

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 4, 2024

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

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:173](#) 10-03-2022

Curator van BMA Nederland B.V./BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2024:693](#) 29-01-2024

Digital & Media Solutions B.V./Bestuurder

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2024:387](#) 16-01-2024

Herroepingsprocedure tegen arrest van het hof over bestuurdersaansprakelijkheid in het faillissement van Red Dragon B.V.

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:2902](#) 30-11-2023

Enquête familiebedrijf in de zand- en grindwinningsindustrie - onmiddellijke voorzieningen getroffen, onderzoek bevolen, benoeming onderzoeker aangehouden

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:3639](#) 31-03-2023

Enquête Vroon-concern

Rechtbank

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2024:162](#) 04-01-2024

Rechtsgeldig ontslag bestuurder vanwege gebrek aan vertrouwen

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:8338](#) 22-12-2023

STAK Selvino/Bestuurders GPB-Groep

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:6812](#) 14-12-2023

Statutaire aanbiedplicht van aandelen na change of control

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:13532](#) 13-12-2023

Afgeleide schade vanwege onttrekking vermogen Paulus Loot B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:7379](#) 05-12-2023

Faillietverklaring geturboliquideerde bv

Annotatie

[Het eigene van het vennootschapsrecht als afbakeningscriterium](#)

T.M.C. Arons

Annotatie

[De feitelijk beleidsbepaler](#)

mr. J.E.P.A. van Hooff

RECHTSPRAAK

STAK Selvino/Bestuurders GPB-Groep

Een STAK eist in kort geding het ontslag van bestuurders van werkmaatschappijen binnen de groep. De groep kent een complexe structuur en verkeert in een financiële noodsituatie. De STAK vordert het ontslag van de bestuurders ingevolge artikel 2:8 BW. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af omdat de STAK niet behoort tot de kring van artikel 2:8 BW en dus onvoldoende belang bij haar vorderingen heeft. De voorzieningenrechter vergelijkt de onderlinge verhoudingen met die in de beschikkingen Chinese Workers en Funda en oordeelt dat de onderhavige situatie daarvan op essentiële punten afwijkt.

Inleiding

In deze zaak vordert STAK Selvino het ontslag van de bestuurders van enkele werkmaatschappijen binnen de GPB-groep op grond van artikel 2:8 BW. De GPB-groep is actief in de winning en verkoop van Venezolaanse olie en kent een zeer complexe groepsstructuur die is opgezet om bepaalde belastingvoordelen te benutten. De vraag die in deze zaak voorligt is of STAK Selvino – in het licht van deze specifieke groepsstructuur – behoort tot de kring van artikel 2:8 BW en of zij bij haar vordering aldus een voldoende belang heeft als bedoeld in artikel 254 Rv.

Voor een goed begrip van de zaak is ten aanzien van de groepsstructuur het volgende van belang: aan het hoofd van de werkmaatschappijen staat een commanditaire vennootschap ('Comford') met een beherende en een stille vennoot. Selvino Invested Ltd. ('SIL') is de stille vennoot van Comford, een entiteit waarin STAK Selvino een belang van 48% houdt. Het belang van STAK Selvino wordt weer (indirect) gehouden door 'UBO B'. Daarnaast wordt in de uitspraak verwezen naar 'UBO A', die onder meer een 100%-belang heeft in TRP Management Ltd., de beherend vennoot van Comford. Voor een schematische weergave van de groepsstructuur wordt verder verwezen naar rechtsoverweging 2.8 van de uitspraak.

Geschil

STAK Selvino ('Selvino') eist in kort geding verschillende maatregelen, waaronder het ontslag van de bestuurders. Volgens Selvino is de GPB-groep vanwege verschillende redenen in financiële problemen beland. Selvino ziet haar gedane investering als enige daadwerkelijke kapitaalverstrekker van de groep tenietgaan. De groep verkeert op dit moment in acute financiële nood en UBO B is bereid om – via Selvino – kapitaal bij te storten. UBO B eist daarbij wel dat het aandelenbelang van UBO A naar evenredigheid verwatert. De bestuurders van de werkmaatschappijen zijn verzocht om hieraan mee te werken – onder meer door het verstrekken van relevante informatie – maar hebben dit geweigerd. Ingrijpen door de voorzieningenrechter is om die reden gewenst.

De bestuurders van de werkmaatschappijen stellen dat de vorderingen van Selvino afgewezen dienen te worden. De complexe groepsstructuur is namelijk doelbewust opgezet om aan de zijde van UBO B – via Selvino – het recht op winst te scheiden van het recht op zeggenschap in de GPB-groep. Het was dus de bedoeling dat Selvino geen zeggenschap in de groep zou hebben en de bestuurders van de werkmaatschappijen niet zou kunnen ontslaan. Selvino behoort bovendien niet tot de kring van personen als bedoeld in artikel 2:8 BW. Verder zou Selvino niet bevoegd zijn om een procedure te starten bij de OK en om die reden ook in dit kort geding geen voorlopige voorzieningen kunnen vragen. De bestuurders verwijzen in dit verband naar de doctrine die door de Hoge Raad is ontwikkeld in *Chinese Workers* en *Funda* (zie HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833 (*Chinese Workers*) en HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283 (*Funda*), r.o. 37), en stellen dat de positie van Selvino niet op één lijn kan worden gesteld met die van aandeelhouders of certificaaathouders als bedoeld in artikel 2:346 BW.

Beoordeling

De voorzieningenrechter oordeelt dat Selvino onvoldoende belang heeft om als belanghebbende in zin van artikel 254 Rv te worden aangemerkt. De voorzieningenrechter oordeelt dat Selvino niet de bevoegdheid heeft om een enquête te verzoeken bij de OK en een voorlopige voorziening in kort geding te verzoeken. Selvino is namelijk geen aandeelhouder in de werkmaatschappijen, maar is minderheidsaandeelhouder in een stille vennoot van een certificaaathouder. Een stille vennoot heeft geen zeggenschap; die is slechts kapitaalverstrekker. Voorhands kan dus niet worden gezegd dat Selvino valt in de kring van artikel 2:8 BW ('*degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie [van de rechtspersoon] zijn betrokken*').

Volgens de voorzieningenrechter wordt dit oordeel in het licht van de *Chinese Workers* en

Funda doctrine niet anders. In de *Chinese Workers*-beschikking is geoordeeld dat de strekking van het enquêterecht met zich brengt dat het belang van de verschaffer van risicodragend kapitaal aan de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, in beginsel op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder voor de toepassing van artikel 2:246 onder b BW. Selvino heeft echter slechts geld verstrekt aan SIL in de vorm van een lening en kan dus niet worden gezien als verschaffer van risicodragend kapitaal van de werkmaatschappijen. Verder bestaat er in dit geval geen aanleiding om de kring van personen – conform de *Funda*-beschikking – als bedoeld in artikel 2:8 BW uit te breiden, aangezien in deze structuur expliciet is beoogd om aan Selvino geen zeggenschapsrechten toe te kennen. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van Selvino af.

J.W.A. van der Salm, februari 2024

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 22-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:8338

Zaaknummer: C/13/741274 / KG ZA 23-949

Rechters: R.A. Dudok van Heel

Advocaten: J.K.A. van Loo, S.N.J. Putter, C. de Bres, D.C. Roessingh, F.J.L. Kaptein en M.A. Wielinga Carvajal

Wetsartikelen: 2:346 BW, 2:8 BW en 254 Rv

ANNOTATIE

Het eigene van het vennootschapsrecht als afbakeningscriterium

T.M.C. Arons

In het BMA-arrest heeft het HvJ EU bepaald dat de Peeters/Gatzen-vordering valt onder de Rome II-verordening. Bij de vestigingsplaats van de failliet is de schade geleden. De auteur doet op basis van het functionele afbakeningscriterium van het HvJ EU een voorzet onder welk regime (Rome II of lex societatis) diverse (bestuurders)aansprakelijkheden vallen.

