

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 4, 2023

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:2022:282](#) 18-02-2022

Werkmaatschappij/Staatssecretaris van Financiën

Hof

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:54](#) 13-01-2023

Enquêteverzoek SBK Art Limited Liability Company/Fortenova Group

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:3691](#) 29-12-2022

Fortenova Group Stak Stichting c.s./SBK Art Limited Liability Company

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:3706](#) 15-12-2022

Enquête Cicerone Holding B.V. - aanvullende onmiddellijke voorzieningen

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:3179](#) 07-11-2022

Enquête B.V. Landgoed Den Alerdinck II

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:5564](#) 28-12-2022

Drenth q.q./Bestuurders

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2022:12128](#) 07-12-2022

Curator/Prezidente Capital Fund VII B.V. c.s.

Annotatie

[Het rechterlijke ontslag van de bestuurders van Stichting Hulptroepen Alliantie nader bezien](#)

D.O. Ohmann

Annotatie

[Hoe limitatief zijn de matigingsgronden van art. 2:248 lid 4 BW nu écht?](#)

B.T. Berends

Annotatie

[Aansprakelijkheid wegens lichtvaardig enquêteverzoek](#)

W.A. Vader

ANNOTATIE

Het rechterlijke ontslag van de bestuurders van Stichting Hulptroepen Alliantie nader bezien

D.O. Ohmann

In deze annotatie gaat de auteur in op de beschikking van de rechtbank tot ontslag van de bestuurders van Stichting Hulptroepen Alliantie. Aan de orde komen onder meer (1) de ontvankelijkheid, (2) de inhoudelijke toetsing, (3) het bestuursverbod en (4) de voorziening in het bestuur door de rechtbank.

1 Inleiding

Op 21 juli 2022 heeft de rechtbank Amsterdam een beschikking gewezen in de ontslagzaak tegen de bestuurders van Stichting Hulptroepen Alliantie (hierna: de stichting of SHA).[1] De rechtbank heeft daarin het verzoek tot het ontslag van de bestuurders van de stichting toegewezen. Eerder waren de bestuurders al hangende het onderzoek door de rechtbank geschorst, met gelijktijdige benoeming van een tijdelijke bestuurder.[2] Verder heeft de rechtbank aan de bestuurders een bestuursverbod voor de termijn van vijf jaar opgelegd.

In deze bijdrage zal ik nader ingaan op de uitspraak van de rechtbank en hierbij enkele opmerkingen plaatsen.

2 Feiten

De feiten van deze zaak zijn uitgebreid in de media aan de orde geweest. Om die reden poog ik hier te volstaan met een korte samenvatting van de juridisch relevante feiten.

Nadat corona in Nederland wordt vastgesteld, volgt er op korte termijn een snelle verspreiding van het virus. In Nederland leidt dit onder meer tot een groot tekort aan (onder meer) mondkapjes. Een van de drie betrokkenen bij de nog op te richten stichting (hierna: betrokkene) werpt zich in die periode publiekelijk op als een partij die voor een grote hoeveelheid mondkapjes uit China zou kunnen zorgen. Naar aanleiding daarvan wordt betrokkene uitgenodigd voor verschillende overleggen van het Landelijk Consortium Hulpmiddelen, een publiek-private samenwerking waarbij onder meer het ministerie van

Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: het ministerie) is betrokken. Een paar dagen later wordt de stichting opgericht. Twee partners van betrokkene worden benoemd als eerste bestuurders van de stichting. In de statuten van de stichting is onder meer bepaald dat de stichting geen winstoogmerk heeft. Verder is bepaald dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie richten (art. 7.1).

Op diezelfde dag (25 maart 2020) wordt door de stichting een nieuwe entiteit met de naam Hulptroepen Alliantie B.V. (hierna: de vennootschap) opgericht. Enig aandeelhouder en enig bestuurder van de vennootschap is de stichting. De vennootschap heeft onder meer ten doel het importeren, exporteren, verkopen, distribueren, het handelen in, de marketing van medische hulpmiddelen en daaraan verwante producten. Op 9 april 2020 nemen betrokkene en zijn partners het initiatief tot oprichting van een andere BV, te weten Relief Goods Alliance B.V. (hierna: RGA). Op 10 april 2020 wordt betrokkene benaderd door het ministerie om een voorstel te doen voor de levering van mondkapjes vanuit China naar Nederland. Hij doet dit voorstel op 12 april 2020. In de begeleidende e-mail vermeldt betrokkene dat het voorstel 'zonder winstoogmerk' is. In een aanvullende presentatie wordt nogmaals vermeld dat er geen sprake is van een winstoogmerk. Tevens staat daarin vermeld 'copyright Stichting Hulptroepen Alliantie 2020'. Aan het slot van de presentatie worden de KvK-gegevens van de stichting en de vennootschap genoemd. Op 13 april 2020 wordt een aangepast voorstel gedaan. Als sleutelvoorwaarden staan daarin vermeld:

'Inkoop voor LCH [Landelijk Consortium Hulpmiddelen; DO] vindt plaats via nieuw op te richten entiteit: Relief Goods Alliance B.V. welke separaat gefinancierd zal worden.'

'Bestaande Stichting Hulptroepen Alliantie en Hulptroepen Alliantie B.V. blijven zich op non profit basis richten op levering van PBM's [persoonlijke beschermingsmiddelen; DO] aan zorgverleners die geen spullen kunnen verkrijgen via het reguliere kanaal.'

Op 14 april 2020 wordt RGA daadwerkelijk opgericht door de houdstermaatschappijen van betrokkene en zijn partners. De doelstelling van RGA is identiek aan die van de vennootschap. Als eerste bestuurder wordt betrokkene benoemd; enige aandeelhouders zijn (voor gelijke delen) de houdstermaatschappijen van betrokkene en zijn partners. Op 16 april vertelt betrokkene op de website van de stichting dat het een initiatief zonder winstoogmerk is. Uiteindelijk wordt op 22 april 2020 door RGA een overeenkomst gesloten tot levering van 40 miljoen mondkapjes. Met deze deal maakt RGA een aanzienlijke winst, die (deels) in de vorm van dividend aan de aandeelhouders van RGA wordt uitgekeerd.

Enige tijd later, in mei 2021, publiceert *de Volkskrant* een artikel waarin voor het eerst wordt

geschreven over de geheime coronadeals van betrokkene. Aansluitend volgen er nog verschillende andere publicaties, waarin kritisch over voormelde gang van zaken wordt geschreven. Dit is voor de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aanleiding om aanvullend onderzoek door Deloitte te laten verrichten. Tevens zijn deze publicaties voor het openbaar ministerie (OM) reden om op verschillende momenten nadere inlichtingen bij de stichting te vragen (welke ook worden verstrekt). Aansluitend sommeren (de advocaten van) een aantal vrijwilligers die zich belangeloos voor SHA hebben ingezet de bestuurders van de stichting om op te stappen. De bestuurders weigeren hieraan gehoor te geven. Deze vrijwilligers verzoeken vervolgens tezamen met het OM aan de rechtbank om de bestuurders met inachtneming van het bepaalde in artikel 2:298 BW (oud en nieuw) alsnog te ontslaan. Het kernverwijt dat aan de bestuurders wordt gemaakt, betreft de oprichting van RGA, waarvan de aandelen indirect door betrokkene en zijn partners worden gehouden, en de vervolgens door RGA geëxploiteerde onderneming. Daarmee is volgens het OM en de vrijwilligers een commerciële evenknie en concurrent van de vennootschap opgericht, waardoor de stichting ernstig is benadeeld. Het OM concludeert op basis daarvan dat de bestuurders van de stichting in strijd met de wet en de statuten van de stichting hebben gehandeld.

3 Oordeel rechtbank

Allereerst gaat de rechtbank in op de ontvankelijkheid van de vrijwilligers (r.o. 3.3 tot en met 3.10). Zij worden door de rechtbank als belanghebbenden aangemerkt, omdat de stichting slechts tot ontwikkeling heeft kunnen komen met behulp van de inzet van tal van vrijwilligers. Daarmee hebben zij volgens de rechtbank een voldoende belang om in deze procedure te verschijnen. Niet van belang is dat zij relatief kort bij de stichting zijn betrokken en dat het OM een soortgelijk verzoek heeft ingediend. Wel is van belang dat de vrijwilligers ten tijde van hun betrokkenheid bij de stichting geen gelegenheid hebben gehad om (intern) eventuele kritiek op de handelwijze van betrokkenen te uiten. Tevens oordeelt de rechtbank dat het relevant is dat een aantal vrijwilligers door het bestuur van de stichting is aangesproken op de geheimhouding die is overeengekomen in de vrijwilligersovereenkomst.

Vervolgens oordeelt de rechtbank in r.o. 3.11 tot en met 3.18 dat betrokkenen, die op dat moment allen intensief bij de net opgerichte stichting waren betrokken, onvoldoende voor ogen hebben gehad dat zij met de oprichting van RGA als (indirect) aandeelhouders een belang verkregen dat conflicteerde met het belang van de vennootschap en daarmee met het belang van de stichting. De stichting was immers niet gebaat bij de oprichting van een rechtstreekse concurrent. Dat RGA een rechtstreekse concurrent was, blijkt volgens de rechtbank al uit het feit dat de doelstelling van RGA, zoals die in de statuten is verwoord, identiek is aan die van de vennootschap. Voor zover beide vennootschappen vervolgens in de

praktijk een andere doelstelling hadden, geldt dat dit een gevolg is geweest van door betrokkenen zelf gemaakte – arbitraire – keuzes. Juist die afweging ten aanzien van het binnen de stichting en de vennootschap te voeren beleid heeft het toenmalige bestuur van de stichting in verband met het bestaan van een tegenstrijdig belang niet zelf kunnen maken, aldus de rechtbank. Daarbij is van belang dat door de wijze waarop de stichting was ingericht (slechts een tweekoppig bestuur, bestaande uit de overige twee betrokkenen, en geen raad van toezicht) van enige externe controle op de gemaakte beleidskeuzes – die verder ook niet schriftelijk zijn vastgelegd – geen sprake was.

Dit alles leidt tot de conclusie dat de toenmalige bestuurders van de stichting in strijd met artikel 7.1 van de statuten van SHA [de verplichting om zich bij hun taakvervulling naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie te richten, DO] hebben gehandeld. Door het creëren en laten voortbestaan van een belang dat tegenstrijdig was aan het belang van de stichting hebben zij zich bij de vervulling van hun taak niet gericht naar het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming (r.o. 3.19).[3]

De rechtbank oordeelt aansluitend (r.o. 3.20) dat deze bestuurders ook op grond van het (sinds 1 juli 2021 geldende) nieuwe recht dienen te worden ontslagen. Pas nadat in de media aandacht was besteed aan de betrokkenheid van RGA bij de mondkapjesdeal en aan de dubbelrol die de drie betrokkenen als bestuurders/initiatiefnemers van de stichting en tegelijkertijd (indirect) aandeelhouders van RGA daarbij hadden gespeeld, hebben zij daarover meer duidelijkheid verschaft. Dat zij vanwege geheimhoudingsverplichtingen hiertoe niet (eerder) in staat waren, is niet gebleken.

Artikel 2:298 lid 3 BW bepaalt dat een door de rechtbank ontslagen bestuurder gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder of commissaris van een stichting kan worden, tenzij de bestuurder geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Niet gesteld of gebleken is dat een disculpatiegrond als bedoeld in dit artikel zich hier voordoet. Om die reden legt de rechtbank het bestuursverbod voor de volledige duur van vijf jaar op (r.o. 3.23).

Ten slotte benoemt de rechtbank een nieuwe bestuurder bij de stichting, die tevens een tweetal extra bestuurders kan benoemen om aan het statutaire minimumaantal te komen. Zij hebben onder meer tot taak om te onderzoeken of de stichting een vorderingsrecht heeft op haar voormalige bestuurders (r.o. 3.24 tot en met 3.26).

4 Commentaar

Ik ga nader in op een aantal punten bij deze uitspraak, te weten de ontvankelijkheid en het belanghebbendecriterium (par. 4.1), de inhoudelijke toetsing van artikel 2:298 BW (par. 4.2), het bestuursverbod (par. 4.3) en de voorziening in het bestuur door de rechtbank (par. 4.4).

4.1 Ontvankelijkheid en criterium belanghebbende

In ontslagprocedures ex artikel 2:298 BW komt niet zelden de vraag aan de orde of een verzoeker kan worden aangemerkt als belanghebbende en dus bevoegd is om een dergelijk verzoek in te dienen. Op grond van de tweekringenleer wordt dan onder meer gekeken naar de vraag in hoeverre iemand door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of in hoeverre deze anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.[4] In de uitspraak van de Hoge Raad inzake Stichting ANV Fondsen[5] werd al uitgemaakt dat het feit dat iemand geen orgaanbemanners van de stichting is geweest in dat kader niet doorslaggevend is. Daarnaast oordeelde de Hoge Raad in dit arrest dat het feit dat artikel 2:298 BW buitengewoon zwaar ingrijpt in de governance niet meeweegt bij de ontvankelijkheidsvraag, maar uitsluitend bij de inhoudelijke beoordeling van het verzoek. De lat voor ontvankelijkheid ligt derhalve niet al te hoog. Deze lijn wordt met onderhavige uitspraak doorgetrokken door vrijwilligers/oud-medewerkers als belanghebbende aan te merken. In dit kader bepaalt de rechtbank onder meer dat:

1. de betrokkenheid van een belanghebbende relatief van korte duur kan zijn geweest (mede gezien het feit dat de gebeurtenissen zich binnen een korte tijdsspanne hebben afgespeeld);
2. relevant is dat de vrijwilligers geen gelegenheid hebben gehad om (intern) eventuele kritiek op de handelwijze van betrokkenen te uiten (ook omdat zij niet wisten wat er precies speelde). Daarbij merkt de rechtbank nog op dat voor de ontvankelijkheid van een verzoek ex artikel 2:298 BW in algemene zin niet is vereist dat de verzoekers eerst hun bezwaren tegen het beleid van de rechtspersoon schriftelijk kenbaar maken en het bestuur een redelijke termijn hebben gegeven om deze bezwaren te onderzoeken en maatregelen te treffen (zoals dit wel is vereist bij een enquêteverzoek op grond van art. 2:349 BW). In zijn conclusie bij de beschikking inzake Stichting ANV Fondsen verdedigde A-G Timmerman dat het eerst uiten van kritiek een factor is die kan meewegen bij de beantwoording van de vraag of een verzoeker als belanghebbende in de zin van artikel 2:298 BW kan worden aangemerkt;[6]
3. relevant is dat vrijwilligers door het bestuur van de stichting op hun overeengekomen geheimhoudingsplicht zijn gewezen. Niet duidelijk is of de rechtbank daarmee oordeelt dat bij een ontslagverzoek een eventuele overeengekomen geheimhouding niet meer van kracht dan wel van ondergeschikt belang is.

Ook als de vrijwilligers niet als belanghebbende zouden worden beschouwd, zou de

ontvankelijkheid in deze procedure geen issue zijn geweest. Immers, het verzoek werd ook door het OM gedaan, dat op grond van artikel 2:298 lid 1 BW daartoe een zelfstandige bevoegdheid heeft. Het OM had op grond van artikel 2:297 lid 1 BW verschillende keren inlichtingen aan het bestuur verzocht. Deze bevoegdheid heeft het OM bij ernstige twijfel of de wet of de statuten te goeder trouw worden nageleefd, dan wel het bestuur naar behoren wordt gevoerd. Worden deze inlichtingen niet of niet-behoorlijk verstrekt, dan kan de voorzieningenrechter desverzocht bevelen dat aan het OM – kort gezegd – de administratie en overige stukken van de stichting voor raadpleging beschikbaar worden gesteld. Wordt ook dit bevel niet nageleefd, dan vormt dit een zelfstandige ontslaggrond in de zin van artikel 2:298 lid 1 BW. In dit geval werden er wel inlichtingen verschaft, zodat de verzoekers moesten terugvallen op de overige gronden van artikel 2:298 BW.

