

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 13, 2019

Nummer 13, 2019

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1789](#) 15-11-2019

Concernverrekening

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1497](#) 04-10-2019

Gotcha/X

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:1400](#) 20-09-2019

VEB/BP

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:649](#) 19-04-2019

UWV/bewindvoerder V.O.F. X

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3978](#) 05-11-2019

EFK/X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3454](#) 27-09-2019

Xeikon – geheimhouding onderzoeker

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3555](#) 24-09-2019

Voormalig echtgenoten (overname certificaten)

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3377](#) 17-09-2019

BKS/minderheidsaandeelhouders

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3262](#) 04-09-2019

Bellivo/Bredasa

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3224](#) 03-09-2019

Ducs/Bestuurders PNO

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182](#) 08-07-2019

Verzoekers/Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:2104](#) 24-06-2019

Fondamento/Interhal

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:1813](#) 04-06-2019

VEB/SNS Reaal

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:5261](#) 15-10-2019

Faillietverklaring ontbonden VOF

Antillen

[Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGECAC:2019:231](#) 25-09-2019

Coöperatie tezamen met ontslagen bestuurders/het nieuw benoemde bestuur

Annotatie

[Tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een stichting. Hoe de redelijkheid en billijkheid te hulp schiet.](#)

S.L. Haanschoten

Annotatie

[De Xeikon-beschikking van de Hoge Raad van 19 juli 2019: cassatie wegens vormverzuim](#)

T. Drenth

Annotatie

[‘Ernstig verwijt’ en selectieve betalingen. Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576](#)

A. Karapetian

ANNOTATIE

Tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een stichting. Hoe de redelijkheid en billijkheid te hulp schiet.

S.L. Haanschoten

Een bestuurder met een tegenstrijdig belang vertegenwoordigt een stichting in strijd met de statuten. Volgens het hof is de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder niet aangetast, maar mag de wederpartij de stichting met toepassing van het Bibolini-arrest niet aan de overeenkomst houden. De auteur betoogt dat deze beslissing onjuist is.

1 Inleiding

De stichting is de meest liberale rechtspersoon binnen het Nederlands recht. Een stichting kan in beginsel worden opgericht zonder vermogen en met slechts één orgaan: het bestuur. Omdat sommige wettelijke bepalingen inzake bestuur en toezicht die voor kapitaalvennootschappen in Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW) zijn opgenomen voor de stichting ontbreken (denk aan regelingen inzake ontstentenis en belet^[1] en tegenstrijdig belang^[2]), is een stichting op de statuten aangewezen om een werkbaar systeem van *checks and balances* te incorporeren. Men ziet daarom wel dat in de statuten bepalingen worden opgenomen die rechtstreeks een kopie zijn van bepalingen die gelden voor de NV of de BV. De vraag is echter wat de juridische waarde is van dergelijke statutaire bepalingen.

2 De uitspraak

2.1 De casus

J.P.^[3] was van 1994 tot 2007 statutair bestuurder van stichting ZOwonen, een in Limburg gevestigde woningcorporatie (de rechtsopvolger van Vitaal Wonen) met een portefeuille van ongeveer 300 woningen. Na zijn pensionering in 2007 werd J.P. als bestuurder opgevolgd door zijn zoon, N.P., die al vanaf 2005 werkzaam was voor ZOwonen. Vader J.P. bleef op basis van een overeenkomst van opdracht betrokken bij ZOwonen als adviseur voor diverse projecten.

Op een zeker moment komt de raad van toezicht van ZOwonen erachter dat N.P. en J.P. als bestuurders goed voor zichzelf hebben gezorgd. Het feitenrelaas van het uitgebreide vonnis

van de rechtbank^[4] leest als een roddelblad: J.P. en N.P. worden veroordeeld tot het terugbetalen van respectievelijk ruim EUR 200.000 en EUR 530.000. De vader onder andere voor het in rekening brengen van uren waarvoor hij niet gewerkt zou hebben dan wel waarvoor hij een te hoog loon in rekening bracht; de zoon voor het declareren van allerlei kosten bestemd voor privégebruik, waaronder een kleine EUR 20.000 voor een lidmaatschap van een netwerkclub, EUR 5000 voor studiereizen en EUR 17.500 aan wijn en sterke drank.

Alleen vader J.P. gaat tegen de beslissing van de rechtbank in hoger beroep. Voor een klein deel met succes; van enkele facturen (ter waarde van ruim EUR 25.000) acht het hof, anders dan de rechtbank, niet bewezen dat hij hiervoor niet gewerkt zou hebben.^[5] Dit deel van het arrest laat ik verder onbesproken.

2.2 De vorderingen van ZOWonen

Het arrest bevat enkele interessante overwegingen inzake tegenstrijdige belangen. Het gaat hierbij met name over de vordering van ZOWonen inzake de hoogte van het tarief dat J.P. als externe adviseur in rekening zou mogen brengen. De raad van toezicht van ZOWonen was akkoord gegaan met het inhuren van J.P. voor een tarief van EUR 70 per uur, exclusief btw, met een maximum van 20 uur per week.^[6] Voor een bepaald project had zoon N.P. als bestuurder van ZOWonen zijn vader echter ingehuurd voor een vast bedrag ter hoogte van 3,5% van de projectwaarde, resulterende in een factuur van ruim EUR 140.000. J.P. hield geen (deugdelijke) urenadministratie bij (naar eigen zeggen vanwege het in rekening kunnen brengen van een vast bedrag), maar het hof becijferde dat als men uit zou gaan van een maximum van 20 uur per week voor een bedrag van EUR 70 per uur, de factuur waarschijnlijk rond de EUR 75.000 zou zijn uitgevallen, iets meer dan de helft dus.^[7] Naar zeggen van N.P. zou het initiatief voor de 3,5%-afspraken liggen bij de accountant van ZOWonen. Omdat bij de start van het project onduidelijk was hoelang het project zou duren (en dus hoeveel uur J.P. zou kunnen schrijven), stelde de accountant een vast tarief voor, zodat de totaalkosten van het project op voorhand beter inzichtelijk waren. ZOWonen vordert terugbetaling van het volledige factuurbedrag.

Hiernaast zijn interessant de overwegingen van het hof bij de vordering van ZOWonen die ziet op de arbeidsovereenkomst die J.P. met zijn zoon heeft afgesloten in 2005, toen J.P. nog zelf bestuurder was van ZOWonen en N.P. bij ZOWonen in loondienst trad. De raad van toezicht was akkoord gegaan om N.P. aan te nemen voor een bedrag van EUR 2930 per maand, maar J.P. nam een bedrag in de arbeidsovereenkomst op van EUR 3824 per maand. ZOWonen vordert van J.P. schadevergoeding voor een bedrag van EUR 6500, zijnde het bedrag dat ZOWonen te veel aan salaris heeft betaald onder de arbeidsovereenkomst met N.P.

Bij zowel de 3,5%-afspraken als het te hoge salaris in de arbeidsovereenkomst voert de raad van toezicht aan dat zij tot stand zijn gekomen terwijl er sprake was van een tegenstrijdig belang van de bestuurder zoals opgenomen in de (toenmalige) statuten van ZOwonen. Daarin bepaalde artikel 10.2:

‘In gevallen waarin sprake is van een tegenstrijdig belang tussen de directeur en de stichting, wordt de stichting in en buiten rechte vertegenwoordigd door de voorzitter (respectievelijk diens plaatsvervanger) en een of meer leden van de raad van toezicht. Een en ander ter beoordeling van de raad van toezicht.’[8]

Hierbij moet worden opgemerkt dat hoewel beide vorderingen gegrond zijn op bovengenoemde statutaire bepaling, de vorderingen wel in aard verschillen. De vordering in verband met de 3,5%-afspraken wordt gevorderd van J.P. vanwege het in rekening brengen van een te hoog tarief als adviseur, maar hij was op dat moment zelf geen bestuurder meer. Dat was zijn zoon, en aan hem is de statutaire bepaling dan ook primair gericht. Waarom ZOwonen de betaling van de te hoge facturen niet terugvorderde van N.P. op grond van artikel 2:9 BW (daarover hierna meer) wordt niet geheel duidelijk.

Voor de tweede vordering, inzake het te hoge salaris, geldt wel dat J.P. als statutair bestuurder de bewuste rechtshandeling heeft verricht. Deze kosten worden dan ook wel door ZOwonen op grond van artikel 2:9 BW teruggevorderd.

3 Tegenstrijdig belang

3.1 Bij kapitaalvennootschappen

Sinds 1976 kennen de NV en de BV een bepaling inzake tegenstrijdig belang. Volgens artikel 2:146/256 BW (oud) behelsde dit aanvankelijk een vertegenwoordigingsverbod[9] (net zoals bij ZOwonen). De NV/BV diende in geval van een tegenstrijdig belang van het bestuur te worden vertegenwoordigd door de raad van commissarissen, of een ander orgaan zoals door de algemene vergadering van aandeelhouders aangewezen. De ratio hierachter was dat het bestuur zich niet zou kunnen laten leiden door een persoonlijk belang, in plaats van het vennootschappelijk belang.[10] Per 1 januari 2013 is de ‘vertegenwoordigingsregel’ bij kapitaalvennootschappen omgezet in een ‘besluitvormingsregel’: op grond van artikel 2:129/239 lid 6 BW mag een bestuurder met een tegenstrijdig belang de vennootschap wel vertegenwoordigen, maar mag hij niet langer deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming die aan de vertegenwoordiging ten grondslag liggen. De gedachte hierachter is, aldus de wetgever, dat ‘de genoemde “vertegenwoordigingsregel” in de praktijk niet naar behoren [blijkt] te functioneren, onder meer omdat zij leidt tot rechtsonzekerheid bij de rechtspersoon en bij de wederpartij’.[11]

Het standaardarrest om te bepalen wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang, is – nog altijd – het Bruil-arrest.[12] Daarin besliste de Hoge Raad dat het moet gaan om een materieel, concreet tegenstrijdig belang:

‘[E]en beroep op art. 2:256 BW ter aantasting van een namens de vennootschap(pen) verrichte rechtshandeling [zal] slechts kunnen slagen als een persoonlijk belang van de bestuurder in de hiervoor bedoelde zin tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming op grond van daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde, omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder dat hij zich op grond van deze bepaling niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden.’[13]

Deze norm is zowel van toepassing op een direct als op een indirect tegenstrijdig belang. Bij een direct tegenstrijdig belang gaat het om een belang dat de bestuurder zelf raakt; bij een indirect tegenstrijdig belang gaat het om een belang van een derde dat in nauw verband staat met de bestuurder, zoals een echtgenoot of een zoon.[14]

3.2 Bij stichtingen

Tot op heden kent de stichting geen (met de kapitaalvennootschap vergelijkbare) bepaling voor tegenstrijdig-belangsituaties. Dit kan mogelijk worden verklaard door het feit dat een stichting in beginsel slechts één orgaan heeft en dat de stichting geen betrokkenen heeft, zoals aandeelhouders of leden.[15] In de praktijk gaat deze verklaring niet altijd op. Binnen bepaalde sectoren moeten stichtingen verplicht een raad van toezicht hebben ingesteld[16] en leggen sectorspecifieke governancecodes de plicht op om voorzieningen op te nemen ter voorkoming van tegenstrijdig-belangsituaties.[17] Juist daarom is er in de praktijk belangstelling voor een wettelijke tegenstrijdig-belangregeling, vergelijkbaar met die van kapitaalvennootschappen.[18]

Enkele jaren geleden heeft de wetgever de handschoen opgepakt en met de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen[19] voorgesteld om de tegenstrijdig-belangregeling voor bestuurders van kapitaalvennootschappen over te plaatsen naar artikel 2:9 lid 5 BW,[20] zodat deze voor alle rechtspersonen zou gelden. Dit voorstel volgde op de commissie-Halsema,[21] die onder meer aandrong op de invoering van een tegenstrijdig-belangregeling ter verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in semipublieke sectoren.[22] Inmiddels is het voorstel gewijzigd en wordt, ‘gelet op de differentiatie tussen de verschillende rechtspersonen en de flexibiliteit die in dit opzicht is geboden’,[23] per rechtspersoon een

eigen regeling in Boek 2 BW opgenomen. Voor de stichting zal dit zijn in artikel 2:291 lid 4 BW.[24] Omdat bij kapitaalvennootschappen de uiteindelijke besluitbevoegdheid bij de algemene vergadering ligt (ingeval er geen raad van commissarissen is ingesteld dan wel indien de commissarissen zelf een tegenstrijdig belang hebben), zou voor de stichting een iets aangepaste regeling gelden: heeft de stichting geen raad van toezicht, dan blijft de besluitbevoegdheid bij het bestuur rusten. Het bestuur moet dan wel schriftelijk de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen vastleggen. Indien de stichting wel een raad van toezicht heeft, blijft die ook bij een tegenstrijdig belang van de toezichthouders bevoegd, waarbij ook weer dezelfde schriftelijke vastleggingsverplichting geldt.[25] Het voorstel is op dit moment nog altijd in behandeling in de Tweede Kamer.[26] Voor zover ik overzie, is er nog geen datum gepland waarop het voorstel in stemming wordt gebracht.

Volgens artikel 2:292 lid 3 BW is de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling inzake tegenstrijdig belang menen sommige auteurs dat de bestuurder van een stichting in geval van een (direct) tegenstrijdig belang niet de stichting mag vertegenwoordigen, naar analoge toepassing van artikel 3:68 BW.[27] Dit artikel bepaalt dat een gevolmachtigde slechts dan als wederpartij van de volmachtgever mag optreden, wanneer de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen uitgesloten is. Via de schakelbepaling van artikel 3:79 BW zou dit artikel ook voor de stichting gelden. Een boeiende gedachte, maar ik zou toch menen dat artikel 3:68 BW niet van toepassing kan worden geacht binnen het rechtspersonenrecht. De vertegenwoordiging van rechtspersonen is per type rechtspersoon geregeld in Boek 2 BW, eventueel aangevuld door de statuten. Mijns inziens kunnen algemene vertegenwoordigingsregels de specifieke regels uit Boek 2 BW niet beperken.[28]

Totdat er een wettelijke regeling is, kunnen stichtingen niet anders dan (indien gewenst) een regeling inzake tegenstrijdig belang opnemen in de statuten. In het algemeen wordt aangenomen dat een dergelijke regeling alleen interne werking heeft.[29] Een besluitvormingsverbod ligt dan het meest voor de hand, omdat een gebrek in de besluitvorming in het algemeen niet de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder aantast. Een vertegenwoordigingsverbod zoals bij ZOwonen is dan ook onpraktisch. Aangezien een in de statuten opgenomen vertegenwoordigingsbeperking geen beperking is die voortvloeit uit de wet, geldt dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder in beginsel niet kan worden aangetast.[30] Een dergelijke statutaire regeling is dan ook vanuit praktisch oogpunt niet aan te bevelen.[31] Voor beide varianten geldt wel dat handelen in strijd met statutaire bepalingen die beogen de rechtspersoon te beschermen in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de stichting zal opleveren op grond van artikel

2:9 BW.[32]

4 Beoordeling door het hof

4.1 De 3,5%-afpraak

Terug naar de casus. Het hof constateert allereerst dat in de statuten van ZOwonen geen definitie is opgenomen van het begrip tegenstrijdig belang, maar dat de statuten wel aanknopingspunten bieden voor wat daaronder moet worden verstaan.[33] Het komt uiteindelijk aan op uitleg van de statuten. Het hof zoekt daarbij aansluiting bij de vaste rechtspraak over artikel 2:256 BW (oud). Hoewel het hof er zelf verder geen woorden aan vuil maakt, sluit dit mijns inziens goed aan bij de gedachte dat statuten in het algemeen objectief moeten worden uitgelegd, waarbij aan de letterlijke tekst een belangrijke betekenis toekomt.[34] De eventuele gedachte die de opsteller van de statuten van ZOwonen had bij het opnemen van de tegenstrijdig-belangclausule doet dus in beginsel niet ter zake.

Het hof oordeelt met toepassing van het Bruil-arrest dat N.P. als bestuurder van ZOwonen een tegenstrijdig belang had toen hij aan zijn vader toestemming gaf tot het factureren van 3,5% van de projectwaarde. Het hof overweegt:

‘Gelet op de nauwe familieband tussen vader en zoon geldt dat [N.P.] op zijn minst kan worden beschouwd als betrokken bij het belang van zijn vader in de zin van het Bruil-arrest. Dit belang liep niet parallel aan het belang van de Stichting. De vader had immers belang bij een zo hoog mogelijke vergoeding, en de Stichting had belang bij een zo laag mogelijke vergoeding. [N.P.] had zich daarom niet in staat mogen achten het belang van de Stichting en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en had zich van de desbetreffende rechtshandeling moeten onthouden.’[35]

Het hof is hier een beetje kort door de bocht. J.P. voerde immers aan dat het motief voor de 3,5%-afpraak niet gelegen was in een hogere vergoeding voor hem, maar in het beweerdelijke verzoek van de accountant om de kosten van het project op voorhand inzichtelijk te maken. De vraag is of een bestuurder bij een dergelijk motief, ervan uitgaande dat dit ook daadwerkelijk het motief is geweest, nu een belang behartigt dat strijdig is met dat van de vennootschap. Ik meen van niet.

Hoe het ook zij, ook het hof ziet in dat statutaire bepalingen niet de onvoorwaardelijke en onbeperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder kunnen doen beperken. Is een beroep op artikel 10 lid 2 van de statuten van ZOwonen dan vruchteloos? Niet helemaal. Het hof oordeelt dat J.P. bij het accepteren van de 3,5%-afpraak te kwader trouw is geweest. Hij was er immers van op de hoogte dat de raad van toezicht hem wilde inhuren op basis van

een uurtarief met een maximaal aantal uren per week, en niet voor een lumpsum. Hij wist, als voormalig bestuurder die bekend was met de statuten van de stichting, dat zijn zoon in strijd met de statutaire bepaling inzake tegenstrijdig belang handelde en had daarom zijn zoon ertoe moeten bewegen toestemming van de raad van toezicht te vragen voor de gewijzigde afspraken. Het feit dat de accountant de suggestie heeft gedaan voor de nieuwe afspraak doet daarbij, aldus het hof, in het geheel niet ter zake. Vanwege de kwade trouw aan de zijde van J.P. bij het accepteren van de 3,5%-afspraak meent het hof dat:

‘toepassing van de regel dat de Stichting zich op grond van artikel 2:292 lid 3 BW niet jegens [J.P.] kan beroepen op het vertegenwoordigingsgebrek bij het aangaan van de gewijzigde tariefaanspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van artikel 6:2 lid 2 BW, zodat de Stichting dit gebrek wel aan [J.P.] kan tegenwerpen. Het gevolg daarvan is dat tussen de Stichting en [J.P.] *geen overeenkomst tot stand is gekomen met betrekking tot het tarief van 3,5% van de aanneemsom*, zodat het bedrag van € 141.595,06 inclusief btw dat de Stichting op grond daarvan aan [J.P.] heeft voldaan, onverschuldigd is betaald.’[36]

Als ik het hof goed begrijp, is er dus wél een overeenkomst van opdracht tussen ZOWonen en J.P. tot stand gekomen (op basis waarvan J.P. dan ook zijn werkzaamheden heeft verricht), maar is het gedeelte wat betreft het loon, oftewel de 3,5%-afspraak, niet tot stand gekomen.

Deze overweging is bijzonder. Allereerst bepaalt artikel 6:2 lid 2 BW dat een geldende regel wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid ‘*buiten toepassing blijft*’, niet dat deze niet tot stand komt. Dit is meer dan slechts een taalkundig onderscheid. Dat blijkt ook uit het Bibolini-arrest,[37] waar het hof in zijn motivering nadrukkelijk naar verwijst.[38] In dit arrest besliste de Hoge Raad dat het onder bijzondere[39] omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid[40] kan zijn dat iemand die een overeenkomst heeft gesloten met een rechtspersoon een *beroep* op die overeenkomst kan doen. De overeenkomst is dan dus wel geldig, maar dient dan buiten toepassing te blijven. Door te overwegen dat er op grond van artikel 6:2 BW überhaupt geen overeenkomst tot stand is gekomen, gaat het hof een stuk verder. De bestuurder heeft de stichting (voor wat betreft de 3,5%-afspraak) in het geheel niet vertegenwoordigd. Gelet op het feit dat volgens de wet de bestuurder de stichting onbeperkt en onvoorwaardelijk vertegenwoordigt, is dit wel een erg vergaand beperkend effect van de redelijkheid en billijkheid.

Wellicht heeft het hof zich verschreven en bedoelde hij, in lijn met Bibolini, inderdaad te zeggen dat de 3,5%-afspraak wel tot stand is gekomen (want rechtsgeldig vertegenwoordigd door N.P.), maar dat J.P. ZOWonen daar niet aan mag houden. Dat verklaart dan direct waarom het hof de beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet gegrond heeft op artikel 2:8

BW, in plaats van artikel 6:2 BW, hetgeen meer voor de hand zou liggen.

Dat doet dan nog wel de vraag rijzen of de Bibolini-norm hier überhaupt van toepassing is. Ik meen van niet. In Bibolini overweegt de Hoge Raad immers dat het feit dat de contractuele wederpartij van de rechtspersoon op de hoogte is van interne bevoegdheidsregels *juist niet* automatisch betekent dat de rechtspersoon zich succesvol kan beroepen op niet-gebondenheid aan de overeenkomst in kwestie. Daarvoor zijn meer omstandigheden vereist. Een treffend voorbeeld^[41] waarin zulke omstandigheden aan de orde waren, kan men vinden in het Tiscali-arrest.^[42] In deze zaak kende de bestuurder van Tiscali B.V. een riante gouden handdruk toe aan een aftredend medebestuurder, tevens diens echtgenote. In de statuten was een vertegenwoordigingsverbod bij tegenstrijdig belang opgenomen. Naast het feit dat beide betrokkenen huwelijkspartners waren, speelde in deze situatie mee dat de afzwaaiend bestuurder (1) zelf betrokken was bij de vaststelling van de gouden handdruk (want nog bestuurder) en (2) beiden geen overleg hadden gepleegd met de derde bestuurder en (enig) aandeelhouder van Tiscali. Door deze extra omstandigheden paste de rechter (overigens voor de eerste keer^[43]) de Bibolini-norm toe.

Dergelijke omstandigheden zijn mijns inziens in de zaak ZOwonen niet aan de orde. Het feit dat J.P. op de hoogte was van het handelen door zijn zoon in strijd met de statuten is immers in dit verband niet doorslaggevend. In Bibolini geeft de Hoge Raad weliswaar het voorbeeld dat de wederpartij de rechtspersoon niet aan de overeenkomst mag houden indien zij zelf betrokken was bij het besluit waarbij de beperking tot vertegenwoordiging werd opgelegd (net zoals bij de Tiscali-uitspraak), maar of dit bij ZOwonen ook het geval was, blijkt niet uit het arrest. Ook het feit dat de factuur op basis van de 3,5%-afspraken bijna twee keer zo hoog uitviel als het maximum van 20 uur per week voor EUR 70 per uur, acht ik niet van doorslaggevend belang. Niet is immers gesteld en gebleken dat het tarief van 3,5% niet marktconform zou zijn. Bovendien ligt in het hanteren van een vast tarief het risico dat dit zowel hoger of lager kan uitvallen dan een variabel tarief (waarvan de hoogte in verband met de onbekende duur van het project immers onzeker was).