1 Feitenkader en juridische vraagstelling

Het gaat in deze zaak om rechtsvorderingen van de curator van BMA Nederland BV (hierna: BMA NL) en de Stichting Belangenbehartiging Crediteuren BMA Nederland (hierna: Crediteurenstichting) tegen BMA Braunschweigische Maschinenbau AG (hierna: BMA AG). BMA AG is de Duitse grootmoedervenootschap van BMA NL. De curator spreekt op grond van een Peeters/Gatzen-vordering BMA AG aan wegens schending van haar zorgplicht jegens de gezamenlijke crediteuren van BMA NL. De Crediteurenstichting vordert in een collectieve actie (art. 3:305a BW) eveneens schadevergoeding van BMA AG wegens schending van haar zorgplicht jegens de individuele schuldeisers van BMA NL die zich bij haar hebben aangesloten. Bij beide rechtsvorderingen gaat het om een bijzondere processuele bevoegdheid om niet in naam van, maar wel ten behoeve van anderen, in dit geval de schuldeisers van de failliet, rechtsvorderingen in te stellen en zo een materieel recht geldend te maken (*ius agendi*). De betrokken vorderingsrechten, dat wil zeggen de materiële aanspraken of de subjectieve rechten, zijn hier niet de onbetaald gebleven (contractuele) vorderingen van de individuele schuldeisers op de failliet, maar de onrechtmatige daad van de derde die door zijn handelen de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers onrechtmatig heeft beperkt.[1] Dit laatste betreft de ‘materiële’ kant van de Peeters/Gatzen-vordering.

2 Internationale bevoegdheid bij Peeters/Gatzen-vordering

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) had reeds in de NK/BNP Paribas-zaak bepaald dat de Peeters/Gatzen-vordering onder het bereik van de Brussel Ibis-

verordening (hierna: BrIbis-Vo) valt en niet onder dat van de Insolventieverordening (hierna: IVO).[2] In deze zaak zijn door de rechtbank Midden-Nederland prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld over de uitleg van internationaal privaatrechtelijke kwesties van internationale bevoegdheid om kennis van het geding te nemen en de aanwijzing van het op de vordering(en) toepasselijk recht. Voor wat betreft de bevoegdheid gaat het dan om de vraag waar het schadebrengende feit in de zin van artikel 7 onder 2 BrIbis-Vo ligt. Daar is het HvJ EU kort over; dit is gesitueerd bij de vestigingsplaats van de failliet voor beide acties (die van de curator en die van de 305a-organisatie).[3] Het HvJ EU overweegt tamelijk pragmatisch dat ervan uitgegaan mag worden dat op deze vestigingsplaats informatie beschikbaar is over de ontwikkeling van de financiële toestand van deze vennootschap, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de zorgplicht is geschonden, en zo ja, in welke mate.[4] De schade van elk van de individuele schuldeisers (lees: het onbetaald blijven van hun (contractuele) vorderingen op de failliet) kwalificeert hij als indirect en daarmee irrelevant.[5] Overigens geldt de vestigingsplaats als aanknopingsfactor alleen in de specifieke omstandigheden waarin het gaat om vorderingen van de crediteuren van de failliet jegens de gezamenlijke grootmoeder. Bij rechtsvorderingen zoals in de NK/BNP Paribas-zaak, waarbij de curator een derde (in casu een bank waar de gefailleerde een rekening aanhield) aanspreekt wegens schending van haar zorgplicht jegens de gezamenlijke schuldeisers, werd het schadebrengende feit niet bij de vestigingsplaats van de failliet gesitueerd, omdat het door de derde verdwenen verhaalsobject zich in België bevond.[6][7]

3 Toepasselijk recht

Ten tweede stelt de rechtbank een vraag over het toepasselijk recht. Op grond van artikel 4 lid 1 Rome II-verordening (hierna: Rome II-Vo) worden niet-contractuele verbintenissen - beheerst door het recht van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen. De in BrIbis-Vo en Rome II-Vo gehanteerde begrippen moeten zo veel mogelijk uniform worden uitgelegd.[8] De plaats waar het schadebrengende feit in de zin van BrIbis-Vo zich voordoet, kan in bijzondere gevallen gelegen zijn in twee jurisdicties, indien de plaats waar de onrechtmatige gedraging heeft plaatsgevonden (Handlungsort) niet dezelfde is als de plaats waar de eiser zijn rechtstreekse schade heeft geleden. In dat geval heeft de eiser de keuze uit twee bevoegde rechters. Deze plaats waar de schade rechtstreeks is geleden (Erfolgsort), geldt als aanknopingsfactor voor Rome II-Vo. In deze zaak is gesteld noch gebleken dat het Handlungs- en Erfolgsort uiteenliepen. Geldt de vestigingsplaats van de failliet dan ook als plaats waar de schuldeisers hun schade hebben geleden in de zin van artikel 4 lid 1 Rome II-Vo? Speelt hierbij het speciale ius agendi van de curator of de 305a-organisatie, of het feit dat er een

financieringsovereenkomst tussen de grootmoeder en de failliet bestond die door Duits recht wordt beheerst en waarin een exclusieve forumkeuze voor een Duitse rechter werd gedaan nog een rol? Allereerst overweegt het HvJ EU dat het hier gaat om vast te stellen welk recht van toepassing is op de verplichting tot schadeloosstelling uit hoofde van de zorgplicht die rust op de grootmoedermaatschappij van de failliet. Dit is in beginsel het recht van het land waar de failliet is gevestigd.[9] Gleichlauf kortom. Maar er zit nog wel een belangrijke adder onder het gras.

4 Typische rechtspersonenrechtelijke kwesties in het EU-ipr

Niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit typisch rechtspersonenrechtelijke handelingen (oprichting, registratie, rechts- en handelingsbevoegdheid, bevoegdheidsverdeling tussen organen, ontbinding), waaronder ook expliciet de persoonlijke aansprakelijkheid van vennoten of leden voor de schulden van de rechtspersoon en de persoonlijke aansprakelijkheid van de accountant jegens de rechtspersoon en de vennoten of leden voor de wettelijke controle, zijn van het toepassingsbereik van Rome II-Vo uitgesloten.[10] Reeds eerder heeft het HvJ EU geoordeeld dat de overeenkomstige uitsluitingsbepaling van deze rechtspersonenrechtelijke kwesties in Rome IVo inzake het toepasselijk recht bij contractuele verbintenissen[11] uitsluitend ziet op de organische aspecten van deze vennootschappen.[12]

Dit vergt een beoordeling per geval of de niet-contractuele verbintenis van de vennoot of het lid, de bestuurder respectievelijk de accountant bestaat om redenen die eigen zijn aan het rechtspersonenrecht, of om redenen die daar los van staan (het functioneel criterium).[13] Het is immers volgens het HvJ EU de uitdrukkelijke wens van de EU-wetgever geweest om aspecten waarvoor een specifieke oplossing bestaat die voortvloeit uit het verband tussen die aspecten en de werking van de vennootschap onder één toepasselijk rechtsregime te laten vallen, de *lex societatis*. [14] De A-G overweegt:

‘Concreet wordt de persoonlijke aansprakelijkheid van vennoten en bestuurders voor de schulden van de vennootschap geacht te zijn uitgesloten van de Rome II-verordening omdat het vennootschappelijke aspect alle andere overwegingen absorbeert. Als een regel inzake niet-contractuele aansprakelijkheid zo is doordrenkt met overwegingen die eigen zijn aan de vennootschappelijke context dat hij buiten die context zijn zin verliest, moet dat met het oog op de kwalificatie prevaleren.’[15]

Volgens het HvJ EU moet dit functioneel criterium worden toegepast bij het onderscheid tussen de uit de betrekking tussen bestuurder en vennootschap voortvloeiende specifieke zorgplicht en de algemene zorgplicht *erga omnes*. Alleen deze laatste valt onder de reikwijdte

van Rome II-Vo. Het is aan de nationale rechter om dit te beoordelen.

Indien deze vorderingen onder het Rome II-regime vallen, dan is de plaats van vestiging van de failliet de relevante aanknopingsfactor voor artikel 4 lid 1 volgens het HvJ EU.[16] Daar hebben de schuldeisers hun schade direct geleden. Ook voor het toepasselijk recht is de indirecte schade – het onbetaald blijven van de individuele schuldeisers van hun (contractuele) vorderingen op de failliet – irrelevant. De vraag wie de vordering instelt (ius agendi) en om welk soort vordering het gaat, heeft geen invloed op de vaststelling van de plaats waar de schade zich voordoet, en daarmee dus ook niet op het toepasselijk recht onder het Rome II-regime.[17] Het bestaan van de financieringsovereenkomst tussen de grootmoeder en de failliet volstaat niet om het toepasselijk recht dat krachtens artikel 4 lid 1 of lid 2 (bij gezamenlijke woonplaats eiser en gedaagde is het recht van het land van deze woonplaats van toepassing) is aangewezen uit te sluiten, laat staan dat automatisch het gekozen recht in die overeenkomst de onrechtmatige daad van de grootmoeder jegens de schuldeisers van de failliet beheerst.[18]

De rechtbank Midden-Nederland hanteert het onderscheid tussen ‘vennootschapsrechtelijke’ en ‘erga omnes’-aansprakelijkheid als volgt:

‘In deze zaak is de aansprakelijkheid van BMA AG niet gegrond op concernvorming of het niet naleven van regels omtrent kapitaalbescherming als onderdeel van de regels over de inrichting van vennootschappen en concerns.’[19]

Het gaat hier om het schenden van een zelfstandig op haar rustende algemene zorgplicht die is ontstaan doordat BMA AG langdurig aanzienlijke leningen aan BMA NL heeft verstrekt, waardoor BMA NL kon blijven voortbestaan. Volgens de curator en de Crediteurenstichting creëerde BMA AG daardoor in de markt waarin BMA NL actief was, een situatie waarin derden BMA NL als een betrouwbare handelspartner konden blijven beschouwen. BMA NL kon immers zonder problemen aan haar verplichtingen voldoen door de steun van BMA AG. Als komt vast te staan dat BMA AG de door de curator en de Crediteurenstichting gestelde zorgplicht heeft geschonden, rust op haar een verbintenis tot schadevergoeding vanwege schending van die algemene zorgplicht.