4.2 Inhoudelijke toetsing artikel 2:298 BW

Uit de ontslagbeschikking blijkt dat door verzoekers zowel een beroep wordt gedaan op de oude als op de nieuwe in artikel 2:298 BW genoemde ontslaggronden. Op zich lijkt mij dat juist. De gewraakte handelingen zijn voornamelijk verricht vóór inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (Wbtr) op 1 juli 2021. Op grond van artikel XV lid 1 van het overgangsrecht, dat artikel 29 lid 1 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek van toepassing verklaart, vallen handelingen van bestuurders die zijn verricht vóór 1 juli 2021 onder de oude regeling van artikel 2:298 BW. Op handelingen van na die datum is de (uitgebreidere) regeling van artikel 2:298 BW van toepassing. Uit de beschikking van de rechtbank blijkt niet (expliciet) dat ook een beroep is gedaan op deze verruimde ontslaggronden (zoals bijvoorbeeld verwaarlozing van de bestuurstaak of andere gewichtige redenen). Voor wat betreft het OM wordt zelfs uitdrukkelijk in de beschikking vermeld dat het verzoek slechts is gebaseerd op zijn conclusie dat in strijd met de wet en de statuten is gehandeld (welke gronden na de inwerkingtreding van de Wbtr als specifieke ontslaggrond zijn vervallen).

De rechtbank komt tot de conclusie dat de bestuurders in strijd hebben gehandeld met artikel 7.1 van de statuten, waarin onder meer is bepaald dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie (vgl. art. 2:291 lid 3 BW, welk artikel nieuw is geïntroduceerd bij de inwerkingtreding van de Wbtr). Uit oudere jurisprudentie blijkt dat er in dat geval sprake moet zijn van kennelijk in strijd handelen met de statuten. Verder geldt dat redelijkerwijs geen verschil van mening over de rechtmatigheid mogelijk moet zijn.[7] De nadere onderbouwing van de rechtbank op dit punt overtuigt mij niet geheel. Allereerst wordt er verwezen naar de tegenstrijdige belangen die bestonden tussen de verschillende entiteiten. Voor stichtingen gold echter tot 1 juli 2021 geen (wettelijke) tegenstrijdig-belangregeling. De regeling die

sindsdien geldt, maakt het op zich niet onmogelijk dat bestuurders die allen geconflicteerd zijn, alsnog de geconflicteerde rechtshandeling verrichten. Sterker nog, als basisregeling geeft de wet dat (bij het ontbreken van een raad van commissarissen) de bestuurders dan alsnog bevoegd zijn (onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, welk vereiste ook weer statutair weggeschreven kan worden). De conclusie dat indien er sprake is van (langdurige en onbetwiste) tegenstrijdige belangen er tevens sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling door bestuurders, lijkt mij dus te kort door de bocht. Hetzelfde oordeel geldt wat mij betreft voor (verkeerd gebruik door bestuurders van) corporate opportunities. Er kan een goede reden zijn om een opdracht door een bepaalde entiteit te laten verrichten, bijvoorbeeld om redenen van risicospreiding. In dat kader merk ik nog op dat de rechtbank geen aandacht besteedt aan het feit dat – in ieder geval bij de Staat – (tijdig) bekend was dat RGA de overeenkomst zou gaan tekenen. Dat stond immers in de sleutelvoorwaarden van het voorstel van 13 april 2020. Hier had het mijns inziens voor de hand gelegen dat de rechtbank (expliciet) aansluiting had gezocht bij de verruimde ontslaggronden van artikel 2:298 BW. Zeker nu ook een nalaten te handelen in een ontstane ongewenste situatie onder de reikwijdte van artikel 2:298 BW valt. Wel is de uitspraak in lijn met de uitspraak inzake Stichting Loterijverlies, waarbij de bestuurder werd ontslagen omdat hij in strijd met de (geest van de) statutaire doelstelling handelde.[8]

4.3 Bestuursverbod

Voor ontslagen bestuurders geldt in beginsel dat zij gedurende vijf jaar na hun ontslag geen bestuurder van een stichting kunnen worden (art. 2:298 lid 3 BW). Met de inwerkingtreding van de Wbtr is daar nog aan toegevoegd dat zij gedurende deze periode ook geen commissaris van een stichting mogen worden. Verder biedt de wet thans aan individuele bestuurders de mogelijkheid om zich te disculperen. Dergelijke gronden acht de rechtbank echter niet aanwezig, waardoor alle bestuurders voor vijf jaar een bestuursverbod krijgen opgelegd.

De vraag is overigens waarom de rechtbank hier nu juist de nieuwe regeling van artikel 2:298 lid 3 BW toepast. Immers, voor de toepasselijke ontslaggronden gaat de rechtbank nog uit van de gronden zoals die golden vóór 1 juli 2021. Toepassing van artikel 2:298 lid 3 BW (oud) – zonder disculpatiemogelijkheid – had dus meer voor de hand gelegen. De bestuursposities die de betrokkenen hebben bij de vennootschap en RGA worden door dit bestuursverbod overigens niet aangetast. Verder geldt het bestuursverbod niet voor de bestuurder van de stichting die op een eerder moment als zodanig is afgetreden. Hoewel deze bestuurder volledig was betrokken bij de verweten handelingen, ontspringt deze dus door zijn aftreden de dans. Dit rechtvaardigt de vraag of artikel 2:298 BW niet ook zou moeten (kunnen) zien op voormalige bestuurders van een stichting. In het verlengde van het voorgaande had het

bestuursverbod ook eenvoudig kunnen worden ontgaan door bijvoorbeeld de tussenholding van de betrokkenen als bestuurder van de stichting te laten fungeren. Immers, op grond van de letter van artikel 2:298 BW ziet het bestuursverbod slechts op de ontslagen rechtspersoon/bestuurder zelf en niet op de bestuurder van deze rechtspersoon. Dit is uiteraard ongewenst en het verdient overweging om artikel 2:298 BW op deze punten aan te scherpen.[9]

Voor een derde zal het lastig zijn na te gaan of van een bestuursverbod als hiervoor vermeld sprake is. Het register dat ter zake door de Kamer van Koophandel moet worden gehouden, is nog steeds niet actief.[10] Verder dienen derden erop bedacht te zijn dat de beschikking weliswaar uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, maar eerst bij het handelsregister wordt geregistreerd zodra de uitspraak onherroepelijk is geworden. In de tussenliggende periode is de registratie bij het handelsregister dus niet actueel.

Het zou het overwegen waard zijn om dergelijke uitspraken direct inschrijfbaar te maken, onder verwijzing naar de desbetreffende uitspraak (al dan niet met de vermelding dat de uitspraak nog niet onherroepelijk is). Daartoe zou (onder meer) artikel 2:302 BW moeten worden aangepast.

4.4 Voorziening in het bestuur door de rechtbank op grond van artikel 2:299 BW

Ten slotte maak ik nog een opmerking over de voorziening in het bestuur door de rechtbank op grond van artikel 2:299 BW. Op grond van dit artikel kan de rechtbank uitsluitend in het door de statuten voorgeschreven bestuur voorzien als ‘daarin niet overeenkomstig de statuten wordt voorzien’. Een interessante vraag in dat kader is hoe deze bepaling moet worden gelezen in het licht van de verplichte statutaire belet- en ontstentenisregeling op grond van de Wbtr. Stel dat de statuten van de stichting hadden bepaald dat bij ontstentenis van alle bestuurders de oprichters bevoegd zijn om in het bestuur te voorzien, had dan de rechtbank zich moeten onthouden van de benoeming van een bestuurder op grond van deze bepaling? Dat zou uiteraard niet wenselijk zijn. Het is niet ondenkbaar dat een rechter zich in de toekomst over deze kwestie zal moeten buigen, nu een statutaire belet- en ontstentenisregeling voor nieuwe stichtingen verplicht is en voor bestaande stichtingen een dergelijke regeling in de statuten moet worden opgenomen indien zij hun statuten aanpassen. In ieder geval lijkt artikel 2:299 BW niet in een rechterlijke bevoegdheid te voorzien om de statutaire belet- en ontstentenisregeling buiten toepassing te verklaren. Een aanvulling van artikel 2:299 BW in voormelde zin zou daarom te overwegen zijn. Daarvoor kan bijvoorbeeld aansluiting worden gezocht bij het bepaalde in artikel 2:356 onder d BW, waarbij als mogelijke voorziening wordt genoemd de tijdelijke afwijking van de door de Ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten.

Noten

[1] Rb. Amsterdam 22 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4160.

[2] Rb. Amsterdam 28 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2315.

[3] De rechtbank haalt hier organisatie en onderneming door elkaar. Kritisch over dit onderscheid onder meer W.J.M. van Veen, Het belang van de rechtspersoon en zijn raison d'être, WPNR 2017, afl. 7162, p. 647.

[4] Zie onder meer HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290 (Stichting IHD).

[5] HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1900 (Stichting ANV Fondsen). Zie na verwijzing ook Hof Amsterdam 9 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1499 (Stichting ANV Fondsen).

[6] Concl. A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2018:696) voor HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1900 (Stichting ANV Fondsen). Zie hierover ook Asser/Rensen 2-III 2022/414.

[7] Zie HR 3 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD4123 (Heij, Vorming Werkende Jeugdigen) en HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9324 (Fuldauerstichting I).

[8] Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:210 (Stichting Loterijverlies). Zie hierover nader J. Nijland & D.O. Ohmann, Schorsing bestuurder Stichting Loterijverlies.nl, MvO 2016, afl. 8-9, p. 205-212.

[9] Ter volledigheid merk ik nog op dat op grond van art. 4.2 van de statuten van de stichting slechts natuurlijke personen bestuurder kunnen zijn. De statuten hadden dus eerst hierop moeten worden aangepast.

[10] Zie hierover recentelijk ook G.J.C. Rensen, Sponsorloop voor de one tier?, WPNR 2022, afl. 7379, p. 542.

ANNOTATIE

Hoe limitatief zijn de matigingsgronden van art. 2:248 lid 4 BW nu écht?

B.T. Berends

Een bespreking van het arrest Import/Boersen q.q. en hoe feitenrechters (toch) tot matiging komen.

1 Matiging

Wanneer een rechter van oordeel is dat een bestuurder van een failliete BV vanwege kennelijk onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk is voor het faillissementstekort kan diezelfde rechter het bedrag waarvoor de bestuurder aansprakelijk is matigen, aldus art. 2:248 lid 4 BW. Lid 4 noemt vier gronden voor matiging die de rechter naar eigen inzicht kan gebruiken. De eerste drie gronden betreffen *collectieve* matigingsgronden, op basis waarvan de rechter het bedrag waarvoor het bestuur als collectief aansprakelijk is, kan verminderen. De vierde grond is een *individuele* matigingsgrond. Met toepassing van deze grondslag kan de rechter het bedrag waarvoor een individuele bestuurder aansprakelijk is verminderen.

Maar wat als er sprake is van een omstandigheid die niet onder een van de vier in het artikel genoemde grondslagen valt? Biedt lid 4 van art. 2:248 BW de rechter de ruimte om ook andere gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn in ogenschouw te nemen? Of geeft lid 4 een limitatieve opsomming van de mogelijke gronden? Over die vraag sprak de Hoge Raad zich uit in zijn arrest van 13 mei 2022 (Import/Boersen q.q.).^[1]

In dit artikel bespreek ik eerst kort de achtergrond van het arrest (par. 2). Hierna ga ik dieper in op de matigingsbevoegdheid van art. 2:248 lid 4 BW (par. 3), de conclusie van A-G Assink en het arrest van de Hoge Raad (par. 4). Vervolgens komen de mogelijke implicaties van het arrest aan bod en bespreek ik een aantal recente matigingsoordelen uit de lagere rechtspraak (par. 5 en 6).

2 Import/Boersen q.q.

De feitelijke achtergrond van dit arrest is gelegen in het faillissement van Import Cooperation Europe B.V. (hierna: Import). Import hield zich bezig met het inkopen van bepaalde technische producten, om deze vervolgens door te verkopen aan steeds dezelfde afnemer: TTGro Gelderland B.V. (hierna: TTGro). Import werd bestuurd door haar enig aandeelhouder Beheer B.V. Deze Beheer B.V. is eveneens (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder van TTGro. De aandelen in Beheer B.V. worden gehouden door haar enig bestuurder (hierna: de Bestuurder).

Op verzoek van een ex-werknemer wordt Import op 1 november 2016 in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van mr. Boersen als curator. Op de dag dat het faillissement wordt uitgesproken, neemt de curator contact op met de (indirect) bestuurder van Import en verzoekt hem om allerlei informatie aan te leveren, waaronder eventuele pandakten, de voor de onderneming essentiële overeenkomsten en de debiteuren- en crediteurenlijsten. Een week na de faillietverklaring heeft de Bestuurder twee geregistreerde pandlijsten overhandigd aan de curator, waaruit zou volgen dat Beheer B.V. een pandrecht had op alle huidige en toekomstige activa van Import.[2]

Om de rechtsgeldigheid van de voor de verpanding vereiste titel te kunnen beoordelen vraagt de curator de Bestuurder om ook de onderliggende pandakte aan te leveren. Omdat de Bestuurder deze pandakte niet aanlevert, betwist de curator het pandrecht en verkoopt een maand later, met goedkeuring van de rechter-commissaris, de voorraad en inventaris aan een derde. Nadat de Bestuurder is opgeroepen door de rechter-commissaris komt de pandakte toch boven tafel. Beheer B.V. stelt vervolgens de curator zowel q.q. als pro se aansprakelijk voor de betaling van haar vorderingen op Import.

Het valt te bezien of deze ‘vlucht naar voren’ van Beheer B.V. nu wel zo verstandig was. In reconventie stelt de curator een vordering in tot hoofdelijke veroordeling van Beheer B.V. en de Bestuurder (samen: de Bestuurders) tot vergoeding van het faillissementstekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:248 BW. Zowel de rechtbank als het hof wijst de vorderingen van Beheer B.V. af, maar stelt vervolgens wel vast dat de jaarrekeningen van Import in de twee jaar voorafgaand aan het faillissement te laat zijn gedeponneerd. Nu ook wordt vastgesteld dat de termijnoverschrijding geen onbelangrijk verzuim betreft, resulteert het voorgaande in een schending van de publicatieplicht, waardoor onweerlegbaar vaststaat dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door de Bestuurders.[3] Zowel bij de rechtbank als bij het hof blijken de Bestuurders niet in staat om een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. In lijn met art. 2:248 BW wijst daarom zowel de rechtbank als het hof de vorderingen van de curator toe.[4]

Het interessante van het Hoge Raad-arrest zit hem echter in het matigingsoordeel. De

Bestuurders voerden in de procedure aan dat het bedrag waarvoor zij eventueel aansprakelijk zouden zijn, gematigd moest worden gelet op:

1. andere oorzaken van het faillissement. Zo zou er onder meer sprake zijn geweest van algemene nadelige ontwikkelingen in de groothandelbranche waar Import last van had, een structureel te lage omzet en een slechte liquiditeitspositie;
2. het handelen van de curator. Zij zou de belangen van de boedel niet optimaal in acht hebben genomen door de opbrengsten voor de boedel niet te maximaliseren, waardoor het boedeltekort groter is geworden;
3. de omstandigheid dat de groepsmaatschappijen van Import de grootste gedupeerden van het faillissement van Import zouden zijn, omdat zij hun *intercompany* vorderingen hebben moeten afschrijven; en
4. de omstandigheid dat voldaan zou zijn aan de boekhoud- en administratieplicht.