4.2 Gevolgen van handelen te kwader trouw

Het hof verbindt vergaande gevolgen aan de beslissing dat de 3,5%-afspraken niet tot stand is gekomen: J.P. dient het gehele factuurbedrag aan de stichting terug te betalen en krijgt zodoende geen enkele beloning voor het werk dat hij heeft verricht. Dit is een gevolg van het feit dat, aldus het hof:

‘de stellingen en de ter ondersteuning daarvan overgelegde documenten onvoldoende concreet zijn om zelfs bij benadering de omvang van de door hem verrichte werkzaamheden

in de desbetreffende periode vast te stellen. [J.P.] heeft daarom de stelling van de Stichting dat zij het bedrag van EUR 141.595,06 onverschuldigd heeft betaald, in dit opzicht onvoldoende weersproken.’[44]

Het feit dat ZOwonen een vordering heeft op J.P. op grond van onverschuldigde betaling lijkt mij op zichzelf juist. Dit is immers een logisch gevolg van de beslissing dat tussen J.P. en de stichting geen overeenkomst tot stand is gekomen met betrekking tot het tarief. Maar ook als het hof zou zijn uitgegaan van een zuivere Bibolini-benadering en zou hebben geoordeeld dat er wél een overeenkomst tot stand was gekomen waar J.P. zich in casu niet op mag beroepen, lijkt mij de consequentie dat het reeds door de vennootschap betaalde bedrag onder die overeenkomst op grond van onverschuldigde betaling moet worden terugbetaald juist.[45] Ik heb echter bedenkingen bij de beslissing dat J.P. *alles* moet terugbetalen. Weliswaar zou het zo kunnen zijn dat J.P. amper werkzaamheden voor het desbetreffende project heeft verricht (waardoor het vorderen van 3,5% van de projectwaarde op zichzelf al in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou kunnen zijn), het feit dat hij geen (deugdelijke) urenregistratie bijhield omdat hij toch lumpsum zou worden betaald, is op zichzelf niet noodzakelijk vreemd. Het hof oordeelde immers in deze zelfde uitspraak dat J.P., anders dan de rechtbank oordeelde, wel degelijk recht heeft op betaling van EUR 25.000 aan facturen, omdat onvoldoende bewezen is dat hij daarvoor niet gewerkt zou hebben. Waarom dat voor deze specifieke factuur die gestoeld is op de 3,5%-afspraken opeens anders is, motiveert het hof niet. Hoe het ook zij, het feit blijft dat de overeenkomst van opdracht, op basis waarvan J.P. gewerkt heeft, nog steeds geldig is, er is alleen geen van toepassing zijnde loonafspraken. In dat geval bepaalt artikel 7:405 lid 2 BW dat J.P. recht heeft op een redelijk loon voor zijn werkzaamheden. Het hof dient dat redelijk loon te begroten. Hij mag daarbij geen zware eisen stellen aan de bewijslast van J.P. inzake de omvang van zijn werkzaamheden. In het arrest 3Span/Recreatiebeheer oordeelde de Hoge Raad immers:

‘Het oordeel van het hof (...) dat 3Span niet erin is geslaagd duidelijkheid te verschaffen over de omvang van de door haar gestelde extra werkzaamheden kan wel de beslissing dragen dat niet een op de gebruikelijke wijze berekend loon is vast te stellen, maar doet er niet aan af dat het hof (...) gehouden was ter zake van die werkzaamheden aan de hand van de wel beschikbare gegevens een redelijk loon te bepalen.’[46]

Het hof had dus met de beschikbare gegevens die hij had – hoe summier die ook mogen zijn – een redelijk loon voor het werk van J.P. moeten toekennen.[47] De beslissing dat J.P. in het geheel geen recht heeft op loon voor verrichte werkzaamheden lijkt mij rechtens onjuist.

4.3 Vordering voor het te hoge salaris van N.P.

Aan de vordering van ZOwonen jegens J.P. inzake het te hoge salaris van N.P. maakt het hof weinig woorden vuil. Het hof concludeert met nagenoeg dezelfde redenering als bij de 3,5%-afpraak dat J.P., toen hij nog bestuurder van ZOwonen was, een tegenstrijdig belang had in de zin van artikel 10.2 van de statuten toen hij in de arbeidsovereenkomst met zijn zoon een hoger maandsalaris opnam dan door de raad van toezicht was goedgekeurd. Op grond van artikel 2:9 BW is J.P. daarom gehouden de schade die de stichting dientengevolge heeft geleden (het te veel betaalde salaris ad EUR 6500) te vergoeden.[48] Deze beslissing is in lijn met het wettelijke stelsel. Hoewel J.P. als bestuurder een tegenstrijdig belang had bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, is zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid hierdoor niet aangetast. De arbeidsovereenkomst is dus geldig tot stand gekomen en N.P. heeft recht op het loon dat daarin is opgenomen. Wel heeft de stichting schade geleden, omdat een hoger loon betaald moest worden dan het geval was geweest als J.P. zich aan het besluit van de raad van toezicht zou hebben gehouden. Deze schade kan de stichting op grond van artikel 2:9 BW op haar bestuurder verhalen wegens handelen in strijd met de statuten.

5 Afronding

In de media zijn tal van voorbeelden bekend waarin bestuurders, vaak van stichtingen of verenigingen, er een riant leven op na hielden op kosten van de zaak. Dat de betreffende rechtspersonen hiertegen optreden, kan ik niet meer dan aanmoedigen. Ik kan mij in een casus als onderhavige ook voorstellen dat de rechter geneigd is de rechtspersoon daarin een handje te helpen. Mijns inziens is het hof hier daarin wel te ver doorgeslagen.[49]

Noten

[1] Art. 2:134/244 lid 4 BW.

[2] Art. 2:129/239 lid 6 BW.

[3] Zoals hij wordt genoemd op de website van ZOwonen: www.zowonen.com/informatie-over/over-zowonen/nieuws/voormalige-bestuurders-veroordeeld/.

[4] Rb. Limburg 8 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2082.

[5] Zie Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3263, r.o. 6.5.1-6.5.8.

[6] Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3263, r.o. 6.5.1.

[7] Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3263, r.o. 6.5.20.

[8] Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3263, r.o. 6.5.12.

[9] Deze regeling was wel van regelend recht, waardoor er verschillende varianten in statuten verschenen.

[10] Lennarts, in: T&C BW 2011, art. 2:256 BW, aant. 1.

[11] Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 5 (MvT).

[12] HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (Bruil).

[13] HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (Bruil), r.o. 3.7.

[14] HR 14 november 1940, ECLI:NL:HR:1940:AG1920, NJ 1941/321 (Maas/Amazone).

[15] P.H.N. Quist, Monsterzege? Over stichting en tegenstrijdig belang, WPNR 2008/6745, p. 201.

[16] Zie bijv. art. 30 Woningwet.

[17] Dit kan ook worden afgeleid uit art. 1.3 van de Governancecode woningcorporaties 2015. Deze specifieke governancecode speelde overigens geen (kenbare) rol in onderhavig arrest.

[18] Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 3 (MvT).

[19] Zie voor verdere literatuur over dit wetsvoorstel o.a. S.M. Bartman, C. de Groot, J. Nijland & I.S. Wuisman, Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, MvO 2016, afl. 10-11, p. 227-233, W.J.M. van Veen & J.A.M. ten Berg, Enkele overpeinzingen bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, WPNR 2019/7236, p. 324-334 en P.J. Dortmund, Wetsvoorstel bestuur en toezicht teruggedraaid, Ondernemingsrecht 2019/64.

[20] En art. 2:11 lid 6 BW voor commissarissen.

[21] Volledig: de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector, onder voorzitterschap van mevrouw F. Halsema.

[22] Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 5 (MvT).

[23] Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 9, p. 2 (nota naar aanleiding van het nader verslag).

[24] Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 9, p. 7 (nota naar aanleiding van het nader verslag).

[25] Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 6 (MvT).

[26] Zo is op 5 juni 2019 nog een amendement ingediend waarin wordt voorgesteld om het

wetsvoorstel binnen vijf jaar na inwerkingtreding te evalueren, zodat kan worden vastgesteld of de wet in de praktijk werkt zoals beoogd. Zie Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 12.

[27] Zie bijv. T.J. van der Ploeg, De extra dimensies van rechtspersonen kunnen in het vermogensrecht niet worden genegeerd!, WPNR 2005/6611, p. 157-158. Delfos-Roy meent dat art. 3:68 BW alleen opgaat bij een direct tegenstrijdig belang. Zie Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, Stichtingbestuurders en tegenstrijdig belang, TvOB 2005, afl. 4, p. 130.

[28] In gelijke zin: Asser/Rensen 2-III 2017/336.

[29] Asser/Rensen 2-III 2017/336.

[30] Overes, in: GS Rechtspersonen, art. 2:292 BW, aant. 7.

[31] In gelijke zin: B.F. Assink, Slagter. Compendium ondernemingsrecht. Deel 2, Deventer: Kluwer 2013, par. 86 (p. 1550).

[32] HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011 (Berghuizer Papierfabriek), r.o. 3.4.5.

[33] Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3263, r.o. 6.5.13.

[34] Zie in dit verband A-G W.L. Valk in zijn conclusie bij de zaak Apotheek Eemnes B.V., ECLI:NL:PHR:2019:768. Over deze zaak: R.G.J. Nowak, Uitleg van jointventurestatuten: Haviltex met een scheutje CAO of andersom?, MvO 2019, afl. 8-9, p. 251-256. Op 1 november 2019 is de zaak door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 Wet RO afgedaan (zie HR 1 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1688).

[35] Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3263, r.o. 6.5.14.

[36] Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3263, r.o. 6.5.21 (curs. SLH). De rechtbank is dezelfde conclusie toegedaan, hoewel hij er minder woorden aan vuil maakt (zie Rb. Limburg 8 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2082, r.o. 2.203).

[37] HR 17 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4503 (Bibolini).

[38] Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3263, r.o. 6.5.18.

[39] Zie ook L. Timmerman in zijn conclusie in de zaak Pinakel Holding B.V., ECLI:NL:PHR:2008:BC1849, onder 3.20.

[40] In het arrest 'goede trouw' genoemd.

[41] Andere voorbeelden van toepassing van de Bibolini-norm zijn o.a. Hof Amsterdam 22

september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3914 (Triple Jump) en Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6932 (Fairstar).

[42] Hof Amsterdam 12 augustus 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG0435 (Tiscali).

[43] Aldus A.F.J.A. Leijten in diens noot bij ECLI:NL:GHAMS:2008:BG0435 (Tiscali) in JOR 2010/122.

[44] Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3263, r.o. 6.5.22.

[45] In gelijke zin: M. Mussche, Het tegenstrijdige belang van de vennootschap en het handelsverkeer, in: F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (red.), 'Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 138.

[46] HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680 (3Span/Recreatiebeheer), r.o. 3.6.2.

[47] Overigens zou J.P. mogelijk ook een vordering hebben op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Zie in dit verband o.a. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1210.

[48] Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3263, r.o. 6.6.5.

[49] Op 25 oktober 2019 is volgens de griffie van de Hoge Raad nog geen cassatie ingesteld.

RECHTSPRAAK

Concernverrekening

Concernverrekening is faillissementsbestendig.

Vennootschappen A B.V. en B B.V. zijn beide 100%-dochters van M B.V., welke vennootschap in deze zaak verweerder in cassatie is. A B.V. en B B.V. zijn beide failliet verklaard op 28 januari 2014. In de jaren voorafgaand aan het faillissement van A B.V. heeft deze vennootschap producten en diensten geleverd aan een andere (niet aan A B.V. gelieerde) partij die ik zal aanduiden als C B.V. Deze vennootschap treedt in deze zaak in cassatie op als eiser. A B.V. heeft voor de geleverde producten en diensten ook facturen aan C B.V. gezonden. Op de datum van het faillissement stonden in deze relatie vorderingen van A B.V. op C B.V. open ter hoogte van € 42.724,64. Op deze vorderingen heeft M B.V. een pandrecht. Tot slot heeft weer een andere vennootschap, die ik zal aanduiden als D B.V., producten en diensten geleverd aan B B.V. en in verband daarmee facturen aan B B.V. gezonden. In ieder geval had D B.V. een vordering van € 18.702,55 op B B.V. Zie voor een schematische weergave van dit alles de conclusie van A-G Valk, par. 2.1.

Op 31 maart 2014 heeft C B.V. een bedrag van € 24.022,09 betaald aan A B.V. Voor het restant van de openstaande vorderingen à € 18.702,55 doet C B.V. een beroep op verrekening met de vordering die D B.V. op B B.V. heeft. C B.V. stelt, kort gezegd, dat sprake was van een kruislingse verrekeningsafpraak in die zin, dat de facturen van A B.V. aan C B.V. verrekend zouden worden met de facturen van D B.V. aan B B.V. Van een relatie tussen C B.V. en D B.V. is mij overigens op basis van de door het hof, de A-G en de Hoge Raad genoemde feiten niet gebleken. Ik neem aan dat die er wel was.

Ervan uitgaande dat die verrekeningsafpraak inderdaad bestond en zulks door D B.V. (die daarvoor gelet op art. 150 Rv de bewijslast draagt nu sprake is van een bevrijdend verweer) zo nodig kan worden bewezen, is het de vraag of deze afspraak in faillissement stand kan houden. Deze vraag staat centraal in het arrest van de Hoge Raad.

Voorop staat allereerst dat artikel 6:127 lid 2 BW voor verrekening vereist dat partijen over en weer elkaars schuldenaar en schuldeiser zijn (zie ook par. 3.5 van de conclusie van A-G Valk). Deze bepaling is echter van regeland recht: zowel uitbreiding als beperking van de

verrekeningsmogelijkheden is mogelijk. Thans is sprake van een uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid tot buiten de door artikel 6:127 lid 2 BW gestelde grenzen. Die uitbreiding, die kan worden geduid als een afspraak tot kruislingse verrekening (ook: concernverrekening), moet inderdaad mogelijk worden geacht, maar werkt zij ook door in faillissement?

Dit is gelet op het bepaalde in artikel 53 Fw niet vanzelfsprekend. Dit artikel spreekt immers van de verrekeningsbevoegdheid van 'hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is'. Daarvan is in een geval als het onderhavige strikt genomen geen sprake: C B.V. is niet zowel schuldenaar als schuldeiser van A B.V. Zelfs is C B.V. niet zowel schuldenaar als schuldeiser van A B.V. en B B.V. gezamenlijk. In die zin is sprake van een 'dubbele' kruislingse verrekening: zowel aan de kant van A B.V. en B B.V. als aan de kant van C B.V. en D B.V. Het pandrecht van M B.V. op de vordering van A B.V. op C B.V. compliceert de zaak nog verder. Daarop kom ik hieronder nog kort terug.

Hoe dan ook, de vraag is of zo'n kruislingse verrekeningsafspraken door de beugel van artikel 53 Fw kan. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag in navolging van de A-G bevestigend. Er bestaat, aldus de Hoge Raad, 'geen grond om aan een dergelijke overeenkomst haar werking te ontnemen indien een van [de partijen] later in staat van faillissement wordt verklaard'. Zo'n overeenkomst past voorts 'bij de zekerheidsfunctie van verrekening en strookt daarom met het zojuist vermelde doel van art. 53 Fw'. De conclusie is dat het wederkerigheidsvereiste zoals dat is opgenomen in artikel 53 Fw geen dwingend recht is. De uitkomst moet dan ook zijn dat C B.V. inderdaad een beroep op verrekening toe zou komen wanneer een zodanige afspraak bestaat.

Enigszins ten overvloede overweegt de Hoge Raad nog dat dit niet betekent dat het gehele artikel 53 Fw niet van dwingend recht is. Van de in dit artikel opgenomen regel dat alleen verrekening mogelijk is indien schuld en vordering voor de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht, kan niet worden afgeweken. Zulks vloeit voort uit het fixatiebeginsel. Dit een en ander was ook al opgemerkt door A-G Valk in par. 3.10.

A-G- Valk gaat in par. 3.4 nog in op de vraag of M B.V. als pandhouder zou moeten profiteren van een negatieve beantwoording van de vraag of een afgesproken kruislingse verrekening faillissementsbestendig is. Daarvoor ziet hij geen gronden, nu de pandhouder in een zodanig geval in faillissement op meer aanspraak zou kunnen maken dan buiten faillissement. Uiteindelijk maakt het uiteraard niet uit, nu A-G en Hoge Raad de hiervoor aangeduide vraag beide positief beantwoorden.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding naar het Hof Arnhem-Leeuwarden voor verdere behandeling en beslissing. Aldaar zal C B.V. de bewijslast dragen van het bestaan van de onderhavige verrekeningsafspraken.

O. Oost, november 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-11-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1789

Zaaknummer: 18/01582

Rechters: C.A. Streefkerk, M.V. Polak, T.H. der Tanja-van Broek, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: R.T. Wiegerink en P.S. Kamminga

Wetsartikelen: 53 Fw en 6:127 BW

RECHTSPRAAK

EFK/X

Een aandeelhouder van MKS vordert afgeleide schade van de bestuurder van MKS. De vordering wordt afgewezen, omdat geen specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens de aandeelhouder. Met wenk.

Een aandeelhouder van Medical Kits Supply B.V. ('MKS') houdt de bestuurder van die vennootschap aansprakelijk voor de schade, die zij zou hebben geleden door onbehoorlijk bestuur van de bestuurder. De schade betreft de vermindering van waarde van aandelen in de vennootschap, zogeheten 'afgeleide schade'.

De aandeelhouder, E.F.K. Beheer B.V. ('EFK'), houdt sinds 2012 25% van de aandelen in MKS, die in 2017 gefailleerd is. De curator heeft geconstateerd dat er een grote, onverhaalbare, rekening-courantvordering op de bestuurder bestaat, dat er sinds 2013 geen jaarrekeningen meer zijn gedeponereerd en dat de boekhouding niet actueel is. Voorts is de bestuurder sinds 2013 tevens bestuurder en aandeelhouder van drie nieuwe vennootschappen, die – blijkens de omschrijving – min of meer dezelfde activiteiten ontplooiën.

EFK maakt de bestuurder de volgende verwijten:

De bestuurder zou ten eigen bate gelden in rekening-courant hebben opgenomen en niet hebben terugbetaald; De algemene vergadering is niet geïnformeerd over de faillissementsaanvraag; Sinds 2013 zijn geen jaarrekeningen meer opgesteld; Aan de aandeelhouder is – als minderheidsaandeelhouder – geen informatie verstrekt, ondanks herhaalde verzoeken; De boekhoudplicht is verzaakt; en De bestuurder zou heimelijk zijn overgegaan tot het oprichten van concurrerende ondernemingen.

Hierdoor zou EFK schade hebben geleden en zou jegens haar een specifieke zorgvuldigheidsnorm zijn geschonden.

In eerste aanleg waren de vorderingen afgewezen.

Het hof begint zijn oordeel door te citeren uit het arrest Poot/ABP (HR 2 december 1994, ECLI:HR:1994:ZC1564) en het arrest Tuin Beheer/Houthoff (HR 16 februari 2007, ECL:NL:HR:2007:AZ0419). In Poot/ABP is, aldus het hof, geoordeeld dat indien een persoon schade toebrengt aan een vennootschap door gedragingen die tegenover de vennootschap onrechtmatig zijn, in beginsel alleen de vennootschap het recht heeft schadevergoeding te vorderen. Afgeleide schade, dat wil zeggen vermindering van de waarde van aandelen in die vennootschap, kan in beginsel niet worden gevorderd. Dat kan alleen indien de schade het gevolg is van schending van een jegens de aandeelhouder geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting. Uit het arrest Tuin Beheer/Houthoff volgt, aldus het hof, dat de enkele omstandigheid dat een waardevermindering van de aandelen het voorzienbare gevolg is van onbehoorlijk bestuur, niet betekent dat er een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens de aandeelhouder. Er dient sprake te zijn van bijkomende omstandigheden, zoals het opzet om die aandeelhouder te benadelen.

Vervolgens oordeelt het hof tegen deze achtergrond dat onvoldoende concreet is toegelicht hoe de bestuurder jegens EFK een specifieke zorgvuldigheidsnorm zou hebben geschonden. Mogelijk wist de bestuurder dat EFK zou worden benadeeld, maar dat brengt niet met zich dat jegens haar een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Niet is gebleken dat de bestuurder EFK opzettelijk heeft willen benadelen. Daarbij overweegt het hof nog dat het faillissement door een schuldeiser is aangevraagd, zodat instemming van de algemene vergadering niet benodigd was en dat EFK niet voldoende heeft onderbouwd dat de nieuwe vennootschappen concurrerende activiteiten heeft ontplooid. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Wenk

Het vorderen van vergoeding van afgeleide schade is voor een aandeelhouder niet eenvoudig, omdat onderbouwd moet worden dat jegens de aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Een dergelijke vordering wordt dan ook niet vaak toegewezen. Toch is het niet geheel ondenkbaar dat in een faillissement afgeleide schade kan worden gevorderd.

Zo is recentelijk een bank veroordeeld tot vergoeding van schade aan aandeelhouders van een concern (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 maart 2018, JOR 2018/156), omdat zij – in de ogen van het hof – haar bancaire zorgplicht had geschonden jegens een vennootschap, waardoor de waarde van de aandelen ernstig werd aangetast. De bank heeft geaccepteerd dat de aandeelhouders gedwongen werden hun aandelen op een ongunstig tijdstip voor € 1 (deels aan de bank) over te dragen, waarmee de schade van de aandeelhouders definitief is geworden. Deze aandelenoverdracht was zeer ongunstig voor de aandeelhouders en had

onevenredig grote voordelen voor de bank. Op basis van deze omstandigheden oordeelde het hof dat de bank ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens de aandeelhouders (zie in dit kader ook HR Kip Sloetjes/Rabobank).

In de onderhavige casus was van dergelijke omstandigheden geen sprake. Weliswaar heeft EFK definitief schade geleden omdat het faillissement van MKS is opgeheven bij gebrek aan baten, maar EFK heeft onvoldoende onderbouwd dat de bestuurder jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld.

A.D. van Dalen, november 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3978

Zaaknummer: 200.252.005/01

Rechters: C.C. Meijer, A.J. Wolfs en A.W.H. Vink

Advocaten: M. Sliphorst-Dekker en M.J.S. van der Vorst

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring ontbonden VOF

Ontbonden vof wordt failliet verklaard, omdat niet blijkt dat de vereffening is voltooid.

Twee verzoekers vragen het faillissement aan van een ontbonden vennootschap onder firma (VOF). Uit het exploit waarmee de VOF is opgeroepen, blijkt dat de VOF inmiddels is 'opgeheven'. In een arrest uit 2009 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een vof failliet verklaard kan worden, zolang de vereffening niet is voltooid (HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3574, vergelijk art. 2:19 lid 6 BW). Verzoekers stellen dat de vereffening nog niet is voltooid. De VOF is niet verschenen en voert dus ook geen verweer. Nu de vereffening kennelijk anderhalve maand voor de faillissementsaanvraag niet was voltooid en niet is aangevoerd dat de VOF inmiddels is vereffend, spreekt de rechtbank het faillissement uit. Mr. Van Dalen wordt aangesteld als curator.