Volgens de rechtbank behoren aansprakelijkheden van aandeelhouders of bestuurders die hun grond vinden in concernvorming of het niet naleven van kapitaalbeschermingsregels wel tot de uitgesloten onderwerpen. Deze vallen niet onder het Rome II-regime en worden bij uitsluiting beheerst door de lex societatis. Tot op zekere hoogte is dit onderscheid arbitrair. Ook de hierboven geformuleerde zorgplicht vindt uiteindelijk zijn grond in de concernvorming en de daadwerkelijke ingrijpmacht van de aandeelhouder bij de dochter in

deze concernverhouding.[20] Niettemin kan ik de rechtbank hierin volgen dat de aansprakelijkheid van de aandeelhouder in dit geval niet 'bestaat om redenen die eigen zijn aan het vennootschapsrecht'.[21] Dat partijen die een schijn van kredietwaardigheid van een ander opwekken aansprakelijk kunnen worden gehouden door partijen die daarop hebben vertrouwd, geldt ook buiten het vennootschapsrecht.[22] Niettemin verdient hierbij opmerking dat het in verreweg de meeste gevallen gaat om aansprakelijkheid van de moedervennootschap in concernverhoudingen, waarbij de concernleidingsplicht, en de daarbij horende controle over de dochter, een belangrijke rol bij het aansprakelijkheidsoordeel speelt. Bovendien is deze aansprakelijkheid niet in het leven geroepen om een probleem dat specifiek door het vennootschapsrecht ontstaat op te lossen. Dit is anders bij bijvoorbeeld aansprakelijkheid voor ongeoorloofde uitkeringen van de vennootschap aan aandeelhouders. De rechtbank lijkt met dit criterium, dat de aansprakelijkheidsvorm zich buiten het vennootschapsrecht niet mag voordoen, de lat wel erg – zo niet te – hoog te leggen.

5 Internationale bevoegdheidsgrondslag bij bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen

Voor wat betreft de internationale bevoegdheid bij aansprakelijkstelling van bestuurders door de curator van een Nederlandse vennootschap heb ik in tabel 1 schematisch per grondslag van de vordering aangegeven welk regime (BrIbis-Vo of IVO) het toepasselijke recht aanwijst. Het eerdergenoemde NK/BNP Paribas-arrest is hiervoor leidend. Het HvJ EU hanteerde het volgende toetsingskader:

'Onder deze omstandigheden kan een vordering [Peeters/Gatzen; TA] als aan de orde in het hoofdgeding die, ten eerste, kan worden ingesteld door de schuldeiser zelf en dus niet onder de uitsluitende bevoegdheid van de curator valt, en, ten tweede, losstaat van de inleiding van een insolventieprocedure, niet worden beschouwd als een rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg van een dergelijke procedure, zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie heeft opgemerkt.'[23]

Op grond van dit criterium moet mijns inziens een vordering gebaseerd op artikel 2:138/248 BW als rechtstreeks en onlosmakelijk verbonden met de insolventieprocedure worden beschouwd. Het betreft een exclusieve bevoegdheid van de curator om iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk te houden voor het boedeltekort, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een soortgelijke vordering kan naar haar juridische aard niet naast of los van een insolventieprocedure worden ingesteld,[24] ook niet door individuele schuldeisers.[25] Sterker, het feit dat artikel 2:138/248 lid 8 BW uitdrukkelijk voorschrijft dat het instellen van deze vordering de bevoegdheid van de curator tot het aanspreken van de bestuurder(s) op

grond van artikel 2:9 BW voor onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap onverlet laat, maakt duidelijk dat het om verschillende vorderingen gaat.[26]

Op grond van artikel 2:9 BW kan de curator namens de vennootschap de (voormalig) bestuurder aanspreken tot schadevergoeding wegens onbehoorlijke taakvervulling. Ook al wordt de bestuurder verweten dat zijn onbehoorlijke taakvervulling heeft geleid tot het faillissement van de vennootschap, die op haar beurt daardoor schade lijdt, is dit geen vordering die rechtstreeks uit de insolventie voortvloeit en daarmee voldoende nauw verband houdt. Deze vordering kan los van de insolventieprocedure worden ingesteld en is geen exclusieve bevoegdheid van de curator, maar een bevoegdheid van de wettelijke vertegenwoordigers van de vennootschap, haar fungerende bestuurders. Zodoende zal de curator op grond van de BrIbis-Vo deze vordering moeten aanbrengen bij de rechter van de woonplaats van de bestuurder (art. 22 BrIbis-Vo)[27] of bij het gerecht van de statutaire zetel van de failliete vennootschap (art. 7 onder 1 sub b BrIbis-Vo).[28]

De curator kan ook namens de vennootschap de bestuurder aansprakelijk stellen wegens een onrechtmatige vermogensuitkering. De bestuurder van een BV is immers op grond van artikel 2:216 lid 3 BW hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering (dividend of kapitaal) is ontstaan. De voorwaarde is dan dat hij aan de vermogensuitkering goedkeuring heeft verleend, terwijl hij wist of redelijkerwijs moest voorzien dat de BV na uitkering niet kon voortgaan met betaling van haar opeisbare schulden.[29] Ook voor deze vordering geldt dat zij ook buiten het faillissement om door de vennootschap kan worden ingesteld en dit geen exclusieve bevoegdheid van de curator betreft.

Tabel 1 Internationale bevoegdheid

img alt="" src="/uploads/ckeditor/pictures/37/content_Arons_tabel1.JPG" style="height:164px; width:527px">

6 Toepasselijke verwijzingsregel bij bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen

Voor wat betreft het toepasselijke recht bij aansprakelijkstellingen van bestuurders door een curator van een Nederlandse vennootschap heb ik in tabel 2 schematisch per grondslag van de vordering aangegeven welk regime (lex societatis in titel 8, Boek 10 BW, IVO of Rome II-Vo) dit bepaalt. Zoals we veelal zullen zien, wordt het recht van de (zetel van de failliete) vennootschap aangewezen, maar het gaat er hier om welke verwijzingsregel van toepassing is. Hierbij moet op grond van het BMA-arrest eerst worden bepaald of de vordering een vennootschappelijke of een 'erga omnes'-aansprakelijkheid betreft. Voor wat betreft de twee interne bestuurdersaansprakelijkheidsgronden (art. 2:9 en 2:138/248 BW) kom ik tot de conclusie dat deze dusdanig met het vennootschapsrecht verbonden zijn en daarin hun