Ook het beroep op matiging van de Bestuurders is in twee instanties verworpen.[5] Het cassatiemiddel van de Bestuurders richt zich specifiek tegen het oordeel van het hof over matiging.

3 Een gekanaliseerde uiting van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid

Voordat ik de conclusie van de A-G en het oordeel van de Hoge Raad over matiging bespreek, zet ik eerst de achtergrond van het huidige art. 2:248 BW op hoofdlijnen uiteen.[6] Al tientallen jaren hebben curatoren de mogelijkheid om namens de faillissementsboedel schadevergoeding te vorderen van bestuurders die door verwaarlozing van hun taak het faillissement in de hand hebben gewerkt. Toch werd er vóór 1987 veel minder van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Tussen 1929 en 1987 luidde de tekst van (de voorganger van) art. 2:248 BW, behoudens enkele stilistische verbeteringen, als volgt:[7]

‘Niettegenstaande een aan een bestuurder ter zake van zijn beheer verleende kwijting kan de curator in geval van faillissement der vennootschap, wanneer de toestand der vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid van die bestuurder, van deze ten behoeve van de boedel schadevergoeding vorderen, zonder dat echter uit dien hoofde aan de aandeelhouders enige bate kan toekomen.’

De bewijslast waar de curator in het kader van dit artikel aan moest voldoen, was zwaar. Ten

eerste moest de curator aantonen dat de toestand van de vennootschap te wijten was aan grove schuld of nalatigheid van de bestuurder die hij wilde aanspreken. Had de curator deze hobbel genomen, dan diende hij daarna inzichtelijk te maken wat de omvang was van de schade die door het handelen van de aangesproken bestuurder was veroorzaakt. Vanwege deze zware bewijslast werd het oude art. 2:248 BW door curatoren weinig (succesvol) van stal gehaald.[8]

Omdat het regelmatig voorkwam dat vennootschappen door onbehoorlijk bestuur in staat van faillissement raakten en schuldeisers met hoge vorderingen bleven zitten, meende de wetgever dat het gewenst was om de curator een sterkere uitgangspositie te geven. Het accent van de regeling moest meer worden gelegd op de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap als gevolg van het onbehoorlijk bestuur. Ook stuurde de wetgever aan op een verscherpte aansprakelijkheidsregeling. Daarvan moest een preventieve werking uitgaan op bestuurders.[9] De huidige tekst van art. 2:248 lid 1 BW luidt derhalve sinds de invoering van de zogenoemde 'Derde Misbruikwet' als volgt:[10]

'In geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.'

Op grond van het huidige art. 2:248 BW hoeft de curator, wanneer hij heeft bewezen dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, daarna slechts aannemelijk te maken dat deze tekortkoming van het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarvoor hoeft hij blijkens de parlementaire geschiedenis geen strikt bewijs te leveren.[11] Ook op het punt van de onbehoorlijke taakvervulling wordt het de curator niet al te moeilijk gemaakt. In lid 2 van art. 2:248 BW wordt de curator geholpen door het bewijsvermoeden dat daarin is opgenomen: onbehoorlijke taakvervulling ligt onweerlegbaar vast als het bestuur de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) of de publicatieplicht (art. 2:394 BW) niet is nagekomen.

De door de wetgever doorgevoerde aanscherping van art. 2:248 BW, die uit meer onderdelen bestaat dan enkel die hiervoor besproken, heeft grote gevolgen gehad voor bestuurders. Verstijlen omschrijft dit in zijn recente noot bij het Mobile Services-arrest als volgt:

'In de drang naar fraudebestrijding in de jaren tachtig is art. 2:248 BW nogal streng uitgevallen. Met name het bewijsvermoeden in het tweede lid gaat ver. Het koppelt aan de schending van de administratie- en publicatieplicht het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en het weerlegbare vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Behoudens weerlegging van dat laatste vermoeden,

leidt dat tot een hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders voor het gehele boedeltekort. Een relatief geringe misslag kan zo een bestuurder tot de bedelstaf brengen.'[12]

Dat een relatief geringe misslag een bestuurder 'tot de bedelstaf' kan brengen, zoals Verstijlen schrijft, komt mede doordat met de invoering van voornoemde Derde Misbruikwet ook de veroordeling van het bestuur tot betaling van het faillissementstekort is ingevoerd. De curator hoeft nu enkel nog aan te tonen hoe groot het tekort is. Van hem wordt niet verlangd de omvang van de ontstane schade te bewijzen.[13] Hiermee heeft de wetgever het vereiste van een causaal verband tussen het onbehoorlijk bestuur en (enige) schade losgelaten.

Daarnaast heeft de wetgever geabstraheerd van de concrete schadeomvang. Nu een bestuurder kan worden veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort, loopt hij immers het risico dat hij wordt aangesproken voor een hoger bedrag dan de daadwerkelijke schade die door zijn onbehoorlijk bestuur kan zijn veroorzaakt. Om dit risico te ondervangen werd een wettelijke regeling overwogen waarin de bestuurder werd opgedragen te bewijzen dat de ontstane schade geringer was dan het bedrag van het tekort. Dit zou volgens de wetgever echter tot een gecompliceerde procedure hebben geleid, waarin de bestuurder een bewijslast zou worden opgelegd waaraan hij lastig zou kunnen voldoen. Daarom is gekozen voor een discretionaire matigingsbevoegdheid van de rechter, in te zetten wanneer het bedrag dat de bestuurder moet betalen hem bovenmatig voorkomt.[14] Deze bevoegdheid is neergelegd in het huidige lid 4 van art. 2:248 BW:

'De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op:

- i. de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur,*
- ii. de andere oorzaken van het faillissement, alsmede*
- iii. de wijze waarop dit is afgewikkeld.*

De rechter kan voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op:

- iv. de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.'*[15]

De eerste zin van lid 4 bevat een *collectieve* matigingsbevoegdheid en identificeert drie gronden waarop matiging kan worden gebaseerd. Ten eerste kan de rechter rekening houden

met de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling. In dit kader wordt door rechtbanken bijvoorbeeld relevant geacht of een bestuurder zichzelf al dan niet heeft bevoordeeld,[16] of strafrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.[17] Verder kan de rechter rekening houden met andere oorzaken van het faillissement. Dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, wil immers nog niet zeggen dat het gehele tekort daaraan valt toe te schrijven. Met deze matigingsgrond keert de causaliteit tussen het handelen van de bestuurder en het tekort in de gedaante van een matigingsgrond terug. Ook kan de rechter het bedrag matigen gelet op de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld door de curator, bijvoorbeeld door het ten onrechte erkennen van vorderingen of door het niet op de meest lucratieve wijze te gelde maken van de activa.[18]

De tweede zin van lid 4 bevat verder nog een *individuele* matigingsbevoegdheid, die inhoudt dat de rechter mag matigen gelet op de tijd gedurende welke de betreffende bestuurder in functie is geweest. Het zou volgens de wetgever niet juist zijn een nieuwe bestuurder aansprakelijk te houden voor het gehele bedrag van het tekort, indien die bestuurder in functie is getreden in een periode waarin het bestuur zijn taak al niet behoorlijk vervulde.[19]

Het overgrote deel van de auteurs meent dat de voornoemde gronden voor matiging limitatief in de wet zijn opgesomd.[20] In dit kader wordt vaak verwezen naar de memorie van toelichting, waar de verschillende matigingsgronden als limitatief zouden worden gepresenteerd.[21] Ook de opmerking van de wetgever dat aan de algemene civielrechtelijke matigingsregeling van art. 6:109 BW niet zou worden toegekomen, zou een aanwijzing zijn dat de matigingsgronden limitatief zijn bedoeld. Uit het stelsel van de wet zou volgen dat de curator na de inwerkingtreding van de Derde Misbruikwet niet langer hoeft aan te tonen wat de door het bestuur veroorzaakte schade is. De kennelijk onbehoorlijk besturende bestuurder is simpelweg aansprakelijk voor het faillissementstekort. Om niet af te doen aan de bescherming die dit systeem biedt aan de gezamenlijke schuldeisers, zijn er limitatieve matigingsgronden geformuleerd. Op grond hiervan heeft de rechter de ruimte om te beoordelen of het bedrag waarvoor de bestuurder uiteindelijk aansprakelijk is, nog wel als rechtvaardig heeft te gelden. Maeijer noemt de matigingsbevoegdheid daarom ook een 'reeds door de wet zelf nader geconcretiseerde, of zo men wil gekanaliseerde, uiting van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid'.[22]

Er zijn in de literatuur echter ook andere geluiden te horen. Het als limitatief hanteren van deze opsomming zou problematisch zijn wanneer een causaal verband tussen onbehoorlijk bestuur en de omvang van het tekort ontbreekt in een andere situatie dan in art. 2:248 lid 4 BW genoemd. Het is immers mogelijk dat een omstandigheid wél heeft bijgedragen aan het tekort, maar geen oorzaak vormt van het faillissement. Een voorbeeld is als goederen uit de boedel, na het faillissement, buiten toedoen van de curator tenietgaan. Deze omstandigheid

kan bijdragen aan het tekort, maar is geen oorzaak van het faillissement.[23] Een dergelijke omstandigheid zou aanleiding geven voor matiging, terwijl art. 2:248 lid 4 BW limitatief uitgelegd daarvoor echter geen grondslag biedt. Daarnaast zou het limitatief uitleggen van de gronden ertoe kunnen leiden dat de rechter ook in andere gevallen niet mag matigen, terwijl daarvoor misschien wel aanleiding bestaat omdat het onbehoorlijk bestuur niet het hele tekort heeft veroorzaakt. Bovendien zou een limitatieve opsomming zich volgens sommige auteurs niet goed verhouden met het feit dat het gaat om een discretionaire bevoegdheid van de rechter, gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid. Het past niet bij een dergelijke bevoegdheid dat die zou worden ingekaderd.[24]

Bij laatstgenoemd argument zij overigens opgemerkt dat de redelijkheid en billijkheid als opgenomen in art. 6:2 lid 2 BW in voornoemde situaties blijven gelden. Er kan dus sprake zijn van een situatie waarin onverkorte toepassing van art. 2:248 lid 4 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, gelet op de concrete omstandigheden van het geval. In de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden waar de redelijkheid en billijkheid aanleiding geven tot matiging,[25] maar ook waarin wordt geconcludeerd dat toewijzing van de vorderingen van de curator naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kennelijk onaanvaardbaar is.[26]

4 Conclusie A-G Assink en het arrest van de Hoge Raad

Terug naar het oordeel van de Hoge Raad inzake Import/Boersen q.q. Rechtbank en hof hebben het beroep op matiging van de Bestuurders verworpen. Het hof overwoog hiertoe:

‘3.27 [eisers] doet in (...) grief 4 een beroep op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 lid 4 BW. Evenals de rechtbank ziet het hof echter geen aanleiding om over te gaan tot matiging. Er is sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en er is geen sprake van een onbelangrijk verzuim. Het is niet aannemelijk geworden dat er andere belangrijke oorzaken van het faillissement zijn geweest en er zijn evenmin aanwijzingen dat de boedel onjuist is afgewikkeld door de curator. Grief 4 slaagt daarom niet.’

De Bestuurders klagen in cassatie dat het hof heeft miskend dat de opsomming van de collectieve matigingsgronden in art. 2:248 lid 4 BW niet limitatief is. Volgens de Bestuurders verhoudt een limitatieve opsomming zich niet goed met het feit dat de matigingsbevoegdheid van de rechter een discretionaire, op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde bevoegdheid is, waarbij de rechter beoordeelt of de veroordeling tot vergoeding van het gehele boedeltekort hem ‘bovenmatig voorkomt’. Een limitatieve uitleg zou volgens de Bestuurders niet stroken met de bedoeling van de wetgever om de bewijspositie van de curator te verlichten bij het vestigen van aansprakelijkheid en het causaal verband tussen gedraging en schade een rol te

laten spelen over de band van de matiging. Het hof had dus niet mogen volstaan met de constatering dat er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, en dat niet aannemelijk is geworden dat er andere oorzaken van het faillissement zijn geweest en dat de curator de boedel onjuist heeft afgewikkeld. Het hof had volgens de Bestuurders ook gemotiveerd in moeten gaan op de overige door de Bestuurders aangevoerde omstandigheden.[27]

In zijn conclusie gaat A-G Assink in op de tekst van het vierde lid van art. 2:248 BW, alsook op de parlementaire geschiedenis van deze bepaling. Hij merkt op dat de formulering van de bepaling scharniert rond de woorden 'gelet op'. Deze woorden, zonder een toevoeging als 'in het bijzonder' of 'bijvoorbeeld', wijzen volgens de A-G op een daaropvolgende limitatieve opsomming.[28]

Ook uit de parlementaire geschiedenis valt volgens de A-G op te maken dat de wetgever is uitgegaan van een limitatieve opsomming. De A-G citeert in zijn conclusie rijkelijk passages uit de memorie van toelichting en de memorie van antwoord, en concludeert dat de wetgever het vierde lid van art. 2:248 BW bewust zo heeft geformuleerd, om daarmee een uitgebalanceerd onderdeel van een praktisch werkbaar stelsel vorm te geven. Dit stelsel dient het doel van de Derde Misbruikwet (gericht op versterking van de positie van de curator) en zorgt tegelijkertijd voor bescherming van het bestuur tegen bovenmatige aansprakelijkheid. Bezien tegen deze achtergrond verbaast het volgens de A-G niet dat, volgens de heersende leer in de literatuur, de rechter gebonden is aan de gronden opgesomd in art. 2:248 lid 4 BW, en dat aan de algemene civielrechtelijke matigingsregeling van art. 6:109 BW niet wordt toegekomen.

Dit doet volgens de A-G niet af aan de functie van art. 2:248 lid 4 BW als waarborg tegen onredelijke consequenties. Volgens de A-G moet immers in het achterhoofd worden gehouden dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de in art. 2:248 lid 4 BW genoemde matigingsgronden gecombineerd toepasbaar zijn in een concreet geval, en dat de matigingsgronden niet restrictief ingevuld hoeven te worden. Tot slot wijst de A-G erop dat art. 2:248 BW ook andere onderdelen kent die ten gunste van de aangesproken bestuurders kunnen werken, waaronder de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel, de onbelangrijk-verzuimexceptie, het weerlegbare karakter van het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW en de disculpatieregeling. Al met al zijn ook de belangen van de bestuurder binnen dit stelsel voldoende gewaarborgd.

De A-G concludeert dan ook dat de rechter gebonden is aan de matigingsgronden opgenomen in art. 2:248 lid 4 BW. De wetgever heeft dit artikel bewust zo geformuleerd, als een onderdeel van een praktisch werkbaar stelsel waarmee zowel de positie van de curator als de bescherming van het bestuur tegen bovenmatige aansprakelijkheid is gediend. Deze gebondenheid laat echter onverlet dat de matigingsbevoegdheid van de rechter een

discretionaire, op de redelijkheid gebaseerde bevoegdheid is. Dat maakt dat de rechter de ruimte heeft om tot matiging te komen, ter vermijding van een voor de aangesproken bestuurder onrechtvaardig te achten resultaat. Kennelijk heeft zowel de rechtbank als het hof in de onderhavige zaak geen aanleiding gezien om van deze bevoegdheid gebruik te maken.

