Prefaco, een van de twee kandidaat-overnemers van Echo. In haar voorstel had Prefaco aangeboden om 164 werknemers over te nemen, dat wil zeggen circa twee derde van het totale personeelsbestand van Echo. Op dezelfde dag werd de overeenkomst tot overdracht ondertekend. Aan deze overeenkomst werd als bijlage 9 de lijst van de over te nemen werknemers gevoegd. Plessers kwam op deze lijst niet voor. Plessers stelt zich op het standpunt dat hij mee is overgegaan naar Prefaco. De verwijzende rechter wenst te vernemen of Richtlijn 2001/23/EG, met name de artikelen 3 tot en met 5 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, die in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Overgang van onderneming en artikel 5: geen sprake van een faillissementsprocedure onder

gerechtelijk toezicht

De vraag rijst of in casu de uitzondering van artikel 5 Richtlijn 2001/23/EG aan de orde is. In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat men zich ervan moet vergewissen of voor een dergelijke overgang is voldaan aan de in deze bepaling gestelde drie cumulatieve voorwaarden, te weten de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, deze procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en deze procedure staat onder het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (zie in die zin HvJ EU 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 44). Wat om te beginnen de voorwaarde betreft dat de vervreemder in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure is verwickeld, dient te worden opgemerkt dat volgens de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling de schuldenaar niet failliet kan worden verklaard zolang de rechtbank geen uitspraak heeft gedaan op het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie en, indien de schuldenaar een vennootschap is, deze vennootschap ook niet-gerechtelijk kan worden ontbonden. Voorts kan een procedure van gerechtelijke reorganisatie als in het hoofdgeding weliswaar leiden tot het faillissement van de betrokken onderneming, maar blijkt een dergelijk gevolg noch automatisch noch zeker te zijn. Wat vervolgens de voorwaarde betreft dat de procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat aan deze voorwaarde niet is voldaan in geval van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt (HvJ EU 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zoals blijkt uit de bewoordingen zelf van de prejudiciële vraag, heeft de bevoegde nationale rechter een dergelijke procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag bevolen met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van Echo of haar activiteiten. Wat ten slotte de voorwaarde betreft dat de betrokken procedure onder het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat, blijkt uit de nationale wettelijke regeling dat de gerechtsmandataris die is aangesteld door de rechtbank die de overdracht heeft bevolen, tot taak heeft die overdracht te organiseren en realiseren in naam en voor rekening van de schuldenaar. Voorts moet deze mandataris offertes inwinnen en waakt hij daarbij bij voorrang over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers. Indien er verscheidene vergelijkbare offertes zijn, wordt de voorkeur gegeven aan de offerte die het behoud van de werkgelegenheid garandeert door een sociaal akkoord. Zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan het toezicht dat de mandataris aldus uitoefent in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, niet aan die voorwaarde voldoen, aangezien de draagwijdte ervan beperkter is dan die

van het toezicht dat de mandataris uitoefent in het kader van een faillissementsprocedure. Uit het voorgaande volgt dat een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, zoals aan de orde in het hoofdgeding, niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG en dat de in dergelijke omstandigheden verrichte overgang niet onder de uitzondering van deze bepaling valt. Derhalve dient te worden vastgesteld dat de artikelen 3 en 4 van Richtlijn 2001/23/EG van toepassing blijven op een zaak als in het hoofdgeding.

Geen sprake van ETO-redenen

Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, beoogt Richtlijn 2001/23/EG, waaronder artikel 3, te verzekeren dat de werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven. Deze richtlijn beoogt zo veel mogelijk een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met de verkrijger te verzekeren, teneinde te voorkomen dat de betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren (zie in die zin beschikking van 15 september 2010, Briot, C-386/09, ECLI:EU:C:2010:526, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Vervolgens vormt overeenkomstig artikel 4 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG de overgang van een onderneming op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt evenwel geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen. Uit de bewoordingen van deze bepaling vloeit voort dat ontslagen in een context van de overgang van een onderneming moeten zijn ingegeven door economische, technische of organisatorische redenen op het gebied van de tewerkstelling die geen intrinsiek verband houden met deze overgang. Zo heeft het Hof geoordeeld dat de omstandigheid dat er tussen de verkrijger en de verhuurders geen overeenstemming bestaat over een nieuwe huurovereenkomst, de onmogelijkheid om een andere bedrijfsruimte te vinden of de onmogelijkheid om het personeel naar andere winkels over te brengen economische, technische of organisatorische redenen in de zin van artikel 4 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG kunnen vormen (zie in die zin HvJ EG 16 oktober 2008, Kirtruna en Vigano, C-313/07, ECLI:EU:C:2008:574, punt 46). In casu blijkt uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling dat de verkrijger het recht heeft te kiezen welke werknemers hij wil overnemen, waarbij deze keuze evenwel moet zijn ingegeven door technische, economische en organisatorische redenen zonder dat er sprake is van verboden differentiatie. Een dergelijke nationale wettelijke regeling blijkt, anders dan in de optiek van waaruit artikel 4 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG is geschreven, niet de werknemers die worden ontslagen op het oog te hebben, maar de werknemers wier arbeidsovereenkomst overgaat, met

dien verstande dat de keuze van die laatste personen door de verkrijger is gebaseerd op technische, economische en organisatorische redenen. Weliswaar zijn de werknemers die de betrokken verkrijger niet kiest en die dus worden ontslagen, impliciet maar noodzakelijkerwijs de werknemers voor wie geen enkele technische, economische of organisatorische reden de overgang van de arbeidsovereenkomst gebiedt in de ogen van deze verkrijger, maar dit neemt niet weg dat op deze verkrijger geenszins de verplichting rust om aan te tonen dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan technische, economische of organisatorische redenen. Derhalve blijkt dat de toepassing van een nationale wettelijke regeling als in het hoofdgeding een ernstig gevaar kan opleveren voor de naleving van het hoofddoel van Richtlijn 2001/23/EG, zoals dat is verduidelijkt in artikel 4 lid 1 ervan en is gememoreerd in punt 52 van het onderhavige arrest, namelijk de bescherming van de werknemers tegen een ongerechtvaardigd ontslag in geval van overgang van een onderneming.

Geen rechtstreekse werking maar Francovich

Evenwel zij eraan herinnerd, zoals reeds is benadrukt in de punten 28 en 29 van het onderhavige arrest, dat een nationale rechterlijke instantie die uitspraak dient te doen in een geschil tussen particulieren en niet in staat is bepalingen van zijn nationale recht uit te leggen conform een niet-omgezette of onjuist omgezette richtlijn, uitsluitend op basis van het Unierecht niet verplicht is om deze nationale bepalingen die in strijd zijn met bepalingen van die richtlijn, buiten toepassing te laten. De partij die benadeeld is doordat het nationale recht niet met deze richtlijn in overeenstemming is, kan zich niettemin beroepen op de rechtspraak die voortvloeit uit HvJ EG 19 november 1991, *Francovich e.a.* (gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428), om in voorkomend geval van de lidstaat vergoeding van de geleden schade te verkrijgen (zie in die zin HvJ EU 7 augustus 2018, *Smith*, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631, punten 49 en 56).