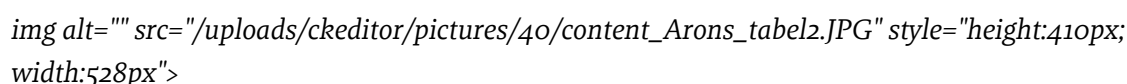
specifieke grond vinden dat zij zijn uitgesloten van het toepassingsbereik van Rome II. De aansprakelijkheid jegens de vennootschap voor een behoorlijke bestuurstaakvervulling en de aansprakelijkheid voor winstuitkering waarbij de vennootschap na uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden zijn niet goed voorstelbaar buiten het vennootschapsrecht om. Hetzelfde geldt voor de externe aansprakelijkheid bij schending van de inschrijvingsplicht ex artikel 2:69/180 lid 2 BW en de hoofdelijke gebondenheid bij rechtshandelingen die in de oprichtingsfase zijn verricht en nadien niet door de vennootschap zijn bekrachtigd ex artikel 2:93/203 lid 2 BW. Eveneens is met hantering van dit functioneel criterium goed verdedigbaar dat de externe aansprakelijkheid van bestuurders jegens zowel vennootschapscrediteuren (Ontvanger/Roelofsen-situaties[30]) als aandeelhouders[31] (wegens schending van de jegens aandeelhouders in acht te nemen zorgvuldigheid ex art. 2:8 BW alsook in NOM/Willemsen-situaties[32]) als een specifieke vennootschapsrechtelijke vorm van aansprakelijkheid geldt. Het handelen van de bestuurder en diens aansprakelijkheid voor gedragingen die primair worden toegekend aan de vennootschap en daarmee schulden van de vennootschap zijn geworden, staan hierbij centraal. Uiteraard verdient hierbij aantekening dat toepassing van het criterium dat de rechtbank hanteert, namelijk dat de aansprakelijkheidsvorm zich buiten het vennootschapsrecht niet voordoet, ook tot het oordeel kan leiden dat Rome II wel van toepassing is.[33] Ook de bestuurdersaansprakelijkheid voor misleidende mededelingen in de jaarrekening, tussentijdse cijfers of het bestuursverslag ex artikel 2:139/249 BW jegens aandeelhouders en crediteuren is niet goed voorstelbaar buiten het vennootschapsrecht. In de uitzonderlijke situatie dat het handelen van de bestuurder niet wordt toegerekend aan de vennootschap (Spaanse Villa) wordt de aansprakelijkheid van degene die onrechtmatig heeft gehandeld, maar niet bij de uitoefening van de bestuurstaak, uiteraard beoordeeld op grond van het recht van het *locus damni* in lijn met artikel 4 lid 1 Rome II-Vo, dat op deze onrechtmatige daad van toepassing is.[34]

De 2:216-aansprakelijkheid geldt als nieuwe regel van kapitaalbescherming voor de BV na invoering van de flex-BV.[35] Ondanks het feit dat deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid een codificatie betreft van een in de rechtspraak gevormde leer waarbij bestuurders (ook) jegens crediteuren aansprakelijk kunnen zijn voor ongeoorloofde uitkeringen, schaar ik deze toch onder het exclusieve vennootschapsrecht. Hiervoor is wat mij betreft van belang dat het een aansprakelijkheid jegens de vennootschap betreft en dat zij gemaximeerd is tot het tekort dat door de uitkering is ontstaan.[36] Zodoende geldt voor zowel 2:9- als 2:216-vorderingen dat zij beheerst worden door het door artikel 10:119 sub d BW aangewezen recht: de *lex societatis*. Bij een Nederlandse vennootschap dus het Nederlandse recht.

Voor de externe aansprakelijkheid gebaseerd op artikel 2:138/248 BW volgt uit mijn conclusie

hiervoor over de bevoegdheidskwestie dat zij rechtstreeks en onlosmakelijk verbonden is met de insolventieprocedure, dat de IVO ook het toepasselijk recht aanwijst. De *lex fori concursus* bepaalt de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor de gezamenlijke schuldeisers nadelige rechtshandelingen (art. 7 lid 2 sub m IVO). In het Kornhaas/Dithmar-arrest heeft het HvJ EU geoordeeld dat deze verwijzingsregel ook geldt bij de aansprakelijkstelling door de curator van (voormalige) bestuurders van een failliete vennootschap, voor zover dit een vordering is die rechtstreeks voortvloeit uit het faillissement en daarmee nauw verband houdt.[37] Voor wat betreft de Peeters/Gatzen-vordering heeft de rechtbank Midden-Nederland zoals hierboven geschetst terecht vastgesteld dat deze een ‘erga omnes’-aansprakelijkheid, in dit geval van de grootmoedervenootschap, betreft.

Tabel 2 Toepasselijk recht

The image is a placeholder for a table titled 'Tabel 2 Toepasselijk recht'. The placeholder text is: `img alt="" src="/uploads/ckeditor/pictures/40/content_Arons_tabel2.JPG" style="height:410px; width:528px">`

In het BMA-arrest heeft het HvJ EU gekozen voor het functioneel criterium als afbakening van het toepasselijke regime van aanwijzingsregels. De beoordeling per aansprakelijkheidsgrond of deze al dan niet eigen is aan het vennootschapsrecht biedt meer ruimte voor de *lex societatis* (dus geen toepassing van Rome II) dan vooraf gedacht. Gegeven dit criterium, met ‘het eigen van het vennootschapsrecht’ en de hoge lat dat de aansprakelijkheidsvorm zich niet buiten het vennootschapsrecht mag voordoen, is niet te verwachten dat de al vóór het BMA-arrest uiteenlopende rechtspraak[38] snel tot meer eenduidige rechtspraak zal leiden.

Noten

[1] N.B. Pannevis, Polak. Insolventierecht, Deventer: Wolters Kluwer 2022/7.3.3.1.

[2] HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (NK/BNP Paribas). Vóór dit arrest bepleitte ik dat deze vordering onder het bereik van de IVO zou moeten vallen. Zie T.M.C. Arons, Internationale bevoegdheid en toepasselijk recht bij aansprakelijkstelling van bestuurders door de curator van een Nederlandse vennootschap, Ondernemingsrecht 2018, afl. 1, p. 13-22.

[3] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 40 en 43.

[4] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 33.

[5] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 35.

[6] HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1223, JOR 2020/222 m.nt. M.H.J. van Maanen (Rosbeek q.q./Fortis).

[7] Ik verwijs naar M. Zilinsky en A. Knigge, annotatie bij HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, JBPR 2022/33, par. 7.

[8] Overweging 7 considerans Rome II.

[9] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 49.

[10] Art. 1 lid 2 sub d Rome II-Vo.

[11] Art. 1 lid 2 sub f Rome I-Vo.

[12] HvJ EU 3 oktober 2019, C-272/18, ECLI:EU:C:2019:827 (VKI/TVP), r.o. 35.

[13] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 54.

[14] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 54. Zie de toelichting bij het gewijzigde voorstel van 21 februari 2006, COM(2006)83 def., p. 3: 'Amendement 20 beoogt niet-contractuele verbintenissen die het voorwerp van een specifieke regeling uitmaken in het kader van het vennootschapsrecht of van op andere rechtspersonen, zoals verenigingen, toepasselijke specifieke bepalingen, van de werkingssfeer van de verordening uit te sluiten. De Commissie aanvaardt dit amendement wat de inhoud betreft, maar stelt een eenvoudiger redactie voor.'

[15] Concl. A-G Campos Sánchez-Bordona bij HvJ EU 28 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:888, punt 53.

[16] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 61.

[17] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 62.

[18] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 64.

[19] Rb. Midden-Nederland 13 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2816, JOR 2022/271 m.nt.

T.M.C. Arons, r.o. 4.13.

[20] Zie Polak/Pannevis 2022/8.6.2.

[21] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 54.

[22] Vgl. H.C.F. Schoordijk, Het rechtsbeginsel ‘gij zult een ander niet op het foute been zetten’ en zijn reikwijdte, WPNR 2007, afl. 6693, p. 30-47.

[23] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 36.

[24] Vgl. het door A-G Bobek in NK/BNP Paribas gehanteerde toetsingskader waarnaar het HvJ EU uitdrukkelijk verwijst: ‘Vanuit dit oogpunt wil de nauwe samenhang eerder zeggen onlosmakelijk verbonden met. Dit komt neer op een “alleen indien-toets” (“but for-test”): indien een soortgelijke vordering (nogmaals, niet identiek wat alle procedurele elementen aangaat, maar alleen wat de juridische aard betreft) naast of los van de insolventieprocedure kan worden ingesteld, wordt bevestigd dat een dergelijke vordering niet onlosmakelijk met de insolventieprocedure is verbonden. Met een dergelijke toets kan nader worden bevestigd dat de bovengenoemde elementen bij de “ingang” of de “uitgang” van een vordering irrelevant zijn, voor zover zij louter voortvloeien uit het feit dat er insolventieprocedures lopen. Omgekeerd kan het antwoord anders luiden indien een specifieke vordering niet tegen of door iemand anders dan de curator kan worden ingesteld, of indien vooraf een insolventieprocedure moet worden geopend.’ Zie concl. A-G M. Bobek bij HvJ EU 18 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:850, punt 67-68.

[25] Vgl. P. Vlas, Rechtspersonen (vijfde druk), Antwerpen: Maklu 2017, p. 204, verwijzend naar een soortgelijke actie in het Franse recht, ‘action contre les dirigeants d’une personne morale en comblement pour insuffisance d’actif’ (art. L651-1 t/m L651-4 Code de commerce), waarvan het HvJ EU heeft geoordeeld dat het een insolventievordering betreft. Zie HvJ EG 22 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:49 (Gourdain/Nadler).

[26] Zie ook Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 6-7 (MvT).