De Hoge Raad vaart dezelfde koers als A-G Assink en verwerpt het betoog van de Bestuurders dat de opsomming van de collectieve matigingsgronden niet limitatief is, en dat het hof om die reden ook gehouden was om gemotiveerd in te gaan op andere door de Bestuurders aangedragen omstandigheden. De Hoge Raad verwijst expliciet naar de tekst van de wet en de door de A-G geciteerde parlementaire geschiedenis, en oordeelt dat daaruit volgt dat de gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn, limitatief zijn opgesomd in lid 4 van art. 2:248 BW.[29]

De uitspraak van de Hoge Raad, onder verwijzing naar de opsomming van de relevante parlementaire geschiedenis door de A-G, lijkt mij juist. Wat mij betreft blijkt uit de parlementaire geschiedenis voldoende duidelijk dat de in art. 2:248 lid 4 BW geformuleerde gronden limitatief moeten worden opgevat. Duidelijk is echter ook dat de wetgever aangesproken bestuurders tot zekere hoogte heeft willen beschermen:

‘Ik kan het er mee eens zijn, dat het matigingsrecht de rechter een grote mate van beleidsvrijheid geeft en dat de onzekerheid over het praktisch functioneren van de voorgestelde wetsbepalingen daardoor wordt vergroot. Dit bezwaar kan evenwel niet opwegen tegen het voordeel, dat de aangesproken bestuurders zo nodig kunnen worden beschermd tegen bovenmatig grote claims en dat de toepassing van de wet niet tot onrechtvaardige resultaten leidt. De conclusie dat het matigingsrecht niet kan worden gemist, onderschrijf ik dan ook.’[30]

De functie van art. 2:248 lid 4 BW als waarborg tegen een voor de bestuurder onrechtvaardige beslissing loopt wat mij betreft als een rode draad door de relevante parlementaire geschiedenis. De wetgever heeft de gronden waarop gematigd kan worden, willen inperken, om zo de positie van de (voor de gezamenlijke schuldeisers optredende) faillissementscurator (in zekere mate) te versterken, maar als puntje bij paaltje komt, gaat de bescherming van een natuurlijk persoon tegen onrechtvaardige en bovenmatig grote claims voor. In gelijke zin begrijp ik ook de opmerkingen van de A-G dat de in lid 4 vervatte matigingsgronden ‘onderling gecombineerd toepasbaar kunnen zijn’, en dat het niet in de rede ligt het toepassingsbereik van de matigingsgronden in onevenredige mate te beperken via een in algemene zin geldende restrictieve invulling daarvan.[31]

De verschillende matigingsgronden lijken mij vrij ruim en kunnen derhalve op verschillende manieren worden ingevuld, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In mijn optiek

bieden de matigingsgronden van lid 4 de rechter tot op zekere hoogte een hekwerk waarbinnen hij dient te acteren, maar als hij tot de conclusie komt dat hij binnen het omheinde gebied een onrechtvaardige beslissing zal moeten geven, dan heeft hij in de praktijk alsnog de mogelijkheid de klim over het hek te maken door de matigingsgronden ‘niet-restrictief toe te passen’. Ik acht het waarschijnlijk dat, zolang een bestuurder aannemelijk weet te maken dat hem een onrechtmatig oordeel boven het hoofd hangt, de rechter altijd wel een matigingsgrond zal kunnen vinden die hem in dat geval passend voorkomt. Zoals hierna ook zal blijken, kunnen (feiten)rechters derhalve creatief met de matigingsgronden omgaan, om zo bovenmatige aansprakelijkheid te voorkomen.

5 Observaties bij uitspraken gedaan na Import/Boersen q.q.

De Hoge Raad heeft gesproken. Het is duidelijk dat de opsomming in lid 4 van art. 2:248 BW limitatief is. Hoe nu verder? Annotator Lennarts acht het arrest van de Hoge Raad bondig en duidelijk.[32] Daarnaast schrijft zij:

‘Met dit arrest heeft de Hoge Raad het terrein van de collectieve matigingsbevoegdheid afgebakend. Het is de taak van wijze lagere rechters om het (verder) te ontginnen.’[33]

Ik vraag mij af in welk tempo feitenrechters met deze ontginning aan de slag zullen gaan. Bil en Fliet schreven eerder dat rechters slechts in beperkte mate gebruik lijken te maken van hun matigingsbevoegdheid.[34] Uit hun analyse is naar voren gekomen dat tussen 1 januari 2008 en 28 februari 2019 105 uitspraken zijn gepubliceerd waarin (ambtshalve) matiging aan de orde is gekomen. Slechts in 18 gevallen werd er ook daadwerkelijk gematigd.

Ik maakte een korte ronde langs de velden om te bezien hoe het deze ‘wijze lagere rechters’ is vergaan in de periode tussen het arrest van de Hoge Raad en de datum van dit artikel. In de zeven door mij bestudeerde uitspraken, gewezen na de datum van het oordeel van de Hoge Raad inzake Import/Boersen q.q., wordt het bedrag waarvoor het bestuur aansprakelijk wordt gehouden tweemaal gematigd.[35] In twee uitspraken wordt expliciet verwezen naar het oordeel van de Hoge Raad in Import/Boersen q.q.

5.1 Rb. Overijssel 20 juli 2022

De eerste uitspraak waarin matiging werd toegepast, betreft die van de rechtbank Overijssel van 20 juli 2022.[36] De curator heeft in deze procedure gevorderd dat de bestuurders van een failliete zorgstichting worden veroordeeld tot betaling van het tekort in het faillissement. De rechtbank oordeelde dat twee van de drie door de curator aansprakelijk gestelde bestuurders hun taak als bestuurder van een zorgstichting onbehoorlijk hebben vervuld, en dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.[37] De overige bestuurders beroepen

zich op matiging.

De rechtbank overweegt in de sleutel van 'de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling' dat (1) de bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld bij een relatief kleine zorgonderneming, (2) niet is gebleken dat de bestuurders schuldeisers hebben willen benadelen of zichzelf hebben willen verrijken, en (3) niet is vastgesteld dat sprake is geweest van zogeheten zorgfraude. Daarnaast oordeelt de rechtbank dat het tekort in het faillissement nog niet vaststond op het moment dat de rechtbank over de matiging diende te oordelen. De rechtbank overweegt:

'Het tekort in het faillissement staat nog niet vast. De vorderingen van Zilveren Kruis en de gemeente maken ongeveer driekwart deel uit van het totaal aan voorlopig erkende vorderingen. Een veroordeling in het gehele faillissementstekort, met de omvang zoals dat door de curator wordt gepresenteerd, komt de rechtbank, gelet op hetgeen in deze procedure is komen vast te staan, bovenmatig voor. Nu de rapporten van Zilveren Kruis en de gemeente buiten beschouwing blijven acht de rechtbank termen aanwezig om het beroep op matiging te honoreren voor zover het tekort in het faillissement ziet op de vorderingen van Zilveren Kruis en de gemeente. Deze vorderingen zijn immers gebaseerd op conclusies waarvan de juistheid vooralsnog en in het kader van deze procedure niet is komen vast te staan.'[38]

Het voorgaande leidt ertoe dat de rechtbank de twee bestuurders veroordeelt tot betaling van het faillissementstekort, waarbij de rechtbank het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, matigt met een bedrag gelijk aan de vorderingen die Zilveren Kruis en de gemeente in het faillissement hebben ingediend.[39] Uit de uitspraak van de rechtbank volgt dat deze vorderingen zijn gebaseerd op (geanonimiseerde) rapporten van Zilveren Kruis en de gemeente waarop gedaagden geen invloed hebben kunnen uitoefenen en waarover in de procedure geen debat heeft kunnen plaatsvinden, nu Zilveren Kruis en de gemeente geen partij zijn. De rechtbank laat deze rapporten daarom buiten beschouwing.

De wijze waarop de rechtbank in deze uitspraak matigt, is opmerkelijk. Ik lees deze uitspraak zo dat de rechtbank matigt in verband met de opportunistische en niet-onderbouwde vorderingen van Zilveren Kruis en de gemeente, die desondanks voorlopig zijn erkend door de curator. Dit is opvallend, omdat de rechter hiermee in wezen een oordeel geeft over de onderbouwingen van vorderingen van derden op de boedel, als ware de rechter een rechter in een renvooiprocedure. De matigingsgrond die de rechter hiervoor in dit geval van stal haalt, is 'de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling'. Gezien het voorgaande had de rechter wellicht ook gebruik kunnen maken van de grond 'de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld'. Desalniettemin lijkt de matigingsbevoegdheid hier goed haar werk te doen; de rechter matigt het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn om een in zijn ogen

onrechtvaardige uitkomst voor de aangesproken bestuurders te voorkomen.

5.2 Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022

De tweede uitspraak waarin een beroep op matiging slaagde, is van de rechtbank Oost-Brabant van 26 oktober 2022.[40] In deze zaak werden (indirect) bestuurders van een failliete vennootschap aangesproken door de curator op grond van art. 2:248 BW. De rechtbank is van oordeel dat vaststaat dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, nu geen duidelijke boekhouding is bijgehouden en de jaarrekeningen niet tijdig zijn gepubliceerd. Een van de bestuurders doet een beroep op matiging van het bedrag waarvoor hij aansprakelijk is. Daartoe wijst hij op de omstandigheid dat de onderneming veel last zou hebben gehad van de coronacrisis en dat hij, na ernstig te zijn mishandeld, niet meer de kracht zou hebben gehad om de onderneming naar een nieuw plan te trekken. Ook wijst de bestuurder erop dat hij niet moedwillig op het faillissement heeft aangestuurd en zich niet heeft verrijkt ten koste van de gezamenlijke crediteuren.[41]

De rechtbank overweegt:

‘De rechtbank ziet in de omstandigheden van dit geval aanleiding om de aansprakelijkheid van [gedaagde sub 2] voor de gevolgen van het faillissement enigszins te matigen. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat de coronacrisis en het letsel dat [gedaagde sub 2] heeft opgelopen als gevolg van de zware mishandeling, zijn aan te merken als oorzaken die buiten de macht van [gedaagde sub 2] vielen en die mede (zij het niet in belangrijke mate) hebben bijgedragen aan het faillissement. Verder betreft de rechtbank in haar oordeel dat er geen reden is om aan te nemen dat [gedaagde sub 2] moedwillig heeft aangestuurd op een faillissement, of zichzelf ten koste van de crediteuren heeft verrijkt. Dit alles neemt echter niet weg dat hij als (indirect) bestuurder van [gefaillieerde] zijn taken jarenlang ernstig heeft veronachtzaamd, en (mede) daardoor een situatie heeft laten ontstaan en voortbestaan waarin [gefaillieerde] geen goed zicht had op haar eigen financiële situatie en zij haar verplichtingen tegenover een flink aantal schuldeisers niet meer kon nakomen. Al met al ziet de rechtbank in de omstandigheden van dit geval grond om het bedrag waarvoor [gedaagde sub 2] aansprakelijk is (het totale, nog vast te stellen, bedrag aan boedeltekort), te matigen met 25%. Dit betekent dat 75% van dat bedrag toewijsbaar is.’

In dit geval schrijft de rechtbank haar matigingsoordeel toe naar de tweede in art. 2:248 lid 4 BW opgenomen grond, ‘de andere oorzaken van het faillissement’. De rechtbank betreft echter ook in haar oordeel dat de bestuurder niet heeft aangestuurd op een faillissement en zichzelf niet lijkt te hebben verrijkt. Voorgaande argumenten lijken dogmatisch dan weer beter te kunnen worden geplaatst in de sleutel van ‘de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling’. Nu de limitatieve gronden van lid 4 in de woorden van A-G Assink ‘in een

concreet geval onderling gecombineerd toepasbaar kunnen zijn', lijkt de rechtbank hier haar matigingsbevoegdheid correct toe te passen. De vraag blijft wel waar het door de rechtbank genoemde percentage vandaan komt. Het lijkt er niet op dat gedaagden hebben gesteld dat een matiging van 25% hier op zijn plaats zou zijn. Kennelijk acht de rechtbank het redelijk om het bedrag van het tekort met een kwart te matigen, maar onduidelijk is waarom dit niet de helft of een tiende zou moeten zijn.

5.3 Rb. Overijssel 8 juni 2022

Een laatste opvallende uitspraak is (opnieuw) van de rechtbank Overijssel van 8 juni 2022.[42] In deze zaak werden de bestuurders van 't Twentse Kozijnen Huis B.V. (hierna: TKH) door de curator aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. Duidelijk is dat de boekhouding niet is bijgehouden en dat in ieder geval één van de bestuurders grote bedragen heeft onttrokken aan TKH. De rechtbank oordeelt daarom, op het eerste gezicht niet geheel verrassend, dat er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Een van de bestuurders van TKH heeft zich op het standpunt gesteld dat, indien hij zich niet kan disculperen, de feiten en omstandigheden van de zaak in ieder geval moeten leiden tot matiging. De bestuurder voert hiertoe onder meer aan dat hij zich enkel bezighield met de technische kant van het bedrijf, geen bestuurlijke voorervaring had en niet hooggeschoold was. De rechtbank ziet in deze zaak geen reden om het bedrag, waarvoor gedaagde aansprakelijk is, te matigen, maar doet wel een opvallende uitspraak. De rechtbank overweegt eerst, onder verwijzing naar het arrest Import/Boersen q.q., dat de in art. 2:248 lid 4 BW genoemde gronden limitatief zijn, maar gecombineerd kunnen worden toegepast, waarbij het niet in de rede ligt de matigingsgronden restrictief in te vullen. Vervolgens overweegt de rechtbank:

'Naar het oordeel van de rechtbank kunnen de (collectieve) matigingsgronden van de eerste volzin daarom ook individueel worden toegepast. Dit betekent dat naast de beperkte tijd waarop een bestuurder in functie was, ook kan worden gekeken naar de aard en ernst van de handelingen van een individuele bestuurder ten aanzien van de onbehoorlijke taakvervulling.'[43]

Deze overweging is opvallend. Waar over de vraag of de *collectieve* matigingsgronden limitatief zijn opgesomd enige discussie bestond in de literatuur, ontbreekt die discussie ten aanzien van de *individuele* matigingsgrond volledig. Iedereen lijkt het erover eens dat de bedoeling van de wetgever is geweest dat slechts op één grond individueel gematigd kan worden.[44] Dit past binnen het wettelijk systeem, waarin het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van het bestuur geldt, behoudens de mogelijkheid van disculpatie. De reis die de rechtbank in deze uitspraak op het punt stond te ondernemen, was waarschijnlijk dan ook rijp geweest voor cassatie. De rechtbank ziet echter geen aanleiding om tot matiging over te gaan, omdat de bestuurder die zich op matiging beriep

weliswaar minder betrokken was bij de zakelijke en financiële kant van de onderneming, maar ook geen enkel toezicht heeft uitgeoefend op de taakuitoefening van zijn medebestuurder, terwijl dit als (mede)bestuurder wel op zijn weg had gelegen.[45]

6 Besluit

Het arrest van de Hoge Raad in de procedure tussen Import en Boersen q.q. zal waarschijnlijk niet direct veel stof doen opwaaien. De Hoge Raad verwerpt de cassatieklachten van de Bestuurders en bevestigt dat de in lid 4 van art. 2:248 BW genoemde gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn, inderdaad limitatief zijn opgesomd.

Ondanks het limitatieve karakter van de matigingsgronden blijken feitenrechters vooralsnog de ruimte te nemen om creatief met deze gronden om te gaan. Dat lijkt mij terecht, en in lijn met de bedoeling van de wetgever. Een strakke en restrictieve toepassing van art. 2:248 lid 4 BW zou ertoe kunnen leiden dat een relatief geringe misslag van een bestuurder direct tot onevenredige en onrechtvaardige consequenties leidt. Dat heeft de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis niet gewild.

Noten

[1] HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, NJ 2022/184 (Import/Boersen q.q.).

[2] Concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 1.

[3] Op grond van art. 2:248 lid 2 jo. art. 2:11 BW.

[4] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:193, RI 2021/21.

[5] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:193, RI 2021/21, r.o. 3.27.

[6] Zie in dit verband ook de beknopte uiteenzetting van T.V.J. Bil & J.F. Fliek, De matigingsbevoegdheid van artikel 2:248 lid 4 BW, TvI 2019, afl. 3, p. 147-148.