Conclusie

Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat Richtlijn 2001/23/EG, met name de artikelen 3 tot en met 5, aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, die in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 16-05-2019

Zaaknummer: C-509/17

RECHTSPRAAK

Warmex Vastgoed/X

Stelplicht- en bewijslastverdeling in bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures: een verzwaarde motiveringsplicht voor de aangesproken DGA?

Dit tussenvonnis is gewezen in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure van Warmex Vastgoed B.V. ('Warmex') tegen gedaagde in zijn hoedanigheid van (indirect) bestuurder van AVH Breezand B.V. ('Breezand') c.s. wegens onrechtmatige verhaalsonttrekking.

Warmex verhuurde een bedrijfslocatie aan Breezand. Breezand is per 1 oktober 2014 opgehouden de huur te betalen en heeft nadien de huur opgezegd tegen 1 december 2015. Daarna heeft gedaagde tussen Breezand en het nieuw opgerichte Smitac B.V. ('Smitac') en later AVH Machinebouw B.V. verschillende overeenkomsten tot stand gebracht met het gevolg dat de bedrijfsinventaris- en voorraden van Breezand aan Smitac zijn overgedragen en door Breezand en later Machinebouw voor Smitac in consignatie werden gehouden. Een deel van de activa is eind 2015 in opdracht van Smitac verkocht. Warmex heeft Breezand met succes in rechte aangesproken tot betaling van achterstallige huurtermijnen, maar op 23 mei 2017 wordt Breezand in staat van faillissement verklaard. Warmex houdt gedaagde vervolgens op grond van artikel 6:162 BW als (indirect) enig bestuurder van Breezand c.s. aansprakelijk voor (onder meer) de onbetaalde huur, omdat hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Breezand haar verplichtingen onder de huurovereenkomst niet is nagekomen (vgl. HR 8 december 2006, *NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen)*). Gedaagde stelt – kort gezegd – dat de waarde van de activa van Smitac naar Breezand zou zijn teruggevloeid en dat daarmee schuldeisers zijn betaald.

De relevantie van dit tussenvonnis ligt met name in rechtsoverweging 4.4. De rechtbank overweegt dat de bewijslast van het onrechtmatige handelen van gedaagde ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv weliswaar op eiser Warmex rust, maar dat de feiten waarop die last ziet zich in het domein van gedaagde bevinden. Al in HR 3 april 1992, *NJ 1992/411 (Van Waning/Van der Vliet)* oordeelde de Hoge Raad in een geval waarin een bestuurder de nakoming van verplichtingen van de door hem bestuurd vennootschap had verhinderd (vgl. HR 31 januari 1958, *NJ 1958/251 (Van Dulleman/Sala)*, dat het voor de hand ligt om van degene

die volledige zeggenschap over de nalatige vennootschap heeft, te verlangen dat hij aannemelijk maakt dat de vennootschap niet in staat was te betalen. De ratio is het bieden van aanknopingspunten voor bewijslevering om een onevenredig hoog bewijsrisico aan eisers zijde te voorkomen. Deze gedachte vindt men ook in recentere rechtspraak terug (bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 5 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4502; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9223 en Rb. Limburg 30 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:5479). De rechtbank concludeert ook in dit geval dat op gedaagde een verzwaarde motiveringsplicht rust en draagt hem op de gestelde geldstromen te onderbouwen. Een vergelijkbare tegemoetkoming van eisers in gevallen van een inherente informatieachterstand ziet men terug bij medische en notariële aansprakelijkheid (zie bijvoorbeeld HR 20 november 1987, *NJ* 1988/500 en HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2244).

Let wel dat hier geen sprake is van omkering van de bewijslastverdeling van artikel 150 Rv. Zou gedaagde aannemelijk maken dat zijn verweer op waarheid berust, dan zou Warmex van de feitelijke grondslag van haar eis nog steeds de bewijslast dragen. Daadwerkelijke omkering van bewijslast en -risico in bestuurdersaansprakelijkheidsgevallen is onder omstandigheden evenwel niet uitgesloten (zie eerst HR 10 juni 1994, *NJ* 1994/766 (*Romme/Bakker*)). Inmiddels heeft de Rechtbank Noord-Holland overigens eindvonnis gewezen en geoordeeld dat gedaagde de stellingen van Warmex onvoldoende gemotiveerd heeft betwist en dus jegens Warmex persoonlijk aansprakelijk is (Rb. Noord-Holland 4 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7405).

J.O. Bijloo, september 2019

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 17-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:7381

Zaaknummer: C/15/270823 / HA ZA 18-128

Rechters: L.J. Saarloos, S.M. Auwerda en B. de Metz

Advocaten: J. van Rhijn en B.J. Mekkelholt

Wetsartikelen: 6:162 BW en 150 Rv

RECHTSPRAAK

Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis

Het Hof van Justitie oordeelt dat een Peeters/Gatzen-vordering (art. 6:162 BW), die wordt ingesteld door een curator en waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de boedel, is gegrond op de gemene regels van burgerlijk recht en handelsrecht en dus valt binnen het materiële toepassingsgebied (art. 1 lid 1) van de EEX (Brussel I) Verordening.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie beantwoordt prejudiciële vragen (ex art. 267 VWEU) van de Hoge Raad der Nederlanden (zie voor de desbetreffende procedure: ECLI:NL:HR:2019:2269). Die stellen aan de orde of een door de curator in Nederland ingestelde Peeters/Gatzen-vordering tegen de Belgische Bank BNP Paribas Fortis, waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de geconsolideerde boedel in Nederland, valt onder de uitzondering van artikel 1 lid 2 aanhef en sub b van de Brussel I Verordening betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Verordening (EG) nr. 44/2001). Daarin is bepaald dat de Brussel I Verordening niet materieel van toepassing is op insolventieprocedures.

De aanleiding voor deze prejudiciële vragen is gelegen in het feit dat zowel de rechtbank als het hof zich bevoegd heeft verklaard van de Peeters/Gatzen-vordering van de curator tegen Fortis Bank kennis te nemen. Het hof heeft evenwel in meer recente Europese jurisprudentie en de klacht van Fortis Bank dienaangaande, aanleiding gezien tussentijds cassatieberoep open te stellen tegen zijn beslissing omtrent rechtsmacht. In het onderhavige geval heeft het hof daarnaast onderscheid gemaakt tussen het recht dat van toepassing is op de bevoegdheid van de curator om de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen (volgens het hof is dat krachtens de Insolventieverordening het recht dat van toepassing is op het faillissement) en het op die vordering toepasselijke materiële recht (volgens het hof is dat krachtens de WCOD Belgisch recht). De eerste beslissing wordt hier door Fortis Bank met succes aangevallen. Volgens haar valt de vordering van de curator onder de EEX-Verordening. De tweede beslissing wordt hier

door de curator tevergeefs aangevochten. Volgens de curator had het hof op grond van artikel 4 lid 1 Insolventieverordening moeten oordelen dat de vordering moet worden aangemerkt als een 'gevolg van de insolventieprocedure' zodat daarom Nederlands recht (de *lex concursus*) van toepassing is.