[27] Bij een bestuurder-werknemer op grond van art. 22 BrIbis-Vo. Zie HvJ EU 10 september 2014, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, JAR 2015/261 m.nt. F.G. Laagland; JOR 2015/288 m.nt. C.G. van der Plas; JBPR 2015/55 m.nt. R.B. van Hees; IPRax 2016, p. 115 m.nt. P. Kindler (Holterman Ferho Exploitatie BV e.a./Spies), r.o. 49.

[28] Bij een bestuurder-niet-werknemer op grond van art. 7 lid 1 sub b BrIbis-Vo. Als aanknopingsfactor geldt in dat geval de plaats waar de bestuurder zijn werkzaamheden gewoonlijk heeft verricht. Dit zal bij ontstentenis van een aanwijzing in de statuten of enig ander document waarin de verplichtingen van de bestuurder ten opzichte van de vennootschap staan in de regel de plaats zijn waar de statutaire zetel van de vennootschap is gelegen. Zie HvJ EU 10 september 2014, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574 (Holterman Ferho Exploitatie BV e.a./Spies), r.o. 54-64.

[29] Uit de MvT blijkt dat hierbij een tijdspanne van één jaar in acht moet worden genomen. Zie Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 25, 30-31, 33 en 71.

[30] Dit betreft dus vorderingen jegens de bestuurder vanwege (1) Beklamel: het aangaan en de niet-nakoming van contractuele verplichtingen van de vennootschap (en geen verhaal bieden van de vennootschap) respectievelijk (2) het bewerkstelligen/toelaten door de bestuurder dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichting (bijv. door selectieve betaling) schendt, terwijl schade voor de gelaedeerde voorzienbaar was. Zie HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, Ondernemingsrecht 2007/36 m.nt. J.B. Wezeman (Ontvanger/Roelofsen).

[31] Uiteraard kan afgeleide schade in de weg staan aan de bestuurdersaansprakelijkheid.

[32] Dit betreft vorderingen van een aandeelhouder jegens een bestuurder voor niet-nakoming van statutaire verplichtingen die beogen de (individuele) aandeelhouder te beschermen. Zie HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders; JOR 2008/260 m.nt. Y. Borrius (NOM/Willemsen).

[33] Zie Vlas 2017, randnrs. 320-321: 'In deze laatste twee situaties kan eigenlijk niet van doorbraak van aansprakelijkheid worden gesproken, maar van "quasi-doorbraak": er is sprake van een zelfstandige grond voor aansprakelijkheid van de aandeelhouder of bestuurder die voortspuit uit een contractuele gebondenheid dan wel uit een gepleegde onrechtmatige daad.' Vlas verwijst ook naar rechtspraak waarin bestuurdersaansprakelijkheid à la Ontvanger/Roelofsen buiten het toepassingsbereik van Rome II wordt geoordeeld. Zie Rb. 's-Hertogenbosch 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8193, JOR 2011/362 m.nt. R.G.J. de Haan.

[34] Deze vorderingen vallen niet onder art. 10:119 sub e BW omdat het hier niet gaat om de

vraag of de bestuurder *naast* de vennootschap aansprakelijk is *uit hoofde van zijn hoedanigheid als bestuurder* voor een (rechts)handeling waardoor de vennootschap wordt verbonden. Het gaat immers om een eigen onrechtmatige handeling die losstaat van de bestuurstaak. In de zaak Spaanse Villa ging het om een op de bemiddelaar persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting tot het juist informeren van de kopers; in de zaak Breeweg/Wijnkamp betrof het een beroepsfout van een advocaat. Zie HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, JOR 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten; JA 2013/59 m.nt. F. Leopold en R. van Vlooten; Ondernemingsrecht 2013/47 m.nt. M.J. Kroeze; NJ 2013/302 m.nt. P. van Schilfgaarde; AA20130125 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (Spaanse Villa); HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, JOR 2015/289 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Breeweg/Wijnkamp c.s.).

[35] S.E. van der Waals, De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (diss. Utrecht; VDHI nr. 139), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 98.

[36] Zie Van der Waals, p. 100.

[37] HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806, JOR 2016/104 m.nt. P.M. Veder (Kornhaas/Dithmar q.q.), r.o. 16-21, verwijzend naar HvJ EU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410, JOR 2016/103 m.nt. P.M. Veder onder JOR 2016/104 (H./H.), r.o. 26.

[38] Zie Vlas 2017, randnrs. 320-322.

RECHTSPRAAK

Rechtsgeldig ontslag bestuurder vanwege gebrek aan vertrouwen

De enig bestuurder van een Nederlandse dochtervennootschap van een internationaal concern wordt zowel vennootschapsrechtelijk alsook arbeidsrechtelijk ontslagen vanwege tegenvallende resultaten. Aan de bestuurder wordt geen billijke vergoeding toegekend. Het is aan de bestuurder te wijten dat bij de aandeelhouder het vertrouwen ontbreekt dat de bestuurder in staat is de vennootschap commercieel succesvol te leiden en dat de verhouding ernstig en duurzaam verstoord is.

Feiten

Verweerder ('de BV') is een dochtervennootschap van een Duitse vennootschap ('GmbH'), die wereldwijd actief is als fabrikant en leverancier van verpakkingsmachines en aanverwante oplossingen. De BV fungeert als het verkoopkantoor van GmbH voor de Benelux. Verzoeker ('de Bestuurder') is in dienst sinds 2002 en is opgeklommen tot de positie van managing director van de BV. De Bestuurder is op 1 januari 2011 benoemd tot statutair bestuurder van de BV.

Vanaf 2021 bleven de resultaten van de BV ver achter op de begroting. Op 29 september 2022 is de Bestuurder geïnformeerd dat GmbH haar wilde ontslaan vanwege de tegenvallende machineverkopen. De Bestuurder heeft vervolgens zonder toestemming bedrijfs-e-mails verwijderd. Op 3 oktober 2022 heeft de Bestuurder zich ziek gemeld, waarna de bedrijfsarts fysiologische spanningsklachten constateerde. Uiteindelijk heeft GmbH het aandeelhoudersbesluit genomen om de Bestuurder per diezelfde datum te ontslaan als statutair bestuurder van de BV en haar arbeidsovereenkomst per 1 april 2023 op te zeggen.

De Bestuurder verzoekt onder meer een billijke vergoeding, aangezien de BV volgens haar geen redelijke grond voor ontslag had en bovendien ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

Oordeel

De rechtbank merkt op dat het bijzondere in deze zaak is dat de Bestuurder op 29 september 2022 op de hoogte wordt gebracht van het voornemen om haar te ontslaan en dan ook op non-actief wordt gesteld, terwijl de aandeelhoudersvergadering over dit voorgenomen ontslag pas op 27 maart 2023 is geweest. Een dergelijke lange duur tussen de mededeling van het voornemen van ontslag en de aandeelhoudersvergadering daarover is niet gebruikelijk.

Vaststaat dat de verkoopresultaten van de BV vanaf 2021 slecht zijn. De machineverkoop, goed voor een aandeel van 60% in de omzet van de BV en daarmee de corebusiness, is fors teruggelopen en dat veroorzaakt de slechte resultaten. De tegenvallende verkoopcijfers van de BV zijn bij herhaling onderwerp van gesprek geweest tussen de BV en haar aandeelhouder GmbH. Tijdens de bespreking van 22 april 2022 is besloten dat er een plan moest worden opgesteld om tot verbetering van de resultaten te komen. De Bestuurder was als managing director van de BV verantwoordelijk voor dit plan. Ondanks de dringende boodschap vanuit de aandeelhouder op 22 april 2022 dat de tegenvallende resultaten actie vereisen, toont de Bestuurder onvoldoende initiatief om tot concrete acties te komen voor verbetering van de machineverkoop. Ook blijkt het gebrek aan voldoende initiatief uit het feit dat de Bestuurder onvoorbereid verschijnt tijdens een belangrijke meeting op 5 september 2022, die om die reden vervolgens verzet moet worden naar 8 september 2022. Tot slot is voor de rechtbank relevant dat de Bestuurder weliswaar aan de slag is gegaan met het plan om tot verbetering van de machineverkoop te komen, maar dat dit plan in september 2022 nog steeds geen definitieve vorm had gekregen.

De rechtbank constateert dat er – al ten tijde van de mededeling in september 2022 van het ontslagvoornemen – een verschil van inzicht bestond tussen de BV en de Bestuurder over de wijze waarop de Bestuurder aan haar functie als statutair bestuurder inhoud diende te geven. De rechtbank is van oordeel dat het verschil van inzicht op het niveau van bestuurder en aandeelhouder dusdanig groot is dat het kwalificeert als ‘andere omstandigheden’ dan in artikel 7:669 lid 1 en 3 sub a tot en met g BW genoemd, zodat er sprake is van een situatie zoals vermeld in lid 3 van dat artikel onder h (de h-grond of restgrond).