[7] Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 1.1.

[8] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3. Zie ook concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 3.3.

[9] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3.

[10] De Wet van 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (Stb. 1986, 275).

[11] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 4.

[12] Noot Verstijlen bij HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, NJ 2021/375 (Mobile Services).

[13] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 4.

[14] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5.

[15] De nummering in dit citaat is aangebracht door de auteur.

[16] Zie bijv. Rb. Gelderland 6 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3353, r.o. 4.26, Rb. Amsterdam 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5429, r.o. 4.21, Rb. Gelderland 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5993, r.o. 6.8, Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668, r.o. 5.26 en Rb. Overijssel 20 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2932, r.o. 5.28.

[17] Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4350, r.o. 4.10 en de door Westenbroek, Mussche en Beunk besproken jurisprudentie in W.A. Westenbroek, M. Mussche & D. Beunk, Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2018, in: Y. Borrius e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 157), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 39.

[18] Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7338, JONDR 2018/845, r.o. 4.26.

[19] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5.

[20] Zie bijv. Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 21.6.1 en J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 346. Zie ook concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 3.8, met uitgebreide verdere verwijzing in voetnoot 29. Als vertolkers van het minderheidsstandpunt dat de collectieve

gronden niet als limitatief moeten worden beschouwd, worden in de literatuur, zo ook door mij, vaak Bil en Fliek aangewezen, zie Bil & Fliek 2019, p. 152-153.

[21] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5.

[22] Maeijer in zijn noot bij HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1053, NJ 1994/272 (Zilver Ster).

[23] Bil & Fliek 2019, p. 152.

[24] Bil & Fliek 2019, p. 153.

[25] Rb. Rotterdam 3 april 1992, JOR 1997/140 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Van der Veen BV). Zie ook Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 22.3.

[26] Rb. Rotterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ3358, r.o. 5.23.

[27] Concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 3.12.

[28] Concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 3.13.

[29] HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, NJ 2022/184 (Import/Boersen q.q.).

[30] Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 42.

[31] Concl. A-G Assink 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:47, par. 3.9.

[32] Noot Lennarts bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, TvI 2022/29 (Import/Boersen q.q.), par. 2.

[33] Noot Lennarts bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, TvI 2022/29 (Import/Boersen q.q.), par. 3.4.

[34] Bil & Fliek 2019, p. 148-149.

[35] De door mij gevonden uitspraken waarin matiging een rol speelde, gewezen na HR Import/Boersen q.q., zijn (op volgorde van datum uitspraak): (1) Rb. Overijssel 8 juni 2022,

ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, (2) Rb. Gelderland 6 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3353, (3) Rb. Overijssel 20 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2932, (4) Rb. Rotterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6971, (5) Rb. Amsterdam 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5429, (6) Rb. Gelderland 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5993 en (7) Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668.

[36] Rb. Overijssel 20 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2932.

[37] De derde gedaagde is geen formeel bestuurder en kan niet worden gekwalificeerd als feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:138 lid 7 BW. Hij ontspringt daardoor de dans.

[38] Rb. Overijssel 20 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2932, r.o. 5.29.

[39] Maar dus wel tot betaling van het overige deel van het tekort in het faillissement, zoals zal blijken na verificatie.

[40] Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668.

[41] Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668, r.o. 5.36.

[42] Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, RO 2022/50. Deze uitspraak is gewezen door een andere rechter dan de eerder beschreven uitspraak van de rechtbank Overijssel.

[43] Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, RO 2022/50, r.o. 3.25.

[44] Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 19 en 36. Zie ook par. 3.2 van de noot van Lennarts bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, TvI 2022/29 (Import/Boersen q.q.) en Bil & Fliek 2019, p. 153.

[45] Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, RO 2022/50, r.o. 3.26.

ANNOTATIE

Aansprakelijkheid wegens lichtvaardig enquêteverzoek

W.A. Vader

Met deze beschikking houdt de Hoge Raad het oordeel van de Ondernemingskamer in stand dat een enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan. Op grond van artikel 2:350 lid 2 BW kan de rechtspersoon dan bij de Ondernemingskamer schadevergoeding vorderen. In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de te hanteren norm en wat een passende sanctie is bij schending daarvan.

1 Inleiding

Deze beschikking van de Hoge Raad bevestigt eens te meer: bezint eer ge begint. Met deze beschikking houdt de Hoge Raad de eerste ambtshalve toepassing door de Ondernemingskamer van artikel 2:350 lid 2 BW in stand. Die bepaling houdt in dat een verzoeker tot een enquêteprocedure aansprakelijk kan zijn indien de Ondernemingskamer oordeelt dat het verzoek moet worden afgewezen en voorts dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan. De Hoge Raad overweegt, samengevat weergegeven, dat de Ondernemingskamer in dit geval de juiste maatstaf heeft toegepast, namelijk het leerstuk van misbruik van procesrecht. Volgens de Hoge Raad kon de Ondernemingskamer in de gegeven omstandigheden van het geval ook tot het oordeel komen dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan, omdat het doen van niet-onderbouwde aantijgingen op één lijn is gesteld met het innemen van stellingen waarvan men wist dat die onjuist zijn. Deze welwillende uitleg van de Hoge Raad roept evenwel de vraag op of het leerstuk van misbruik van procesrecht juist is toegepast, en of de toepassing van een ruimer toetsingskader niet meer recht doet in situaties als deze.

Alvorens die vragen te beantwoorden, zal in deze bijdrage eerst worden stilgestaan bij de feiten die tot de beschikking van de Ondernemingskamer hebben geleid. Daarna komt de beschikking van de Hoge Raad aan de orde en wordt een ruimer toetsingskader bepleit om tot misbruik van procesrecht te komen, zonder afbreuk te willen doen aan de uitkomst van deze zaak. Het leerstuk van misbruik van procesrecht moet namelijk nog steeds terughoudend worden toegepast. Tot slot worden enkele opmerkingen geplaatst bij het nut van artikel 2:350

lid 2 BW en zal worden betoogd dat de praktijk er mogelijk meer baat bij heeft als de Ondernemingskamer nog in dezelfde instantie een passende sanctie bij misbruik van procesrecht toepast, in plaats van dat daarvoor een separate procedure moet worden gestart. De Ondernemingskamer heeft die mogelijkheid en maakt daar met enige regelmaat ook gebruik van.

2 De feiten en de procedure bij de Ondernemingskamer

Het desbetreffende enquêteverzoek richt zich tegen Credit access India N.V. (hierna: CAI). CAI houdt een belang van 74,06% in CreditAccess Grameen Ltd (hierna: CAGL), een beursgenoteerde verstrekker van microfinancieringen in India. CAI heeft, voor zover hier van belang, twee typen aandeelhouders, namelijk minderheidsaandeelhouders en zogeheten 'gekwalificeerde aandeelhouders'. Die laatste groep houdt minstens 7,5% van de aandelen in CAI en heeft ingevolge de statuten bepaalde bijzondere bevoegdheden. De initiële verzoeksters tot de enquête zijn CEI en IAS (tezamen: IAS c.s.), twee Italiaanse aandeelhouders waarvan alleen CEI een gekwalificeerde aandeelhouder is.

CAI heeft het voornemen om via een *initial public offering* (IPO) zelf ook naar de beurs te gaan. Tussen verschillende gekwalificeerde aandeelhouders van CAI bestaat echter verschil van mening over de wenselijkheid van deze IPO en ook over de alternatieve (statutair bepaalde) uittreedmogelijkheden. Omdat het besluit tot de IPO unaniem door de gekwalificeerde aandeelhouders van CAI moet worden genomen, kan ieder van hen deze beursgang feitelijk blokkeren. Hoewel aan de voorwaarden voor de IPO is voldaan, is het de gekwalificeerde aandeelhouder Olympus die tegen de IPO stemt. Daarop hebben IAS c.s. de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van CAI. Ook verzoeken zij om onmiddellijke voorzieningen te treffen die ertoe leiden dat de unanimiteitseis voor de IPO niet langer geldt. Olympus verlangt op haar beurt ook een onderzoek en verzoekt de Ondernemingskamer voorzieningen te treffen die ertoe leiden dat het bestuur van CAI uitvoering geeft aan het alternatieve exitproces. Dit is een tegenverzoek als bedoeld in artikel 282 lid 4 Rv.

De Ondernemingskamer wijst de verzoeken over en weer af. Ten aanzien van het (tegen)verzoek van Olympus beslist de Ondernemingskamer echter ook ambtshalve dat zij het verzoek niet op redelijke grond heeft gedaan. Dat is de eerste keer dat de Ondernemingskamer dat doet, overigens niet zonder dat daarover tijdens de mondelinge behandeling is gedebatteerd.[1] De Ondernemingskamer overweegt in dit specifieke geval dat het verzoek van Olympus berust op ongefundeerde veronderstellingen en speculaties. Olympus beweerde in de kern namelijk dat tussen het bestuur van CAI en de Italiaanse aandeelhouders (IAS c.s.), gelet op hun nauwe (familiaire) verbondenheid, duurzame

stemafspraken zouden zijn gemaakt, althans dat zij hun besluiten op elkaar afstemmen. De Ondernemingskamer overwoog dat dergelijke verstrekkende aantijgingen niet lichtvaardig mogen worden gedaan en een gedegen en concrete onderbouwing vergen. Omdat die onderbouwing ontbrak, besliste de Ondernemingskamer dat het verzoek van Olympus niet op redelijke grond is gedaan. Dat zou betekenen dat Olympus schadeplichtig is.

3 De beschikking van de Hoge Raad

Als een verzoek tot een enquête wordt afgewezen en ‘niet op redelijke grond is gedaan’, kan de rechtspersoon op grond van artikel 2:350 lid 2 BW een eis tot vergoeding van schade bij de Ondernemingskamer instellen. De vraag die in deze beschikking allereerst voorlag, is of bij de beoordeling of een enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan, het leerstuk van misbruik van procesrecht (overeenkomstig) van toepassing is. De Hoge Raad geeft in lijn met de wetsgeschiedenis[2] en rechtspraak[3] een bevestigend antwoord op die vraag. Hij oordeelt tevens dat de Ondernemingskamer in dit specifieke geval deze maatstaf ook juist heeft toegepast. In dat laatste oordeel schuilt het belang van deze zaak voor de praktijk.

Met dat laatste (feitelijke) oordeel is de Hoge Raad welwillend geweest om de beschikking van de Ondernemingskamer in stand te laten. Mijns inziens had het niet misstaan als de motivering van de Ondernemingskamer op dit punt uitvoeriger was geweest. A-G Assink merkt in zijn conclusie onder deze beschikking ook op dat de Ondernemingskamer het oordeel over de toepassing van artikel 2:350 lid 2 BW eigenlijk telkens niet uitvoerig motiveert.[4] Dat is een gemiste kans. Er wordt namelijk niet vaak toepassing aan artikel 2:350 lid 2 BW gegeven en nog minder vaak wordt geoordeeld dat een verzoek inderdaad niet op redelijke grond is gedaan.[5] Deze uitspraak is dus een uitzondering, te meer vanwege de mijns inziens ruimhartige toepassing van het – naar vaste rechtspraak – terughoudend toe te passen leerstuk van misbruik van (proces)recht. Ik werk dit hierna verder uit.

4 De maatstaf van misbruik van procesrecht

Van misbruik van procesrecht is – volgens standaardrechtspraak[6] – pas sprake als (toegepast op het enquêteverzoek) het verzoek ex artikel 2:345 BW, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de vennootschap waarnaar de enquête wordt verzocht achterwege had behoren te blijven.[7] Hiervan kan eerst sprake zijn als de verzoeker zijn verzoek baseert op feiten of omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen, of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Deze drempel is met recht hoog. Aan het recht op toegang tot de rechter mag ingevolge artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) immers niet snel afbreuk

worden gedaan.[8]

5 Is het doen van niet-onderbouwde aantijgingen op één lijn te stellen met het innemen van stellingen waarvan men op voorhand moest weten dat die onjuist zijn?

De attenderingswaarde van deze specifieke uitspraak is erin gelegen dat het ‘niet gedegen en concreet onderbouwen van verstrekkende aantijgingen’ in dit geval op één lijn wordt gesteld met het baseren van een verzoek op stellingen waarvan (1) de verzoeker de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen, of (2) op voorhand moest worden begrepen dat deze geen kans van slagen hadden.

De vraag is echter of deze gelijkstelling in zijn algemeenheid juist is. Een aanvankelijk ongefundeerde aantijging of een speculatie kan achteraf immers ook juist blijken te zijn, maar bijvoorbeeld niet aanstonds aannemelijk zijn bij gebrek aan bewijs of onderbouwing. In dit specifieke geval is voor zover ik uit de beschikking van de Ondernemingskamer opmaak niet gebleken dat Olympus (subjectieve) wetenschap van de onjuistheid van haar aantijgingen had. In cassatie heeft Olympus juist betoogd dat een van de doeleinden van de enquête is om opening van zaken te verkrijgen en dat daarom bij een verzoek tot enquête zou moeten kunnen worden volstaan met gegronde redenen voor ‘twijfel’ als grond voor de enquête. Met andere woorden: Olympus wilde de enquête juist gebruiken om te laten onderzoeken of haar aantijgingen gegrond zijn. Hoewel de enquête daarvoor (terecht) niet is bedoeld,[9] is met deze insteek van het enquêteverzoek door Olympus mijns inziens niet direct ook gegeven dat zij stellingen heeft ingenomen waarvan zij de onjuistheid op voorhand wist of had behoren te weten.

De vraag die opkomt is of Olympus wel ingang bij de Ondernemingskamer had kunnen vinden indien zij haar aantijgingen minder absoluut had geformuleerd door die bijvoorbeeld meer in vermoedens te verpakken, die zij in de enquête had willen laten onderzoeken. Ik meen van niet. Dan was veeleer sprake geweest van een ontoelaatbare fishing expedition. Ook daarvoor dient een enquête zich niet te lenen.

Tegen deze achtergrond had ik het oordeel van de Ondernemingskamer – en in navolging daarvan ook van de Hoge Raad – meer begrijpelijk gevonden indien zij – in een kwestie als de onderhavige – het aangenomen misbruik in de sleutel van een belangenafweging had geplaatst en daarbij de ‘onevenredigheid tussen het belang bij uitoefening’ van het recht en ‘het belang dat daardoor wordt geschaad’ van artikel 3:13 BW in de overweging had betrokken. In die belangenafweging had dan bijvoorbeeld meer concreet kunnen worden meegewogen dat niet alleen een enquête belastend is voor de vennootschap, maar ook de eis dat sprake moet zijn van een ‘behoorlijke kans’ dat uit het verlangde onderzoek ook wanbeleid zal

blijken. Deze laatstgenoemde, in de wetsgeschiedenis gehanteerde drempel wordt soms nog wel eens uit het oog verloren, terwijl die, zoals ook door A-G Assink in zijn conclusie^[10] is gememoreerd, nog steeds actualiteitswaarde heeft.