Bij zijn beantwoording stelt het Hof van Justitie voorop dat het doorslaggevende criterium om vast te stellen onder welk rechtsgebied een vordering valt, niet de procedurele context is van die vordering maar de rechtsgrondslag ervan. Volgens deze benadering moet worden nagegaan of het recht of de verbintenis waarop de vordering is gebaseerd, voortvloeit uit de gemene regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht dan wel uit specifieke, afwijkende regels voor insolventieprocedures.

Het Hof van Justitie stelt vervolgens vast dat een Peeters/Gatzen-vordering (art. 6:162 BW) is gegrond op de gemene regels van burgerlijk recht en handelsrecht en niet op de daarvan afwijkende, specifieke regels voor de insolventieprocedure. Hieraan doet niet af dat er in het hoofdgeding onmiskenbaar een band met de insolventieprocedure is.

Naar het oordeel van het Hof van Justitie moet op de prejudiciële vraag dan ook worden geantwoord dat artikel 1 lid 1 en lid 2 sub b van de Brussel I Verordening (Verordening (EG) nr. 44/2001) aldus moet worden uitgelegd dat een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad als in het hoofdgeding aan de orde, ingesteld door de curator in het kader van een insolventieprocedure en waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de boedel, onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken' in de zin van lid 1 van deze bepaling valt en dus valt binnen de materiële werkingssfeer van de EEX (Brussel I) Verordening.

M. Verdonk

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 06-02-2019

Zaaknummer: C-535/17

RECHTSPRAAK

Bekrachtiging overeenkomst bij opzegging

Hof oordeelt dat vennootschap is gebonden aan een overeenkomst die is ondertekend door een niet-gevolmachtigde niet-bestuurder vanwege bekrachtiging door de vennootschap in de opzeggingsbrief. Vonnis kantonrechter blijft in stand.

X BV is een onderneming die auto's koopt en verkoopt in Nigeria. Appellant wenste in X BV te investeren door het aangaan van een samenwerkingsovereenkomst, waarbij hij € 5.000 aan X BV zou uitlenen. Een en ander verloopt echter rommelig. De samenwerkingsovereenkomst wordt weliswaar gesloten met X BV als partij, maar wordt ondertekend door iemand die *niet* een bestuurder is van X BV. Vermoedelijk betreft het een *indirect* bestuurder ('indirecte DGA'), die de samenwerkingsovereenkomst heeft getekend onder eigen naam en titel en dus niet als indirect bestuurder.

Appellant betaalt vervolgens (cash), uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst een bedrag van € 5.000. Dit betaalt hij aan de *broer* van de indirecte DGA. Appellant beschikt over een handgeschreven bevestiging van zijn betaling, ondertekend door de broer van de indirecte DGA.

De samenwerking loopt op niets uit en appellant wil de € 5.000 terug. Hij stuurt hiervoor een sommatiebrief aan X BV, die wordt beantwoord met een brief waarin X BV de samenwerkingsovereenkomst 'per direct' beëindigt. Onduidelijk blijft wie deze brief namens X BV heeft ondertekend.

Appellant spreekt de indirecte DGA in rechte aan. De kantonrechter wijst de vordering af, omdat niet is komen vast te staan dat appellant de € 5.000 aan de indirecte DGA heeft overgemaakt. Het ontvangstbewijs is immers door diens broer ondertekend. Bovendien is de indirecte DGA geen partij bij de samenwerkingsovereenkomst, maar X BV (waarbij het feit dat de indirecte DGA mogelijk niet bevoegd was om X BV te binden, geen rol lijkt te hebben gespeeld in eerste aanleg).

Appellant stelt hoger beroep in tegen het vonnis van de kantonrechter. In hoger beroep voert

hij aan dat de indirecte DGA niet namens X BV heeft getekend, maar namens zichzelf. Het hof laat gemakshalve in het midden in welke hoedanigheid de indirecte DGA heeft getekend. Hij overweegt dat in de brief waarin X BV de samenwerkingsovereenkomst heeft opgezegd, is opgenomen dat deze is getekend 'door een gevolmachtigde van X BV'. Hiermee heeft X BV de samenwerkingsovereenkomst, voor zover nodig was, bekrachtigd. Met de kantonrechter is het hof dus van oordeel dat niet de indirecte DGA, maar X BV de aan te spreken partij is.

S.L. Haanschoten, september 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:2962

Zaaknummer: 200.249.205/01

Rechters: R.J.M. Smit, A.M.A. Verscheure en F.J. Verbeek

Advocaten: R.T. Poort en K.K. Hansen-Löve

Wetsartikelen: 3:69 BW

RECHTSPRAAK

Gouden Tromp B.V.

Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat geen sprake is van aansprakelijkheid bestuurder gefailleerde stamrechtvennootschap op grond van artikel 2:9 BW of artikel 2:248 BW. Geen ernstig verwijt, geen benadeling schuldeiser, geen besef van benadeling. Kennelijk onbehoorlijk bestuur is niet per definitie een belangrijke oorzaak van het faillissement. Curator voldoet niet aan stelplicht.

De curator van de failliete stamrecht-BV Gouden Tromp ('GT') heeft in eerste aanleg gevorderd voor recht te verklaren dat appellant als bestuurder aansprakelijk is voor betaling van het boedeltekort. Appellant is oprichter, enig aandeelhouder en bestuurder van GT en heeft het stamrechtkapitaal op enig moment voorwerp van zekerheid gemaakt door (i) GT een borgstelling te laten verstrekken en (ii) vorderingen die GT heeft of zal verkrijgen op de bank aan haar te verpanden. Voorts heeft appellant een rekening-courantschuld laten ontstaan die hij vlak voor het faillissement van GT heeft verrekend met de (voorwaardelijke) stamrechtverplichting van GT jegens hem. Uiteindelijk is GT failliet verklaard.

In eerste aanleg (ECLI:NL:RBDHA:2017:7228) heeft de rechtbank in conventie en reconventie, voor recht verklaard dat appellant aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 BW en hem veroordeeld tot betaling aan de curator van het bedrag van de schulden in het faillissement van Gouden Tromp, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Naar het oordeel van de rechtbank zou geen redelijk denkend bestuurder van een stamrechtvennootschap in de gegeven omstandigheden het stamrechtkapitaal hebben aangewend voor verpanding en borgstelling. De rechtbank overweegt dat appellant een ernstig verwijt valt te maken, nu hij er als bestuurder door middel van verrekening vlak voor faillissement voor gezorgd heeft dat een groot deel van het kapitaal naar appellant in persoon is gevloeid, zonder dat daarover de verschuldigde belasting is ingehouden. Het onbehoorlijk bestuur is volgens de rechtbank aan te merken als een belangrijke oorzaak van het faillissement van GT.