H.J. de Kloe, november 2019

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:5261

Zaaknummer: C/16/19/507 F

Rechters: P.J. Neijt

Advocaten: G.W. Weenink

Wetsartikelen: 1 Fw en 6 Fw

RECHTSPRAAK

Gotcha/X

Uitleg leningsovereenkomsten; beoordeling daarvan vanwege de vraag of bestuurder zich – in privé – hoofdelijk heeft verbonden tot de terugbetaling van twee aanvullende leningen. Rechtbank en hof oordeelden dat bestuurder niet hoofdelijk verbonden is. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G en doet het cassatieberoep van de geldgever af met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

Verweerders in cassatie zijn echtgenoten en hielden beiden de door Stichting Administratiekantoor Square Holding ('STAK') uitgegeven certificaten van aandelen in Square Lake Holding B.V. ('Square Lake Holding'). Square Lake Holding hield alle aandelen in Holiday Cars Group B.V. ('Holiday Cars Group'), die aandeelhouder was van Holiday Cars International B.V. ('Holiday Cars International') (tezamen met STAK, Square Lake Holding en Holiday Cars Group: 'de Groep'). Een van de twee verweerders in cassatie was (indirect) bestuurder van de Groep ('Bestuurder').

Door Gotcha B.V. ('Gotcha') en een derde vennootschap ('Vennootschap A') zijn twee aanvullende leningen (de 'Aanvullende Leningen') aan de Groep verstrekt waarvan in totaal € 350.000 is uitgekeerd. In de Aanvullende Leningen wordt verwezen naar twee leningen die aan de Groep en Bestuurder zijn verstrekt door de aan Gotcha gelieerde Eivissa Amsterdam B.V. ('Eivissa') en Vennootschap A (de 'Leningen'). Holiday Cars Group en Holiday Cars International zijn later failliet verklaard. De Leningen en Aanvullende Leningen waren niet afgelost. Gotcha en Vennootschap A vorderen van Bestuurder terugbetaling van alle leningen, omdat hij zich hoofdelijk zou hebben verbonden tot terugbetaling.

Ten aanzien van de Aanvullende Leningen concludeert de rechtbank dat Bestuurder de buitengerechtelijke vernietiging van een mogelijke hoofdelijke aansprakelijkheid terecht heeft ingeroepen vanwege het ontbreken van toestemming van zijn echtgenote. Gotcha en Vennootschap A hebben daarom geen vorderingen op Bestuurder uit hoofde van de Aanvullende Leningen. De rechtbank overweegt dat Eivissa en Vennootschap A hun vorderingen op Bestuurder wel kunnen verhalen: de Leningen zijn rechtsgeldig aangegaan en

Bestuurder heeft zich in de Leningen hoofdelijk tot terugbetaling verbonden.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Voor zijn oordeel voert het hof drie argumenten: (i) in de overeenkomst van Aanvullende Leningen is niet bepaald dat Bestuurder zich hoofdelijk verbindt tot terugbetaling van de geldlening, (ii) de bedragen waarop de Aanvullende Leningen zien, zijn door Gotcha gestort op de bankrekening van Holiday Cars Group en zijn dus niet aan Bestuurder in privé ten goede gekomen en (iii) Gotcha is geen partij bij de Leningen.

Gotcha stelt cassatie in tegen het oordeel van het hof. Het middel richt zich in drie onderdelen tegen elk van de drie argumenten van het hof. De conclusie van A-G Rank-Berenschot in cassatie strekt tot verwerping van het beroep. Volgens de A-G is het niet onbegrijpelijk dat het hof op grond van de door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden de Aanvullende Leningen heeft uitgelegd en daarbij tot de slotsom is gekomen dat 'gelet op het een en ander, zonder nadere toelichting die ontbreekt', niet kan worden afgeleid dat Bestuurder zich daadwerkelijk hoofdelijk heeft verbonden. De kern van de argumentatie van het hof is volgens de A-G gelegen in het feit dat in de bepalingen van de Aanvullende Leningen niet is bepaald dat Bestuurder zich hoofdelijk verbindt tot terugbetaling. De feiten en omstandigheden leiden hoogstens tot de vaststelling dat Gotcha aan Eivissa gelieerd is. Dat partijen nadrukkelijk teruggrijpen op de bepalingen en voorwaarden van de Leningen, brengt in dit geval niet mee dat Bestuurder zich jegens Gotcha hoofdelijk heeft verbonden tot terugbetaling van de Aanvullende Leningen. Ook andere aangevoerde feiten en omstandigheden, namelijk dat de gelden Bestuurder in privé ten goede zijn gekomen, Bestuurder de Aanvullende Leningen heeft ondertekend met 'voor zich in privé' en (mede) als 'geldnemer', en de echtgenote van Bestuurder de Aanvullende Leningen heeft ondertekend onder de tekst 'ex art. 1:88 BW i.v.m. hoofdelijke verbondenheid Bestuurder', zijn omstandigheden die het hof betreft bij de beoordeling, maar die er niet toe leiden dat Bestuurder zich hoofdelijk tot terugbetaling van de Aanvullende Leningen heeft verbonden.

Volgens de A-G is slechts vereist dat de uitleg van de leningen tot het aannemen van de bedoeling van hoofdelijkheid leidt. Als deze bedoeling niet blijkt en er reden is tot twijfel, zal geen hoofdelijkheid mogen worden aangenomen. Het hof heeft dit niet miskend. De A-G merkt terzijde op dat hoofdelijke aansprakelijkheid grote gevolgen kan hebben en dat het hof mogelijk heeft meegewogen dat dit voor Bestuurder tot persoonlijk faillissement zou leiden.

De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Rank-Berenschot en verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

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

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-10-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1497

Zaaknummer: 18/02070

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, M.V. Polak en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: J. den Hoed en R.L.M.M. Tan

Wetsartikelen: 81 lid 1 RO en 1:88 BW

RECHTSPRAAK

Zeikon – geheimhouding onderzoeker

OK; enquête. Verzoek om onderzoeker van geheimhoudingsplicht te ontheffen door de OK toegewezen. De OK acht het verlenen van een machtiging als bedoeld in artikel 2:353 lid 3 BW ook mogelijk in een situatie als bedoeld in artikel 2:351 lid 3 BW en acht het verzoek mede toewijsbaar in het licht van het belang dat alle partijen in een aanhangige uitkoopprocedure hebben bij een prijs die is gebaseerd op alle relevante informatie.

Dit is een van de vele beschikkingen die is geweest met betrekking tot de vennootschap Zeikon N.V. ('Zeikon'), een entiteit waarvan tot maart 2014 de aandelen waren genoteerd aan Euronext Amsterdam. Mede vanwege tegenstrijdig-belangsituaties van bestuurders van Zeikon heeft de OK bij beschikking van 22 juli 2014 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Zeikon (waarbij de 'Onderzoeker' is aangesteld). Ondertussen speelt ook nog een uitkoopprocedure waarbij de OK bij beschikking van 18 december 2018 een deskundige heeft aangewezen (de 'Deskundige') die de waarde van de over te dragen aandelen in Zeikon dient te onderzoeken (zie ook *OR Updates 2019-0008*).

Een van de aandeelhouders heeft de voorzitter van de OK verzocht de Onderzoeker van zijn geheimhouding te ontheffen en hem te machtigen alle relevante informatie met de Deskundige te delen in het kader van diens deskundigenbericht. Een van de andere aandeelhouders maakt hiertegen bezwaar, omdat er geen wettelijke grond is voor dit verzoek en omdat het verzoek strijdig is met de geheimhoudingsplicht van de Onderzoeker ex artikel 2:351 lid 3 BW.

De OK overweegt dat artikel 2:351 lid 3 BW inderdaad een geheimhoudingsplicht van de Onderzoeker inhoudt. Hoewel de wet, anders dan artikel 2:353 lid 3 BW ten aanzien van het onderzoeksverslag, geen regeling bevat op grond waarvan aan de Onderzoeker machtiging wordt verleend om mededelingen te doen uit het onderzoeksdossier, acht de OK, naar analogie van artikel 2:353 lid 3 BW, het verlenen van een dergelijke machtiging toch mogelijk. Het is hierbij onder andere van belang dat het gaat om informatie die toch al tot de

administratie van de vennootschap behoort en dat de vennootschap deze informatie zelf niet meer kan achterhalen. Bovendien hebben alle partijen in de uitkoopprocedure, waaronder Xeikon, er belang bij dat aan de vaststelling van de uitkoopprijs een deskundigenbericht ten grondslag ligt dat is gebaseerd op alle relevante informatie.

De OK machtigt de Onderzoeker om de informatie te verstrekken aan Xeikon, opdat Xeikon deze stukken kan verstrekken aan de Deskundige.

S.L. Haanschoten, november 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3454

Zaaknummer: 200.200.394/01

Rechters: G.C. Makkink

Advocaten: J.M. van den Berg, M. Wolters, M. van Hooijdonk, M.W.E. Evers, J.L.M. Wonders, A.N. Stoop, D.D. Krop, R.G.J. de Haan, M. Keuper, G.E. Endedijk, R.J.W. Analbers, R.M.A. Lensen en P.J. van der Korst

Wetsartikelen: 2:351 lid 3 BW en 2:353 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Coöperatie tezamen met ontslagen bestuurders/het nieuw benoemde bestuur

Ontslagen bestuurders vorderen in kort geding de niet-tenuitvoerlegging van het ontslag- en benoemingsbesluit. Vordering op grond van vernietigbaarheid van een besluit van een orgaan van een rechtspersoon moet tegen die rechtspersoon worden ingesteld. Zaak tegen verkeerde partijen aanhangig gemaakt. Rechtspersoon niet-ontvankelijk, vorderingen worden afgewezen.

Eiser 1 is de Coöperatie Algemene Spaar- en Kredietcoöperatie ACU ('ACU') en de andere eisers vormden tot medio 2019 het bestuur van ACU ('het Bestuur'). Gedaagden 1 t/m 3 zijn leden van ACU en gedaagden 4 t/m 7 zijn lid van de raad van toezicht van ACU ('Gedaagden'). Tijdens een buitengewone algemene ledenvergadering op 21 juli 2019 ('de BALV') heeft gedaagde 2 een voorstel ingediend om de bestuursleden eiser 2, 3, 4 en 7 te ontslaan en zo nodig te schorsen, en voorts over te gaan tot de tijdelijke benoeming tot bestuurders van gedaagden 1, 2, 3 en 4. De algemene ledenvergadering heeft voor het voorstel gestemd.

Eisers vorderen in kort geding een reeks voorlopige voorzieningen, die er in de kern op neer komen dat geen uitvoering wordt gegeven aan het genomen besluit en de nieuwbenoemde bestuurders wordt verhinderd hun bestuurstaak uit te kunnen oefenen.

Het gerecht oordeelt als volgt. Aan alle vorderingen van eisers ligt het standpunt ten grondslag dat de besluiten genomen in de BALV niet rechtsgeldig zijn omdat (i) de oproeping in strijd met de statuten plaatsvond, (ii) het agendapunt onvoldoende duidelijk was omschreven en (iii) het voorstel tot ontslag en schorsing alsmede de benoeming in strijd met de statuten niet tijdig van tevoren bekend was gemaakt. Ook zouden de besluiten in strijd met het huishoudelijk reglement tot stand zijn gekomen. Die klachten komen neer op handelen in strijd met voorschriften die de totstandkoming van besluiten regelen, op handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:7 BW (in NL: art. 2:8 BW) en op handelen in strijd met een reglement. Dat betekent dat ten aanzien van deze besluiten slechts

een beroep op vernietigbaarheid bestaat (in NL: art. 2:15 BW). De besluiten zijn dus rechtsgeldig totdat ze zijn vernietigd. Het standpunt van eisers dat de besluiten nietig zijn wordt dus door het gerecht verworpen.

Zo lang de besluiten niet vernietigd zijn, moet er dus vanuit worden gegaan dat de bestuurders in kwestie zijn ontslagen, en de nieuwe bestuurders zijn benoemd. De vraag is daarom of er een (geldig) bestuursbesluit is genomen om ACU als eisende partij te laten optreden. Eisers hebben dat niet gesteld, ook niet nadat gedaagden daarop hebben gewezen. Daarom kan niet worden aangenomen dat ACU daadwerkelijk als eisende partij heeft willen optreden.

Een vordering die moet leiden tot vernietiging van een besluit van een orgaan van een rechtspersoon moet worden ingesteld tegen die rechtspersoon. In kort geding kan die vernietiging niet worden gevorderd, wel kunnen voorzieningen worden gevorderd die zijn gebaseerd op de vernietigbaarheid van het besluit. Ook die vorderingen zullen tegen de rechtspersoon moeten worden ingesteld. Dat geval doet zich hier voor. Eisers hadden ACU dus als gedaagde moeten oproepen. Nu dat niet is gebeurd, lopen alle vorderingen hierop stuk en verklaart het gerecht ACU niet-ontvankelijk in haar vorderingen en worden de vorderingen van de overige eisers afgewezen.

M.F. van Schendel, november 2019

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 25-09-2019

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2019:231

Zaaknummer: CUR201902944

Rechters: Th. Veling

Advocaten: C.A. Peterson, F.B.M. Kunneman en G.A.H. Bakhuis

Wetsartikelen: 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Voormalig echtgenoten (overname certificaten)

OK; vordering ex-echtgenoot inhoudende dat ex-partner haar certificaten moet overnemen. Analoge toepassing van artikel 2:343 BW op certificaathouder vanwege grote overeenkomsten met aandeelhouderspositie.

A en B zijn voormalig echtgenoten. A en B hebben samen vennootschap C opgericht, waarvan zij de (gezamenlijk bevoegde) bestuurders zijn. De aandelen van A en B in het kapitaal van C zijn ondergebracht in STAK E, waarvoor E certificaten heeft uitgegeven aan A en B. B houdt circa 60% van de certificaten en A circa 40%. A en B zijn bestuurders van E, en de statuten bepalen dat elk bestuurslid het recht heeft tot het uitbrengen van één stem voor elk certificaat dat hij bezit en dat alle bestuursbesluiten worden genomen met volstrekte meerderheid van de stemmen, tenzij de statuten een grotere meerderheid voorschrijven. Tussen A en B zijn na hun echtscheiding in 2016 een reeks geschillen ontstaan, als gevolg waarvan een groot aantal procedures is gevoerd.

Een van die procedures betreft het onderhavige geschil. In eerste aanleg heeft A gevorderd dat B zal worden veroordeeld de certificaten die A houdt in C over te nemen onder last van een dwangsom. De prijs zal worden vastgesteld door een deskundige. Deze vordering heeft A ingesteld op grond van artikel 2:343 BW. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen omdat voornoemd artikel niet kan dienen als grondslag voor de vordering van A. De certificaten worden immers gehouden door E en niet door B.

A komt tegen deze beslissing op bij de OK, en betoogt dat de rechtbank ten onrechte artikel 2:343 BW niet analoog heeft toegepast, aangezien i) partijen expliciete afspraken hebben gemaakt over de toepassing van dit artikel en ii) in dit geval geen onderscheid bestaat tussen de positie waarin A zich als certificaathouder bevindt en de situatie waarin zij aandeelhouder zou zijn, omdat er geen scheiding is tussen de zeggenschapsrechten en het recht op dividend.

De OK overweegt als volgt. De OK is in dit geval de bevoegde appelinstantie op grond van artikel 2:343 lid 2 jo. 2:336 lid 3 BW, omdat A in hoger beroep betoogt dat haar vordering alsnog op grond van artikel 2:343 BW moet worden toegewezen en opkomt tegen het oordeel van de

rechtbank dat dit artikel niet van toepassing is. Het verweer van B dat A niet-ontvankelijk dient te worden verklaard vanwege processuele complicaties van een dubbel appel (A heeft ook hoger beroep ingesteld bij het Hof Den Bosch) wordt door de OK verworpen, omdat de verschillende appelinstanties over verschillende geschilpunten oordelen (dit is inherent aan het wettelijk systeem).

De OK oordeelt dat de positie van certificaathouders in deze zaak zodanig te vergelijken is met een aandeelhouderspositie dat artikel 2:343 BW hier analoog dient te worden toegepast. In dit geval maken beide certificaathouders deel uit van het bestuur van E en de stemverhouding in het bestuur van E weerspiegelt het aantal certificaten dat beide certificaathouders houden. Als gevolg daarvan is de zeggenschap van de certificaathouders/economisch gerechtigden binnen de vennootschap niet anders dan wanneer zij aandeelhouders zouden zijn.

De conflictueuze verhouding tussen A en B heeft zijn weerslag op de wijze van omgang binnen E en C. Dit heeft binnen het bestuur van C geleid tot een patstelling. Van een constructieve samenwerking tussen A en B als bestuurders van E is ook geen sprake. Gebleken is dat B, zonder A daarin te kennen, gelden van C heeft omgeleid en dat hij A als bestuurder ook op andere wijze ten onrechte buiten spel heeft gezet. De OK is van oordeel dat van A in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet gevergd kan worden dat zij certificaathouder van C blijft. Bij dit oordeel speelt ook de aard van de onderneming een rol. Sinds de verkoop van de dochtervennootschap van C, waarin de onderneming werd gehouden, omvat de onderneming van C voornamelijk liquide middelen en een pand en worden er geen ondernemingsactiviteiten meer verricht. Uittreding van A is daarom voor B en C niet onredelijk bezwarend.

De vorderingen van A op grond van artikel 2:343 BW worden toegewezen. Voor de beantwoording van de vraag welke prijs voor de certificaten moet worden betaald, zal de OK op de voet van artikel 2:343 jo. 2:339 BW een deskundige benoemen.

M.F. van Schendel, november 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3555

Zaaknummer: 200.246.245/01

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, J.S.T. Tiemstra en D.E.M. Aleman

Advocaten: E.Ph. Roelofs en J.H.M. Daniëls

Wetsartikelen: 2:336 lid 3 BW, 2:339 BW en 2:343 BW

RECHTSPRAAK

VEB/BP

De Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EU over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter inzake VEB/BP op grond van artikel 7, punt 2 Verordening Brussel I-bis. Biedt schade op een beleggingsrekening voldoende aanknopingspunten om Nederland als ‘Erfolgsort’ te kwalificeren en wat is daarbij de betekenis van de omstandigheid dat sprake is van een collectieve actie ex artikel 3:305a BW?

Vereniging van Effectenbezitters (‘VEB’) heeft tegen BP P.L.C. (‘BP’) op de voet van artikel 3:305a BW een collectieve actie ingesteld bij de Rechtbank Amsterdam voor alle personen die in de periode van 16 januari 2007 tot en met 25 juni 2010 gewone aandelen BP hebben gekocht, aangehouden of verkocht via een beleggingsrekening in Nederland of een beleggingsrekening van een in Nederland gevestigde bank en/of beleggingsonderneming. Achtergrond van de collectieve actie is een explosie op 20 april 2010 op een door BP geleaset olieboorplatform in de Golf van Mexico, met doden, gewonden en milieuschade als gevolg.

BP heeft de bevoegdheid van de Nederlandse rechter betwist en gesteld dat deze geen bevoegdheid kan ontlenen aan artikel 4 en 7 Verordening Brussel I-bis. In de kern gaat de procedure bij de Hoge Raad om de vraag of de Nederlandse rechter op grond van artikel 7, punt 2, Verordening Brussel I-bis als rechter van de plaats waar de schade is ingetreden (*Erfolgsort*) bevoegd is kennis te nemen van de vorderingen van de VEB.

VEB stelt zich in deze procedure onder meer op het standpunt dat de omstandigheden van dit geval vergelijkbaar zijn met die van HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa/Barclays Bank*) (‘het *Kolassa*-arrest’) en HvJ EU 12 september 2018, C-304/17, ECLI:EU:C:2018:701 (*Löber/Barclays Bank*) (‘het *Löber*-arrest’). Zij stelt daartoe dat de waardedaling van de aandelen niet te wijten is aan de markt, maar aan het verstrekken van onjuiste, onvolledige en misleidende informatie door BP over de olieramp, waarmee BP haar wettelijke informatieplichten niet is nagekomen. BP stelt zich onder meer op het standpunt dat het enkele feit dat de schade zich in het *Kolassa*-arrest rechtstreeks voordeed op een

bankrekening van Kolassa in Oostenrijk niet voldoende is om de bevoegdheid van de rechter in Oostenrijk aan te nemen.

De Hoge Raad stelt vier prejudiciële vragen aan het HvJ EU en licht deze als volgt toe.

De Hoge Raad ziet overeenkomsten tussen onderhavige zaak en het *Kolassa*-arrest en het *Löber*-arrest. In alle drie de gevallen is sprake van zuiver financiële schade die rechtstreeks is ingetreden op een bank- of beleggingsrekening, waarbij die zuiver financiële schade het gevolg is van een daling van de waarde van de effecten die op die bank- of beleggingsrekening als tegoed werden aangehouden. Een verschil in de feiten is dat de vordering van VEB tegen BP niet gebaseerd is op misleidende informatie in een in Nederland verspreide prospectus. Ook lijkt in het onderhavige geval geen sprake van de verkoop en koop van financiële producten op de Nederlandse secundaire markt, maar de koop van gewone beursgenoteerde BP-aandelen via een beleggingsrekening in Nederland of via een in Nederland gevestigde bank en/of beleggingsonderneming. De vraag aan het HvJ EU is of er internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter is voor vorderingen die strekken tot het verhalen van schade van aandeelhouders als gevolg van algemeen wereldwijd verspreide, maar onjuiste, onvolledige of misleidende informatie die openbaar is gemaakt door internationale beursgenoteerde ondernemingen en die onder andere op Nederlandse beleggingsrekeningen tot zuiver financiële schade heeft geleid (vraag 1).

Een ander belangrijk verschil tussen het *Kolassa*-arrest en het *Löber*-arrest enerzijds en de onderhavige zaak anderzijds is dat het in deze zaak gaat om een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW, die aanleiding kan geven tot extra problemen bij het lokaliseren van het *Erfolgsort*. Bij een collectieve actie wordt immers geabstraheerd van de individuele omstandigheden die in de collectieve actie aan de orde zijn. Het HvJ EU heeft eerder geoordeeld dat de overdracht van schuldvorderingen door de oorspronkelijke schuldeiser geen invloed kan hebben op de bepaling van het bevoegde gerecht volgens artikel 7 Brussel I-bis en dat het schadebrengende feit derhalve voor iedere schadevordering afzonderlijk moet worden bepaald (HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo Nobel*)). Het is de vraag of dergelijk strenge regels ook gelden voor een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW nu die regels aan de effectiviteit van artikel 3:305a BW afbreuk zouden doen (vraag 2).