Op basis daarvan had de Ondernemingskamer dan bijvoorbeeld tot het oordeel kunnen komen dat Olympus in de gegeven omstandigheden van het geval niet tot uitoefening van het enquêterecht had kunnen komen. Dit evenredigheids criterium uit artikel 3:13 BW biedt namelijk de meeste beoordelingsruimte om tot misbruik van procesrecht te oordelen.^[11]

Tegen toepassing van dit ‘ruimere’ evenredigheids criterium bij misbruik van procesrecht zou overigens kunnen worden tegengeworpen dat de Hoge Raad met verwijzing naar zijn eerdere uitspraak inzake Vehmeijer/Janssens juist andere vormen van misbruik heeft willen uitsluiten. In Vehmeijer/Janssens wordt namelijk – in navolging van het hiervoor aangehaalde arrest Duka/Achmea – geoordeeld dat ‘eerst’ sprake kan zijn van misbruik in de hiervoor genoemde gevallen. Dat zou op een beperkte toepassing van het leerstuk van misbruik van procesrecht kunnen wijzen. Ik meen echter dat deze tegenwerping geen stand houdt, alleen al omdat de Hoge Raad met de hiervoor omschreven ‘gelijkstelling’, die mijns inziens op een welwillende ruime uitleg van het leerstuk van misbruik van procesrecht is gebaseerd, toestaat dat van deze strikte norm kan worden afgeweken. Ik zou het gebruik van de term ‘eerst’ dan ook zo willen uitleggen dat van een evident ongegrond verzoek *in ieder geval* sprake kan zijn als dat verzoek op stellingen is gebaseerd waarvan de verzoeker de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen, of waarvan op voorhand moest worden begrepen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij die uitleg blijft er, zonder afbreuk te doen aan de hoge drempel, ruimte bestaan voor een (iets) ruimer of flexibeler toetsingskader om evident ongegronde verzoeken af te doen en die zelfs op voorhand te ontmoedigen met het risico op aansprakelijkheid.

Maar los daarvan, het al dan niet bedoelde signaal dat mijns inziens toch in deze uitspraak schuilt, dat de aloude drempel om de gegronde redenen voldoende aannemelijk te maken niet aan kracht heeft ingeboet en moet worden voorkomen dat verzoekers het middel van de enquête met louter speculaties en niet-onderbouwde aantijgingen lichtvaardig gebruiken, is toe te juichen. Evident ongegronde verzoeken dienen niet alleen te worden afgewezen, maar moeten voor zover mogelijk ook op voorhand worden voorkomen. Om dat signaal kracht bij te zetten is echter ook een consequente en gedegen gemotiveerde toepassing van artikel 2:350 lid 2 BW gewenst.^[12] Ook deze beslissing moet namelijk, met de in acht te nemen terughoudendheid, niet lichtvaardig worden genomen.

6 Passende sanctie

Tot slot een opmerking over passende sanctionering ingeval een verzoek op niet-redelijke

grond is gedaan. De wet schrijft voor dat als de Ondernemingskamer tot dat oordeel komt, vervolgens bij de Ondernemingskamer schadevergoeding kan worden gevorderd. Voor toewijzing van die vordering zullen dan nog wel de omvang van de schade en het causaal verband tussen het verzoek en de schade in die separate procedure moeten worden bewezen. Tot op heden zijn mij dergelijke procedures bij de Ondernemingskamer niet bekend. Het zal doorgaans ook niet aantrekkelijk zijn om nog eens een separate procedure te moeten starten, en veelal zullen de omvang van de schade en het causaal verband niet eenvoudig zijn te bewijzen. De 'schade' zal snel (uitsluitend) bestaan in de onnodig gemaakte kosten (van verweer) en in de praktijk is het niet eenvoudig om te beoordelen of die kosten van verweer de dubbele redelijkheidstoets doorstaan.[13] In die zin is artikel 2:350 lid 2 BW vooralsnog een tandeloze tijger gebleken.

Zinvoller is, of beter gezegd: afschrikwekkender zal kunnen zijn, afdoening door de Ondernemingskamer in dezelfde instantie. In dat verband wijs ik op artikel 1018l lid 1 Rv, een bepaling die bij de invoering van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) door een amendement van Groothuizen is geïntroduceerd om 'onzinclaims' buiten de deur te houden.[14] Groothuizen constateerde namelijk ook dat het rechters aan de mogelijkheid ontbreekt om in dergelijke gevallen passend op te treden. Nadat het amendement van Groothuizen is aangenomen, bepaalt artikel 1018l lid 1 Rv dat indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van de vordering blijkt, de eiser tot maximaal vijf keer de liquidatiekosten kan worden veroordeeld. Ook procedures die worden ingeleid met een verzoekschrift kunnen tot een veroordeling in de proceskosten leiden. Dat volgt uit artikel 289 Rv. Een dergelijke veroordeling in die proceskosten kan ambtshalve plaatsvinden[15] en daarbij mag worden afgeweken van het standaard liquidatietarief.[16] Ook uit rechtspraak van de Ondernemingskamer volgt dat zij soms genegen is om van het liquidatietarief af te wijken indien sprake is van 'een evident ongegrond verzoek',[17] of wanneer in strijd met de waarheidsplicht van artikel 21 Rv wordt gehandeld. Op 13 mei 2022 kwam de Ondernemingskamer op die grondslag bijvoorbeeld tot een integrale proceskostenveroordeling.[18]

Mogelijk zou een vergelijkbare lik-op-stuksanctie ook kunnen werken bij enquêtoprocedures door in dezelfde instantie tot een afwijkende proceskostenveroordeling te komen. Een wetswijziging is daarvoor niet nodig. De Ondernemingskamer heeft de bevoegdheid om van een forfaitaire proceskostenveroordeling af te wijken en maakt daarvan ook al regelmatig gebruik. Het is naar mijn mening aan te bevelen daarin echter meer consequent op te treden, zodat het voor de praktijk ook op voorhand duidelijk(er) is wat de sanctie is. Mogelijk bezint een potentiële verzoeker van een 'onzin-enquête' zich dan beter alvorens die begint.

Noten

[1] Zie in dat verband ook de noot van P.H.M. Broere in JOR 2023/1 bij HR 4 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1580 en voorts M.H.C. Sinninghe Damsté & P.L. Hezer, Afwijzing van het enquêteverzoek, in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), Handboek Enquêterecht (VDHI nr. 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 505-506.

[2] Zie Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere. Wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus, 's-Gravenhage: Boekhandel v.h. Gebr. Belinfante (N.V.) 1929, p. 222-223 en 317.

[3] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:583, ARO 2018/99, r.o. 3.9 onder verwijzing naar HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360, NJ 2018/165 (Vehmeijer/Janssens) en HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, NJ 2012/233 (Duka/Achmea).

[4] Zie randnr. 3.23 bij ECLI:NL:PHR:2022:347 en de in voetnoot 100 aldaar aangehaalde rechtspraak van de Ondernemingskamer.

[5] Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2009, JOR 2009/190, r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5178, ARO 2011/39, r.o. 3.15-3.18; Hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0330, ARO 2012/98, r.o. 3.1-3.5. In bijv. Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2, ARO 2016/24, r.o. 3.14 werd niet tot het oordeel gekomen dat sprake was van misbruik van recht. Verzoekster had in die kwestie weliswaar belang bij haar verzoek, maar dat werd in het kader van een belangenafweging niet zwaar genoeg bevonden.

[6] Zie o.m. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516, NJ 2007/353 en de hiervoor in noot 3 aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad inzake Duka/Achmea en Vehmeijer/Janssens.

[7] Zie ook HR 23 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1934. De Hoge Raad overwoog in deze zaak dat ook in een verzoekschriftprocedure de rechter een veroordeling in de proceskosten kan uitspreken (art. 289 Rv). Voor een veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten kan, ook in een verzoekschriftprocedure, aldus de Hoge Raad alleen plaats zijn in buitengewone omstandigheden, waarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen. Opmerking verdient dat een vordering die is ingesteld op grond van art. 2:350 lid 2 BW de toepasselijkheid van art. 6:162 BW echter uitsluit. Zie in dit verband Baukema, in: GS Rechtspersonen, art. 2:350 lid 2 BW, aant. 3 en de daarin aangehaalde wetsgeschiedenis waaruit dat volgt.

[8] Zie de rechtspraak in noot 5 hiervoor. Overigens kan de vraag worden gesteld of art. 6 EVRM op alle enquêteprocedures van toepassing is, voor zover daarin geen burgerlijke rechten en verplichtingen (in de zin van art. 6 EVRM) van partijen in het geding zijn. Zie HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240 m.nt. J.M.M. Maeijer (Text Lite).

[9] Zie HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, NJ 2006/173, r.o. 4.4.2.

[10] Zie ECLI:NL:PHR:2022:347, randnr. 3.3.

[11] Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/171.

[12] Hoewel een zodanig oordeel strikt genomen geen motivering behoeft. Zie bijv. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2474, NJ 1998/68.

[13] Zie HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2366, NJ 2018/164 m.nt. S.D. Lindenbergh.

[14] Zie amendement Groothuizen, Kamerstukken II 2018/19, 34608, nr. 22, p. 2.

[15] MvT, Parl. Gesch. Herz. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 450.

[16] HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7995, NJ 2009/234 m.nt. S.F.M. Wortmann.

[17] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 23 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4259, JOR 2022/92 m.nt. Salemink.

[18] Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1450.

RECHTSPRAAK

**Enquêteverzoek SBK Art Limited Liability
Company/Fortenova Group**

OK; enquête. Een certificaathouder van de Fortenova Group verzoekt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de Fortenova Group en tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. De verzoeker is samen met een andere certificaathouder gesanctioneerd vanwege de Russische invasie in Oekraïne. Door de vergadering van certificaathouders is een besluit genomen om de zeggenschap binnen de vergadering van certificaathouders te wijzigen, ten gunste van een niet-gesanctioneerde certificaathouder. Ook is het mandaat van het bestuur van de werkmaatschappij vergroot. Vanwege de sancties zijn de aan Rusland gelieerde certificaathouders uitgesloten om gebruik te maken van hun stemrecht. Hierdoor was de verzoeker niet in staat om tegen het besluit te stemmen. De OK oordeelt dat de verweersters voldoende en overtuigend hebben toegelicht dat het belang van de continuïteit van de onderneming vergt dat zij niet onder invloed staat van haar gesanctioneerde Russische certificaathouders. Het verzoek wordt daarom afgewezen.

Aanleiding

Fortenova Grupa d.d. ('Grupa') is een van de grootste bedrijven van Zuidoost-Europa en actief in de detailhandel, voedselproductie en landbouw. De Fortenova Group StAK Stichting ('StAK') houdt de aandelen in Fortenova Group Topco B.V. ('Topco'). Topco houdt op haar beurt indirect (via Fortenova Group Midco B.V. en Fortenova Group Holdco B.V.) alle aandelen in Grupa. Zij vormen samen de Fortenova Group. De certificaathouders van StAK bestaan onder andere uit SBK Art Limited Liability Company ('SBK') met een belang van

41,82%, VTB Bank (Europe) SE ('VTB') met een belang van 7,27% en Open Pass Limited ('Open Pass') met een belang van 28,19%. De overige certificaten worden gehouden door 700 andere certificaathouders.

SBK en VTB zijn sinds 21 juli 2022 onderworpen aan Europese sancties, opgenomen in Verordening (EU) nr. 269/2014 van de Raad van 17 maart 2014 betreffende beperkende maatregelen met betrekking tot acties die de territoriale integriteit, soevereiniteit en onafhankelijkheid van Oekraïne ondermijnen of bedreigen. Hierdoor zijn beide partijen uitgesloten van het uitoefenen van hun rechten verbonden aan de certificaten, waaronder het mogen stemmen op de vergadering van certificaathouders. Zie OR 2023-0033.

Zeggenschapsverhoudingen

In de statuten en administratievoorwaarden van StAK zijn afspraken gemaakt over het uitoefenen van het stemrecht op de aandelen in het kapitaal van Topco door (het bestuur van) StAK. Daarin is bepaald dat ter zake van de *Reserved Matters* de voorafgaande goedkeuring van de vergadering van certificaathouders is vereist. Hiervoor worden voor verschillende aangelegenheden verschillende goedkeuringsdrempels gehanteerd. Hiermee fungeert de vergadering van certificaathouders van StAK met betrekking tot de *Reserved Matters* in feite als algemene vergadering van de Fortenova Group. De administratievoorwaarden van StAK bevatten tevens afspraken over het vereiste stempercentage en quorum. In het geval het stempercentage gedurende twee achtereenvolgende vergaderingen van certificaathouders niet is gehaald, kan het betreffende besluit in een derde vergadering worden genomen met instemming van 75% van de stemmen, ongeacht het aantal aanwezige certificaathouders.

Als gevolg van voornoemde ontwikkelingen heeft Open Pass enkele wijzigingen van de administratievoorwaarden en de statuten van StAK voorgesteld. Deze hebben tot gevolg dat de zeggenschapsverhoudingen binnen de vergadering van certificaathouders van StAK permanent worden gewijzigd. Op grond van de gewijzigde voorwaarden geldt dat zolang meer dan 35% van de stemmen als gevolg van de sancties niet uitgeoefend kan worden, voor een besluit een meerderheid van 60% van de uitgebrachte stemmen volstaat. Daarnaast geldt ook dat indien de sancties zijn opgeheven of minder dan 35% van de stemmen als gevolg van de sancties niet uitgeoefend kan worden, ieder besluit een meerderheid van 70% van het totaal aantal uit te brengen stemmen behoeft, of als dat niet wordt gehaald, 75% van het aantal uitgebrachte stemmen in een tweede vergadering. Open Pass heeft daarmee met haar 28,19% van de stemmen respectievelijk een de facto doorslaggevende stem (zolang de sancties duren) en een blokkerende stem (nadat de sancties zijn opgeheven), omdat de verwachting is dat een flink deel van de stemgerechtigde certificaathouders geen gebruik van het stemrecht zal maken. Daarnaast wordt de zittingstermijn van bestuurders van Grupa verhoogd van vier naar

zes jaar en is het bestuursmandaat met betrekking tot bepaalde *Reserved Matters* verhoogd van € 30-50 miljoen naar € 500 miljoen.

Enquêteverzoek en beoordeling

Naar aanleiding van de voorgestelde wijzigingen hebben SBK en haar aandeelhouder een verzoek gedaan tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij Fortenova Group en tot het treffen van bepaalde onmiddellijke voorzieningen.

Allereerst overweegt de OK dat het verzoek om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van StAK niet toewijsbaar is, omdat de StAK geen stichting is als bedoeld in artikel 2:344 sub b BW. Om die reden zijn de jegens StAK verzochte voorlopige voorzieningen eveneens afgewezen. De OK overweegt ten aanzien van het resterende verzoek dat Fortenova c.s. en Open Pass voldoende en overtuigend hebben toegelicht dat het belang van de continuïteit van de onderneming van Fortenova Group vergt dat eens en voor altijd duidelijk wordt dat zij niet onder invloed staat van haar gesanctioneerde Russische certificaathouders. Deze wijzigingen zijn onder meer nodig voor de noodzakelijke herfinanciering van de Fortenova Group. De zakelijke contacten van de Fortenova Group zijn als gevolg van de ogenschijnlijke invloed van SBK en VTB namelijk voortdurend waakzaam en terughoudend. De huidige accountant is niet bereid een nieuwe opdracht te aanvaarden, terwijl voor de herfinanciering noodzakelijk is dat de geconsolideerde jaarcijfers van de Fortenova Group tijdig worden goedgekeurd. De ict-dienstverlener SAP overweegt daarnaast om haar overeenkomst met de Fortenova Group niet voort te zetten. De OK acht het voortbestaan van de onderneming van de Fortenova Groep van groot belang omdat het een van de grootste bedrijven van Zuidoost-Europa is. De OK wijst het verzoek van SBK en haar aandeelhouder tot het gelasten van een onderzoek dan ook af op inhoudelijke gronden.