Appellant gaat tegen dit vonnis met succes in hoger beroep. Het hof overweegt dat uit de in lid

6 van artikel 2:248 BW bedoelde driejaarstermijn volgt dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van appellant jegens de boedel, alleen de handelingen die hij na 1 februari 2008 als bestuurder van GT heeft verricht worden meegewogen. Om te kwalificeren als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling moet voorts sprake zijn van handelingen die de schuldeisers duperen en waarvan besef bij het bestuur aanwezig is. Beslissingen die behoren tot het ondernemen vallen hier niet onder, omdat zij per definitie met het nemen van risico's gepaard gaan. Naar het oordeel van het hof is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling geen sprake, omdat de door de curator aangedragen handelingen van appellant waren bedoeld om het stamrechtkapitaal te laten renderen en ondernemingsactiviteiten te ontplooiën en dus behoren tot het ondernemen van appellant als bestuurder van GT. De curator heeft onvoldoende gemotiveerd dat de schuldeisers van GT hierdoor zijn benadeeld of dat appellant op het moment van zijn handelen besef had van deze benadeling.

Voorts oordeelt het hof dat een handeling die kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert, als een voorwaarde voor het faillissement is te beschouwen, onvoldoende is om haar aan te merken als een belangrijke oorzaak van het faillissement in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW (HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153). Nu de curator enkel heeft aangevoerd dat het faillissement zonder de verpanding en borgstelling niet zou zijn uitgesproken, heeft hij ook daarmee niet aan zijn stelplicht voldaan.

Van aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:9 BW is naar het oordeel van het hof evenmin sprake. Appellant heeft niet gehandeld in strijd met artikel 19b Wet LB en de statuten van GT en bepalingen uit de stamrechtovereenkomst kunnen hieraan niet afdoen. Een andere schending van een norm die GT zou moeten beschermen, heeft de curator niet gesteld en daarvan is ook niet gebleken. Bovendien heeft de curator ook verder onvoldoende gesteld om appellant een ernstig verwijt te maken in de zin van artikel 2:9 BW.

Het voorgaande leidt tot de slotsom dat het door appellant ingestelde hoger beroep doel treft. Het hof vernietigt de tussen partijen gewezen vonnissen van de rechtbank.

C. Groen, september 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:2021

Zaaknummer: 200.226.425/01

Rechters: H.J. van Kooten, R.F. Groos en B.J. Lenselink

Advocaten: P. Koorn en R.W.A. Brunninkhuis

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW en 19b Wet LB

RECHTSPRAAK

Disculpatieverweer indirect bestuurders

In eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat de rechtspersoon-bestuurder van een failliete zorgvennootschap aansprakelijk is voor het faillissementstekort en dat ook de indirect bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:11 BW. Alleen de indirect bestuurders komen hiertegen in hoger beroep. Het hof oordeelt dat zij zich kunnen disculperen op grond van artikel 6:162 BW, maar zij slagen daarin niet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank dat ook de indirect bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn.

De curator van Facilitair B.V. en Zorg B.V. (tezamen ‘de Gefailleerde Vennootschappen’) heeft onder meer gevorderd Beheer 1 B.V. en Beheer 2 B.V. als bestuurders van de Gefailleerde Vennootschappen (tezamen ‘de Rechtspersoon-Bestuurders’) en de bestuurders van de Rechtspersoon-Bestuurders (‘de Indirect Bestuurders’) aansprakelijk te oordelen voor de faillissementsschulden van de Gefailleerde Vennootschappen, en hen te veroordelen tot betaling van de faillissementskosten, nader op te maken bij staat. De curator heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat de Rechtspersoon-Bestuurders en de Indirect Bestuurders hun taak als (indirect) bestuurder van de Gefailleerde Vennootschappen onbehoorlijk hebben vervuld, en dat het aannemelijk is dat dit de oorzaak is van de faillissementen. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen. Tegen dit oordeel zijn slechts de Indirect Bestuurders (en niet ook de Rechtspersoon-Bestuurders) in hoger beroep gekomen.

Het hof overweegt als volgt. De Rechtspersoon-Bestuurders zijn niet in hoger beroep gekomen, waardoor het vonnis van de rechtbank ten aanzien van hen onherroepelijk is geworden. Artikel 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder die uit hoofde van de wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit, een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren, kan zich daarop beroepen, onafhankelijk van de Rechtspersoon-Bestuurder. De Indirect

Bestuurders kunnen aansprakelijkheid voorkomen door te stellen en zo nodig te bewijzen dat hen geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de Rechtspersoon-Bestuurders is gebaseerd. Stelplicht en bewijslast rusten nu op de Indirect Bestuurders en niet op de schuldeisers, aangezien aansprakelijkheid van de Rechtspersoon-Bestuurder vaststaat en daarmee ex artikel 2:11 BW tevens hoofdelijk rust op de Indirect Bestuurders.

De Indirect Bestuurders stellen dat zij op goed vertrouwen afspraken hebben gemaakt en informatie hebben ingewonnen met en bij de overheden en dat zij naar aanleiding van deze informatie stappen hebben gezet. Zij stellen dat hen als bestuurders niet te verwijten valt dat 'zaken anders uitpakken'. Voorts wijzen de Indirect Bestuurders op de managementovereenkomsten, waaruit volgens hen zou blijken dat hen persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van het faillissement. Ten slotte erkennen de Indirect Bestuurders dat zij vlak voor het faillissement geld overgeboekt hebben gekregen naar hun privérekeningen, maar geschiedden deze betalingen volgens hen met rechtsgrond (namelijk betaling uit hoofde van de managementovereenkomsten).

Het hof is niet overtuigd van de echtheid van de managementovereenkomsten. Voorts stelt het hof vast dat geen jaarrekeningen zijn gepubliceerd en dat sprake was van onzorgvuldigheid met betrekking tot vergunningsverplichtingen en brandveiligheid van de huisvesting. Ook geeft de administratie geen duidelijk beeld van de rechten en plichten van de Gefailleerde Vennootschappen. De Indirect Bestuurders hebben aldus onvoldoende gesteld om zich te kunnen bevrijden van hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 BW.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

T.A.A.M. van Kemenade, september 2019

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2954

Zaaknummer: 200.225.979/01

Rechters: E.J. van Sandick, O.G.H. Milar en R.A. van der Pol

Advocaten: I.R.M. Goedings en B.A.P. Sijben

Wetsartikelen: 2:11 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Rabat/Berg en Dal en Ergo

Vervolg in gelaste enquête door de OK. Verzoek tot aanvullende onmiddellijke voorzieningen door Rabat Beheer B.V. wegens (nader) ernstig verstoorde verhoudingen binnen het bestuur en de aandeelhoudersvergadering.

Bij beschikking van 18 en 20 juli 2017 heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Rabat Beheer B.V. ('Rabat') vanaf 1 juli 2016 en bij wijze van onmiddellijke voorziening Princen benoemd tot derde bestuurder van Rabat met beslissende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid en bepaald dat Rabat niet zonder Princen vertegenwoordigd kan worden.