Als de Nederlandse rechter bevoegd is in een collectieve actie op de voet van artikel 3:305a BW van de vorderingen van VEB kennis te nemen en voor recht zou verklaren dat BP onrechtmatig heeft gehandeld jegens de BP-aandeelhouders, kunnen die aandeelhouders op basis daarvan in een nieuwe procedure individueel een vordering aanhangig maken tot schadevergoeding, te voldoen in geld. Als dat zich voordoet, is van belang of dergelijke vorderingen aanhangig

gemaakt kunnen worden bij de rechter die bevoegd was over de collectieve actie te oordelen (vraag 3).

Volgens de Hoge Raad was in het *Löber*-arrest voor relatieve rechtsmacht van de rechter te Wenen voldoende dat Wenen behalve de woonplaats van Löber, óók de plaats van vestiging was van de bank waar zij haar bankrekening aanhield. Dit roept de vraag op door welke factor(en) de interne relatieve bevoegdheid wordt bepaald. Is dit de woonplaats van de gedupeerde belegger, de vestigingsplaats van de bank waar deze belegger zijn persoonlijke bankrekening aanhoudt of de vestigingsplaats van de bank waar de beleggingsrekening wordt aangehouden, dan wel een ander aanknopingspunt? (vraag 4)

De Hoge Raad houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het HvJ EU uitspraak heeft gedaan met betrekking tot de prejudiciële vragen van de Hoge Raad.

M.F. van Schendel, oktober 2019

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 20-09-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:1400

Zaaknummer: 18/00524

Rechters: E.J. Numann, M.V. Polak, T.H. den Tanja-van Broek, M.J. Kroeze en H.M. Wattendorff

Advocaten: J. van der Beek en W.H. van Hemel

Wetsartikelen: 7 Verordening Brussel I-bis en 3:305a BW

RECHTSPRAAK

BKS/minderheidsaandeelhouders

OK; enquête. Verdeeldheid aandeelhouders vastgoedgroep over te volgen strategie. Minderheidsaandeelhouders starten enquête. Het is aan het bestuur om de strategie te bepalen. Verschil van mening AV heeft geen negatief effect op besluitvorming en werking organen vennootschap. Afwijzing verzoek.

Beheerskantoor Scheveningen B.V. ('BKS'), Bexpark B.V. ('Bexpark'), Bexplein B.V. ('Bexplein') en Annunciata B.V. ('Annunciata') (gezamenlijk: 'BKS c.s.') is een viertal vennootschappen die zich allen bezighouden met de exploitatie van vastgoed. A, B en C ('Verzoekers') zijn (minderheids)aandeelhouders van BKS, Bexpark en Bexplein; de andere aandeelhouders bestaan uit D, E en F ('Medeaandeelhouders') en G.

Op een zeker moment blijkt dat de aandeelhouders van BKS c.s. onderling een verschillende toekomstvisie hebben. Verzoekers willen (i) het investerings- en financieringsbeleid aanpassen, (ii) een RvC benoemen en (iii) het bestuur vervangen. De Medeaandeelhouders en G pleiten juist voor de voortzetting van een behoudend beleid, maar staan wel open voor het investeren in nieuwe projecten. Vanwege deze discrepantie besluit de aandeelhoudersvergadering een externe organisatiedeskundige in de schakelen.

In de periode die volgt dringen Verzoekers meermaals aan om de 'oorlogskas' te beperken en om een eenmalig superdividend uit te keren. Naar aanleiding van het dividendvoorstel van Verzoekers heeft de algemene vergadering ingestemd met een eenmalige dividenduitkering uit Bexpark. In het kader van een herfinanciering van Bexplein informeert het bestuur de aandeelhouders dat er weinig belangstelling is bij de banken. Verzoekers uiten hun bezwaren ten aanzien van de gang van zaken met betrekking tot het herfinancieringsproces. Verzoekers verwijten het bestuur dat geen correspondentie over dit proces aan hen wordt overlegd. Daarnaast doen Verzoekers een (aanvullend) dividendvoorstel aan het bestuur en de overige aandeelhouders.

De Medeaandeelhouders constateren dat het niet mogelijk is een strategisch plan op te

stellen, nu de toekomstvisie van Verzoekers enerzijds ('leeghalen', gevolgd door verkoop) niet valt te rijmen met de toekomstvisie van de Medeaandeelhouders en G anderzijds (continuïteit en gematigde groei). Enige tijd later besluit de algemene vergadering van Bexplein bij meerderheid (bestaande uit de Medeaandeelhouders en G) tot een eenmalige extra dividenduitkering. Andere voorstellen tot dividenduitkeringen en vervanging van bestuurders van Verzoekers worden verworpen.

Verzoekers dienen een verzoek in bij de OK tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen BKS c.s. Daarnaast verzoeken zij de OK (onder meer) het bestuur van BKS c.s. te vervangen en de aandelen gehouden door de overige aandeelhouders over te dragen aan een door de OK benoemde beheerder.

De OK stelt vast dat de verhoudingen zijn verstoord vanwege het feit dat er onenigheid bestaat over het te voeren beleid. Deze verstoorde verhoudingen hebben echter niet geleid tot een impasse in de besluitvorming. Omdat Verzoekers minderheidsaandeelhouders zijn, kunnen de benodigde besluiten nog steeds worden genomen. De continuïteit van BKS c.s. wordt dan ook niet bedreigd door het verschil van inzicht over het te voeren beleid. De OK neemt verder in overweging dat Verzoekers van voldoende informatie worden voorzien en dat zij in de gelegenheid worden gesteld om vragen te stellen ten aanzien van hun visie op het beleid van BKS c.s.

Volgens de OK is het bestuur bevoegd de strategie van BKS c.s. te bepalen. Daarnaast acht de OK het van belang dat de overige aandeelhouders nadrukkelijk hebben verklaard dat zij zich kunnen vinden in de huidige strategie van het bestuur. De OK is voorts van oordeel dat het herfinancieringsproces rondom Bexplein genoegzaam door het bestuur is toegelicht. Het bestuur heeft (onder meer) verschillende offertes aangevraagd en heeft een onafhankelijk adviseur ingeschakeld. Het financieringsvoorstel is vervolgens door de aandeelhouders besproken en bij meerderheid van stemmen goedgekeurd.

De OK concludeert dat geen gegronde redenen bestaan voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij BKS c.s. en wijst de overige verzoeken af. Verzoekers worden veroordeeld in de kosten van het geding.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3377

Zaaknummer: 200.257.780/01, 200.262.030/01, 200.262.016/01, 200.262.034/01

Rechters: A.J. Wolfs, C.C. Meijer, A.W.H. Vink, C. Smits-Nusteling en J.S.T. Tiemstra

Advocaten: K.S. Guldemon, D.A.Q. Willemse, M.W.E. Evers en H.J. ter Meulen

Wetsartikelen: 2:346 lid 1 sub b BW en 2:350 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

UWV/bewindvoerder V.O.F. X

Vennoten zijn ieder voor zich werkgever in een vof. Vorderingen UWV op vof zijn tevens bevoorrecht op privévermogen vennoten. Vanaf datum faillissement ontstane schulden zijn boedelschuld ook in privévermogen vennoot.

Feiten

Vof X en de beide vennoten zijn op 1 april 2015 in staat van faillissement verklaard. Op 17 november 2015 zijn de faillissementen van beide vennoten omgezet in wettelijke schuldsaneringsregelingen. Het faillissement van [de vennootschap onder firma] is op 27 juli 2016 opgeheven bij gebrek aan baten. In dit geding vordert UWV jegens de bewindvoerder een verklaring voor recht dat (a) de door UWV in de schuldsaneringsregelingen van beide vennoten ingediende vorderingen uit hoofde van artikel 66 lid 1 en lid 2 Werkloosheidswet (WW) ter zake van loon respectievelijk pensioenpremie van in totaal € 20.084,95 als boedelvorderingen als bedoeld in artikel 40 Fw dienen te worden aangemerkt; (b) de door UWV in die schuldsaneringsregelingen ingediende loonvordering op grond van artikel 66 lid 1 WW van € 23.178,36 en de vordering op grond van artikel 66 lid 2 WW ter zake van het werkgeversdeel premie sociale verzekeringen van € 4.265,69 dienen te worden erkend als preferente vorderingen. De rechtbank heeft prejudiciële vragen gesteld, onder meer met betrekking tot de vraag 'wie werkgever is' bij een vof.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Werkgever van de vof

Een arbeidsovereenkomst 'met een vof' dient te worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst met de gezamenlijke vennoten. De gezamenlijke vennoten zijn dus als werkgever in de zin van titel 7.10 BW partij bij de arbeidsovereenkomst. Aan de vof komt geen rechtspersoonlijkheid toe en derhalve is de vof niet zelfstandig als werkgever in de zin van

titel 7.10 BW aan te merken. Een werknemer 'van de vof' kan zijn uit de arbeidsovereenkomst voortspuitende vorderingen geldend maken zowel jegens de gezamenlijke vennoten ('jegens de vof'), met de mogelijkheid van verhaal op het afgescheiden vermogen van de vof, als voor het geheel jegens elke afzonderlijke vennoot, met de mogelijkheid van verhaal op het privévermogen van die vennoot.

Vordering UWV bevoorrecht ook op het privévermogen vennoot

Ingevolge artikel 3:288 aanhef en sub e BW is de vordering van de werknemer ter zake van loon bevoorrecht op alle goederen van de schuldenaar. Wanneer UWV, na faillietverklaring van de werkgever, op de voet van artikel 61-68 WW het door de werkgever verschuldigde (netto)loon aan de werknemer voldoet, wordt het gesubrogeerd in de desbetreffende vordering van de werknemer op de werkgever (art. 66 lid 1 WW). Wanneer UWV de over dat loon verschuldigde premies sociale verzekeringen aan de ontvanger afdraagt, verkrijgt het ter zake daarvan een verhaalsrecht op de werkgever (art. 66 lid 2 WW). De desbetreffende vordering is eveneens bevoorrecht op alle goederen van de schuldenaar (art. 66 lid 3 WW). Er is geen grond om bij de beantwoording van de vraag of een werknemer 'van de vof' een aan zijn vordering verbonden voorrecht geldend kan maken, onderscheid te maken tussen het geval waarin hij de vordering instelt jegens de gezamenlijke vennoten en dat waarin hij de vordering instelt jegens een individuele vennoot. De verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst rusten immers op de gezamenlijke vennoten en daarmee op iedere vennoot afzonderlijk. Dat aan de vof in het rechtsverkeer een zekere mate van zelfstandigheid ten opzichte van de afzonderlijke vennoten toekomt, maakt dit niet anders. Een andere opvatting zou afbreuk doen aan het uitgangspunt dat het wettelijke voorrecht van werknemers betrekking heeft op het gehele vermogen van de schuldenaar (art. 3:276 BW) en strekt ter bescherming van de werknemers. Werknemers zouden in die andere opvatting jegens een afzonderlijke vennoot immers slechts beschikken over een concurrente vordering.

Boedelschuld vof is ook boedelschuld faillissement vennoot vanaf laatstgenoemd faillissement

De rechtbank stelt daarnaast aan de orde of met de arbeidsovereenkomst samenhangende boedelvorderingen van de werknemer van een vof eveneens boedelvorderingen in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de vennoten zijn. Bij de beantwoording van deze vraag is het volgende van belang. Vanaf de dag van de faillietverklaring zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld (art. 40 lid 2 Fw). Artikel 40 lid 2 Fw knoopt aldus voor het karakter van boedelschuld aan bij de dag van de faillietverklaring. Het faillissement van een vof heeft betrekking op het afgescheiden vermogen van de vof en is te onderscheiden van de faillissementen of de schuldsaneringsregelingen van haar vennoten. Die onderscheiden faillissementen dan wel

schuldsaneringsregelingen gaan dan ook niet noodzakelijkerwijs op hetzelfde moment in. In het licht hiervan brengt artikel 40 lid 2 Fw mee dat aan een vordering als bedoeld in die bepaling, die in het faillissement van de vof een boedelschuld oplevert, tevens het karakter van boedelschuld toekomt in het faillissement respectievelijk de schuldsaneringsregeling van een vennoot, maar slechts voor zover die vordering betrekking heeft op de periode na het ingaan van laatstbedoeld faillissement of schuldsaneringsregeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 19-04-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:649

Zaaknummer: 18/02700

Rechters: C.A. Streefkerk, M.V. Polak, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: B.I. Kraaiipoel

Wetsartikelen: 40 Fw, 66 WW en 16 WvK

RECHTSPRAAK

Bellivo/Bredasa

OK; enquête. Schending garantie koopovereenkomst. Koper probeert via enquêteprocedure geschil in de nakoming van de koopovereenkomst te beslechten. De OK wijst het enquêteverzoek af, omdat een dergelijk geschil in beginsel niet tot de doeleinden van het enquêterecht behoort. Dit is slechts anders als het geschil ook de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt.

In 2017 heeft Bellivo S.A. ('de koper') alle aandelen in een holdingmaatschappij ('A') gekocht van Bredasa B.V. en D. B.V. (tezamen 'de verkoper'), die op dat moment ieder de helft van de (certificaten van) aandelen hielden in en gezamenlijk het bestuur vormden van A. A drijft een onderneming in lederproducten. De koper heeft de koopprijs voor de aandelen betaald op de kwaliteitsrekening van de notaris. In de transactiedocumentatie is afgesproken dat een deel van de koopprijs door de notaris ten behoeve van de koper in depot zou worden gehouden als waarborg voor mogelijke aanspraken op de verkoper uit hoofde van schending van de afgegeven garanties. Vlak voor het aflopen van de termijn waarbinnen een beroep op de garanties kan worden gedaan, heeft de koper zich jegens de verkoper op het standpunt gesteld dat zij schade heeft geleden door schending van diverse garanties, waaronder een garantieschending betreffende de waarde van de voorraad van de onderneming.

A start een procedure bij de OK en stelt dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van A. A legt daaraan ten grondslag dat de ledervoorraad van A tijdens de bestuursperiode van de verkoper stelselmatig onjuist is gewaardeerd. De verkoper heeft daar tegenover aangevoerd dat sprake is van een zuiver vermogensrechtelijk geschil dat niet de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt. Een onderzoek naar de achtergrond van een dergelijk geschil behoort dan ook niet tot de doeleinden van het enquêterecht.

De OK overweegt dat het in de kern een geschil over de nakoming van de koopovereenkomst betreft, op grond waarvan de koper de aandelen in A heeft verworven. Een onderzoek naar de

feitelijke achtergrond van een dergelijk geschil van vermogensrechtelijke aard behoort in beginsel niet tot de doeleinden van het enquêterecht. Dit is slechts anders, zo vervolgt de OK, indien het vermogensrechtelijke geschil ook de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt.

De OK overweegt dat de op het bestuur rustende wettelijke verplichtingen om een deugdelijke boekhouding te voeren en jaarstukken die een getrouw beeld geven van het vermogen en het resultaat van de onderneming op te maken en te publiceren, elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap vormen. Om die reden zal ernstige schending van die verplichtingen een gegronde reden opleveren voor twijfel aan een juist beleid of gang van zaken van de vennootschap. De OK overweegt vervolgens dat A middels de door haar overgelegde gedingstukken en haar toelichting ter zitting evenwel onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is geweest van een 'geraffineerd systeem van manipulatie van de boekhouding'.

De OK komt tot de conclusie dat geen voldoende concrete aanwijzingen bestaan om aan te kunnen nemen dat de voorraad van A opzettelijk onjuist werd geadministreerd en gewaardeerd. Onder die omstandigheden is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid of gang van zaken niet gebleken, aldus de OK. Het verzoek wordt dan ook afgewezen.

M.J. van de Graaf, november 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3262

Zaaknummer: 200.257.736/01 OK

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

Advocaten: S.J.B. Drijber, H.G.A.M. Spoormans en J. van Oijen

Wetsartikelen: 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Ducs/Bestuurders PNO

Vordering van appellante tegen twee middellijk bestuurders tot vergoeding van schade geleden door niet voldoen van facturen vanwege betalingsonmacht van door hen bestuurde vennootschap (bestuurdersaansprakelijkheid). Rechtbank en hof wijzen de vordering af. Uiten van louter algemene vermoedens onvoldoende voor opdracht tot nadere bewijslevering.

Appellante is Ducs B.V. ('Ducs'). Ducs legt zich toe op de productie van en handel in metalen rondellen: ronde schijfjes waaruit munten worden geslagen. Geïntimeerden zijn A en B: beiden middellijk bestuurder en aandeelhouder van PNO Global Coins B.V. ('PNO'). PNO houdt zich bezig met het management over, de consultancy en de handel in goederen en diensten voor de munt gerelateerde industrie. Ducs en PNO sluiten een overeenkomst van opdracht. Ducs (opdrachtnemer) verricht diensten voor PNO (opdrachtgever). PNO betaalt de aan haar door Ducs toegezonden facturen niet.

In eerste aanleg stelt Ducs A en B persoonlijk aansprakelijk als (middellijke) bestuurders van PNO op grond van artikel 6:162 jo. artikel 2:11 BW met verwijzing naar overwegingen van de Hoge Raad uit de arresten *Ontvanger/Roelofsen* en *Air Holland II*. Ducs draagt meerdere omstandigheden aan waarmee het vermoeden wordt geopperd dat PNO baten had waarmee de vordering van Ducs kon worden voldaan en dat A en B vermogen hebben onttrokken. Daarbij wordt onder meer naar voren gebracht dat het gezamenlijke project – zoals verwacht – winstgevend was. De rechtbank acht deze vermoedens onvoldoende gestaafd door Ducs. De rechtbank oordeelt dat de omstandigheid van het bestaan van een vordering van PNO jegens een derde partij niet zonder meer meebrengt dat PNO Ducs kan blijven betalen. Daarbij overweegt de rechtbank dat de belastingdienst een preferente positie had ten aanzien van het uitgewonnen bedrag van de vordering. Vanwege het niet staven van de voornoemde vermoedens oordeelt de rechtbank voorts dat voor enige opdracht tot nadere bewijslevering geen plaats bestaat en dat niet is gebleken van onrechtmatig handelen jegens Ducs.

In het daaropvolgende door Ducs ingestelde hoger beroep overweegt het hof dat Ducs slechts

volstaat met het uiten van algemene vermoedens dat vermogen is onttrokken. De feiten en omstandigheden waarop deze vermoedens worden gebaseerd, zijn naar het oordeel van het hof onvoldoende geconcretiseerd. Hierdoor ziet het hof geen aanleiding tot het verlichten van de stelplicht en bewijslast onder toepassing van de arresten *Van Waning/Van der Vliet* en *Romme/Bakker*. Het hof overweegt voorts dat het gegeven dat een gezamenlijk project winstgevend was op zichzelf niet uitsluit dat de vennootschap zélf verlies lijdt. Ook overweegt het hof dat PNO al niet in staat was de vorderingen van Ducs te voldoen vanwege de preferente vordering van de belastingdienst. Verder overweegt het hof dat de omstandigheid dat een btw-claim van PNO is verrekend door de belastingdienst, niet kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van A en B: Ducs zou het bedrag van de btw-claim evengoed dienen af te dragen aan de belastingdienst. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

S.R.M.C. Vogelsang, november 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-09-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3224

Zaaknummer: 200.241.140/01

Rechters: J.M. de Jongh, M.M. Korsten-Krijnen en H. Koster

Advocaten: F.A. Geevers en A. van der Wielen

Wetsartikelen: 150 Rv, 843a Rv, 2:11 BW en 6:162 BW

ANNOTATIE

De Xeikon-beschikking van de Hoge Raad van 19 juli 2019: cassatie wegens vormverzuim

T. Drenth

De Hoge Raad casseert bij beschikking van 19 juli 2019 een deel van de (tweede-fase)beschikking en de daarop volgende verbeteringsbeschikking van de Ondernemingskamer met betrekking tot de enquêteprocedure inzake Xeikon N.V., kort gezegd wegens vormverzuim door de Ondernemingskamer. Deze bijdrage bespreekt de beschikking en de gevolgen daarvan.

1 Inleiding

De hier te bespreken beschikking van de Hoge Raad betreft het voorlopig meest recente hoofdstuk in de sinds 2014 lopende enquêteprocedure inzake Xeikon N.V. (hierna: Xeikon). De Hoge Raad casseert bij beschikking van 19 juli 2019[1] een deel van de (tweede-fase)beschikking[2] en de daarop volgende verbeteringsbeschikking[3] van de Ondernemingskamer inzake Xeikon, kort gezegd wegens vormverzuim door de Ondernemingskamer.

De Ondernemingskamer zal opnieuw moeten beoordelen of zich wanbeleid heeft voorgedaan bij Xeikon met betrekking tot een tweetal feitelijke kwesties en wie daar (eventueel) voor verantwoordelijk zijn. In deze bijdrage wordt louter ingegaan op de procesrechtelijke problematiek die de inzet vormt van het beroep in cassatie.[4] Alleen voor zover daarvoor van belang wordt hieronder ingegaan op de feiten. Daarover eerst het volgende.

Recalcico Beheer B.V. (hierna: Recalcico, verzoekster) heeft de Ondernemingskamer bij verzoekschrift van 2 april 2014 verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Xeikon. Op 22 juli 2014 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek gelast.[5] Voor deze cassatieprocedure zijn twee verwijten relevant.

Allereerst het verwijt met betrekking tot de zogenoemde 'Upstreaming': Xeikon was in de relevante periode genoteerd aan Euronext Amsterdam. Punch International hield evenwel steeds een ruim meerderheidsbelang in Xeikon. In 2008 heeft Xeikon EUR 75 miljoen aan

financiering aangetrokken. Onder de documentatie mocht Xeikon maximaal EUR 15 miljoen daarvan uitlenen (*upstreamen*) aan Punch International. Xeikon heeft vervolgens – in strijd met de leningsdocumentatie – EUR 45 miljoen aan Punch International uitgeleend. Punch International bleek daarop niet over voldoende liquide middelen te beschikken om deze ‘Upstreaming’ ongedaan te maken door het bedrag terug te betalen aan Xeikon.

Daarnaast het verwijt met betrekking tot de verwerving van het Accentis-belang: Punch International heeft nagenoeg alle aandelen verworven in het beursgenoteerde Accentis N.V. (hierna: Accentis). Kort daarna heeft de RvC van Xeikon ermee ingestemd dat Punch International haar schuld aan Xeikon zou voldoen door overdracht aan Xeikon van (1) aandelen Accentis en (2) een vordering van Punch International op Accentis. De koers van Accentis is na de overdracht aan Xeikon sterk gedaald en steeds aanzienlijk lager gebleven dan de prijs per aandeel die werd aangehouden bij de overdracht aan Xeikon.

Voor zover relevant was de verzoeker tot cassatie ten tijde van deze kwesties CFO van Xeikon (hierna: de CFO). In het dictum van haar tweede-fasebeschikking van 6 februari 2018 oordeelde de Ondernemingskamer dat de CFO met twee andere personen, de CEO van Xeikon en een commissaris, verantwoordelijk is voor het wanbeleid met betrekking tot de Upstreaming. Voorts bepaalde zij dat een drietal (andere) commissarissen van Xeikon verantwoordelijk is voor het wanbeleid rondom de verwerving van het Accentis-belang.