J. Bruinsma, februari 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-01-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:54

Zaaknummer: 200.320.872 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, J.M. de Jongh, M.N. Hoogendoorn en V.G. Moolenaar

Advocaten: S.P. Kamerbeek, A.R.J. Croiset van Uchelen, E.J.H. Zandbergen, J.W. de Groot, M.W. Josephus Jitta, R.J. van der Hauw, N.M.D. van der Aa, J.A.G. de Boer en H.A. de Bruijn

Wetsartikelen: 2:344 BW, 2:349a BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Werkmaatschappij/Staatssecretaris van Financiën

Twee directeuren-minderheidsaandeelhouders werken voor een werkmaatschappij op basis van een managementovereenkomst die gesloten was tussen de werkmaatschappij en de persoonlijke houdstermaatschappijen van de directeuren-minderheidsaandeelhouders. De directie van de werkmaatschappij wordt op basis van een managementovereenkomst met elk van de twee houdstermaatschappijen door die twee houdstermaatschappijen gevoerd. Deze houdstermaatschappijen stellen daartoe elk de arbeidskracht van hun enige aandeelhouder en enige bestuurder aan de werkmaatschappij ter beschikking. De directeuren-minderheidsaandeelhouders hebben elk een arbeidsovereenkomst met hun eigen houdstermaatschappij. Met het oog op de heffing van premies werknemersverzekeringen worden de directeuren-minderheidsaandeelhouders door de Belastingdienst als verplicht verzekerde werknemers van de werkmaatschappij aangemerkt. De Hoge Raad moet zich uiteindelijk uitspreken over de vraag of de arbeidsverhouding al dan niet kwalificeert als een arbeidsovereenkomst in de zin van het burgerlijk recht. De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van het hof dat naar civiel recht moet worden uitgegaan van dienstbetrekkingen tussen de werkmaatschappij en de aandeelhouders, zonder nadere motivering niet begrijpelijk is. De uitspraak van het hof wordt vernietigd en terugverwezen.

Feiten

Twee 'directeuren-minderheidsaandeelhouders' ('de Aandeelhouders') werken voor een

werkmaatschappij op basis van een managementovereenkomst, gesloten tussen de werkmaatschappij en de persoonlijke houdstermaatschappijen van de Aandeelhouders. Elk van die houdstermaatschappijen heeft een belang van 24% in de werkmaatschappij. Twee andere vennootschappen houden de overige aandelen in de werkmaatschappij. De Aandeelhouders hebben een arbeidsovereenkomst gesloten met hun persoonlijke houdstermaatschappij.

Naar aanleiding van een boekenonderzoek is de naheffingsaanslag loonheffingen opgelegd, waarbij de Aandeelhouders voor de heffing van premies werknemersverzekeringen door de Belastingdienst als verplicht verzekerde werknemers van de werkmaatschappij zijn aangemerkt. In het tijdvak van januari 2010 tot en met 31 december 2014 ('het Tijdvak') heeft de werkmaatschappij de overeengekomen managementvergoedingen betaald aan de houdstermaatschappijen. De Aandeelhouders hebben van hun respectievelijke persoonlijke vennootschappen loon ontvangen. De Belastingdienst stelt zich op het standpunt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de werkmaatschappij en de Aandeelhouders.

De rechtbank oordeelde in eerste aanleg dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen genoemde partijen en achtte onder meer doorslaggevend dat er managementovereenkomsten zijn gesloten met de persoonlijke houdstermaatschappijen en geen arbeidsovereenkomsten met de Aandeelhouders. Het hof kwam tot een andere conclusie en oordeelde dat de arbeidsverhouding tussen de werkmaatschappij en de Aandeelhouders voldoet aan de vereisten van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, zodat zij in het Tijdvak verplicht verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen ten aanzien van hun voor de werkmaatschappij verrichte werkzaamheden. De werkmaatschappij heeft tegen de uitspraak van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De eerste klacht van de werkmaatschappij betoogt onder meer dat het hof ten onrechte de managementovereenkomsten aanmerkt als arbeidsovereenkomsten met de aandeelhouder van de persoonlijke houdstermaatschappijen, hoewel de managementovereenkomsten zijn gesloten tussen de werkmaatschappij en de houdstermaatschappijen. De Hoge Raad overweegt dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een dienstbetrekking maatgevend is of de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen een arbeidsovereenkomst is in de zin van artikel 7:610 BW. De inhoud van de tussen partijen gemaakte afspraken is bij die beoordeling relevant, evenals de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Deze beoordeling dient uit te wijzen of is voldaan aan de in artikel 7:610 BW gestelde vereisten, te weten een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, loon en een

gezagsverhouding. Het hof heeft naar het oordeel van de Hoge Raad de juiste maatstaf gehanteerd.

Het oordeel van het hof dat ondanks de managementovereenkomsten tussen de werkmaatschappij en de houdstermaatschappijen en de arbeidsovereenkomsten tussen houdstermaatschappijen en de Aandeelhouders, naar civiel recht moet worden uitgegaan van dienstbetrekkingen tussen de werkmaatschappij en de beide Aandeelhouders in plaats van dienstbetrekkingen tussen de houdstermaatschappijen en de Aandeelhouders, is zonder nadere motivering echter niet begrijpelijk. In dit verband geeft de door het hof vastgestelde onmisbaarheid van de Aandeelhouders geen antwoord op de vraag of laatstgenoemden zelf jegens de werkmaatschappij de verplichting op zich hebben genomen om persoonlijk arbeid te verrichten. De omstandigheid dat de Aandeelhouders hebben ingestemd met de betalingen van managementvergoedingen aan de houdstermaatschappijen, werpt geen licht op het antwoord op de vraag of de werkmaatschappij jegens de Aandeelhouders de verplichting op zich heeft genomen om aan hen loon te betalen. Ten slotte is zonder nadere motivering niet begrijpelijk waarom het hof heeft aangenomen dat de Aandeelhouders hun werkzaamheden uitvoerden onder gezag van de algemene vergadering van aandeelhouders van de werkmaatschappij. De door het hof genoemde bepalingen in een *Shareholders Agreement* kunnen niet het oordeel dragen dat met betrekking tot het gezag over de uitvoering van arbeidsovereenkomsten bij de werkmaatschappij een statutaire regeling is getroffen die afwijkt van hetgeen uit het wettelijk stelsel voortvloeit (vgl. art. 2:217 en 2:239 BW). Daarnaast valt niet zonder meer in te zien waaraan die algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid zou ontleenen om rechtstreeks gezag uit te oefenen ten aanzien van de door de Aandeelhouders te verrichten werkzaamheden, zolang niet meer is vastgesteld dan dat de werkmaatschappij een contractuele relatie heeft met de houdstermaatschappijen.

In zoverre slaagt de eerste klacht. De klachten voor het overige kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van de klachten voor het overige is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie gegrond, vernietigt de uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-02-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:282

Zaaknummer: 20/03424

Rechters: R.J. Koopman, M.A. Fierstra, J. Wortel, M.T. Boerlage en P.A.G.M. Cools

Advocaten: P.G.E.M. Smeets

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

Enquête B.V. Landgoed Den Alerdinck II

OK; enquête. Deze zaak gaat over een familielandgoed dat gebukt gaat onder een familieruzie. Het landgoed is in eigendom van een besloten vennootschap, waarvan de aandelen gecertificeerd zijn. De verhouding tussen twee van de drie certificaathouders (dit zijn de kinderen die op het landgoed wonen), is ernstig verstoord. In een eerdere beschikking oordeelde de OK dat het aanhoudende conflict zijn weerslag heeft op het bestuur van de STAK, de algemene vergadering, de raad van commissarissen en de bestuurder van de vennootschap en dat aannemelijk is dat hierdoor de continuïteit van de vennootschap wordt bedreigd. De OK heeft in de desbetreffende beschikking het enquêteverzoek toegewezen en een onderzoek gelast. In de onderhavige vervolgbeschikking verzoeken twee certificaathouders de OK om bij wijze van onmiddellijke voorziening een onafhankelijk bemiddelaar aan te wijzen, om alsnog tot een oplossing van de geschillen tussen de certificaathouders te kunnen komen. De OK wijst dit verzoek toe.

Deze zaak gaat over een familielandgoed dat in eigendom is van B.V. Landgoed Den Alerdinck II ('de Vennootschap'). De aandelen in het kapitaal van de Vennootschap zijn gecertificeerd. De aandelen worden gehouden door Stichting Administratiekantoor Aandelen B.V. Landgoed Den Alerdinck II ('de STAK'). De certificaten worden gehouden door de drie kinderen ('de Certificaathouders'). De Certificaathouders vormen ook het STAK-bestuur. Twee van deze kinderen wonen op het landgoed. De verhouding tussen hen is ernstig verstoord. In een eerdere beschikking oordeelde de OK dat het aanhoudende conflict zijn weerslag heeft op het bestuur van de STAK, de algemene vergadering, de raad van commissarissen en de bestuurder van de vennootschap en dat aannemelijk is dat hierdoor de continuïteit van de vennootschap wordt bedreigd. De OK heeft daarin het enquêteverzoek

toegewezen en een onderzoek gelast. Als onmiddellijke voorzieningen heeft de OK de aandelen in het kapitaal van de vennootschap ten titel van beheer overgedragen aan een beheerder, en een bepaling uit de statuten van de vennootschap buiten werking gesteld. Zie OR 2021-0064.

Circa twee jaar later verzoeken twee kinderen de OK om bij wijze van onmiddellijke voorziening een onafhankelijk bemiddelaar aan te wijzen om alsnog tot een oplossing van de geschillen tussen de Certificaathouders te kunnen komen.

De OK stelt vast dat alle betrokken partijen, inclusief de Vennootschap, onderschrijven dat het in het belang van de Vennootschap is dat het tussen de Certificaathouders bestaande geschil wordt bijgelegd en dat de aanwijzing van een onafhankelijk bemiddelaar daaraan zou kunnen bijdragen. Gelet daarop wijst de OK het verzoek toe. Partijen verschillen van mening over de vraag wie de kosten van de onafhankelijk bemiddelaar zou moeten dragen. De OK bepaalt daarom, met analoge toepassing van artikel 2:357 lid 2 BW, dat de kosten van deze onmiddellijke voorziening ten laste van de Vennootschap zullen komen en door haar moeten worden voldaan.

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-11-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:3179

Zaaknummer: 200.268.377/02 OK

Rechters: A.W.H. Vink, J.M. de Jongh, A.P. Wessels, W. Wind en A.J.C.C.M. Loonen

Advocaten: S.C.M. van Thiel, P.M. Gunning, V.R.M. Appelman en T.R. Bosker

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

RECHTSPRAAK

**Fortenova Group Stak Stichting c.s./SBK Art Limited
Liability Company**

Een administratiekantoor ontzegt gesanctioneerde certificaathouders de toegang tot de vergadering van certificaathouders en deelt mede dat de stemrechten van de gesanctioneerde certificaathouders buiten beschouwing zullen worden gelaten. In het door een van de certificaathouders gestarte kort geding oordeelt de voorzieningenrechter in eerste aanleg dat het administratiekantoor de certificaathouder gedurende een bepaalde periode toegang moet verlenen tot de certificaathoudersvergadering en moet worden toegestaan haar stemrecht uit te oefenen ter zake van bepaalde agendapunten. In hoger beroep komt het hof tot het oordeel dat de vorderingen van de certificaathouder, onder meer gelet op de door de Europese Commissie en de in Nederland bevoegde autoriteit gegeven guidance met betrekking tot de uitleg van de sanctieregels, alsnog moeten worden afgewezen. Die guidance houdt kort gezegd in dat stemrechten kunnen gelden als economische middelen, namelijk immateriële activa die kunnen worden gebruikt om tegoeden, goederen of diensten te verkrijgen. Die moeten dus worden bevroren. In de overwegingen van het hof speelt ook het uitgangspunt mee dat sanctiemaatregelen maximaal effect dienen te hebben en duidelijk en voorspelbaar dienen te zijn. Het vonnis van de voorzieningenrechter, dat leidt tot een systeem waarbij steeds per agendapunt moet worden bezien of gelet op de sanctieregelgeving stemrechten mogen worden uitgeoefend of dat ontheffing bij de bevoegde autoriteiten moet worden gevraagd, strookt ook niet met die gewenste effectiviteit. Het hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

Feiten

Fortenova Group STAK Stichting ('STAK Fortenova') is een financiële holdingsmaatschappij en houdt alle aandelen in het kapitaal van Fortenova Group TopCo B.V. ('Fortenova TopCo'). Fortenova TopCo houdt op haar beurt indirect alle aandelen in het kapitaal van Fortenova Grupa d.d. ('Fortenova Grupa'), gevestigd in Kroatië, dat met meer dan 47.000 werknemers in dienst een van Europa's grootste voedselproducenten exploiteert en bijna 2.700 detailhandelsvestigingen in Zuidoost-Europa heeft. SBK Art Limited Liability Company ('SBK') is een *special purpose vehicle* met als doel het houden van de belangen van Sberbank of Russia ('Sberbank') in de Fortenova groep. SBK houdt 41,82% van de door STAK Fortenova uitgegeven certificaten van aandelen in het kapitaal van Fortenova TopCo. Daarnaast houden Open Pass Limited ('Open Pass') en VTB Bank (Europe) SE ('VTB') 27,52% respectievelijk 7,27% van de door STAK Fortenova uitgegeven certificaten van aandelen in het kapitaal van Fortenova TopCo. Sberbank, SBK en VTB zijn onderworpen aan Europese sancties, opgenomen in Verordening (EU) nr. 269/2014 van de Raad van 17 maart 2014 betreffende beperkende maatregelen met betrekking tot acties die de territoriale integriteit, soevereiniteit en onafhankelijkheid van Oekraïne ondermijnen of bedreigen.

STAK Fortenova ontkent de gesanctioneerde certificaathouders de toegang tot een vergadering van certificaathouders waarbij onder meer de wijziging van de *governance* van STAK Fortenova op de agenda staat, en deelt mede dat de stemrechten van de gesanctioneerde certificaathouders buiten beschouwing zullen worden gelaten.

In kort geding vordert SBK primair STAK Fortenova te gebieden om gedurende de periode tot en met 31 december 2022 SBK toegang te verlenen tot de certificaathoudersvergadering en SBK toe te staan haar stemrecht uit te oefenen ter zake van bepaalde agendapunten. SBK vordert subsidiair STAK Fortenova te verbieden om gedurende de periode tot en met 31 december 2022 haar administratievoorwaarden en/of haar statuten te wijzigen en/of enige vergadering van certificaathouders daartoe bijeen te roepen. Meer subsidiair vordert SBK om STAK Fortenova te verbieden een certificaathoudersvergadering uit te roepen ter wijziging van de *corporate governance*, totdat de bevoegde autoriteit met kracht van gewijsde heeft beslist op een nog in te dienen verzoek van SBK tot ontheffing van de sanctieregels.

Oordeel voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter wijst de primaire vordering van SBK toe en overweegt daarbij dat bij een stemming over een wijziging van de *corporate governance* als hier aan de orde geen afbreuk wordt gedaan aan het doel van de sancties. Het sanctierecht wordt volgens de voorzieningenrechter op een oneigenlijke manier ingezet ten gunste van STAK Fortenova en

ten nadele van SBK. STAK Fortenova komt in principaal hoger beroep met zes grieven tegen dit oordeel van de voorzieningenrechter op.

Oordeel hof

In hoger beroep komt het hof tot een ander oordeel. Het hof overweegt onder meer dat niet in geschil is dat de Fortenova groep van groot belang is voor de Zuidoost-Europese economie en werkgelegenheid. Voorts overweegt het hof dat zowel de Europese Commissie als de in Nederland bevoegde autoriteit op vragen met betrekking tot de sanctieregels vervat in Verordening (EU) nr. 269/2014 heeft geantwoord dat minderheidsbelangen van gesanctioneerde aandeelhouders bevroren dienen te zijn, waardoor hen bijvoorbeeld geen dividend kan worden uitgekeerd en zij ook geen stemrechten mogen uitoefenen ten aanzien van een Nederlands bedrijf. De door de Europese Commissie gegeven *guidance* vormt een gezaghebbende bron voor de uitleg van de sanctieregels vervat in Verordening (EU) nr. 269/2014, zo overweegt het hof, en past bij het uitgangspunt dat sanctiemaatregelen maximaal effect dienen te hebben en duidelijk en voorspelbaar dienen te zijn. Een systeem waarbij steeds per agendapunt moet worden gezien of gelet op de sanctieregelgeving stemrechten mogen worden uitgeoefend of dat ontheffing bij de bevoegde autoriteiten moet worden gevraagd, strookt volgens het hof ook niet met de gewenste effectiviteit van de sanctieregelgeving.