A en B zijn middels hun vennootschappen Ergo Management B.V. ('Ergo') en Handelmaatschappij Berg en Dal B.V. ('Berg en Dal') de andere bestuurders van Rabat. De echtgenote van B, C is naast B bestuurder van Berg en Dal. Rabat houdt zich bezig met het beheren van vastgoed. A en B hebben na het overlijden van hun vader gezamenlijk alle aandelen in Rabat geërfd. De verstandhouding tussen A en B is dermate verslechterd dat de OK noodzaak zag om voorgaande voorzieningen te treffen. Partijen hebben sindsdien overleg gehad over de splitsing van Rabat, zodat A en B ieder de helft van Rabat krijgen. Een splitsing is echter nog niet tot stand gekomen, omdat geen overeenstemming kan worden bereikt over onder andere de herinvesteringsreserve en de decharge en vrijwaring van Princen als bestuurder van Rabat in verband met de splitsing.

Rabat heeft op 16 april 2019 de OK verzocht bij wijze van aanvullende onmiddellijke voorzieningen Berg en Dal en Ergo te schorsen als bestuurders; een derde van de door elk van beide aandeelhouders gehouden aandelen in Rabat over te dragen aan een door de OK te benoemen beheerder en daarbij te bepalen dat de AVA van Rabat in afwijking van de statuten alle besluiten bij volstreekte meerderheid kan nemen; op grond van artikel 2:357 lid 2 BW te bepalen dat, indien de aandeelhouders van Rabat wensen over te gaan tot splitsing en daarvoor de goedkeuring of medewerking van Princen nodig is, zij zich slechts met hem zullen kunnen verstaan door tussenkomst van een fiscalist c.q. advocaat; op grond van artikel 2:357

lid 6 BW te bepalen dat Princen een bedrag van € 250.000 mag separeren en in *escrow* mag plaatsen voor vijf jaar en drie maanden na de splitsing ten behoeve van zijn kosten van verweer, dan wel een andere voorziening te treffen die de OK juist acht.

Berg en Dal en B hebben de OK verzocht Rabat niet-ontvankelijk te verklaren en bij wijze van tegenverzoek Princen uit zijn functie van bestuurder van Rabat te ontheffen met benoeming van een vereffenaar van Rabat voor de duur van het geding.

Uit de gang van zaken sinds de beschikking van de OK in juli 2017 blijkt volgens Rabat dat de verhoudingen tussen B en C enerzijds en A anderzijds nog verder verstoord zijn geraakt en dat B en C tevens hun pijlen richten op Princen, waardoor de verstandhouding met hem ook onwerkbaar is geworden. B heeft daarbij te kennen gegeven A nooit meer te willen zien. Aldus is er zowel in de bestuursvergadering als in de AVA een impasse ontstaan. Rabat maakt A geen verwijten, maar acht het met het oog op effectiviteit van de voorzieningen nodig dat deze 'symmetrisch' zijn. Berg en Dal en B hebben aangevoerd dat er geen impasse bestaat binnen het bestuur omdat Princen een doorslaggevende stem heeft en zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is. Op aandeelhoudersniveau bestaat slechts een impasse ten aanzien van de decharge van Princen en daarop kan hij geen aanspraak maken, voorafgaand aan de totstandkoming van de splitsingsakte. A en Ergo achten de door Rabat verzochte voorzieningen noodzakelijk nu Berg en Dal Rabat bewust onbestuurbaar heeft gemaakt, onder meer door een voortdurende stroom aan beschuldigingen en kwetsende uitlatingen en door gebrek aan openheid over tegenstrijdige belangen van Berg en Dal.

De OK wijst alle gevraagde voorzieningen toe en overweegt daartoe als volgt. Volgens de OK vloeit de zaak voort uit het onvermogen van A en B om op normale en zakelijke wijze de nalatenschap van hun vader af te wikkelen. Daarbij constateert de OK dat A en B erkennen dat een ontvlechting noodzakelijk is; dat de aard van de onderneming (beheer van onroerend goed) zich niet verzet tegen een ontvlechting in de vorm van een splitsing; dat het merendeel van het onroerend goed al aan derden is verkocht; dat A en B er mede gelet op de herinvesteringsreserve belang bij hebben om de ontvlechting op korte termijn tot stand te brengen in de vorm van een splitsing; dat de gezondheid van A dat ook vraagt en dat over de essentialia van de splitsing al overeenstemming bestaat tussen partijen.

De reden, aldus de OK, dat de splitsing nog niet tot stand is gekomen is (overwegend) gelegen in de opstelling van Berg en Dal en B en in het bijzonder de rol van C daarin. Met betrekking tot verschillende stappen in het ontvlechttingsproces hebben B en C steeds gekozen voor een niet-constructieve en escalerende opstelling, waarbij zij Princen allerlei verwijten hebben gemaakt en aansprakelijkheidstellingen hebben gestuurd. De door Berg en Dal aan Princen gemaakte verwijten geven volgens de OK echter geen aanleiding om Princen uit zijn functie te

ontheyen vanwege kennelijk onredelijk handelen. Ook is het in het licht van alle verwijten en verdachtmakingen door Berg en Dal en B begrijpelijk dat Princen en Rabat hebben laten weten slechts bereid te zijn mee te werken aan een splitsing indien ten minste wordt voldaan aan een aantal voorwaarden, in het bijzonder dat eerst de jaarrekening over 2018 wordt vastgesteld met decharge van het bestuur en dat A en B zich laten bijstaan door advocaten en fiscalisten waarmee de tijdelijk bestuurder zich kan verstaan.

Volgens de OK vergt het belang van Rabat dat de onmiddellijke voorzieningen zowel in het bestuur als in de AVA worden getroffen. De reeds getroffen voorzieningen zijn niet toereikend gebleken. Het argument van B en Berg en Dal dat Princen een doorslaggevende stem in het bestuur heeft waardoor geen sprake is van een impasse, wordt gepasseerd door de OK. Zolang Berg en Dal en Ergo tevens bestuurders zijn vergt de besluitvorming door het bestuur feitelijk samenwerking tussen alle bestuurders. Die samenwerking is thans onmogelijk. Ook de AVA functioneert niet meer naar behoren. De schorsing van Berg en Dal en Ergo als bestuurders alsmede overdracht ten titel van beheer van de door A en B gehouden aandelen zijn noodzakelijk om alsnog tot de door alle partijen gewenste en noodzakelijk geachte ontvlechting te komen. Om de ontvlechting in de vorm van een splitsing een kans te geven, is het gelet op de oorzaken van het vastlopen van de eerdere pogingen om daartoe te komen noodzakelijk om op grond van artikel 2:357 lid 2 BW te bepalen dat de contacten van A en B met de tijdelijk bestuurder en de beheerder van de aandelen over de splitsing dienen te verlopen via door hen ingeschakelde advocaten en/of fiscalisten.