R.o. 5.56 van de beschikking luidde, voor verbetering, als volgt (gecursiveerd steeds mijn toevoeging):

‘De Ondernemingskamer acht [*de CEO*] en [*de CFO*] als bestuurders van Xeikon en [*Commissaris X*] als commissaris van Xeikon verantwoordelijk voor het wanbeleid ten aanzien van de *Upstreaming* en de verwerving van het *Accentis Belang*. De Ondernemingskamer verwijst naar hetgeen hierboven over deze onderwerpen en de rol van [*de CEO*], [*de CFO*] en [*Commissaris X*] is overwogen.’

Het dictum luidde, voor zover relevant en voor verbetering, als volgt:

‘De Ondernemingskamer (...) stelt vast dat [*de CEO*], [*de CFO*] en [*Commissaris X*] verantwoordelijk zijn voor het vastgestelde wanbeleid met betrekking tot de *Upstreaming*; stelt vast dat [*Commissarissen A, B en C*] verantwoordelijk zijn voor het vastgestelde wanbeleid met betrekking tot de verwerving van het *Accentis Belang*.’

Commissaris C verzocht de Ondernemingskamer vervolgens ex artikel 31 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) de beschikking te verbeteren, onder andere omdat in het hierboven weergegeven dictum zijns inziens ten onrechte niet werd vermeld dat ook een

aantal andere bestuurders en commissarissen, onder wie de CFO en Commissaris X, verantwoordelijk zouden zijn voor de verwerving van het Accentis-belang, terwijl dit wel zou volgen uit de hierboven weergegeven rechtsoverweging in de beschikking.

Commissaris X concludeerde daarop tot afwijzing van het verzoek van Commissaris C. Hij deed vervolgens een zelfstandig artikel 31 Rv-verzoek om verwijderd te worden uit dezelfde rechtsoverweging van de beschikking waar Commissaris C zijn artikel 31 Rv-verzoek op baseerde (r.o. 5.56), voor zover die ertoe strekt dat hij verantwoordelijk was voor het wanbeleid ten aanzien van de verwerving van het Accentis-belang. Een en ander zodat deze overweging aan zou sluiten bij het dictum, waar hij immers op dit punt niet wordt genoemd als verantwoordelijke.

De Ondernemingskamer wees op 6 april 2018 een verbeteringsbeschikking. In deze beschikking overwoog de Ondernemingskamer onder andere dat van de CFO niet was vernomen; dat sprake was van een kennelijke fout die zich leent voor eenvoudig herstel (art. 31 Rv); dat zij het dictum aldus wijzigt dat de CFO en de CEO ook verantwoordelijk worden gehouden voor het vastgestelde wanbeleid met betrekking tot de verwerving van het Accentis-belang; en dat Commissaris X – per zijn verzoek – uit de bewuste rechtsoverweging (r.o. 5.56) wordt geschrapt voor zover het de verantwoordelijkheid voor de verwerving van het Accentis-belang betreft.[6]

De CFO stelde op 7 mei 2018 tijdig[7] beroep in cassatie in tegen zowel de beschikking als de verbeteringsbeschikking, hetgeen heeft geleid tot de hier te bespreken beschikking van de Hoge Raad.

In het onderstaande behandel ik drie onderwerpen die in deze zaak aan de orde kwamen:

de oproepingsproblematiek; de reikwijdte van artikel 31 Rv; en de reikwijdte van de vernietiging van de beschikking en de verbeteringsbeschikking.

2 Oproepingsproblematiek

De eerste onderdelen van het cassatiemiddel van de CFO klagen kort gezegd over de gebrekkige oproeping van de CFO in de tweede fase:

De CFO had moeten worden opgeroepen nadat Recalcico in haar nadere schriftelijke reactie stelde dat de Upstreaming wanbeleid was. Voor zover in de tweede-fasebeschikking in dat

kader in het midden is gelaten of sprake was van een vermeerdering van eis, was er in ieder geval sprake van een verandering van eis, hetgeen ook oproeping tot gevolg had moeten hebben. De Ondernemingskamer had de CFO in de tweede fase van de enquêteprocedure dienen op te roepen in overeenstemming met artikel 277 Rv.

2.1 Oproeping na schriftelijke reactie Recalcico

Artikel 130 lid 3 Rv bepaalt dat een verandering of vermeerdering van eis is uitgesloten tegen een partij die niet in het geding is verschenen, tenzij de eiser de verandering of vermeerdering tijdig bij exploit aan die partij kenbaar heeft gemaakt. Artikel 283 Rv bepaalt dat artikel 130 Rv van overeenkomstige toepassing is op de verandering of vermeerdering van een verzoek.

De Hoge Raad overweegt in de onderhavige beschikking dat dit voor een verzoekschriftprocedure (zoals de enquêteprocedure) meebrengt dat de rechter in elk geval alle in de procedure eerder opgeroepen maar niet-verschenen belanghebbenden opnieuw dient op te roepen, met opgave van de verandering of vermeerdering van het verzoek.[8]

De Hoge Raad overweegt vervolgens:

‘Als een van de partijen aan een of meer niet-verschenen belanghebbenden de verandering of de vermeerdering van het verzoek heeft meegedeeld, kan de rechter zich ook van zijn taak kwijten door zich ten aanzien van deze niet-verschenen belanghebbenden ervan te vergewissen dat die mededeling hen heeft bereikt. Ook in dat geval is immers recht gedaan aan de gedachte die aan art. 130 lid 3 Rv ten grondslag ligt dat moet worden vermeden dat een belanghebbende een beslissing tegen zich moet laten gelden waarvan hij niet weet en niet kan weten dat en waarom deze is verzocht.’[9]

Bij de griffie van de Ondernemingskamer is navraag gedaan, waaruit volgt dat de CFO door de (griffie van de) Ondernemingskamer niet opnieuw is opgeroepen naar aanleiding van de verandering of vermeerdering van het verzoek.[10] De Hoge Raad overweegt dat de Ondernemingskamer er ook niet van uit kon gaan dat de verandering of vermeerdering van het verzoek op andere wijze aan de CFO was meegedeeld. Interessant is daarbij nog dat de Hoge Raad overweegt dat de toezending van de nadere schriftelijke reactie aan de CFO door de advocaat van Recalcico niet de eigen verplichting van de Ondernemingskamer vervangt, temeer nu de CFO die nadere schriftelijke reactie niet heeft ontvangen. Nu de CFO daardoor geen gelegenheid voor verweer heeft gehad tegen het veranderde of vermeerderde verzoek, is dit in strijd met het in artikel 19 Rv neergelegde beginsel van hoor en wederhoor.

Deze overwegingen lijken mij juist en zijn in lijn met zowel het arrest van de Hoge Raad van 10 juli 2009 als recentere jurisprudentie van de Ondernemingskamer.[11] Zij bevestigen dat

een dergelijke oproeping in een enquêteprocedure dus niet per exploit (zie immers de letterlijke tekst van art. 130 lid 3 Rv) hoeft te geschieden, maar door hernieuwde oproeping door de rechter van de niet-verschenen belanghebbenden met opgave van de verandering of vermeerdering van het verzoek.[12]

2.2 Oproeping tweede fase

De derde afdeling van de derde titel Rv handelt over de oproeping van belanghebbenden. Artikel 272 Rv schrijft voor dat de oproeping van niet in de procedure verschenen belanghebbenden van wie de woonplaats of het werkelijk verblijf onbekend is, geschiedt door plaatsing van de oproeping in de Staatscourant. De oproeping van overige niet in de procedure verschenen belanghebbenden geschiedt door de griffier bij aangetekende brief, tenzij de rechter anders bepaalt. Artikel 277 Rv schrijft voor dat de oproeping bij brief van verzoekers of belanghebbenden die geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland hebben, maar wel een bekende woonplaats of een bekend werkelijk verblijf in een staat waar de Betekeningsverordening van toepassing is, geschiedt door rechtstreekse verzending overeenkomstig artikel 14 van die verordening (aangetekend schrijven met ontvangstbevestiging of op gelijkwaardige wijze).[13]

In zowel de beschikking als de verbeteringsbeschikking wordt vermeld dat de CFO woont in Astene (België). De CFO woonde evenwel al sinds 2010 elders in België. De secretaris van de Ondernemingskamer heeft de CFO (1) louter bij gewone brief aan zijn oude adres opgeroepen voor de mondelinge behandeling van het tweede-faseverzoek op 13 april 2017, en (2) niet opgeroepen naar aanleiding van de nadere schriftelijke reactie van Recalcico van 23 februari 2017.

De Hoge Raad overweegt dat het gegeven dat de Ondernemingskamer niet aan de wettelijke oproepingsvereisten heeft voldaan, gekoppeld aan het gegeven dat de CFO niet in de procedure is verschenen, ertoe moet leiden dat ervan moet worden uitgegaan dat de CFO zich niet heeft kunnen verweren ter voorkoming van de vaststelling van wanbeleid en zijn verantwoordelijkheid daarvoor, hetgeen leidt tot een schending van de eisen van hoor en wederhoor. Ook dit onderdeel slaagt dus.

Dit heelt overigens ook de mogelijke niet-ontvankelijkheid van de CFO in cassatie. In de enquêteprocedure komt beroep in cassatie immers – in beginsel – alleen toe aan hen die in de vorige instantie zijn verschenen en die tegen het verzoek verweer hebben gevoerd.[14] De tekst van artikel 426 lid 1 Rv ('in een der vorige instantiën verschenen'[15]) heeft niet de strekking om beroep in cassatie uit te sluiten als de niet-verschenen belanghebbende 'buiten zijn schuld niet in de vorige instantie is verschenen', aldus de Hoge Raad.[16] De CFO dient

derhalve in zijn cassatieberoep te worden ontvangen.

De beschikking van de Hoge Raad heeft een bredere relevantie voor de oproeping van belanghebbenden in enquêteprocedures waar de belanghebbende niet is verschenen (art. 272 Rv) en waar het belanghebbenden betreft die geen bekende woonplaats in Nederland hebben, maar wel in een staat waar de Betekeningsverordening van toepassing is (art. 277 Rv). Wat die laatste categorie betreft zij opgemerkt dat een substantieel deel van de enquêtebeschikkingen van de Ondernemingskamer enquêteprocedures betreft waar één of meer bij de vennootschap betrokken partijen woonplaats hebben in het buitenland.[17] Het is daarbij de vraag of belanghebbenden in andere zaken tot op heden wél correct zijn opgeroepen. Voor aanhangige en toekomstige enquêteprocedures geldt dat oproeping voortaan correct zal moeten geschieden om latere aantasting van beschikkingen te voorkomen.

3 Reikwijdte artikel 31 Rv

Artikel 31 Rv voorziet in de mogelijkheid van herstel van 'kennelijke fouten'. Het criterium voor de toepassing van artikel 31 Rv is of voor partijen en derden direct duidelijk is dat van een vergissing sprake is. De fout moet met andere woorden, mede in het licht van de stellingen van partijen, niet voor redelijke twijfel vatbaar zijn en voor derden op het eerste gezicht duidelijk zijn.[18] Tegen verbetering ex artikel 31 Rv staat geen voorziening open (art. 31 lid 4 Rv). Wél staat een voorziening open indien wordt aangevoerd dat de rechter buiten het toepassingsgebied van artikel 31 Rv is getreden.

In dit geval waren er als genoemd twee, deels tegenstrijdige, artikel 31 Rv-verzoeken: (1) het verzoek van Commissaris C dat in het dictum ten onrechte niet werd vermeld dat de CFO, de CEO en Commissaris X verantwoordelijk zouden zijn voor de verwerving van het Accentis-belang, terwijl dit wel volgt uit een eerdere overweging (r.o. 5.56) in de beschikking, en (2) het verzoek van Commissaris X om die overweging juist zo aan te passen dat hij daar niet langer in voorkwam.

In de verbeteringsbeschikking wordt vervolgens beslist dat de CFO en de CEO in het dictum ook verantwoordelijk zijn voor het vastgestelde wanbeleid met betrekking tot de verwerving van het Accentis-belang, en dat Commissaris X dat juist niet is.[19] De Ondernemingskamer had in de oorspronkelijke beschikking een aantal overwegingen gewijd aan de verwerving van het Accentis-belang (r.o. 5.16-5.27). In het licht van die overwegingen zijn de verbeteringen feitelijk niet onbegrijpelijk. De vraag is evenwel of sprake is van een kennelijke fout die zich leent voor herstel ex artikel 31 Rv. Daarbij is het probleem erin gelegen dat 'niet duidelijk [blijkt] of datgene wat de ondernemingskamer heeft bedoeld te beslissen over de verantwoordelijkheid voor het wanbeleid bij de verwerving van het Accentis Belang, in rov.

5.56 staat of in het dictum, dan wel in geen van beide', aldus de Hoge Raad. Dit is feitelijk juist: uit r.o. 5.16-5.27 volgt immers niet zonder meer wie volgens de Ondernemingskamer verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid bij de verwerving van het Accentis-belang.

Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het feit dat hierover debat mogelijk is, blijkt uit de deels tegenstrijdige herstelverzoeken.[20] Dit is juist, al lijkt de – terechte – constatering dat er objectief debat over mogelijk is in dit geval belangrijker dan het bestaan van de deels tegenstrijdige herstelverzoeken in deze zaak. De door partijen gewenste wijzigingen zeggen wellicht minder over hun daadwerkelijke opvattingen over – en begrip van – de beschikking en eventuele daarin besloten liggende kennelijke fouten dan over de persoonlijke belangen bij de respectievelijke verzochte (deels tegenstrijdige) wijzigingen. In ieder geval heeft er te gelden dat er in dit geval duidelijk discussie mogelijk was. Van een kennelijke fout in de zin van artikel 31 Rv was dan ook geen sprake.[21] De Hoge Raad oordeelt mijns inziens terecht dat de Ondernemingskamer buiten het toepassingsgebied van artikel 31 Rv is getreden. Daardoor wordt het rechtsmiddelenverbod van artikel 31 lid 4 Rv doorbroken.

In zijn conclusie overweegt A-G Timmerman hierover nog het volgende:

'Een tegenstrijdigheid tussen de overwegingen van de beschikking en het dictum kan duiden op het bestaan van een kennelijke fout die zich leent voor eenvoudig herstel (nr. 3.31 hiervoor). Deze situatie zou zich hebben voorgedaan als de ondernemingskamer het dictum in overeenstemming had gebracht met rov. 5.56 overeenkomstig het verzoek van [Commissaris C]. (...)

Bij de tegenstrijdigheid tussen rov. 5.56 en het dictum van de beschikking is mijns inziens voor partijen en derden direct duidelijk dat sprake is van een vergissing, dat geldt mijns inziens echter niet voor de tegenstrijdigheid die de ondernemingskamer signaleert tussen rov. 5.16-5.27 en rov. 5.56. Het is gelet daarop voor partijen en derden mijns inziens niet direct duidelijk waar – in het dictum of in het lichaam – de ondernemingskamer steekjes heeft laten vallen.'[22]

Ik ben het eens met A-G Timmerman dat de aanvullende tegenstrijdigheid tussen r.o. 5.16-5.27 en r.o. 5.56 tot te veel onduidelijkheid leidt, terwijl een tegenstrijdigheid tussen louter het dictum en r.o. 5.56 mogelijk wel een kennelijke fout zou hebben opgeleverd die zich zou lenen voor eenvoudig herstel. Toch roept dit de vraag op of er – gezien de terechte hoge lat van artikel 31 Rv – ook in dat geval niet alsnog enig debat mogelijk zou zijn over waar de kennelijke fout dan in zou zijn gelegen (in het dictum of in r.o. 5.56?).

Het is evident dat die interpretatie grote gevolgen heeft. De uitleg dat de CFO bij wege van een kennelijke fout in het *dictum* zou ontbreken, zou immers betekenen dat hij geacht zou moeten

worden al met deze (mogelijke toekomstige) verbetering rekening te houden. Hij had dan dus bijvoorbeeld onmiddellijk moeten beoordelen of hij had willen appelleren tegen de beschikking zoals deze had moeten luiden, dus met gewijzigd – aangevuld – dictum,[23] en dat terwijl de CFO in het dictum nergens wordt vermeld voor wat betreft de verwerving van het Accentis-belang. In dat dictum valt overigens ook te lezen dat de Ondernemingskamer ‘hetgeen meer of anders is verzocht [afwijst]’, hetgeen voor de belanghebbende toch enig houvast zou moeten kunnen bieden dat er niet meer is toegewezen dan hetgeen in het dictum is opgenomen.[24]

Een tweede middelonderdeel klaagde nog dat de CFO de gelegenheid had moeten worden geboden om zich uit te laten over de verbetering (art. 31 lid 1 Rv). Ook dit middel slaagt; nu de CFO die gelegenheid niet is geboden, is het beginsel van hoor en wederhoor ook in dit opzicht jegens de CFO geschonden.[25]

4 Reikwijdte vernietiging

De Hoge Raad bepaalt dat de vernietiging van de tweede-fasebeschikking en van de verbeteringsbeschikking slechts betrekking heeft op de oordelen over het gestelde wanbeleid bij de Upstreaming en de verwerving van het Accentis-belang in 2008 en de verantwoordelijkheid daarvoor. De vernietiging bestrijkt dus niet het oordeel van de Ondernemingskamer over de gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden ‘in de periode na 2008, waarbij [de CFO] niet was betrokken’.

De Ondernemingskamer moet dus opnieuw beoordelen of zich bij de Upstreaming en de verwerving van het Accentis-belang in 2008 wanbeleid heeft voorgedaan en – uiteraard: eventueel – wie daarvoor verantwoordelijk zijn. De Ondernemingskamer moet daarover een voor alle partijen en belanghebbenden bindend oordeel geven. In die beoordeling zal de Ondernemingskamer nu ook de stellingen van de CFO en de eventuele reacties daarop van de andere partijen en belanghebbenden moeten betrekken. Het oordeel van wanbeleid zal daarmee dus ook anders kunnen uitvallen ten aanzien van de andere partijen. Dit is een juist gevolg. Gezien de overwegingen daaromtrent in de tweede-fasebeschikking,[26] die steunen op een kritisch onderzoeksverslag, is het echter de vraag of dat tot een materieel andere uitkomst zal leiden.

De Hoge Raad kiest met een partiële vernietiging van de beschikkingen voor een vanuit het oogpunt van de proceseconomie efficiënte benadering. Dit is tegenwoordig het uitgangspunt.[27] In *Xeikon* was sprake van vormverzuim door de Ondernemingskamer. Voorheen werd aangenomen dat bij vernietiging wegens vormverzuim de geldigheid van de gehele bestreden uitspraak werd aangetast.[28] Ook nu is dat soms nog het geval, zoals bij

Meavita, waar het specifieke (uitzonderlijke) vormverzuim de gehele beschikking moest aantasten.[29]

Korthals Altes en Groen schrijven in dit kader dat 'beslissend is of, indien het vormvoorschrift wél in acht was genomen, de uitspraak in tegengestelde zin zou kunnen zijn uitgevallen; is dat het geval, dan is een algehele vernietiging op haar plaats'.[30] In dit geval is mijns inziens terecht geoordeeld dat het vormverzuim in deze zaak niet hoeft te leiden tot gehele vernietiging van de tweede-fasebeschikking en de verbeteringsbeschikking. Het oordeel wanbeleid en de verantwoordelijkheid daarvoor waar het gebeurtenissen van 2013 betreft,[31] zouden niet anders hebben geluid indien de CFO wel correct was opgeroepen. Dat geldt (mogelijk) wel waar het de gebeurtenissen van 2008 (de Upstreaming en de verwerving van het Accentis-belang) betreft.[32]

Naast het beroep in cassatie van de CFO in zaak 18/01935 was ook principaal cassatieberoep ingesteld door een aantal andere functionarissen van Xeikon (in de zaak 18/0150).[33] Dit was gericht tegen het oordeel van de Ondernemingskamer in de hierboven besproken r.o. 5.16-5.27 over de verwerving van het Accentis-belang. De klachten van dat onderdeel blijven buiten beschouwing vanwege de reikwijdte van de vernietiging, die gevolgen heeft voor alle partijen en belanghebbenden.

De vernietiging van de beschikking en van de verbeteringsbeschikking roept daarnaast nog een laatste vraag op, en dat is wat de relevantie hiervan is voor de uitkoopprocedure inzake Xeikon. In Xeikon heeft de Ondernemingskamer de enquête- en de uitkoopprocedure samengetrokken, mede omdat de uitkomst van de enquêteprocedure van belang zou zijn voor de uitkoopprocedure.[34] Zij heeft daarbij overwogen dat de inhoud van de verbeteringsbeschikking betrokken dient te worden bij de vaststelling van de uitkoopprijs.[35] In het tussenarrest in de uitkoopprocedure gaat de Ondernemingskamer dan ook uitvoerig in op haar overwegingen in de thans (partieel) vernietigde verbeteringsbeschikking, waaronder op de 'verbeterde' r.o. 5.56.[36] Mede op grond van deze overwegingen (die voor een groot deel zagen op de verwijten met betrekking tot de Upstreaming en de verwerving van het Accentis-belang) heeft de Ondernemingskamer de deskundige de volgende opdracht meegegeven:

'Alles afwegende schat de Ondernemingskamer dat op de peildatum van 31 januari 2014 tot het vermogen van Xeikon behoorden vorderingen op derden tot vergoeding van door haar geleden schade en dat de waarde van die vorderingen toen (ten minste) € 30 miljoen bedroeg. De Ondernemingskamer zal de door haar te benoemen deskundige daarom opdragen bij de waardering van de aandelen uit te gaan van het bestaan van bedoelde vorderingen met een waarde van € 30 miljoen.'[37]

Een en ander roept de vraag op in hoeverre er nog een grond bestaat voor deze en andere overwegingen uit het uitkooparrest. Volgens de rol stond de uitkoopprocedure (na enkele aanhoudingen) voor deskundigenbericht op 24 september 2019. Na deze beschikking is het deskundigenbericht op die roldatum vervolgens voor een vijfde maal aangehouden, nu tot 19 november 2019.[38] Het is daarmee de vraag of de beschikking van de Hoge Raad ook tot verdere vertraging in de uitkoopprocedure zal leiden, die overigens sinds 6 juni 2014 aanhangig is.[39]

5 Conclusie

Als gezegd heeft de beschikking van de Hoge Raad een bredere relevantie voor de oproeping van belanghebbenden in enquêteprocedures. In dit geval was sprake van eenzelfde soort vormverzuim bij de oproeping voor (1) de tweede fase, (2) na de verandering of vermeerdering van het verzoek door Recalcico, en (3) in het kader van de verbetering ex artikel 31 Rv. Oproeping van belanghebbenden in enquêteprocedures zal (voortaan) moeten geschieden conform de wettelijke bepalingen van Rechtsvordering (art. 272 en 277 lid 1 en 2 Rv en art. 283 jo. art. 130 lid 3 Rv).

Dat is terecht. Schending van deze vormvoorschriften kan leiden tot grote gevolgen voor niet-verschenen belanghebbenden. De voormalige CFO werd bij een (verbeterings)beschikking in de tweede fase alsnog door de Ondernemingskamer verantwoordelijk gehouden voor vastgesteld wanbeleid, (1) zonder rechtsgeldig opgeroepen te zijn voor de tweede fase van de enquête, (2) zonder te zijn opgeroepen na een verandering of vermeerdering van het verzoek door Recalcico, en (3) zonder gekend te zijn in de artikel 31 Rv-beslissing, bij wege waarvan hij nota bene in het dictum werd toegevoegd als zijnde verantwoordelijk voor het wanbeleid ter zake van de verwerving van het Accentis-belang.