Het hof concludeert dat voorshands voldoende aannemelijk is dat de sanctieregels in de weg staan aan toelating van SBK tot een vergadering van certificaathouders van STAK Fortenova en uitoefening van de stemrechten verbonden aan haar certificaten. De weigering van STAK Fortenova om SBK toe te laten tot certificaathoudersvergaderingen en SBK stemrechten uit te laten oefenen, is volgens het hof dan ook in overeenstemming met de verplichting van STAK Fortenova om de sanctieregels na te leven. Door het naleven van de sanctieregels handelt STAK Fortenova naar het oordeel van het hof niet in strijd met de redelijkheid of billijkheid die zij jegens haar certificaathouders in acht moet nemen. Het hof wijst de primaire vordering van SBK alsnog af. Het hof ziet ook geen aanleiding voor toewijzing van de subsidiaire of meer subsidiaire vordering van SBK. Het hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

L.L. Bakker, februari 2023

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:3691

Zaaknummer: 200.316.908/01 SKG

Rechters: W.A.H. Melissen, W.J.J. Los en J.W.M. Tromp

Advocaten: J.W. de Groot, A.R.J. Croiset van Uchelen en M.W. Josephus Jitta

Wetsartikelen: 1 Verordening (EU) nr. 269/2014, 2 Verordening (EU) nr. 269/2014,
Uitvoeringsverordening (EU) 2022/2476 en Leidraad Financiële Sanctieregelgeving

RECHTSPRAAK

Curator/Prezidente Capital Fund VII B.V. c.s.

Een curator in het faillissement van een natuurlijk persoon wenst aanspraak te maken op vermogensbestanddelen van vennootschappen uit de vennootschapsstructuur waarin deze persoon is betrokken. De curator doet daarbij een beroep op het leerstuk van vereenzelviging en misbruik van identiteitsverschil. De rechtbank overweegt dat de maatstaf voor vereenzelviging in de rechtspraak strikt en slechts bij uitzondering wordt toegepast. De curator heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die tot de conclusie kunnen leiden dat van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden sprake is. Voorts is de curator niet ontvankelijk in zijn subsidiaire vordering dat een van de vennootschappen op grond van artikel 2:216 BW verplicht is winstuitkeringen te doen, zodat deze toevallen aan de failliete boedel. De rechtbank oordeelt dat een beroep op artikel 2:216 BW alleen kan worden gedaan door de directe aandeelhouders van desbetreffende vennootschap en dus niet door de curator.

Het gaat in deze zaak om de vraag of de curator in het faillissement van een natuurlijk persoon ('de Bestuurder') aanspraak kan maken op vermogensbestanddelen van Prezidente Capital Fund VII B.V. ('PCF') en Prosperity Investment Group B.V. ('PIG') op grond van het leerstuk van vereenzelviging. De Bestuurder is betrokken in een vennootschapsstructuur waarvan PCF en PIG onderdeel uitmaken. PIG is enig aandeelhouder en statutair bestuurder van PCF. De Bestuurder is bestuurder van PIG. Enig aandeelhouder van PIG is Stichting Administratiekantoor Novice ('Novice'), waarvan de Bestuurder voorafgaand aan zijn faillissement tezamen met zijn dochter bestuurder was (en sinds zijn faillissement is dat alleen zijn dochter). Alle certificaten zijn uitgegeven aan de Bestuurder. De curator vordert onder meer dat de rechtbank voor recht verklaart dat alle vermogensbestanddelen die toebehoren aan PCF en/of PIG toekomen aan (de boedel van) de Bestuurder.

De eerste vraag die de rechtbank beantwoordt, is of sprake is van vereenzelviging, waardoor het identiteitsverschil tussen de betrokken rechtspersonen en de Bestuurder moet worden weggedacht. De curator voert aan dat de vermogens van PCF, PIG en de Bestuurder als één gezamenlijk vermogen moeten worden beschouwd.

De rechtbank overweegt dat volgens vaste rechtspraak een persoon die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over meerdere rechtspersonen onrechtmatig kan handelen door misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen of tussen hemzelf en die rechtspersonen, als hij zodanig misbruik heeft beoogd. Deze onrechtmatige gedraging verplicht zowel de persoon met zeggenschap als de betrokken rechtspersonen tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Onder uitzonderlijke omstandigheden kan dit misbruik door de persoon met zeggenschap zo ernstig zijn, dat vereenzelviging van de betrokken (rechts)personen kan dienen als de meest aangewezen vorm van verhaal. De maatstaf voor vereenzelviging wordt in de rechtspraak strikt en slechts bij uitzondering toegepast.

De rechtbank oordeelt dat de curator onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld die tot de conclusie kunnen leiden dat van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden sprake is. De rechtbank noemt daarbij specifiek de volgende door de curator aangedragen omstandigheden: het oprichten van meerdere vennootschappen, het zijn van (enig en economisch) begunstigde van een vennootschappenstructuur, het beschikken over (luke) middelen die niet op eigen naam staan, het onderbrengen van een pand in een besloten vennootschap en het niet (laten) deponeren van jaarstukken.

Subsidiar vordert de curator dat PCF op grond van artikel 2:216 BW verplicht is winstuitkeringen te doen aan PIG, waardoor via PIG vermogen toevalt aan de Bestuurder, althans aan de boedel. De rechtbank is van oordeel dat een beroep op artikel 2:216 BW alleen kan worden gedaan door de directe aandeelhouders van PCF en PIG (respectievelijk door PIG en Novice), en dus niet door de curator. De curator is daarom niet ontvankelijk voor zover hij de gevorderde verklaringen onder recht grondt op artikel 2:216 BW.

D.R.C. Smit, februari 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 07-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2022:12128

Zaaknummer: C/15/324046 / HA ZA 22-23

Rechters: A.K. Korteweg

Advocaten: N.S. Sorgucu en M. Bitter

Wetsartikelen: 2:216 BW

RECHTSPRAAK

Drenth q.q./Bestuurders

Een curator stelt de bestuurder en indirect bestuurder van een failliete bv aansprakelijk voor het boedeltekort. De vennootschap beschikt nauwelijks over administratie, terwijl enige vorm van administratie van inkomsten en uitgaven wel mag worden verwacht. De rechten en verplichtingen van de vennootschap moeten immers duidelijk zijn. Hieraan staat niet in de weg dat het een kleine onderneming betreft die minder dan een jaar actief is geweest; ook een dergelijke onderneming moet over voldoende informatie beschikken. De (indirect) bestuurder heeft daarom de administratieplicht geschonden. De bestuurder voert een causaliteitsverweer en voert onder andere haar ziekte aan als andere belangrijke oorzaak van het faillissement. Dit verweer wordt echter gemotiveerd verworpen.

Inleiding en vordering

In april 2020 is Zorgpersoneel BV (fictieve naam) opgericht. Zorgpersoneel BV had het doel om via een nog te ontwikkelen mobiele applicatie een platform op te richten om zelfstandige ondernemers in de zorg rechtstreeks in contact te laten komen met zorginstellingen die zorgpersoneel zoeken. De mobiele applicatie is nooit tot ontwikkeling gekomen. Bij vonnis van de rechtbank van 3 november 2020 is Zorgpersoneel BV op eigen verzoek failliet verklaard.

De holding is enig bestuurder en aandeelhouder van Zorgpersoneel BV. De curator stelt de holding en de bestuurder van de holding aansprakelijk op grond van artikel 2:248 lid 1 BW (jo. art. 2:11 BW).

De curator heeft de bestuurder verzocht om alle beschikbare administratie en documentatie van Zorgpersoneel BV aan te leveren. Aan de hand van de verklaringen van de bestuurder stelt de curator vast dat niet is gebleken van enige vorm van administratie waaruit blijkt welke

activiteiten Zorgpersoneel BV heeft verricht, en dat een opgave van opbrengsten en uitgaven ontbreekt. Volgens de curator is geen deugdelijke administratie gevoerd.

Schending administratieplicht

De rechtbank volgt de curator. Volgens de curator heeft de bestuurder niet of nauwelijks invulling gegeven aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW: ze heeft zelfs geen basaal overzicht van inkomsten en uitgaven verstrekt. Ook bij een kleine onderneming die slechts korte tijd actief is geweest, moet dat er wel zijn, aldus de rechtbank. De rechtbank stelt vast dat Zorgpersoneel BV niet de door haarzelf verstuurde facturen heeft overgelegd. De facturen blijken daarnaast inhoudelijk onjuist te zijn. Ook ontbreken correspondentie of andere stukken waaruit concreet blijkt wanneer welke werkzaamheden door wie zijn verricht en welke kosten zijn gemaakt uit naam van Zorgpersoneel BV. Van enige administratie van de gedane privéuitgaven is ook niet gebleken. De conclusie van de rechtbank is dat op basis van de aan de curator verstrekte stukken niet duidelijk is wat de rechten en verplichtingen van Zorgpersoneel BV zijn. De gevoerde boekhouding was van onvoldoende niveau. Nu de administratieplicht is geschonden staat (onweerlegbaar) vast dat de holding haar taak als bestuurder van Zorgpersoneel BV onbehoorlijk heeft vervuld en wordt (weerlegbaar) vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Causaliteitsvermoeden

Volgens de bestuurder is het faillissement uitsluitend veroorzaakt door haar verslechterde gezondheid, de coronapandemie en een discussie over de verstuurde facturen. Volgens de rechtbank is de bestuurder er niet in geslaagd aannemelijk te maken dat (ook) andere feiten en omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling hebben geleid tot het faillissement. De bestuurder was naar eigen zeggen al ziek bij de start van de onderneming, maar wel in staat om te werken, en daarna is haar gezondheid door meerdere omstandigheden verslechterd. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien wat het causale verband is tussen de gestelde verslechterde gezondheid en het faillissement.

De enige activiteit van de vennootschap bestond uit de werkzaamheden die de bestuurder medio 2020 via Zorgpersoneel BV voor een andere onderneming verrichtte en waarvoor zij factureerde. De gefactureerde bedragen zijn uitbetaald op de bankrekening van de voormalige eenmanszaak van de bestuurder en door haar gebruikt voor privédoeleinden. Andere activiteiten zijn er niet geweest. De opdrachtgever heeft (een gedeelte van) de gefactureerde bedragen teruggevorderd. De rechtbank stelt vast dat de bestuurder mogelijk meer uren heeft gefactureerd dan zij gelet op haar ziekte kon werken. In dat geval zijn de facturen onverschuldigd betaald, waardoor een terugbetalingsverplichting van Zorgpersoneel BV is

ontstaan. Indien de gefactureerde bedragen wel verschuldigd zouden zijn, zou dat betekenen dat de bestuurder ondanks haar ziekte in staat was om een aanzienlijk aantal uur te werken, waardoor geen terugbetalingsverplichting is ontstaan. In beide gevallen is het onvoldoende aannemelijk dat verslechterde gezondheid de oorzaak was van het faillissement.

De rechtbank concludeert dat het bewijsvermoeden niet is ontzenuwd. Zowel de holding als de bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement van Zorgpersoneel BV.

S.W.M. Kessels, februari 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 28-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:5564

Zaaknummer: C/16/535481 / HA ZA 22-137

Rechters: H.J. ter Meulen

Advocaten: F.H.H. Lintjens en L.S. Koning

Wetsartikelen: 2:10 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Enquête Cicerone Holding B.V. - aanvullende onmiddellijke voorzieningen

OK; enquête. Een joint venture van twee partijen is in acute geldnood komen te verkeren. Bij eerdere beschikking treft de OK op verzoek van een van de joint venture partners onmiddellijke voorzieningen, opdat deze partner in de gelegenheid wordt gesteld op zeer korte termijn een noodfinanciering aan de joint venture te verstrekken. Nu verzoekt deze partner om aanvullende onmiddellijke voorzieningen, omdat de verstrekking van de noodfinanciering tegen uitgifte van aandelen in het kapitaal van de joint venture alsnog niet blijkt te kunnen worden uitgevoerd. De OK bepaalt dat, in afwijking van het bepaalde in artikel 2:196 lid 1 BW, door de joint venture aandelen aan haar partner kunnen worden uitgegeven door middel van een tussen hen opgemaakte onderhandse akte.

Deze beschikking is een vervolg op de beschikking van de OK van 15 juli 2022 ECLI:NL:GHAMS:2022:2081 (zie OR 2022-0254). Cicerone Holding B.V. ('Cicerone') is een joint venture tussen Shell Overseas Investments B.V. ('Shell') en Todwick Holdings Ltd. ('Todwick'). Cicerone exploiteert tankstations in Oekraïne via haar dochtervennootschap Alliance Holding Ltd. ('Alliance'). Als gevolg van de oorlog in Oekraïne is Alliance in acute geldnood komen te verkeren. De OK heeft onmiddellijke voorzieningen getroffen, opdat Shell in de gelegenheid wordt gesteld op zeer korte termijn een noodfinanciering aan Cicerone te verstrekken. Shell heeft nadien aan Alliance een aanvullende noodlening verstrekt. Voorts wenst Shell tegen uitgifte van aandelen een aanvullende financiering aan Cicerone te verstrekken. Daartoe is in de algemene vergadering van Cicerone, met vóórstemmen van Shell en de OK-beheerder, besloten. De notaris die de akte van levering zal verlijden, dient op grond van zijn verplichting tot het doen van cliëntonderzoek te beschikken over een gelegaliseerde kopie van het paspoort van de *ultimate beneficial owner* (UBO) van Todwick. De notaris ontvangt deze kopie niet en verklaart niet bereid te zijn de akte te verlijden. Andere notarissen

nemen hetzelfde standpunt in.

Shell verzoekt de OK aanvullende onmiddellijke voorzieningen te treffen, omdat de bij eerdere beschikking van de OK mogelijk gemaakte uitgifte van aandelen alsnog niet blijkt te kunnen worden uitgevoerd. Onder verwijzing naar het arrest *SkyGate* (HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138) overweegt de OK dat zij iedere voorziening van voorlopige aard mag treffen, mits met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken. Dat laatste is volgens de OK ook het geval als naar haar oordeel een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn. Daarbij mag de OK ook afwijken van bepalingen van dwingend recht (HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888, *Versatel*).

De OK oordeelt dat de zwaarwegende omstandigheden die ten grondslag lagen aan het treffen van de onmiddellijke voorzieningen in de eerdere beschikking, nog onverkort bestaan. Met de betreffende onmiddellijke voorzieningen beoogde de OK uitdrukkelijk de noodzakelijke aanvullende financiering van de Cicerone-groep door Shell mogelijk te maken. Daarom vereist de toestand van de rechtspersoon dat aanvullende onmiddellijke voorzieningen worden getroffen die het alsnog mogelijk maken dat Shell de noodzakelijke financiering kan verstrekken.

De OK bepaalt bij wijze van onmiddellijke voorziening dat, in afwijking van het bepaalde in artikel 2:196 BW, door Cicerone aandelen aan Shell kunnen worden uitgegeven door middel van een tussen Cicerone en Shell opgemaakte onderhandse akte, overeenkomstig de door de algemene vergadering van Cicerone goedgekeurde uitgifteakte.

A.M. Dumoulin-Siemens, februari 2023

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:3706

Zaaknummer: 200.311.400/03 OK

Rechters: A.W.H. Vink, C.C. Meijer, A.P. Wessels, M.N. Hoogendoorn en S. ten Have

Advocaten: J.L. van der Schrieck, H.F. ten Bruggencate, L.H.K. Peereboom-Bogers en M.W. Josephus Jitta

Wetsartikelen: 2:349a BW