Tekenend voor de noodzaak van de voorzieningen acht de OK het ook dat A en Ergo bereid zijn om in te stemmen met de verzochte schorsing van Ergo als bestuurder en de overdracht van aandelen van A terwijl, ook naar het oordeel van Princen, het voortduren van de impasse en het uitblijven van de ontvlechting niet aan A en Ergo zijn te wijten.

Voorts heeft Rabat er belang bij dat haar tijdelijk bestuurder bij zijn functioneren zo min mogelijk wordt belemmerd door de dreiging dat deze zal worden geconfronteerd met onverzekerde en anderszins ongedekte kosten van verweer tegen allerhande aansprakelijkstellingen. Tot zekerheid daarvan bepaalt de OK dat de tijdelijk bestuurder € 250.000 mag separeren uit Rabat ter dekking van die kosten. Ook moet de OK er rekening mee houden dat de te benoemen beheerder van aandelen door B en C zal worden geconfronteerd met verwijten en aansprakelijkstellingen. Daarom bepaalt de OK dat Rabat ook de kosten van verweer van de beheerder van aandelen betaalt en dat de tijdelijk bestuurder ook ter dekking van die kosten additioneel € 250.000 mag separeren uit Rabat.

M.F. van Schendel, september 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-08-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:2883

Zaaknummer: 200.211.225/02

Rechters: G.C. Makkink, A.J. Wolfs, A.W.H. Vink, M.N. Hoogendoorn en M.A. Scheltema

Advocaten: T.S. Jansen, A.S. van der Heide, W. Buikstra en M.B. Bollen

Wetsartikelen: 2:349a lid 2 BW en 2:357 lid 2 en 6 BW

RECHTSPRAAK

Ekris/IDC

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege het niet-afdragen van geïncasseerde gelden door een incassobureau.

Ekris Retail B.V. ('Ekris') is een onderneming die gespecialiseerd is in het verkopen van auto's van de merken BMW en Mini. IDC Group B.V. ('IDC') drijft een incassobureau. X is bestuurder van IDC ('de Bestuurder'). Ekris heeft aan IDC de opdracht gegeven om haar openstaande vorderingen op derden te incasseren.

Na ongeveer zes jaar heeft Ekris de overeenkomst van opdracht opgezegd. Ekris vordert daarop van IDC de overdracht van de in behandeling zijnde dossiers en de afdracht van de door IDC voor Ekris geïncasseerde bedragen. Hoewel IDC alle dossiers overdraagt, blijkt uit onderzoek dat IDC nog een bedrag van € 42.435,34 aan geïncasseerde bedragen moet afdragen aan Ekris. Als gevolg van het onbetaald laten van haar vorderingen heeft Ekris conservatoir beslag gelegd ten laste van zowel IDC als de Bestuurder.

In eerste aanleg vordert Ekris dat IDC en de Bestuurder hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van de openstaande vordering. Ekris legt aan haar vordering ten grondslag dat IDC tekortgeschoten is in de nakoming van haar verbintenis door de door haar geïncasseerde gelden niet aan Ekris af te dragen. Ekris verwijt de Bestuurder onrechtmatig gehandeld te hebben, omdat de Bestuurder de schijn zou hebben gewekt dat IDC voor de te incasseren gelden over een derdenrekening beschikt, waarbij de geïncasseerde gelden afgescheiden zouden zijn van het vermogen van IDC. Daarnaast wordt de Bestuurder verweten dat hij niet heeft belet dat de voor Ekris geïncasseerde gelden voor andere doeleinden werden aangewend.

De rechtbank wijst de vorderingen van Ekris tegen IDC toe, en wijst de vorderingen tegen de Bestuurder af. Ekris gaat in hoger beroep en stelt zich op het standpunt dat haar vorderingen jegens de Bestuurder zouden moeten worden toegewezen omdat hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Het hof hanteert het volgende toetsingskader bij de beoordeling of de Bestuurder van IDC al

dan niet persoonlijk aansprakelijk is jegens Ekris. In beginsel geldt dat alleen de vennootschap – indien deze tekortschiet in de nakoming van een verbintenis – aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Alleen in bijzondere omstandigheden is ook de bestuurder van de vennootschap aansprakelijk. Hiervoor is een persoonlijk ernstig verwijt van de betreffende bestuurder vereist. De vraag of er sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt hangt af van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Het hof herhaalt ook de vaste lijnen in de rechtspraak voor de gevallen dat een schuldeiser van een vennootschap wordt benadeeld door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering, onder verwijzing naar ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

Het hof acht in deze casus relevant dat het handelen van de Bestuurder ertoe heeft geleid dat de namens Ekris geïncasseerde bedragen niet aan Ekris werden afgedragen, maar dat deze werden aangewend voor de eigen bedrijfsvoering van IDC. Dit knelt des te meer omdat IDC in financieel zwaar weer verkeerde en Ekris door de Bestuurder in de veronderstelling was gebracht dat IDC over een afgescheiden vermogen beschikte. De Bestuurder voert hiertegen aan dat het hem in beginsel vrij staat om te kiezen welke schuldeiser van gelijke rangorde eerst wordt betaald. Daarnaast kan volgens hem het belang van de onderneming meebrengen dat eerst die schuldeisers worden betaald die nodig zijn voor het continueren van de onderneming.

Het hof overweegt omtrent het verweer van de Bestuurder dat de voor Ekris geïncasseerde bedragen geen omzet vormen voor IDC. De schuld van IDC aan Ekris betrof geen tegenprestatie van door IDC voor Ekris verrichte prestaties. Dit brengt met zich mee dat het de Bestuurder niet geheel vrij stond de voor Ekris bestemde gelden aan te wenden voor andere doeleinden. Ekris kan dan ook niet gelijk worden gesteld aan een normale schuldeiser. Dit klemmt temeer omdat de Bestuurder Ekris in de waan heeft gelaten over een derdenrekening te beschikken die los stond van het vermogen van IDC en waarop de bedragen voor Ekris werden afgezonderd. Het hof concludeert dat de bestuurder geen keuzevrijheid had ten aanzien van de aanwending van de betreffende gelden. Hem valt als bestuurder van IDC persoonlijk een ernstig verwijt te maken ten aanzien van de benadeling van Ekris die een gevolg is van het niet nakomen van de contractuele verplichtingen van IDC jegens Ekris.

Het hof veroordeelt de Bestuurder hoofdelijk – tezamen met IDC – tot betaling van de vordering van Ekris, te vermeerderen met wettelijke rente tot de dag der algehele voldoening.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:5636

Zaaknummer: 200.238.476/01

Rechters: J. Smit, L. Janse en S.E. Vlaanderen-Schüttenheim

Advocaten: D.A. Boor en C. Paas

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurder Ceres/Geïntimeerden

Bestuurdersaansprakelijkheid vanwege oneerlijke en misleidende handelspraktijken bij het aannemen van een bouwproject.