Gelet op de bijzondere aard van de verhouding tussen een besloten vennootschap en haar bestuurder, kan zonder het vertrouwen dat de enig bestuurder in staat is de vennootschap commercieel succesvol te leiden, niet van de vennootschap gevegd worden om het dienstverband voort te zetten. De conclusie luidt dan ook dat de BV een redelijke grond had voor opzegging van de arbeidsovereenkomst met de Bestuurder. Ten overvloede overweegt de rechtbank dat zij het met de BV eens is dat de arbeidsverhouding tussen partijen op

27 maart 2023 ernstig en duurzaam verstoord was. De rechtbank ziet het feit dat de Bestuurder na de ontslagaanzegging de e-mails in haar zakelijke inbox heeft verwijderd als belangrijke oorzaak daarvan. De Bestuurder heeft geen recht op een billijke vergoeding.

Redactie, februari 2024

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 04-01-2024

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2024:162

Zaaknummer: C/02/410290/HA RK 23-111 (E)

Rechters: M.P. Tilman-Knoester

Advocaten: H.C.M. de Kort en G.J.L. Bright- van der Sluis

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub h BW en 2:244 BW

RECHTSPRAAK

Digital & Media Solutions B.V./Bestuurder

Een CFO wordt zowel vennootschapsrechtelijk alsook arbeidsrechtelijk ontslagen, dat laatste zonder rechtsgeldige ontslaggrond. Aan de bestuurder wordt een billijke vergoeding toegekend, omdat de vennootschap ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, onder andere door een en ander op een onfatsoenlijke en onnodig kwetsende manier aan te pakken.

Feiten

Geïntimeerde ('de Bestuurder') is op 15 maart 2022 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij Digital & Media Solutions B.V. ('D&MS'). Per 1 mei 2022 is de Bestuurder als statutair bestuurder ingeschreven in het handelsregister in de functie van onder meer CFO. Van 1 oktober 2022 tot 10 oktober 2022 heeft de Bestuurder een vakantie gepland die is afgestemd met D&MS. Op 29 september 2022 vindt een bijeenkomst plaats. Daarbij zijn de beide aandeelhouders aanwezig. Aan de Bestuurder wordt op deze bijeenkomst medegedeeld dat X tot CEO van D&MS Holding B.V. zal worden benoemd en dat de Bestuurder als statutair bestuurder van D&MS niet meer nodig is. Er wordt namelijk gekozen voor een eenhoofdig statutair bestuur van D&MS. De Bestuurder wordt met onmiddellijke ingang vrijgesteld van werk.

Na afloop van het gesprek ontvangt de Bestuurder een oproepingsbrief d.d. 29 september 2022 voor de algemene vergadering van aandeelhouders van D&MS die op 11 oktober 2022 zal plaatsvinden ten behoeve van zijn ontslag. Bij aandeelhoudersbesluit van 11 oktober 2022 wordt de Bestuurder als statutair bestuurder ontslagen. De Bestuurder had van tevoren medegedeeld niet naar de vergadering te zullen komen. Bij brief van 14 oktober 2022 heeft D&MS de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 december 2022. De Bestuurder heeft nog geen nieuwe baan kunnen vinden. De Bestuurder heeft in eerste aanleg verzocht om een billijke vergoeding. De rechtbank heeft een billijke vergoeding ter hoogte van € 74.000 bruto toegekend. D&MS heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Volgens D&MS is er sprake van een voldragen a-grond, bedrijfseconomische omstandigheden. Door organisatorische veranderingen is de functie van de Bestuurder komen te vervallen. Naar het oordeel van het hof is echter onvoldoende komen vast te staan dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden. Van belang is dat een van beide aandeelhouders in 2021 60% van zijn aandelen in D&MS heeft verkocht aan investeringsmaatschappij OxGreenfield. Daarna hebben beide aandeelhouders beslist dat er een tweehoofdige statutaire directie moest komen, te weten een CEO en een CFO. Ter uitvoering van deze strategie is de Bestuurder per 1 maart 2022 in dienst gekomen als CFO. Tegen deze achtergrond had van D&MS mogen worden verwacht dat zij goed uitlegt hoe het kan dat in de periode maart 2022 tot september 2022 de inzichten over de inrichting van de aansturing van haar onderneming zo sterk zijn veranderd. De uitleg die D&MS daarvoor geeft is, naar het oordeel van het hof niet overtuigend, temeer omdat deze niet wordt ondersteund door documentatie zoals een doorlichting van de organisatiestructuur door een deskundige of een op schrift gestelde langetermijnvisie.

Daarnaast is gebleken dat er cashflowproblemen waren. Dit triggerde bij de aandeelhouders de discussie of de Bestuurder wel de juiste man op de juiste plaats was. Het hof overweegt dat het verwijt aan de Bestuurder over de cashflowproblemen op zich geen aanleiding hoeft te zijn om de structuur aan te passen maar veeleer uitnodigde tot een goed gesprek met de Bestuurder en zo nodig een aanwijzing om binnen een bepaalde termijn tot optimalisering van de financiële rapportage te komen. Een en ander geldt temeer nu de Bestuurder voorbeelden van zijn financiële rapportages overlegt waarop blijkens een e-mail namens aandeelhouder OxGreenfield instemmend werd gereageerd.

Het hof overweegt dat op grond van het belang van de aandeelhouders het besluit is genomen om (oneerbiedig gezegd) de Bestuurder in te wisselen voor X. Dat staat de aandeelhouders op zich vrij. Het bedenken van een bedrijfsorganisatorische reden achteraf, die bovendien niet met objectieve stukken wordt gedocumenteerd, is echter geen voldragen a-grond. D&MS heeft geen andere grond voor het ontslag van de Bestuurder aangevoerd. Het voorgaande leidt dan ook tot de slotsom dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst vanwege het ontbreken van een redelijke grond voor ontslag is gedaan in strijd met artikel 7:669 lid 1 BW. Aan de Bestuurder wordt een billijke vergoeding ter hoogte van € 100.000 bruto toegekend, omdat D&MS ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, onder andere door een en ander op een onfatsoenlijke en onnodig kwetsende manier aan te pakken.

Redactie, februari 2024

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-01-2024

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2024:693

Zaaknummer: 200.329.903

Rechters: A.J.J. van Rijen en M.P.C.J. van Bavel

Advocaten: K.L.M. Kaldenbach en M.G.N. de Jonge

Wetsartikelen: 2:244 BW en 7:669 BW

RECHTSPRAAK

Afgeleide schade vanwege onttrekking vermogen Paulus Loot B.V.

Een aandeelhouder stelt schade te hebben geleden door onttrekking van vermogen uit een vennootschap door de andere aandeelhouder, beiden tevens bestuurder. De rechtbank stelt vast dat de eisende aandeelhouder onvoldoende heeft gesteld om te kunnen concluderen dat sprake zou zijn van schending van een specifiek jegens hem te betrachten zorgvuldigheidsnorm. Voorts honoreert de rechtbank het verweer op grond van rechtsverwerking, nu eiser lange tijd geen enkele interesse heeft getoond in (het voortbestaan van) de vennootschap.

Feiten en geschil

Eiser en erflater waren (tot aan het overlijden van erflater) beiden aandeelhouder en bestuurder van Paulus Loot B.V. ('Paulus Loot'). Paulus Loot was een vennootschap die investeerde in vastgoed. Volgens haar statuten mochten de bestuurders enkel gezamenlijk de vennootschap vertegenwoordigen. Op enig moment is echter wel een volmacht ingeschreven in het handelsregister, waarbij erflater gevlmachtigd werd om zelfstandig de vennootschap te vertegenwoordigen. Erflater heeft namens Paulus Loot eind jaren 90/begin jaren 2000 diverse vastgoedtransacties voltooid. Sinds 2003 is er echter geen direct contact meer tussen eiser en erflater betreffende de activiteiten van Paulus Loot.

Eiser heeft erflater gedagvaard nu erflater onrechtmatig zou hebben gehandeld door opbrengsten van gezamenlijke investeringen voor zichzelf en andere vennootschappen te houden in plaats van deze via Paulus Loot te delen met eiser.

Erflater (inmiddels in de procedure vertegenwoordigd door de erven) stelt dat eiser niets te vorderen heeft, nu erflater een geldige volmacht heeft tot vertegenwoordiging van Paulus Loot en dat eventuele vorderingen in ieder geval verjaard zouden zijn dan wel dat eiser door

rechtsverwerking afstand heeft gedaan van eventuele vorderingen.