In dat kader is relevant de in de literatuur al uitgebreid aan de orde gekomen discussie over het karakter van de enquêteprocedure. Die zal ik hier niet herhalen. Voor zover relevant zij opgemerkt dat, hoewel met een oordeel van wanbeleid de civielrechtelijke aansprakelijkheid uiteraard niet direct vaststaat,[40] steeds sterker geldt dat 'de stap van de enquêteprocedure naar de aansprakelijkheidsprocedure (...) zonder moeite te maken [is]'.[41] De voorzitter van de Ondernemingskamer heeft in datzelfde kader meermaals in soortgelijke bewoordingen overwogen dat 'de mogelijkheid om diegenen die verantwoordelijk zijn voor het beleid en gang van zaken van de rechtspersoon in de onderzoeksperiode in rechte aan te spreken tot vergoeding van schade (...) in het verlengde [ligt] van een van de doeleinden van het enquêterecht: het verkrijgen van opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid'.[42]

Tegen die achtergrond dienen de processuele waarborgen uit Rechtsvordering in de enquêteprocedure dan ook te worden gezien.^[43] Daaronder vallen de wettelijke vereisten voor oproeping van belanghebbenden (nog los van het steeds terugkerende dilemma of het voor bestuurders en commissarissen in voorkomende gevallen beter is om wel of niet daadwerkelijk als belanghebbende te verschijnen). De beschikking van de Hoge Raad is tegen die achtergrond dan ook positief te noemen.

Noten

[1] HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279. De beschikking van de Hoge Raad volgt op drie conclusies van 29 maart 2019 van A-G Timmerman in de zaken 18/02407, 18/01935 en 18/01950, waarvan de conclusie inzake 18/01935 het meest relevant is voor de in deze bijdrage te behandelen onderwerpen (zie voor de conclusies van 29 maart 2019 van A-G Timmerman ECLI:NL:PHR:2019:363, ECLI:NL:PHR:2019:364 en ECLI:NL:PHR:2019:365).

[2] Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94.

[3] Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1609, ARO 2018/86.

[4] Zie over de materiële problematiek de noot van Josephus Jitta onder de (toen nog niet verbeterde) tweede-fasebeschikking van 6 februari 2018 in JOR 2018/94 en de noot van Duynstee waar het de uitkoopprocedure inzake Xeikon betreft onder Hof Amsterdam (OK) 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4684, JOR 2019/104 met noot onder JOR 2019/105.

[5] Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2899, ARO 2014/167.

[6] Verbeteringsbeschikking, r.o. 2.3.

[7] De laatste dag van de driemaandentermijn (6 mei 2018; drie maanden na de tweede-fasebeschikking van 6 februari 2018) viel op een zondag; op grond van art. 1 lid 1 ATW was 7 mei 2018 dus de laatste dag van de (verlengde) termijn.

[8] Zie eerder, maar in het kader van een alimentatiezaak, HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3435, NJ 2009/359, r.o. 3.4.2, laatste zin. Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/179, met verwijzing naar bovenstaand arrest.

[9] Beschikking, r.o. 5.1.2. De Hoge Raad verwijst hier nog naar NJ 2001/167, r.o. 3.4.2, welke overweging handelt over de vraag of een procespartij ten processe wel of niet een bepaalde stelling had betrokken.

[10] Zie r.o. 2.9 van de beschikking en tevens de conclusie van 29 maart 2019 van A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2019:364, onder 2.17.

[11] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 3 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1168, ARO 2014/66, r.o. 4.1.

[12] Zie eerder anders: J.H. Lemstra & T. Salemink, Kroniek enquêterecht 2014, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015 (VDHI nr. 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 13.

[13] Verordening (EG) 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (de betekening en de kennisgeving van stukken), art. 14: 'Elke lidstaat kan de betekening of kennisgeving van gerechtelijke stukken aan in een andere lidstaat verblijvende personen rechtstreeks door postdiensten doen verrichten bij aangetekend schrijven met ontvangstbevestiging of op gelijkwaardige wijze.'

[14] Daarnaast komt de mogelijkheid van beroep in cassatie toe aan de rechtspersoon, ongeacht of deze bij de Ondernemingskamer is verschenen (art. 2:359 BW). Art. 2:359 BW derogert overigens niet aan art. 426 lid 1 Rv, zie HR 10 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234, NJ 1990/466, r.o. 3.3.

[15] Art. 426 lid 1 Rv: 'Tegen beschikkingen op rekest kan beroep in cassatie worden ingesteld door degenen, die in een der vorige instantiën verschenen zijn, binnen drie maanden, te rekenen van de dag van de uitspraak.'

[16] Zie de beschikking, r.o. 3.1. Zie eerder in gelijke zin: HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD6831, NJ 2002/38, r.o. 4.2.

[17] Zie o.a. H-J. de Kluiver, Over Delaware, de Ondernemingskamer en de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland, in: G. Solinge e.a. (red.), Nederland, het Delaware van Europa? (VDHI nr. 135), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 150 e.v.

[18] Zie Kamerstukken II 1999/2000, 26855, 3, p. 62 en 63 (MvT).

[19] Zie de verbeteringsbeschikking, r.o. 2.3.

[20] Zie in gelijke zin: A-G Timmerman in zijn conclusie van 29 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:364, onder 3.37.

[21] Zie o.a. Korsten-Krijnen/Ten Kate & Wesseling-van Gent, Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken (BPP nr. 5), Deventer: Kluwer 2013/II.3.4.

[22] Conclusie van 29 maart 2019 van A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2019:364, onder 3.35-

3-37.

[23] Zie hieromtrent tevens Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/111.

[24] Ik merk overigens geheel ten overvloede op – in het kader van het criterium dat voor ‘partijen en derden direct duidelijk is dat van een vergissing sprake is’ – dat in de mij bekende annotaties van en wenken bij de (oorspronkelijke) beschikking van de Ondernemingskamer nergens wordt opgemerkt dat de CFO in het dictum niet voorkwam waar het de verantwoordelijkheid betrof voor het vastgestelde wanbeleid met betrekking tot de verwerving van het Accentis-belang.

[25] Beschikking, r.o. 5.3.3.

[26] Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94, r.o. 5.10-5.15 (over de Upstreaming) en r.o. 5.16-5.27 (over de verwerving van het Accentis-belang).

[27] Zie hierover Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/296 en 331 (‘Bij de beantwoording van deze vraag moet uitgangspunt zijn dat het cassatieberoep slechts “partiële werking” heeft’).

[28] Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/296 met verwijzing naar A-G Wijnveldt bij HR 22 december 1938, ECLI:NL:HR:1938:37, NJ 1939/754.

[29] Omdat de beschikking in strijd met art. 5 lid 2 en 3 jo. art. 66 lid 2 Wet RO niet was geweest door het in de wet bepaalde aantal rechters, hetgeen volgens de Hoge Raad meebracht dat ‘de zaak volledig opnieuw moet worden beoordeeld’. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607, JOR 2017/30 (Meavita), r.o. 3.4.

[30] Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/296 met verwijzing naar HR 20 juni 1979, ECLI:NL:HR:1979:AD5646, NJ 1979/566 en HR 26 maart 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6854, NJ 1980/630.

[31] Die in deze bijdrage niet aan de orde zijn gekomen, maar wel onderwerp vormden van de tweede-fasebeschikking.

[32] Zie hierover ook de conclusie van 29 maart 2019 van A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2019:365, onder 3.10-3.14.

[33] Daarnaast was in die zaak ook voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld door Recalcico en (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld door Commissaris X.

[34] Zie uitgebreider de noot van Duynstee onder Hof Amsterdam (OK) 18 december 2018,

ECLI:NL:GHAMS:2018:4684, JOR 2019/104, onder 11 e.v., en de noot van Josephus Jitta in Ondernemingsrecht 2019/42.

[35] Hof Amsterdam (OK) 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4684, JOR 2019/104, r.o. 2.15.

[36] Hof Amsterdam (OK) 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4684, JOR 2019/104, r.o. 2.23.

[37] Hof Amsterdam (OK) 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4684, JOR 2019/104, r.o. 2.28.

[38] Rol geraadpleegd op 26 september 2019.

[39] Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2040, ARO 2015/150, r.o. 1.1.

[40] Zie HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466 (Ogem), r.o. 5, verduidelijkt in HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, NJ 2006/443 (Laurus), r.o. 3.8 en 3.9.

[41] G. van Solinge, Van wanbeleid naar aansprakelijkheid, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 517.

[42] Hof Amsterdam (Vz. OK) 12 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4681, ARO 2019/55, r.o. 2.8. Zie eerder o.a. Hof Amsterdam (Vz. OK) 28 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2765, ARO 2016/160, r.o. 2.3, en in soortgelijke zin: Hof Amsterdam (Vz. OK) 6 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4745, ARO 2014/15, r.o. 2.4.

[43] Zie daarover uitgebreider de conclusie van A-G Timmerman van 29 maart 2019 in de zaak 18/01935, ECLI:NL:PHR:2019:364, onder 3.4.

RECHTSPRAAK

Verzoekers/Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V.

OK; enquête. Afwijzing verzoek aandeelhouders tot verbieden uitvoering vaststellingsovereenkomst tussen de vennootschap en een van haar aandeelhouders; toewijzing verzoek van eerder aangewezen OK-functionarissen tot het dragen van de kosten van verweer door de vennootschap alsmede het stellen van zekerheid voor deze betaling.

Bij een zestal beschikkingen, gewezen in 2016, heeft de OK een onderzoek bevolen naar de gang van zaken bij Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V. ('DEM'). Natuurlijk persoon A ('A') is onmiddellijk en voor de duur van het geding geschorst als bestuurder van DEM en J.A. van der Have ('Van der Have') is aangewezen als bestuurder. De aandelen in DEM gehouden door J.K.S. Holding B.V. ('JKS'), natuurlijk persoon B ('B') en Stichting Administratiekantoor D.E.M. ('de STAK') zijn ten titel van beheer overgedragen aan E.L. Zetteler ('Zetteler'). In januari 2018 oordeelt de OK dat uit het onderzoek blijkt dat sprake is geweest van wanbeleid in de periode van januari 2011 tot januari 2016 waarvoor A verantwoordelijk is. Bij wijze van voorziening is A toen wederom geschorst en Van der Have benoemd als bestuurder en zijn alle aandelen in DEM ten titel van beheer overgedragen aan Zetteler.

Op 15 maart 2019 tekenen DEM en B een vaststellingsovereenkomst ('de VSO'). In de preambule daarvan wordt overwogen dat het voort slepen van de geschillen, waaronder een nog gaande uittredingsprocedure geïnitieerd door B, een negatief effect heeft op DEM en dat het beter is dat JKS, A en B uit elkaar gaan. De VSO bevat onder meer paragrafen over een bindende prijsbepaling voor de aandelen door een externe partij en de (opschortende) voorwaarden voor de overname van de aandelen van B door DEM. Een van de voorwaarden is dat het bestuur een balans- en uitkeringstest doet en constateert dat voldaan is aan de vereisten van artikel 2:207 lid 2 BW. Een andere voorwaarde is dat de OK op verzoek van DEM of B een beschikking heeft gegeven tot opheffing van het beheer van de aandelen van B zodat B deze kan verkopen en leveren aan DEM. Een derde voorwaarde is dat JKS, de STAK en A, binnen vier weken nadat zij een kopie van de VSO en het prijsbepalingsrapport hebben ontvangen, geen vordering bij de OK en/of voorzieningenrechter hebben ingesteld die ziet op de VSO en de uitvoering daarvan.

Vlak na het sluiten van de VSO worden twee verzoekschriften bij de OK ingediend, welke de OK gezamenlijk behandelt. In het eerste verzoekschrift verzoeken A, JKS en de STAK om uitvoering van de VSO te verbieden omdat deze in strijd zou zijn met de belangen van de DEM-groep, blijk zou geven van onbehoorlijke taakuitoefening van Van der Have en disproportioneel zou zijn. Voordat de OK het verzoek inhoudelijk bespreekt, oordeelt zij dat A en de dochtervennootschappen niet ontvankelijk zijn nu het een verzoek betreft in het licht van een eerdere procedure waarbij zij niet betrokken waren. Dat zij in de VSO worden genoemd en hun belangen door (uitvoering van) de VSO mogelijk worden geraakt maakt dit niet anders. Wat betreft het verzoek van JKS en de STAK stelt de OK voorop dat het niet aan haar is de inhoud van een VSO, die per definitie geven en nemen betreft, inhoudelijk te beoordelen. Zij kijkt enkel of Van der Have zich in verband met de VSO kennelijk onredelijk heeft gedragen jegens DEM of haar aandeelhouders. Hierbij toetst de OK terughoudend, hetgeen past bij het feit dat Van der Have op grond van een eerdere beschikking in dit geschil alle bevoegdheden toekomen die een bestuurder van een vennootschap normaliter heeft. De OK concludeert dat voor de vordering van de STAK en JKS geen grond is. Hiertoe overweegt zij dat het Van der Have als bestuurder vrijstond een schikking aan te gaan met de aandeelhouders en dat de achtergrond van de VSO ruimschoots toegelicht en begrijpelijk is. Het stond Van der Have daarbij ook vrij de uitspraak in de uittredingsprocedure niet af te wachten, in het bijzonder nu B daarin eiser was. Verder valt niet in te zien waarom JKS of A bij de onderhandelingen betrokken hadden moeten worden; het is op grond van de statuten aan het bestuur van DEM om te besluiten tot inkoop van eigen aandelen en goedkeuring te verlenen aan de overdracht van aandelen door een aandeelhouder. Daar komt bij dat in de VSO wel degelijk rekening is gehouden met de belangen van JKS en de STAK, bijvoorbeeld door hen de kans te geven een procedure te starten. Dat de STAK en JKS graag een andere uitkomst hadden gezien, maakt niet dat Van der Have kennelijk onredelijk heeft gehandeld.

Met betrekking tot het tweede verzoekschrift oordeelt de OK dat A en de dochtervennootschappen, om dezelfde redenen als bij het andere verzoekschrift, niet ontvankelijk zijn. Het eerste verzoek van DEM in deze zaak ziet op opheffing van de overdracht ten titel van beheer van de aandelen van B aan Zetteler ten behoeve van latere overdracht. De OK overweegt dat dit verzoek is gestoeld op een onjuiste rechtsopvatting: degene aan wie de aandelen ten titel van beheer worden overgedragen, verkrijgt enkel het beheer en wordt niet beschikkingsbevoegd om aandelen te vervreemden. Hiermee ontvalt de materiële grond aan het verzoek en wordt het afgewezen.

Daarnaast is verzocht om op grond van artikel 2:357 lid 6 BW te bepalen dat DEM de kosten van verweer van Van der Have en Zetteler draagt. De OK overweegt dat functionarissen die door haar worden aangewezen in toenemende mate worden geconfronteerd met

aansprakelijkstellingen. Dit terwijl zij vaak opereren in conflictueuze omgevingen waar zij orde op zaken moeten stellen. Ook Van der Have en Zetteler opereren in een dergelijke omgeving waarbij een voortdurende dreiging van aansprakelijkstelling op de achtergrond aanwezig is. Het argument van JKS en de STAK dat Van der Have een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (een speciale polis voor door de OK benoemde functionarissen) heeft en het verzoek daarom moet worden afgewezen, wordt verworpen. In beginsel dient een vennootschap dergelijke kosten te dragen en pas daarna wordt gekeken of er een beroepsaansprakelijkheidsverzekering is. Het verzoek tot kostendekking door DEM wordt dan ook ten behoeve van Van der Have en Zetteler toegewezen. De gevraagde onmiddellijke voorziening tot het mogen plaatsen van € 1 miljoen voor kosten van verweer in escrow wordt ook toegewezen. Deze hangt namelijk samen met het voorgaande en is voor de doeltreffendheid daarvan vereist: het gegeven dat de vennootschap de kosten van verweer moet dragen, kan op deze manier worden geëffectueerd. Mocht het zo zijn dat de liquiditeitspositie van DEM het plaatsen van het bedrag in escrow niet toelaat, dan is Van der Have bevoegd op andere wijze zeker te stellen dat dit bedrag buiten de macht van DEM wordt gereserveerd.

Het verzoek van DEM (Van der Have) om een tweetal conceptbesluiten goed te keuren wijst de OK af, nu een en ander buiten haar bevoegdheid valt. Wel voegt zij aan deze overweging toe dat het Van der Have, met goedkeuring van Zetteler, vrijstaat de besluiten die zien op al het voorgaande te nemen en dat hierin geen onredelijk handelen kan worden gezien.

Omdat alle verzoeken van A, JKS en de STAK zijn afgewezen, worden zij hoofdelijk veroordeeld in de kosten van beide procedures. De beschikking wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

F.C.W. Wijffels, oktober 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-07-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3182

Zaaknummer: 200.215.784/04 OK en 200.215.784/05 OK

Rechters: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, C.C. Meijer, A.W.H. Vink, C. Smits-Nusteling en S. ten Have

Advocaten: M.W.E. Evers, J.A.I. Verheul, G. Konings, W.E. Pors, M.J. Geus, P.D. Olden en B.F.L.M. Schim

Wetsartikelen: 2:207 BW, 2:227 BW en 2:357 BW

RECHTSPRAAK

Fondamento/Interhal

OK; enquête. Aandeelhouder die tevens een managementovereenkomst met de vennootschap heeft, start enquêteprocedure in het kader van de beëindiging van deze managementovereenkomst en de daarmee samenhangende aanbiedingsplicht van zijn aandelen. Geen recht voor aandeelhouder op notulen vergadering RvC. Wijze waarop uitvoering is gegeven aan aandeelhoudersovereenkomst valt buiten bevoegdheid OK. Afwijzing enquêteverzoek.

Interhal Group B.V. ('Interhal') drijft via een aantal dochtervennootschappen een onderneming die zich bezighoudt met de in- en verkoop van non-food keukenbenodigdheden. De aandelen in Interhal worden gehouden door Antea Satelliet VII-2 B.V. (50%, 'Antea'), Gastroborg B.V. (30%, 'Gastroborg') en Fondamento B.V. (20%, 'Fondamento') (gezamenlijk 'de Aandeelhouders'). A is enig bestuurder van Interhal, daarnaast is hij enig bestuurder en aandeelhouder van Gastroborg. Interhal heeft ook een RvC, bestaande uit B, C en D.

E is enig bestuurder en enig aandeelhouder van Fondamento. E en Fondamento zijn een managementovereenkomst aangegaan met Interhal. E is op grond van deze managementovereenkomst gerechtigd de titel van commercieel directeur te dragen. Daarnaast zijn de Aandeelhouders samen met A en E een participatie- en aandeelhoudersovereenkomst ('PAO') aangegaan. Op grond van de PAO zijn Gastroborg en Fondamento gehouden hun aandelen in Interhal ter verkoop aan Antea aan te bieden, in het geval van een opzegging of beëindiging van de voor de betreffende aandeelhouder relevante managementovereenkomst ('Aanbiedingsregeling').

Over het functioneren van E als commercieel directeur ontstaan al snel twijfels. Vast staat dat de resultaten van Interhal tegenvallen, dat de samenwerking tussen A en E niet optimaal is en dat E aanvaringen heeft gehad met enkele accountmanagers. De RvC constateert dat de

aanwezigheid van E voor onrust zorgt binnen de organisatie en adviseert het bestuur van Interhal de managementovereenkomst met Fondamento te beëindigen om daarmee de rust in de organisatie te doen terugkeren.

Enige tijd later roept Interhal de Aandeelhouders op voor een algemene vergadering, met als agendapunt de beëindiging van de managementovereenkomst met Fondamento. Tijdens de algemene vergadering is het voorstel tot beëindiging met algemene stemmen aangenomen. Fondamento was niet bij deze vergadering aanwezig. De RvC heeft het besluit tot beëindiging van de managementovereenkomst vervolgens goedgekeurd. Antea heeft vervolgens, op grond van de PAO, aanspraak gemaakt op de door Fondamento gehouden aandelen in Interhal. Tussen Fondamento en Antea wordt echter geen overeenstemming bereikt over de prijs van de aandelen.

Fondamento maakt bezwaar tegen het beleid en de gang van zaken binnen Interhal en vraagt informatie en stukken op met betrekking tot de besluitvorming van de RvC. A verwerpt – in zijn hoedanigheid als bestuurder van Interhal – de bezwaren van Fondamento en weigert de opgevraagde documenten te verstrekken.

Fondamento verzoekt de OK vervolgens een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken binnen Interhal en daarnaast onmiddellijke voorzieningen te treffen. Fondamento brengt ter toelichting naar voren dat het toezicht van de RvC gebrekkig is geweest, in het bijzonder omdat C verbonden is aan Antea. Het is volgens Fondamento daarom twijfelachtig of C de belangen van Interhal op een integere en onbevooroordeelde wijze bewaakt. Verder weigert Interhal informatie te verstrekken over de besluitvorming en het goedkeuringsproces van de RvC, waardoor Fondamento niet kan nagaan of de RvC adequaat toezicht houdt op het scheiden van tegenstrijdige belangen. Ook zou de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de Aanbiedingsregeling in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW). Tot slot zouden de wettelijke en statutaire regels over besluitvorming en governance niet in acht zijn genomen.

De OK overweegt dat het feit dat C ook andere commissariaten vervult op zichzelf geen reden is om te veronderstellen dat C niet in staat is zijn taak op een integere en onbevooroordeelde wijze te vervullen. Verder overweegt de OK dat Fondamento als aandeelhouder niet zonder meer het recht heeft op verstrekking van notulen van RvC-vergaderingen. Er is volgens de OK geen sprake van bijzondere omstandigheden die een uitzondering op deze regel rechtvaardigen. Voorts is volgens de OK ook niet gebleken dat in strijd met wettelijke of statutaire bepalingen is gehandeld. Bovendien besluit de OK dat de beweerdelijke schending van het beginsel van hoor en wederhoor in het kader van de beëindiging van de managementovereenkomst moet worden verworpen. E heeft er namelijk zelf voor gekozen

niet ter algemene vergadering te verschijnen. De vraag of de wijze waarop Antea uitvoering heeft gegeven aan de Aanbiedingsregeling in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, wordt niet door de OK beantwoord, omdat dit buiten haar bevoegdheid valt. Volgens de OK is sprake van een contractueel geschil dat behoort tot de bevoegdheid van de gewone civiele rechter.

De OK concludeert dat de door Fondamento aangevoerde bezwaren geen gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken binnen Interhal. De OK wijst het verzoek van Fondamento daarom af en veroordeelt haar in de proceskosten.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:2104

Zaaknummer: 200.258.772/01

Rechters: A.J. Wolfs, G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, P.M. Verboom en C. Smits-Nusteling

Advocaten: L.C.L. Bults, T.S. Jansen en A. Spaargaren

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

RECHTSPRAAK

VEB/SNS Reaal

OK; enquête. Verzoek tot geven van aanwijzingen door de raadsheer-commissaris aan de onderzoekers afgewezen. Voormalige bestuurders en commissarissen van SNS Reaal kunnen niet volstaan met schriftelijke beantwoording van vragen van de onderzoekers. Onderzoekers mogen verslagen van de verhoren aan het onderzoeksverslag hechten. OK beslist na voltooiing van het onderzoek over het al dan niet openbaar maken van het onderzoeksverslag.