Geïntimeerden A en B ('Geïntimeerden') hebben een aannemingsovereenkomst gesloten met Ceres B&O B.V. ('Ceres') voor de bouw van een woonhuis. Enig bestuurder van Ceres was destijds appellant ('de Bestuurder'). Ceres bracht verschillende betaaltermijnen in rekening, welk bedrag ongeveer 20% van de totale aanneemsom bedroeg en door Geïntimeerden aan Ceres is betaald. Het graven van een bouwput en deze volstorten met zand zijn de enige bouwwerkzaamheden die in deze periode zijn verricht. De Bestuurder heeft de werkzaamheden vervolgens gestaakt en na diverse correspondentie Geïntimeerden aangeraden een derde partij de werkzaamheden te laten overnemen, met de toezegging de aanbeting te retourneren. Geïntimeerden hebben de Bestuurder geïnformeerd geen reden te zien om de aannemingsovereenkomst te beëindigen en vorderden nakoming van de overeenkomst. Geïntimeerden hebben hierop bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw gevorderd dat de Bestuurder wordt veroordeeld de bouwwerkzaamheden te hervatten. Daags nadat Geïntimeerden deze eis indienden, is Ceres failliet verklaard. In het faillissementsverslag spreekt de curator van een onhoudbare situatie: Ceres is voortgesproten uit een doorstart vanuit een ander faillissement, het zou met de failliet nooit goed zijn gegaan en vanaf het begin was meer liquiditeit nodig dan gepland.

De rechtbank heeft de vordering van Geïntimeerden om de Bestuurder te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding toegewezen. De rechtbank is van oordeel dat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Tijdens de onderhandelingsfase is sprake geweest van een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b en 6:193c aanhef en onder f BW. Ceres heeft namelijk valse informatie verstrekt aan Geïntimeerden door foto's toe te sturen die niet van projecten van Ceres afkomstig waren. Daarnaast heeft de projectleider bij Ceres verklaard dat Ceres nooit eerder een woning gebouwd had. De Bestuurder heeft op deze wijze gehandeld, terwijl vaststond dat voldoende ervaring op het gebied van woningbouw bij Ceres voor Geïntimeerden van doorslaggevend belang was voor het aangaan van de aannemingsovereenkomst.

Voorts heeft de Bestuurder volgens de rechtbank ook onrechtmatig gehandeld in de zin van artikel 6:193b en 6:193c aanhef en onder g BW. Ceres heeft in strijd met artikel 7:767 BW termijnen in rekening gebracht die niet in overeenstemming waren met de voortgang van de bouw of met de waarde van de aan Geïntimeerden overgedragen goederen en Geïntimeerden daarover onjuist geïnformeerd.

Als gevolg hiervan concludeert de rechtbank dat de Bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder van Ceres onrechtmatig heeft gehandeld jegens Geïntimeerden en dat hij aansprakelijk is voor de schade die zij door zijn handelen hebben geleden. De schade begrootten Geïntimeerden op de onterecht in rekening gebrachte en betaalde bouwtermijnen en rentekosten als gevolg van de vertraging in de bouwtijd.

In hoger beroep bekrachtigt het hof het vonnis van de rechtbank. Het hof oordeelt dat de door de Bestuurder aangedragen summiere grieven noch een onderbouwde bestrijding van de overwegingen uit het vonnis bieden, noch een aanvulling vormen op het verweer dat de Bestuurder in eerste aanleg heeft gevoerd. De Bestuurder klaagt slechts dat de rechtbank voorbij is gegaan aan het bewijsaanbod van de Bestuurder. Volgens het hof ziet de Bestuurder echter over het hoofd dat aan bewijslevering pas wordt toegekomen indien voldoende gemotiveerde stellingen voldoende gemotiveerd zijn betwist. De Bestuurder heeft hier niet aan voldaan en kan zijn grieven ook niet mondeling toelichten doordat hij zonder opgaaf van redenen niet ter zitting is verschenen.

O.R.J.C. Freens, september 2019

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:5627

Zaaknummer: 200.216.774/01

Rechters: L. Janse, M. Willemse en W.Th. Braams

Advocaten: C. van der Ent en R.J. Leijssen

Wetsartikelen: 6:193b BW, 6:193c BW, 6:162 BW en 7:767 BW

RECHTSPRAAK

Hello Amsterdam B.V.

OK wijst enquête toe en schorst een (reeds geschorste) bestuurder. Een derde wordt tot bestuurder benoemd. Ook wordt bij wijze van onmiddellijke voorziening de geschorste bestuurder veroordeeld tot betaling van een geldbedrag aan vennootschap ter aflossing van zijn rekening-courantschuld.

Hello Amsterdam BV ('Hello Amsterdam') geeft de stadsgids Hello Amsterdam City Guide uit. City Assistant BV ('City Assistant') en A houden beide 50% van de aandelen van Hello Amsterdam en zijn allebei zelfstandig bevoegd bestuurders. In kort geding is A reeds geschorst als bestuurder van Hello Amsterdam. In deze procedure verzoekt City Assistant de OK om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Hello Amsterdam. City Assistant verzoekt tevens de schorsing van A als bestuurder van Hello Amsterdam. City Assistant legt aan haar verzoek ten grondslag dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Hello Amsterdam te twijfelen. City Assistant voert aan dat i) A door onder meer geen stukken aan te leveren bij de accountant en gedurende een langere periode geen belastingaangiftes te doen, een ondeugdelijke administratie heeft gevoerd, ii) A in de rekening-courantverhouding tot Hello Amsterdam geld is blijven opnemen, terwijl de financiële positie van Hello Amsterdam dit niet langer toeliet, en iii) A ondanks diverse verzoeken en sommaties nagelaten heeft om zijn rekening-courantschuld aan Hello Amsterdam af te betalen. Tevens voert City Assistant aan dat A in strijd handelt met het vennootschappelijk belang van Hello Amsterdam door activiteiten te ontplooiën die concurreren met Hello Amsterdam. Dit heeft voorts geleid tot een impasse in de besluitvorming van de aandeelhoudersvergadering. Ook valt een impasse binnen het bestuur te verwachten, ingeval de schorsing van A wordt beëindigd. Het treffen van onmiddellijke voorzieningen is volgens City Assistant, gelet op de toestand van de onderneming, noodzakelijk.

A heeft bij verweerschrift de OK verzocht i) het verzoek van City Assistant af te wijzen, ii) de schorsing van A als bestuurder van Hello Amsterdam (zoals uitgesproken bij kortgedingvonnis) te vernietigen en iii) Hello Amsterdam te veroordelen tot het weder

tewerkstellen van A als werknemer van Hello Amsterdam. A stelt dat i) de verantwoordelijkheid voor de financiële administratie bij beide bestuurders ligt en ii) hij de financiële administratie niet op ondeugdelijke wijze heeft gevoerd. Zowel hij als City Assistant namen substantiële bedragen op in hun rekening-courantverhouding tot Hello Amsterdam, waarbij coulançe over en weer het uitgangspunt was. Ook stelt A dat hij zich meermaals bereid heeft getoond om de schuld af te lossen, maar de voorwaarden die hij hieraan verbond werden door City Assistant afgewezen. Tot slot stelt A dat de door hem ontplooiende activiteiten niet als met Hello Amsterdam concurrerende activiteiten dienen te gelden. Volgens A zijn er aldus onvoldoende gronden om te twijfelen aan de juistheid van het beleid.