Beoordeling

De rechtbank stelt voorop dat eiser in essentie stelt dat hij indirect, als aandeelhouder van Paulus Loot, schade heeft geleden door het onrechtmatig handelen van erflater, nu opbrengsten uit Paulus Loot niet aan de vennootschap zijn toegekomen, maar zijn omgeleid naar andere vennootschappen van erflater. Een dergelijke vordering dient beoordeeld te worden aan de hand van de norm zoals deze is gesteld in het arrest *Poot/ABP* (ECLI:NL:HR:1994:ZC1564). Uit dit arrest volgt de algemene regel dat indien een derde door middel van wanprestatie of onrechtmatige daad schade toebrengt aan een vennootschap, in beginsel uitsluitend de vennootschap vergoeding van die schade kan vorderen. Een aandeelhouder kan echter een vordering op grond van onrechtmatig handelen instellen indien hij bewijst dat er een specifiek tegen hem te betrachten zorgvuldigheidsnorm is geschonden. De rechtbank stelt vast dat eiser hiervoor onvoldoende heeft gesteld.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank de stelling van erflater dat sprake zou zijn van rechtsverwerking. Van rechtsverwerking kan slechts sprake zijn indien de schuldeiser naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zijn vordering niet meer geldend kan maken. Een enkel stilzitten is daarvoor onvoldoende en bijkomende omstandigheden dienen aan te tonen waardoor de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld door de aanspraak van de schuldeiser. De rechtbank is van oordeel dat in dit geval sprake is van rechtsverwerking, nu eiser na de eerdere gesprekken omtrent ontvlechting in 2000 en 2013 lange tijd niet van zich heeft laten horen en ook niet gereageerd heeft op verzoeken daartoe van erflater. Bovendien lijkt het er volgens de rechtbank op dat de in 1996 gemaakte afspraken ook tijdens de samenwerking niet zijn nageleefd en heeft eiser weinig invulling gegeven aan zijn rol als bestuurder van Paulus Loot. Nu eiser gedurende tien jaar geen blijk heeft gegeven van enige invulling van zijn rol als bestuurder/aandeelhouder noch anderszins interesse heeft getoond in Paulus Loot, heeft erflater daaruit kunnen en mogen afleiden dat eiser eventuele aanspraken niet meer geldend zou maken.

De rechtbank wijst de vorderingen van eiser af.

T.M. Goudzwaard, februari 2024

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 13-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:13532

Zaaknummer: C/15/321632 / HA ZA 21-570

Rechters: P.M. Wamsteker, A.H. Schotman en A.J. Wolfs

Advocaten: D. Fasseur en B.A.M. Hampsink

Wetsartikelen: 6:162 BW

ANNOTATIE

De feitelijk beleidsbepaler

mr. J.E.P.A. van Hooff

De auteur bespreekt het Red Dragon-arrest waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat iemand óók kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW als daarnaast formele bestuurders hun taken als bestuurders blijven uitoefenen. Volledige terzijdestelling van het bestuur is niet vereist.

1 Inleiding

Op grond van artikel 2:248 BW is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort als (1) sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en (2) het kennelijk onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Artikel 2:248 lid 7 BW bepaalt dat deze regel ook geldt voor, kort gezegd, een feitelijk beleidsbepaler. Lange tijd speelde de vraag of iemand ook feitelijk beleidsbepaler kan zijn als hij of zij *niet* het bestuur volledig terzijde heeft gesteld, dus als naast hem of haar een of meer formele bestuurders hun taken bleven uitoefenen. Die vraag beantwoordt de Hoge Raad in dit arrest bevestigend.[1]

Na een schets van de achtergrond van artikel 2:248 lid 7 BW en eerdere jurisprudentie, zal ik het arrest en de betekenis daarvan voor de praktijk bespreken. In dat kader zal ik ook aandacht besteden aan omstandigheden die kunnen leiden tot de conclusie dat iemand feitelijk beleidsbepaler is, en omstandigheden die kunnen afdoen aan die conclusie.

2 Achtergrond van artikel 2:248 lid 7 BW

Artikel 2:248 BW is in zijn huidige vorm ingevoerd bij de ‘derde anti-misbruikwet’.[2] Deze en de andere twee misbruikwetten werden in de jaren tachtig ingevoerd om het toenemende misbruik van rechtspersonen een halt toe te roepen.[3] Malafide ondernemers gebruikten plof-BV’s, met grote schade voor de fiscus, sociale verzekeringsinstellingen, bedrijfstakpensioenfondsen en andere onbetaalde schuldeisers tot gevolg.[4]

Artikel 2:248 BW gaat over aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement van de vennootschap. De vordering op basis van het artikel wordt ingesteld door de curator ten

behoefte van de gezamenlijke schuldeisers.[5] Het artikel versterkt de positie van de curator op verschillende manieren vergeleken met acties op grond van bijvoorbeeld artikel 2:9 of 6:162 BW. Zo is op grond van artikel 2:248 BW iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk en wordt de curator geholpen op het gebied van de begroting van schade en het causaal verband tussen gedraging en schade. Artikel 2:248 lid 1 BW fixeert de schadevergoeding immers op het faillissementstekort en bepaalt dat voor aansprakelijkheid voor dat tekort voldoende is dat het kennelijk onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarnaast wordt de curator geholpen door de wettelijke kwalificatie en het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW: te late deponering van de jaarrekening en schending van de administratieplicht vormen ieder voor zich kennelijk onbehoorlijk bestuur, dat in dat geval tevens wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn, behoudens een onbelangrijk verzuim.

Ook artikel 2:248 lid 7 BW voorziet in een uitbreiding van het instrumentarium van de curator: voor de toepassing van artikel 2:248 BW wordt met een bestuurder gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede bepaald, als ware hij bestuurder. Vaak waren de bestuurders van de plof-BV's namelijk katvangers. In de memorie van toelichting wordt daarover opgemerkt:

‘Het zevende lid bepaalt, dat de vordering ook kan worden ingesteld tegen degene die, als ware hij bestuurder, het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald. (...) Deze uitbreiding tot beleidsbepalers verhoogt het effect van de bepaling tegen misbruik: zij maakt het immers onmogelijk dat de werkelijke bestuurders van de vennootschap zich aan de aansprakelijkheid onttrekken. Het met “strolieden” bemannen van het bestuur heeft dus geen zin.

Het is van belang er op te wijzen, dat de beleidsbepalers alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij de bestuurstaak daadwerkelijk uitoefenen. Dat is de betekenis van de woorden “als ware hij bestuurder”. Niet wordt bedoeld op adviseurs, kredietverleners die bepaalde voorwaarden stellen, een door de overheid benoemde waarnemer of anderen die weliswaar op het beleid van het bestuur een sterke of zelfs beslissende invloed kunnen hebben, doch die niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen. De bewijslast dat een bepaalde persoon het beleid heeft bepaald als ware hij bestuurder, rust in beginsel op de curator.’[6]

In de memorie van antwoord is vervolgens een aantal passages opgenomen waarin het begrip feitelijke beleidsbepaler verder wordt toegelicht en de minister ook rept over feitelijke terzijdestelling van het bestuur:

‘De toevoeging “als ware hij bestuurder” heeft ten doel, een zekere grens te trekken tussen personen binnen de vennootschap (de onderneming) die in feite de bestuursstaak uitoefenen ook al zijn zij geen formele bestuurders, en anderen die weliswaar op het te voeren beleid invloed kunnen hebben, maar die buiten de vennootschap (de onderneming) staan. (...)

Indien een commissaris binnen de grenzen van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheid handelt, handelt hij niet als bestuurder. Indien hij evenwel, met gebruikmaking van zijn feitelijke machtspositie in de vennootschap, daarin de lakens uitdeelt, de bestuursmacht aan zich trekt en de formele bestuurders zijn wil oplegt, kan hij worden aangemerkt als beleidsbepaler in de zin van het zevende lid. Hetzelfde geldt voor adviseurs of kredietverschaffers indien zij hun positie van buitenstaander zouden verlaten en de bestuursstaak in feite zouden overnemen. Een moedermaatschappij kan, zonder formeel bestuurder te zijn van haar dochter, toch als beleidsbepaler optreden wanneer zij in feite uit hoofde van haar machtspositie de leiding van de dochter in handen neemt en rechtstreeks haar wil oplegt aan de formele bestuurders.

Er moet enerzijds een directe bemoeienis met het bestuur zijn, anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur, wil er sprake zijn van “beleidsbepaler als ware hij bestuurder” [curs. JvH].’[7]

3 Eerdere jurisprudentie en literatuur

In het Red Dragon-arrest wordt aan de Hoge Raad voorgelegd of volledige terzijdestelling van het formele bestuur een noodzakelijke voorwaarde is voor de kwalificatie als feitelijke beleidsbepaler.