Bij de beschikkingen van 26 juli 2018 en 2 augustus 2018 heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal over de periode 1 juli 2006 tot 1 februari 2013 en drie onderzoekers ('de onderzoekers') en een raadsheer-commissaris ('R-C') benoemd. De onderzoekers hebben aangegeven dat zij hun gespreksverslagen aan het onderzoeksverslag wensen te hechten, vanwege transparantie en toetsbaarheid van hun bevindingen.

De voormalige functionarissen van SNS Reaal ('de functionarissen') hebben hiertegen bezwaar en verzoeken de R-C ex artikel 2:350 lid 4 BW de onderzoekers de aanwijzing te geven (a) dat medewerking aan het onderzoek kan worden verleend door vragen van de onderzoekers schriftelijk te beantwoorden en (b) dat de verslagen van het horen van de functionarissen en de schriftelijke beantwoording door de functionarissen niet aan het onderzoeksverslag worden gehecht. Zij willen voorkomen dat de verslagen openbaar worden met als gevolg dat daaraan een zelfstandige (bewijsrechtelijke) status toekomt, terwijl de gesprekken betrekking hebben op gebeurtenissen die zich jaren geleden hebben afgespeeld en het menselijk geheugen feilbaar is. De functionarissen wensen de vragen van de onderzoekers schriftelijk te beantwoorden, zodat zij in alle rust stukken kunnen raadplegen en hun antwoorden nauwkeurig kunnen formuleren. Bij mondelinge beantwoording van vragen is het risico op onjuistheden groot en kunnen er gemakkelijk misverstanden ontstaan. Een gespreksverslag is een interpretatie van de onderzoekers die kan afwijken van de verklaring

zoals de functionarissen deze bedoelden. Tegen deze achtergrond is het door de onderzoekers aangevoerde belang van transparantie en toetsbaarheid volgens de functionarissen van onvoldoende gewicht. SNS Reaal deelt de bezwaren van de functionarissen. VEB verzet zich tegen het geven van de gevraagde aanwijzing.

De R-C wijst de verzoeken af. Allereerst geldt als uitgangspunt dat de onderzoekers in beginsel vrij zijn in de inrichting van het onderzoek en het verslag. Functionarissen zijn ex artikel 2:351 lid 1 BW verplicht desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek. Het horen van personen is daarbij van essentiële betekenis, zoals ook volgt uit de parlementaire geschiedenis. Er kan dus niet worden volstaan met een schriftelijke beantwoording van de vragen.

Daarnaast maakt het bijvoegen van de onderzoeksverslagen de in het onderzoeksverslag weergegeven bevindingen beter controleerbaar. Dit draagt niet alleen bij aan het partijdebat en de oordeelsvorming door de OK, maar is tegelijkertijd een waarborg voor een zorgvuldige procedure. Zeker in het onderhavige geval waarin onderzoek wordt gedaan naar de gang van zaken binnen een grote financiële instelling (c.q. systeembank), is het begrijpelijk dat onderzoekers de gespreksverslagen als bijlagen bij het onderzoeksverslag willen voegen.

Het bezwaar van de voormalige functionarissen tegen openbaarmaking van de gespreksverslagen gaat bovendien voorbij aan het feit dat het niet aan de onderzoekers, maar aan de OK is om na voltooiing van het onderzoek te bepalen of het verslag en de bijlagen voor iedereen ter inzage worden gelegd. Daarnaast geldt voor partijen die de enquête hebben verzocht (waaronder VEB c.s.) een verbod om over het verslag mededelingen te doen aan derden ex artikel 2:351 lid 4 BW en artikel 2:353 lid 2 en 3 BW.

De R-C wijst de verzoeken tot het geven van een aanwijzing aan de onderzoekers in de zin van artikel 2:350 lid 4 BW af.

C. Groen, november 2019

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-06-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:1813

Zaaknummer: 200.159.002/03 OK

Rechters: G.C. Makkink

Advocaten: P.W.J. Coenen, G.T.J. Hoff, J.M.K.P. Cornegoor, H.J. de Kluiver, P.N. Ploeger, J.L. van der Schrieck, R.G.J. de Haan, S. Perrick, I. Spinath, A.R.J. van Croiset Uchelen, A.J.F. de Bruijn, K. Rutten en J.R. Hurenkamp

Wetsartikelen: 2:350 lid 4 BW en 2:351 lid 1 BW

ANNOTATIE

‘Ernstig verwijt’ en selectieve betalingen. Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576

A. Karapetian

In deze bijdrage wordt aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad ingegaan op het ‘ernstig verwijt’ als maatstaf voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders en wordt aandacht besteed aan het leerstuk van selectieve betalingen. De auteur reflecteert op het nut en de noodzaak van het ‘ernstig verwijt’ bij de verschillende grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid en bespreekt de verwickelingen rondom de (on)geoorloofdheid van selectieve betalingen.

1 Inleiding

Het ernstig verwijt blijkt als maatstaf voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder, niettegenstaande de aanzwellende kritiek in de literatuur, een sterke aantrekkingskracht te hebben. In betrekkelijk recente rechtspraak heeft de Hoge Raad de werking van de maatstaf uitgebreid naar de aansprakelijkheidsgrond van artikel 36 Invorderingswet 1990 (IW 1990).[1] In de kwestie die de aanleiding vormt voor deze bijdrage, ging het over de vraag of de bestuurder die voorafgaande aan de melding van betalingsonmacht bij de fiscus een selectieve betaling had gedaan, zich schuldig had gemaakt aan onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 IW 1990. De overwegingen van het rechtscollege bieden gelegenheid om het leerstuk van selectieve betalingen nader te beschouwen en in samenhang daarmee te reflecteren op het concept van het ernstig verwijt in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.

2 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576

Het leerstuk van selectieve betalingen is een fraai voorbeeld van het spanningsveld dat zich niet zelden voordoet tussen het aansprakelijkheids-, het insolventie- en het ondernemingsrecht. Aspecten van bestuurlijke beleidsvrijheid, de schaduw van faillissementsrechtelijke regels en daarmee samenhangende zorgvuldigheidsnormen in het

licht van de belangen van de schuldeisers vormen de achtergrond waartegen de argumenten worden afgewogen. Het leerstuk heeft sinds het welbekende Coral/Stalt-arrest[2] met name in de lagere rechtspraak een ontwikkeling doorgemaakt.[3] Inmiddels lijkt die ontwikkeling ook door de Hoge Raad te worden gestuurd. In een recente uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad worden – weliswaar in het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheid wegens artikel 36 IW 1990, maar niettemin in sterk veralgemeniseerde overwegingen – bouwstenen aangereikt voor een nadere invulling van het leerstuk van selectieve betalingen.[4] Artikel 36 IW 1990 roept voor de bestuurder de plicht in het leven om een melding van betalingsonmacht te doen aan de Ontvanger, indien gebleken is dat de vennootschap niet in staat is om te voldoen aan haar belastingplichten. Ingevolge artikel 36 lid 3 IW 1990 zijn de bestuurders, onverlet een tijdige melding van betalingsonmacht, hoofdelijk aansprakelijk voor de uitstaande belastingschuld indien aannemelijk is dat het niet betalen daarvan het gevolg is ‘van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren, voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling’. In de desbetreffende zaak had de bestuurder tijdig mededeling gedaan van betalingsonmacht, maar werd hij door de Ontvanger aansprakelijk gesteld omdat hij voorrang had gegeven aan betaling van andere schuldeisers boven betaling van uit de voortzetting van de bedrijfsvoering voortvloeiende belastingschulden. Volgens het hof leverde dit handelen kennelijk onbehoorlijk bestuur op in de zin van artikel 36 IW 1990 en kon de bestuurder ter zake van dit handelen een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. Hij had de betalingen uitgevoerd en was dus ook in de gelegenheid deze achterwege te laten. Dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt voor aansprakelijkheid op grond van artikel 36 IW 1990, vloeit voort uit een eerdere uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad in deze zaak.[5] Op de maatstaf van het ernstig verwijt zal in paragraaf 3 worden ingegaan.

Als gezegd wijdt de Hoge Raad bij de behandeling van de cassatieklachten in de vorm van een vooropstelling algemene overwegingen aan de problematiek van selectieve betalingen. Onder verwijzing naar het arrest Zandvliet/ING[6] herhaalt hij de stelregel dat

‘geen algemene regel bestaat op grond waarvan een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, steeds onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers, ook als hij daarbij niet rekening houdt met eventuele preferenties. Het staat (een bestuurder van) een vennootschap – dan ook – in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan.’

Dan spitst de Hoge Raad zijn overwegingen toe op de inhoud van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in de zin van artikel 36 IW 1990:

‘3.5.1 Indien deze afweging leidt tot het besluit om belastingschulden van de vennootschap niet, of niet bij voorrang te betalen, kan die afweging slechts dan worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36, lid 3, van de Wet indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden dezelfde afweging had gemaakt. Bij de beoordeling van een dergelijke afweging moeten alle feiten en omstandigheden van het geval in ogenschouw worden genomen. Van een geval waarin geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden dezelfde afweging had gemaakt, kan worden gesproken onder meer indien de bestuurder van een vennootschap heeft bewerkstelligd dat belastingschulden van die vennootschap onbetaald zijn gebleven, terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingschulden onbetaald zouden blijven en hem persoonlijk een ernstig verwijt treft (vgl. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530, rechtsoverweging 3.2.2).’

Getuige de toevoeging tussen haken aan het slot van de overweging stamt deze overweging uit het reeds genoemde eerder gewezen arrest over artikel 36 IW 1990. De Hoge Raad formuleert vervolgens enkele richtlijnen bij de toepassing van de geformuleerde maatstaf:

‘3.5.2 De hiervoor omschreven vrijheid van (een bestuurder van) een vennootschap om te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap zullen worden voldaan, is in elk geval beperkter indien de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen. In die situatie staat het (de bestuurder van) de vennootschap in beginsel niet vrij schuldeisers die aan de vennootschap zijn gelieerd met voorrang boven andere schuldeisers – onder wie de Ontvanger – te voldoen, tenzij die betaling door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd (vgl. HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, rechtsoverweging 3.4.3). Dit geldt ook bij de voldoening van niet-gelieerde schuldeisers van de vennootschap als de bestuurder van de vennootschap bij die betaling een persoonlijk belang heeft.

Doet een bestuurder in deze gevallen toch een betaling zoals hiervoor bedoeld en is van bijzondere omstandigheden geen sprake, dan kan zijn handelwijze al worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36, lid 3, van de Wet indien hij ernstig rekening ermee had moeten houden dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat belastingschulden van de vennootschap onbetaald zouden blijven.’

Rechtsoverweging 3.5.1 lijkt de algemene maatstaf te bevatten voor de beoordeling van de aansprakelijkheid. Hiermee wordt al een eerste inperking gegeven van de als zodanig geformuleerde vrijheid van de bestuurder om naar eigen inzicht te betalen. In de vorm van een vraag luidt deze of de bestuurder heeft bewerkstelligd dat belastingschulden van die vennootschap onbetaald zijn gelaten, terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen

dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die schulden onbetaald zouden blijven en hem persoonlijk een ernstig verwijt treft. Aangezien de Hoge Raad in deze overweging geen onderscheid maakt tussen de situatie waarin de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en de situatie waarin de vennootschap afstevent op een faillissement zonder dat een beslissing tot staking van de activiteiten aan de orde is, lijkt het erop dat de hierin geformuleerde maatstaf (ook) van toepassing is in de laatstgenoemde situatie. De tweede inperking van de vrijheid van de bestuurder om te betalen staat in rechtsoverweging 3.5.2 en bevat in drie opzichten een verbijzondering van de algemene maatstaf. In de eerste plaats geldt een verbijzondering ten aanzien van de voortzetting van de ondernemingsactiviteiten. Bij een door de vennootschap geïnitieerde beëindiging van ondernemingsactiviteiten gelden de in rechtsoverweging 3.5.2 geformuleerde regels. Ten tweede wordt een onderscheid aangebracht tussen gelieerde partijen en niet-gelieerde partijen waarin de bestuurder een persoonlijk belang heeft. In de derde plaats bestaat de verbijzondering uit een verschil in de wetenschapseisen tussen de algemene maatstaf en de in rechtsoverweging 3.5.2 opgenomen maatstaf. De drie aspecten komen erop neer dat voor de situatie waarin de vennootschap de beëindiging van haar activiteiten heeft geïnitieerd, de betaling van gelieerde schuldeisers en schuldeisers waarin de bestuurder een persoonlijk belang heeft, reeds aansprakelijkheid oplevert indien de bestuurder ernstig rekening ermee had moeten houden dat door zijn handelwijze de belastingschulden onbetaald zouden blijven.

Twee aspecten uit de besproken overwegingen zullen hieronder worden belicht. Het betreft de toepassing van het concept van het ernstig verwijt binnen het aansprakelijkheidsregime van artikel 36 IW 1990 (en in het verlengde daarvan mogelijk art. 2:138/248 Burgerlijk Wetboek (BW)) en de geformuleerde maatstaven voor aansprakelijkheid wegens selectieve betalingen.

3 De (on)aantrekkelijkheid van het ‘ernstig verwijt’

In de afgelopen jaren is er gaandeweg meer kritiek geuit op het concept van het ‘ernstig verwijt’.[7] De kritiek richt zich voornamelijk op de toepassing van dat concept binnen de regeling van artikel 6:162 BW, maar ook zijn waarde voor artikel 2:9 BW – in zekere zin de bakermat van het ‘ernstig verwijt’ – is ter discussie gesteld.[8] Niettemin blijkt zijn aantrekkingskracht groot. Vanuit de gedachte dat uniformering van de toetsingsmaatstaven in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht gewenst is, en mogelijk omdat het ‘ernstig verwijt’ een gewenste en als zodanig gepercipieerde drempel voor aansprakelijkheid opwerpt, laat het ‘ernstig verwijt’ zich op steeds meer terreinen gelden.[9] De nieuwe loot aan de stam is, als gezegd, de aansprakelijkheidsgrond van artikel 36 IW 1990. Volgens de wettekst is aansprakelijkheid gegeven indien de betalingsonmacht ter zake van de belastingschulden het gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van 31 maart 2017 herhaalde de Hoge Raad zijn vaste rechtspraak over

de uitleg van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’: hiervan is sprake indien ‘geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – gehandeld zou hebben als de aansprakelijk gestelde bestuurder heeft gedaan (...)’. Dit is volgens het rechtscollege onder meer het geval

‘indien de aansprakelijk gestelde bestuurder van een lichaam heeft bewerkstelligd dat belastingschulden van dat lichaam onbetaald zijn gebleven terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingschulden onbetaald zouden blijven en hem te dezer zake persoonlijk een ernstig verwijt treft (...)’.

Hier doet het ‘persoonlijk ernstig verwijt’ aldus zijn intrede bij de norm van artikel 36 IW 1990. Is dit gelukkig? Ik denk van niet, en wel om dezelfde redenen als waarom het ‘ernstig verwijt’ bij de onrechtmatige daad ongelukkig is. In mijn proefschrift geef ik hiervoor een aantal redenen. Die hierna te noemen redenen zijn wat mij betreft in meer of mindere mate ook argumenten om het ‘ernstig verwijt’ (ook) niet in de norm van artikel 2:248 BW te incorporeren.

In de eerste plaats gaat het ‘ernstig verwijt’ als overkoepelend concept mijns inziens gepaard met dogmatische onzuiverheden in de duiding van de norm en de toerekenbaarheid als elementen van artikel 6:162 BW.[10] Norm en verwijtbaarheid dreigen op één hoop te worden gegooid, en dat lijkt mij uit dogmatisch oogpunt onzuiver. Als het ‘ernstig verwijt’ als een verzwaarde verwijtbaarheidsmaatstaf moet worden beschouwd, ontbreekt hiervoor bij de onrechtmatige daad de rechtvaardiging in de verhouding van de bestuurder tot de schuldeisers van de vennootschap. Waarom zou de schuldeiser de kosten moeten dragen van de gewenste bereidheid van bestuurders om ondernemingsrisico’s te nemen in het vennootschappelijk en maatschappelijk belang? Met betrekking tot artikel 36 IW 1990 en artikel 2:248 BW kan worden gewezen op de parlementaire geschiedenis van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid en de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement, waarin de betekenis van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ is besproken. Uit die bespreking komt naar voren dat grove schuld of grove nalatigheid geen noodzakelijke voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn.[11] De termen die in de parlementaire geschiedenis zijn gebruikt voor de kwalificatie van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’, zoals ‘onverantwoordelijk’, ‘verregaand onnadenkend’ en ‘onbezonnen’ bestuur, duiden bovendien niet zonder meer op een ‘ernstig verwijt’ in de zin van een verhoogde verwijtbaarheidsmaatstaf.[12]

Over het ‘ernstig verwijt’ als overkoepelend concept of als verwijtbaarheidsmaatstaf verdient nog opmerking dat de rechtspraak van de Hoge Raad over de onrechtmatige daad lange tijd onduidelijk was over de vraag of het ‘ernstig verwijt’ als totaalconcept (dus de norm en de verwijtbaarheid omvattende) of als een verzwaarde verwijtbaarheidsmaatstaf gold. In een

uitspraak uit 2018 lijkt de Hoge Raad het ‘ernstig verwijt’ als totaalconcept te omarmen.[13] In de hiervoor genoemde uitspraak over artikel 36 IW 1990 echter, lijkt het ‘ernstig verwijt’ wél te zien op de verwijtbaarheid. De norm luidt dat de bestuurder heeft ‘bewerkstelligd dat belastingschulden van het lichaam onbetaald zijn gebleven terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingschulden onbetaald zouden blijven’, en hiérvan moet voor aansprakelijkheid de bestuurder een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ kunnen worden gemaakt. Deze constructie duidt op een betekenis van het ‘ernstig verwijt’ als verwijtbaarheidsmaatstaf. Wat hier verder ook van zij, voor beide systemen gelden de hiervoor geformuleerde bezwaren.

De tweede reden waarom het ‘ernstig verwijt’ in mijn ogen niet is toe te juichen, is dat het een inherente onbepaaldheid heeft en daardoor de discussie over de normstelling vertroebelt en in voorkomende gevallen het zicht onttrekt aan de toepasselijke norm.[14] Binnen de onrechtmatige daad is volgens de rechtspraak van de Hoge Raad het ‘ernstig verwijt’ als aansprakelijkheidsmaatstaf van toepassing indien de bestuurder in hoedanigheid, dat wil zeggen binnen zijn bestuurlijke taakvervulling, heeft gehandeld.[15] De hoedanigheidsproblematiek bevat ingewikkelde vragen – zoals: is voldoende dat de gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden, of is daarnaast vereist dat de bestuurder meende ten behoeve van de rechtspersoon te handelen; en welke betekenis komt daarin toe aan de perceptie van de derde over de hoedanigheid waarin de bestuurder handelde of meende te handelen? En deze vragen leiden alleen maar af van waar het om zou moeten gaan, namelijk bestond er een (wettelijke dan wel zorgvuldigheids)norm die de bestuurder in de desbetreffende situatie verwijtbaar heeft geschonden? Wellicht speelt dit bezwaar minder bij de maatstaf van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ van artikel 36 IW 1990 en artikel 2:248 BW omdat een onderscheid tussen handelen in hoedanigheid en buiten hoedanigheid binnen deze norm niet wordt gemaakt. De norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ vooronderstelt immers dat de kwestieuze gedragingen binnen de bestuurlijke taakstelling vallen, althans binnen dat kader worden verricht. Niettemin blijft het bezwaar overeind dat de maatstaf van het ‘ernstig verwijt’ onbepaald is en – indien het ‘ernstig verwijt’ als een totaalconcept wordt gehanteerd – de potentie heeft het zicht te onttrekken aan de uitwerking van de norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in kwestie. Ook binnen de norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ is het in mijn ogen zinvoller de vraag te stellen uit welke normen het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ bestaat dan of zijn gedrag als een ‘ernstig verwijt’ is te kwalificeren.

De derde en laatste reden om het ‘ernstig verwijt’ ook niet bij artikel 36 IW 1990 en artikel 2:248 BW toe te passen, is dat die maatstaf een zekere schijn van soepelheid in de beoordeling heeft, terwijl die schijn niet (altijd) wordt ondersteund door in ieder geval de rechtspraak over

de onrechtmatige daad.[16] Het is de vraag of de gevallen die in die rechtspraak onder de noemer van het ‘ernstig verwijt’ tot aansprakelijkheid hebben geleid, ook ernstig verwijtbaar handelen betreffen. Ligt in het ‘redelijkerwijs behoren te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal nakomen en geen verhaal zal bieden’ – de Beklamel-aansprakelijkheid – werkelijk ernstig verwijtbaar gedrag besloten? En ook van de norm voor selectieve betalingen, die de Hoge Raad in de hiervoor aangehaalde uitspraak over artikel 36 IW 1990 formuleert, is het maar de vraag of het ernstig verwijtbaar handelen betreft. Indien de betaling van een gelieerde partij reeds aansprakelijkheid oplevert indien de bestuurder ernstig rekening had moeten houden met het onbetaald blijven van de belastingschuld, vraag ik mij af of dit gedrag wel een ‘ernstig verwijt’ oplevert. Dat de wetenschap dat een bepaald gevolg (dat wil zeggen het onbetaald blijven van de belastingschuld) intreedt ernstig verwijtbaar is, kan ik begrijpen, maar een ‘ernstig rekening moeten houden’ met een bepaald onwenselijk gevolg vind ik maar moeizaam ‘ernstig verwijtbaar’. Dat gedrag lijkt mij te kwalificeren als ‘gewoon’ verwijtbaar, terwijl uit de overwegingen van de Hoge Raad niet duidelijk wordt waarin de ‘ernst’ van het ‘verwijt’ hier ligt besloten.

Bij al deze bezwaren wil ik vooropstellen dat het uiteindelijke antwoord op de aansprakelijkheidsvraag in veel gevallen vermoedelijk niet zal verschillen al naar gelang het ‘ernstig verwijt’ wel of niet wordt toegepast. Met het ‘ernstig verwijt’ wordt een drempel voor de aansprakelijkheid opgeworpen vanuit de gedachte dat de reguliere regels (van de onrechtmatige daad en het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’) te snel tot aansprakelijkheid zouden voeren, terwijl die reguliere regels in zichzelf reeds die drempels bevatten. Bij de onrechtmatige daad liggen in de eis van de norm en de verwijtbaarheid reeds voldoende waarborgen besloten om de bestuurder niet te snel aansprakelijk te houden.[17] En bij de aansprakelijkheidsgronden van artikel 36 IW 1990 en artikel 2:248 BW zijn deze waarborgen te vinden in de norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’.