De OK stelt vast dat City Assistant de financieel slechte positie van Hello Amsterdam meermaals heeft aangekaart bij A en heeft aangedrongen op aflossing van de rekening-courantschulden die beide partijen hadden. Terwijl City Assistant vervolgens een groot gedeelte van haar schuld heeft afgelost, heeft A dit steeds geweigerd. Tevens staat vast dat A, als gevolg van een gebrekkige administratie, belastingaanslagen onbetaald heeft gelaten, waardoor een aanzienlijke belastingschuld is ontstaan. Dit in combinatie met de onttrekkingen van beide partijen, waarbij tevens de weigering van A om af te lossen in ogenschouw wordt genomen, vormt een gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid en de gang van zaken binnen Hello Amsterdam. Het feit dat A zich bezighoudt met het uitbrengen van Amsterdam Magazine en de City Guide Amsterdam, draagt hieraan bij. Hoewel A betwist dat dit met Hello Amsterdam concurrerende activiteiten zijn, acht de OK het aannemelijk dat A bij het ontplooiën van dergelijke activiteiten gebruik heeft gemaakt van het netwerk en de naam van Hello Amsterdam. A handelt hiermee in strijd met de belangen van Hello Amsterdam. Uit de overwegingen van de OK volgt dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Hello Amsterdam. De OK zal derhalve een onderzoek gelasten.

De OK oordeelt tevens dat de toestand van Hello Amsterdam noopt tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. A zal worden geschorst als bestuurder en in zijn plaats zal een tijdelijk bestuurder worden benoemd. Deze te benoemen bestuurder zal onder andere een minnelijke regeling tussen partijen beproeven, zoals een vrijwillige aandelenoverdracht. Ook wordt A veroordeeld om bij wijze van onmiddellijke voorziening een deel van zijn rekening-courantschuld af te lossen aan Hello Amsterdam, zodat de kosten van het onderzoek en de te benoemen bestuurder door de vennootschap kunnen worden voldaan.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 28-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:2255

Zaaknummer: 200.257.802/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, G.C. Makkink, A.J. Wolfs, M.N. Hoogendoorn en P.M. Verboom

Advocaten: W.P.M. Mulder en J.W. Boddaert

Wetsartikelen: 2:345 BW en 2:349a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Vlimo Tuinbouwprojecten c.s./Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Hof bevestigt vonnis van de rechtbank dat bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt treft vanwege de weigering tot uitbetaling van achterstallig salaris aan uitzendkrachten waarbij is voldaan aan de maatstaf uit Ontvanger/Roelofsen, door het leeghalen van de door hen bestuurd vennootschap via activaverkoop, staken activiteiten en dividenduitkering terwijl de vordering van de wederpartij bekend was.

Appellant sub 3 is enig bestuurder en (middellijk) aandeelhouder van Holding en Holding is enig bestuurder van Vlimo Tuinbouwprojecten B.V. ('Vlimo', gezamenlijk 'Vlimo c.s.'). Vlimo is bestuurder van Tido Vesta Nederland B.V. ('TVN'), een uitzendbureau met voorheen 150 medewerkers.

Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten ('SNCU') heeft tot taak toe te zien op een correcte naleving van de CAO voor Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche.

Het externe onderzoeksbureau Stichting VRO ('VRO') heeft in opdracht van SNCU een onderzoek uitgevoerd bij TVN in het kader van een controle naar de naleving van de CAO voor Uitzendkrachten. VRO heeft daarbij een aantal overtredingen geconstateerd en begin 2007 haar inschatting van de materiële benadeling van de werknemers van TVN aan TVN gemeld. Medio 2007 heeft SNCU aan TVN een forfaitaire schadevergoeding aangezegd.

TVN heeft zowel de materiële benadeling als de forfaitaire schadevergoeding niet betaald. De kantonrechter heeft TVN in 2010 veroordeeld de forfaitaire schadevergoeding aan SNCU te betalen. Dit vonnis is in 2013 in hoger beroep door het hof bekrachtigd. Daarnaast heeft het hof TVN veroordeeld tot het verplicht corrigeren van de geconstateerde overtredingen en tot het meewerken aan een hercontrole. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 28 november 2014 het cassatieberoep van TVN verworpen.

In de jaarrekening 2013 van TVN is de verplichting tot betaling van voormelde schadevergoeding niet opgenomen, omdat deze onzeker was gezien de destijds nog aanhangige procedure bij de Hoge Raad. De accountant heeft in zijn verklaring vermeld dat geen oordeel kan worden gegeven over de jaarrekening, gezien het feit dat voormelde verplichtingen een materiële en diepgaande invloed hebben op meerdere posten in de jaarrekening. Tijdens de aandeelhoudersvergaderingen van TVN van juli 2013 – dus na de uitspraak van het hof in de procedure tussen SNCU en TVN – is besloten tot een dividenduitkering die het bedrag van de schadevergoedingen ruim overstijgt. Vervolgens zijn per april 2014 de uitzendactiviteiten van TVN overgedragen.

Eind 2015 heeft SNCU Vlimo c.s. als bestuurders aansprakelijk gesteld en gevorderd tot de betaling van de in de procedure SNCU/TVN vastgestelde schadelast. De rechtbank heeft in eerste aanleg deze vordering toegewezen. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat Vlimo c.s. als bestuurders ten opzichte van SNCU in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig hebben gehandeld dat hen daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De rechtbank heeft – in hoger beroep als zodanig onbestreden – overwogen dat a) Vlimo c.s. door de verkoop van activa en het staken van de activiteiten hebben bewerkstelligd dat alle verdien capaciteit uit TVN is gehaald, b) Vlimo c.s. goedkeuring hebben verleend aan het besluit tot dividenduitkering, en c) Vlimo c.s. wisten of redelijkerwijze hadden moeten begrijpen dat TVN daardoor haar verplichtingen jegens SNCU niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade en dat daarmee is voldaan aan de maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*. Het hof verenigt zich met deze overwegingen. Uit deze overwegingen volgt tevens dat in ieder geval ten tijde van de veroordeling tot nabetaling in 2013 er geen sprake van was dat TVN die verplichting niet kon nakomen (geen betalingsonmacht).

Het hof veroordeelt Vlimo c.s. hoofdelijk tot betaling van de thans resterende bedragen aan de betrokken werknemers en aan SNCU.

Q.M.J.A. Crul, september 2019

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 23-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:1077

Zaaknummer: 200.226.333/01

Rechters: H.J. van Kooten, C.A. Joustra en L.G. Verburg

Advocaten: P.J.L.J. Duijsens en M.H.D. Vergouwen

Wetsartikelen: 6:162 BW