4 De norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ en selectieve betalingen

4.1 Onbehoorlijk bestuur

Hiervoor werd opgemerkt dat de Hoge Raad in de fiscale uitspraken van 31 maart 2017 en 12 april 2019 een nadere invulling geeft aan de norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in artikel 36 IW 1990 en het leerstuk van selectieve betalingen. Die nadere invulling houdt in dat onder meer van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 IW 1990 kan worden gesproken indien de bestuurder ‘heeft bewerkstelligd dat belastingschulden van het lichaam onbetaald zijn gebleven terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingschulden onbetaald zouden blijven’. Hiermee wordt het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ ingevuld met een van de onrechtmatigheidsgevaltypes uit het arrest

Ontvanger/Roelofsen.[18] Buiten het Beklamel-gevaltype werd daarin onderscheiden de situatie

‘dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade’.[19]

Mijn bezwaar tegen een dergelijke invulling van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ is – en dat bezwaar geldt ook in zijn algemeenheid voor het tweede gevaltype uit Ontvanger/Roelofsen – dat deze een te breed bereik heeft, waarmee zij weinigzeggend wordt en bovendien de focus op het niet-betalen (of anderszins het niet-nakomen van verplichtingen van de vennootschap) legt, terwijl de ongeoorlooftheid van de desbetreffende gedragingen doorgaans elders ligt. Bewerkstelligen dat een schuld niet wordt betaald met de wetenschap dat de schuld onverhaalbaar zal zijn, is al het geval indien de bestuurder een schuldeiser niet betaalt terwijl hij weet dat de desbetreffende vordering onverhaalbaar zal zijn. Dat zou ook het geval zijn indien het niet-betalen wordt veroorzaakt door betalingsonmacht waar de bestuurder geen aandeel in heeft gehad – te denken valt aan de economische neergang van de onderneming door externe oorzaken. In deze maatstaf lijkt bovendien de veronderstelling aanwezig dat op de bestuurder de plicht zou rusten schuldeisers van de vennootschap te betalen, hetgeen niet het geval is. In een arrest uit 1986 overwoog de Hoge Raad mijns inziens terecht dat het enkele niet erop toezien dat de schuldeisers worden voldaan, de bestuurder persoonlijk niet kan worden aangerekend.[20] In overeenstemming hiermee zal het enkel niet doen van aangifte of het enkel niet of niet volledig afdragen van belasting nog geen ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ opleveren.[21] Dat spreekt in zekere zin ook vanzelf, aangezien de bestuurder niet persoonlijk instaat voor de voldoening van de verplichtingen van de vennootschap. Een andere conclusie zou niet stroken met het onderscheid tussen de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon en de bestuurder persoonlijk.

Alleen voor de situatie waarin de bestuurder met het oogmerk om de Ontvanger te benadelen belastingsschulden niet betaalt – hoewel daartoe voldoende middelen aanwezig zijn – en dat net zo lang volhoudt totdat de kas leeg is, zou de genoemde maatstaf geschikt zijn om aansprakelijkheid vast te stellen. Voor de situatie van insolventie of dreigende insolventie acht ik die maatstaf minder geschikt. In die situatie is niet zozeer het niet-betalen van de Ontvanger (of een andere schuldeiser) de ongeoorloofde gedraging, maar bijvoorbeeld juist het betalen van andere schuldeisers of het aangaan van nieuwe onbetaalbare schulden, waarmee het tekort wordt vergroot. De niet-betaling van de benadeelde schuldeiser(s) is dan veeleer een gevolg daarvan en niet het ongeoorloofde gedrag zelf. Ook bij selectieve betalingen ligt de kwalijkheid – buiten malicieuze en dikwijls buiten insolventie liggende gevallen van betalingsonwil – niet in de niet-betaling, maar juist in de betaling van de anderen.

4.2 Geoorloofde en ongeoorloofde selectieve betalingen

Als gezegd geeft de Hoge Raad in de hiervoor aangehaalde overwegingen enige richting aan het leerstuk van selectieve betaling. Dat de betaling van gelieerde partijen met argusogen moet worden bezien in het geval de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te staken en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, volgde al uit het reeds genoemde arrest Coralt/Stalt (waarnaar de Hoge Raad aan het slot van rechtsoverweging 3.5.2 ook verwijst). Nieuw lijkt de toevoeging dat die regel ook geldt indien met een betaling aan niet-gelieerde schuldeisers een persoonlijk belang van de bestuurder is gemoeid. In de lagere rechtspraak zijn echter reeds enkele malen bestuurders aansprakelijk bevonden wegens betalingen aan schuldeisers waarin zij een persoonlijk belang hadden.[22] Volgens de Hoge Raad geldt voor de omschreven situaties – dat de vennootschap haar activiteiten staakt en tot bevoordeling van gelieerde dan wel niet-gelieerde maar de bestuurder persoonlijk aansprekende partijen overgaat – dat bij gebreke van bijzondere omstandigheden de aansprakelijkheid vaststaat indien de bestuurder ernstig rekening ermee had moeten houden dat door zijn handelwijze de belastingschulden onbetaald zouden blijven.

Het is de vraag of volgens de Hoge Raad deze norm ook geldt in de situatie van insolventie, zonder dat de schuldenaar een staking van de activiteiten heeft geïnitieerd. Rechtsoverweging 3.5.2, waarin de genoemde norm wordt geformuleerd, is specifiek toegespitst op de situatie waarin de schuldenaar uit eigen beweging de bedrijfsactiviteiten heeft beëindigd en er onvoldoende middelen aanwezig zijn om alle schuldeisers te voldoen. De ratio van deze afbakening lijkt te zijn dat als bij de schuldenaar de intentie ontbreekt om de onderneming voort te zetten, en daarmee de mogelijkheden om het bestaande gebrek aan financiële middelen om de schuldeisers te voldoen verkeken zijn, de schuldenaar geen betalingen aan bepaalde schuldeisers in strijd met de wettelijke rangorde mag doen.[23] Gelet op deze ratio zou de toepassing van de geformuleerde norm in verhouding tot de Ontvanger ook in de situatie van insolventie gerechtvaardigd zijn indien het faillissement onvermijdelijk is. Ook in die situatie staat dan immers vast dat er onvoldoende middelen zijn om alle schuldeisers te voldoen, terwijl de onvermijdelijkheid van het faillissement tot uitdrukking brengt dat daarin geen verandering zal optreden. In elk geval de gelieerde schuldeisers en de schuldeisers waarin de bestuurder een persoonlijk belang heeft, zouden dan niet meer betaald mogen worden indien de bestuurder er ernstig rekening mee moet houden dat de Ontvanger daardoor onbetaald zal blijven.

4.3 Conclusie A-G in de zaak Ingwersen/Kromme Leek

Recentelijk is door A-G Van Peurseem conclusie genomen in de zaak Ingwersen/Kromme Leek, waarin het draait om de vraag wanneer selectieve betalingen onrechtmatig zijn in de zin van

artikel 6:162 BW.[24] In de conclusie bepleit de A-G een benadering die sterk leunt op het hiervoor besproken fiscale arrest. Die benadering scharniert om de fase waarin de schuldenaar verkeert ten tijde van de betaling en de hoedanigheid van de te betalen partij. De A-G maakt in navolging van Bartman een onderscheid tussen een ‘reddingsfase’ en een ‘feitelijke liquidatiefase’ waarin de schuldenaar kan verkeren.[25] In de ‘reddingsfase’ is er in deze benadering sprake van betaalautonomie en staat het de bestuurder vrij selectieve betalingen te doen, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat hij toch aansprakelijk is. Die bijzondere omstandigheden lijken in de benadering van Bartman, die door de A-G wordt gevolgd, te bestaan in situaties van wat de auteur noemt ‘betalingsonwil’. In de ‘feitelijke liquidatiefase’ geldt voor bepaalde schuldeisers de omgekeerde logica: de bestuurder mag geen betalingen doen aan gelieerde en andere schuldeisers waarin hij een persoonlijk belang heeft, tenzij bijzondere omstandigheden de betaling rechtvaardigen. De A-G werkt niet uit waarin die rechtvaardiging kan bestaan, maar de auteur die hij instemmend aanhaalt, spreekt met name over betalingen ter instandhouding van de onderneming met het oog op een doorstart (dat wil zeggen met name de zogenoemde dwangcrediteuren).[26]

4.4 Kanttekeningen bij de benadering van de A-G

In de opvatting van de A-G lijken betalingen in de ‘feitelijke liquidatiefase’ aan externe schuldeisers waarin de bestuurder geen persoonlijk belang heeft, niet onrechtmatig te zijn.[27] Daarmee zou de bestuurder de ruimte krijgen om ook bij de onvermijdelijkheid van het faillissement willekeurige betalingen te doen aan externe schuldeisers. Hiermee kunnen de verhaalsbelangen van de schuldeisers vergaand worden ondermijnd. Betalingen aan niet-gelieerde en anderszins de bestuurder niet persoonlijk aansprekende schuldeisers maken echter evenzeer een inbreuk op de belangen van de schuldeisers die bescherming vinden in de wettelijke rangorderegels.

Voorts is het onderscheid tussen de ‘reddingsfase’ waarin de onderneming kan verkeren en de ‘feitelijke liquidatiefase’ in de benadering van de A-G wezenlijk omdat het de beoordelingsmaatstaf bepaalt. Het is dus van belang die verschillende fases af te bakenen. In de opvatting van Bartman kenmerkt de ‘reddingsfase’ zich erdoor dat de bestuurder in redelijkheid nog kon menen dat de onderneming overlevingskansen had en uit de gevarenzone kon worden getrokken.[28] Deze fase loopt over in de ‘feitelijke liquidatiefase’ vanaf het moment dat de onderneming ‘niet meer levensvatbaar is’ en in de woorden van Bartman de ‘bestuurstaak in overwegende mate gekleurd [wordt] door de *paritas creditorum* -gedachte’.[29]

Een betekenisvol onderscheid tussen een ‘reddingsfase’ en een ‘feitelijke liquidatiefase’ is mijns inziens echter niet te maken. Ook in de ‘feitelijke liquidatiefase’ – indien de

onderneming in haar geheel dus niet meer levensvatbaar is – kan er sprake zijn van redding van bepaalde onderdelen van de onderneming (doorgaans zal dat vanuit het faillissement zijn). De al dan niet door middel van een pre-pack voorgedraaide doorstart vormt daarvan een goed voorbeeld. En zelfs in wat de ‘reddingsfase’ wordt genoemd, kan er sprake zijn van een situatie die in de literatuur als een vorm van ‘verhaalsuitoefening’ is aangeduid. Het wetsvoorstel over de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA), dat recentelijk bij de Tweede Kamer is ingediend, bevat de introductie van een figuur die dwangdeelname van schuldeisers aan een akkoord mogelijk maakt.[30] Het wetsvoorstel WHOA strekt ertoe een effectieve en efficiënte herstructurering van noodlijdende maar rendabele ondernemingen te faciliteren. Het doel van de regeling is dus de ‘redding’ van de onderneming, maar de wijze waarop dat gebeurt, rechtvaardigt volgens sommige auteurs de conclusie dat het WHOA-akkoord een vorm van ‘verhaalsuitoefening’ door de betrokken schuldeisers betreft.[31] Het voert op deze plaats te ver op deze kwalificatie van de WHOA in te gaan, maar het kan mijns inziens niet worden ontkend dat ook met de WHOA de verhaalsbelangen van de schuldeisers op scherp staan. Het aanvragen van een akkoord in de zin van de WHOA is immers op grond van artikel 370 lid 1 van het wetsvoorstel alleen mogelijk indien het redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Er dient derhalve ten minste sprake te zijn van een redelijkerwijs voorzienbare kasstroominsolventie waardoor de verhaalsbelangen van de schuldeisers zich openbaren. En wanneer die verhaalsbelangen in het geding zijn, doet een onderscheid tussen ‘redding’ en ‘feitelijke liquidatie’ gekunsteld aan. De bestuurder die voorafgaand aan een WHOA-procedure en met kennis van een aanstaande insolventie een schuldeiser betaalt, zou wat mij betreft niet onder het lichtere aansprakelijkheidsregime van de A-G mogen vallen, omdat met de WHOA de overlevingskansen van de onderneming zullen worden beproefd en er sprake zou zijn van een ‘reddingsfase’. Het hanteren van ‘omslagpunten’ acht ik vanwege de beschreven dynamiek bij noodlijdende ondernemingen derhalve minder goed werkbaar. Op het moment dat is komen vast te staan dat de onderneming niet meer levensvatbaar is, dragen de schuldeisers het volledige risico van de voortzetting van de onderneming. Het is echter niet dan pas dat het risico van de voortzetting naar de schuldeisers verspringt.[32] Dat risico ontstaat reeds wanneer de financiële problemen zich manifesteren, en verschuift in steeds grotere mate naar de schuldeisers naarmate de problemen verergeren. Indachtig die werkelijkheid is een meer flexibele benadering mijns inziens een beter instrument om de belangen van de schuldeisers enerzijds en de maatschappelijke belangen van instandhouding van levensvatbare ondernemingen anderzijds in evenwicht te houden.

In mijn proefschrift verdedig ik een opvatting waarin de vraag of de bestuurder met de selectieve betaling een onaanvaardbaar risico heeft genomen met het oog op de belangen van de (overige) schuldeisers bepalend is voor de aansprakelijkheid.[33] In mijn opvatting kan het

voorkomen dat de voldoening van een bepaalde schuld reeds onrechtmatig is bij een voldoende ernstig risico op het faillissement (bijvoorbeeld bij een aanstaande kasstroominsolventie), terwijl de voldoening van een andere schuld, niettegenstaande de onvermijdelijkheid van het faillissement, niet onrechtmatig hoeft te zijn. Als voorbeeld kan dienen het betalen van een niet-opeisbare aandeelhouderslening. In mijn benadering zal deze reeds bij een reëel risico op het faillissement onrechtmatig kunnen zijn. Hiertegenover staat de betaling van een noodzakelijke schuldeiser als de leverancier, die zelfs bij onvermijdelijkheid van het faillissement niet onrechtmatig hoeft te zijn indien een gedeeltelijke doorstart vanuit het faillissement wordt voorbereid. Bij de invulling van de onaanvaardbaarheid van het risico kan acht worden geslagen op de aard van de betaling, de aard van het gevolg en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Bij de aard van de betaling valt te denken aan de noodzakelijkheid en de gebruikelijkheid van de selectieve betaling en het type schuldeiser dat wordt betaald. Dat de bestuurder ten tijde van de betaling reddingspogingen ondernam, zal bovendien een omstandigheid zijn die bij de beoordeling van de onaanvaardbaarheid van het genomen risico een rol zal spelen. De financiële toestand van de schuldenaar vormt hierbij een glijdende schaal, waarbij evenredig aan het toenemen van het verhaalsrisico voor de schuldeisers strenger zal worden getoetst op de genoemde factoren.

5 Selectieve betalingen en het causaal verband van artikel 36 IW en artikel 2:248 BW

Met betrekking tot selectieve betalingen in relatie tot de aansprakelijkheidsgronden van artikel 36 IW 1990 en artikel 2:248 BW dient zich nog wel een interessante vraag aan. Beide aansprakelijkheidsgronden bevatten de eis van een causaal verband tussen onderscheidenlijk het kennelijk onbehoorlijk bestuur en de betalingsonmacht in relatie tot de ontvanger en het kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement – het kennelijk onbehoorlijk bestuur moet een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Aangezien selectieve betalingen slechts in verband met een insolventie of dreigende insolventie ongeoorloofd (kunnen) zijn, rijst de vraag of zij tegelijkertijd de oorzaak van de betalingsonmacht en het faillissement kunnen zijn. Met andere woorden, als een selectieve betaling pas tijdens (dreigende) insolventie ongeoorloofd is – omdat dan de verhaalsbelangen van de schuldeisers in het geding komen –, kan zij dan ook het eindpunt van de insolventie, namelijk het faillissement veroorzaken? Wellicht valt voor artikel 36 IW 1990 deze tegenstelling te redden door het daarin opgenomen causaal verband zo in te vullen dat hoewel de selectieve betaling niet de betalingsonmacht heeft veroorzaakt – deze was er al, omdat de selectieve betaling anders niet ongeoorloofd kan zijn –, zij de verhaalsmogelijkheden van de Ontvanger wel verder heeft beperkt. Door de andere schuldeiser te betalen bleef er, met andere woorden, nog minder over voor de Ontvanger. Het is immers de betalingsonmacht jegens de Ontvanger die artikel 36 IW 1990 adresseert.

Voor het causaal verband van artikel 2:248 BW lijkt de cirkel bij selectieve betalingen minder eenvoudig rond te krijgen. Het causaal verband ziet daarin op het kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement. De selectieve betaling als kennelijk onbehoorlijk bestuur kan dan mijns inziens op zichzelf niet in causaal verband staan tot het faillissement, aangezien de selectieve betaling pas bij (dreigende) feitelijke insolventie ongeoorloofd is. Bij het verrichten van de ongeoorloofde selectieve betaling moet er dus al sprake zijn van een (dreiging van een) toestand van insolventie. Het faillissement is dan eerder een gevolg van de voortzetting van die toestand van insolventie dan van de selectieve betaling. Dat ook in het geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur tijdens een toestand van feitelijke insolventie ten gevolge van externe oorzaken voldaan kan zijn aan het causaal verband van artikel 2:248 BW maakt dit mijns inziens niet anders. Het causaal verband kan zijn vervuld indien de bestuurder zich bijvoorbeeld onvoldoende heeft ingespannen om de feitelijke insolventie (als gevolg van externe oorzaken) te bestrijden.^[34] In die situatie is het kennelijk onbehoorlijk bestuur echter het nalaten van de bestuurder om maatregelen te treffen die redelijkerwijs van hem gevegd kunnen worden ter bestrijding van de financiële misère. Indien de bestuurder zich echter voldoende inzet voor het herstel van de bedrijfsvoering – door bijvoorbeeld nieuwe vormen van financiering aan te trekken – en daarnaast een ongeoorloofde selectieve betaling doet, dan is mijns inziens niet voldaan aan het causaal verband van artikel 2:248 BW indien het faillissement alsnog intreedt.

6 Tot slot

Recente fiscale rechtspraak van de Hoge Raad over artikel 36 IW 1990 bevat componenten die ook in civielrechtelijk opzicht belangwekkend zijn. De toepassing van het ‘ernstig verwijt’ bij artikel 36 IW 1990 zal voor de critici van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf geen gelukkige ontwikkeling zijn. De Hoge Raad geeft in zijn fiscale rechtspraak bovendien aanknopingspunten voor een verdere ontwikkeling van het leerstuk van selectieve betalingen. Die rechtspraak heeft betrekking op artikel 36 IW 1990, maar de overwegingen lijken door hun algemene karakter een breder bereik te hebben. In een recente conclusie voor een civiele zaak leunt de A-G sterk op de besproken fiscale rechtspraak. Het is de vraag of de door de A-G voorgestane invulling van het leerstuk voldoende tegemoetkomt aan de belangen van de schuldeisers enerzijds en de maatschappelijke belangen van behoud van ondernemingen en werkgelegenheid anderzijds. Een principiële uitspraak van de Hoge Raad lijkt op dit terrein wenselijk.

Noten

[1] HR 21 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530 en HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576.

[2] HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727 m.nt. P. van Schilfgaarde (Coral/Stalt).

[3] Zie hierover A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (R&P nr. InsR11), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 362-370.

[4] HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576.

[5] HR 21 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530.

[6] HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654 (Zandvliet/ING).

[7] Zie m.n. F.J.M. Verstijlen, Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid, NJB 2013/551; A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn, WPNR 2015/7052; F.J.M. Verstijlen, Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht. De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 323-349; W.A. Westenbroek, Metaalmoetheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los, Ondernemingsrecht 2015/69; W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taak, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017; Karapetian 2019, p. 7-59.

[8] Zie W.A. Westenbroek, Art. 2:9 BW en de 'ernstig verwijt'-maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid, RMThemis 2016, afl. 4, p. 175-192.

[9] Zie over de (vermeende wenselijkheid van) convergentie van de verschillende normen voor bestuurdersaansprakelijkheid met name Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/208; J.B. Huizink, Rechtspersoon, vennootschap en onderneming, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 177; conclusie A-G Timmerman voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, onder 3.3.

[10] Karapetian 2019, p. 39-45.

[11] Zie voor art. 2:248 BW Bijlage Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 20-21 en 24.

[12] Bijlage Kamerstukken II 1983/84, 16530, 12, p. 17.

[13] HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, NJ 2018/330 m.nt. P. van Schilfgaarde. Zie hierover Karapetian 2019, p. 37-38.

- [14] Zie Karapetian 2019, p. 26-29 met uitgebreide bespreking van deze problematiek.
- [15] HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Hezemans/Tulip Air Lease).
- [16] Karapetian 2019, p. 45-47.
- [17] Karapetian 2019, p. 48-56.
- [18] HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).
- [19] Vgl. HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014/325 m.nt. P. van Schilfgaarde (Kok/Maas), waarin het tweede gevaltype uit Ontvanger/Roelofsen werd toegepast in het kader van een selectieve betaling op grond van onrechtmatige daad. Over deze toepassing volgt hierna meer.
- [20] HR 13 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3112, NJ 1986/825. Deze bezwaren gelden ook voor de in het arrest Kok/Maas geformuleerde maatstaf voor selectieve betalingen.
- [21] HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096, NJ 1996/695 (Van Zoolingen). Zie ook J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen) [s.n.], p. 218-219 (hierna: Wezeman 1998).
- [22] Zie bijv. Rb. Amsterdam 19 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9575; en voor betalingen van de bestuurder aan zichzelf: Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW1995.
- [23] Die ratio is goed te begrijpen tegen de achtergrond van art. 2:23a lid 4 BW. Op grond van die bepaling dient bij een ontbindingsbesluit de vereffenaar het faillissement aan te vragen indien de schulden de baten van de ontbonden rechtspersoon vermoedelijk zullen overtreffen.
- [24] Conclusie A-G G.R.B. van Peurseem inzake Ingwersen q.q./Kromme Leek, 5 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:798.
- [25] Dat onderscheid is geïntroduceerd in S.M. Bartman, Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling. Een klusje voor de business judgement rule?, AA 2011, p. 126-130.
- [26] Ph.W. Schreurs, Selectie van betalingen. Afrekenen in de twilight zone, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 373-374.

[27] Zie nr. 2.17 in de conclusie en de samenvatting van de A-G van zijn opvatting aan het begin van de conclusie.

[28] Bartman betreft de toestand van de onderneming aldus op de (geobjectiveerde) kennis van de bestuurder. De 'reddingsfase' dient dus ook in de (redelijke) ogen van de bestuurder 'de reddingsfase' te zijn. Het is mij niet duidelijk of de A-G hem hierin volgt.

[29] Bartman 2011, p. 130.

[30] Kamerstukken II 2018/19, 35249, 2.

[31] Zie met name W.A. Tollenaar, Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 85-87.

[32] Zie Karapetian 2019, p. 374-375.

[33] Karapetian 2019, p. 382-391.

[34] Wezeman 1998, p. 216; vgl. ook Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, JOR 2008/10 m.nt. S.M. Bartman.