Tot aan dit arrest bestond er over het antwoord op deze vraag geen eensgezindheid in de literatuur en lagere jurisprudentie. Er werd onderscheid gemaakt tussen een enge (of strenge) opvatting en een ruime opvatting. Volgens de enge opvatting is feitelijke terzijdestelling vereist en zijn personen feitelijk beleidsbepalers als zij, in de woorden van Van Solinge en Nieuwe Weme, ‘als het ware op de plaats van de bestuurders zijn gaan zitten, zodat laatstgenoemden fungeren als marionetten’.[8] Deze opvatting werd onder andere verdedigd in de oude druk van de Asser door Van Solinge en Nieuwe Weme,[9] door Heuts[10] en door Lennarts.[11] Daarbij zij opgemerkt dat deze auteurs niet altijd uitwerken wat de ‘feitelijke terzijdestelling’ dan precies moet inhouden. Ook in sommige lagere jurisprudentie is deze enge opvatting omarmd. Zie bijvoorbeeld de volgende overweging uit een vonnis van de rechtbank Groningen van 31 januari 2007:

‘In het algemeen kan worden gesteld dat personen die in dienst zijn van de vennootschap en

die handelen binnen de grenzen van hun bevoegdheid niet als beleidsbepalers zijn aan te merken en dat hun handelen aan de bestuurders moet worden toegerekend. Hebben dergelijke personen evenwel met actieve of passieve medewerking van het bestuur de feitelijke macht in de onderneming in handen genomen en fungeren zij als de werkelijke bestuurders, terwijl de formele bestuurders min of meer als stromannen zijn te beschouwen, dan ligt de zaak anders.’[12]

In de ruime opvatting kunnen personen óók feitelijk beleidsbepalers zijn als zij het beleid van de vennootschap mede bepalen als waren zij bestuurders, terwijl de formele bestuurders óók invulling geven aan hun bestuurstaak. Deze opvatting heeft de afgelopen jaren de overhand genomen in de literatuur en komt ook in lagere rechtspraak terug.[13] Een belangrijke katalysator voor deze opvatting lijken twee conclusies van A-G Timmerman te zijn geweest. In zijn conclusie voor het Bonbosch-arrest uit 2006 merkte Timmerman het volgende op:

‘1.9 [Eiser] heeft aangevoerd dat feitelijke terzijdestelling van de (nominale) bestuurder vereist is voor een actie uit artikel 2:248 BW, hetgeen door de rechtbank is afgewezen. (...)

1.21 [Eiser] heeft onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis met betrekking tot art. 2:248 BW aangevoerd dat hij niet als feitelijk bestuurder kan worden aangemerkt omdat [betrokkene 2] steeds verantwoordelijk is geweest en gebleven voor bestuur en beleid. Hierdoor zou het vereiste van feitelijke terzijdestelling van [betrokkene 2] niet zijn vervuld. (...)

2.1 Cassatiemiddel I (...) klaagt dat het hof een te ruim criterium heeft gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van feitelijk medebestuurderschap en derhalve art. 2:248 lid 7 BW heeft geschonden. In het middel wordt betoogd dat het begrip “feitelijk medebestuurder” restrictief moet worden uitgelegd, inhoudende dat slechts van een “feitelijk medebestuurder” kan worden gesproken in het geval een of meer bestuurshandelingen worden afgedwongen door een feitelijk bestuurder (bijvoorbeeld een grootaandeelhouder in concernverband), vaak onder dreiging van schorsing of ontslag van het formele bestuur. Van een dergelijk afdwingen althans van een dergelijke handelwijze is volgens [eiser] geen sprake geweest. (...)

Voor een restrictieve uitleg van het begrip “feitelijk medebestuurder”, zoals [eiser] in het cassatiemiddel heeft betoogd, biedt de parlementaire geschiedenis geen steun. Het middel dient m.i. te falen omdat het uitgaat van een onjuiste betekenis van artikel 248, lid 7 BW.’[14]

De tweede conclusie van Timmerman is die voor het Atlanco-arrest van de Hoge Raad van 2 september 2011.[15] Timmerman merkte in die conclusie het volgende op:

‘3.1 (...) De eerste klacht is uitgewerkt onder 2 tot en met 8 van de cassatiedagvaarding en voert aan dat het hof onvoldoende of althans onjuist danwel onvolledig acht heeft geslagen op het gestelde in art. 2:248 lid 7 BW. Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:248 lid 7 BW is het – volgens de klacht – noodzakelijk dat er enerzijds een directe bemoeienis is met het bestuur en anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur. Door niet te overwegen dat er sprake zou zijn geweest van feitelijke terzijdestelling, is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. (...)’

3.2 (...) Uit de wetsgeschiedenis blijkt m.i. dat het vereiste van feitelijke terzijdestelling niet letterlijk genomen moet worden. Het gaat er om dat de feitelijke beleidsbepaler rechtstreekse bemoeienis heeft met de beleidsbepaling en zodoende de bestuursmacht aan zich trekt. Van feitelijke leiding geven in de zin van art. 248, lid 7 BW is m.i. sprake, als de feitelijke leidinggever aan de formele bestuurder zijn wil oplegt en die daarmee terzijde stelt. Het hof heeft in overeenstemming hiermee geoordeeld.’

De Hoge Raad verwierp het beroep en deed de zaak af op grond van artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO).

4 Red Dragon

In het Red Dragon-arrest wordt in cassatie geklaagd dat het oordeel van het hof berust op een onjuiste rechtsopvatting omdat het hof niet heeft beoordeeld of sprake is van feitelijke terzijdestelling van het bestuur, terwijl dit blijkens de wetsgeschiedenis wel een vereiste is om te kunnen spreken van een feitelijk beleidsbepaler.

De Hoge Raad overweegt naar aanleiding van deze klacht het volgende:

‘3.3 Of iemand het beleid van een vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder, en dus kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Met de zinsnede in de wetsgeschiedenis dat een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur vereist is om iemand als “beleidsbepaler als ware hij bestuurder” te kunnen aanmerken, is kennelijk niet beoogd tot uitdrukking te brengen dat de feitelijk beleidsbepaler moet hebben bestuurd in plaats en met uitsluiting van het formele bestuur. Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat de feitelijk beleidsbepaler zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid moet hebben toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Uit het woord “mede” in art. 2:248 lid 7 BW kan worden afgeleid dat van zodanige beleidsbepaling ook sprake kan zijn in de situatie dat daarnaast een of meer formele bestuurders hun taken als bestuurder bleven uitoefenen.

3.4 Het hof kon voor zijn oordeel dat [eiseres] als feitelijk beleidsbepaler is aan te merken, volstaan met een beoordeling van de vraag of [eiseres] het beleid van Red Dragon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware zij bestuurder. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.3 is overwogen, maakt onderdeel uit van die beoordeling de vraag of [eiseres] het formele bestuur, ten minste ten dele, feitelijk terzijde heeft gesteld. Onderdeel 1.1 faalt daarom.'

De Hoge Raad doet de overige klachten af op artikel 81 Wet RO en verwerpt het cassatieberoep.

5 Bespreking van het arrest

De Hoge Raad overweegt dus dat onderdeel van de beoordeling of iemand als ware hij bestuurder het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, is of die persoon het bestuur, *ten minste ten dele*, feitelijk terzijde heeft gesteld. *Niet* vereist is dat de feitelijk beleidsbepaler in plaats van, en met uitsluiting van, het formele bestuur de vennootschap heeft bestuurd.

Het valt op dat de Hoge Raad geen afstand neemt van het begrip 'feitelijke terzijdestelling'. Wel wordt de betekenis van het begrip aanzienlijk genuanceerd. Met dit begrip is volgens de Hoge Raad tot uitdrukking gebracht dat de persoon zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid moet hebben toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. De discussie of feitelijke terzijdestelling wél of niet vereist is (in de literatuur werd het verschil tussen de ruime en enge opvatting wel aldus samengevat),^[16] is dus een schijndiscussie. *Volledige* feitelijke terzijdestelling is niet vereist. *Gedeeltelijke* terzijdestelling is dat wel, maar slechts in de zin dat de feitelijk beleidsbepaler zich een deel van de bestuursbevoegdheid moet hebben toegeëigend.

Mogelijk zag de Hoge Raad geen ruimte om helemaal afstand te nemen van het begrip feitelijke terzijdestelling nu de wetsgeschiedenis dat begrip zo expliciet noemt. Ik blijf het wel een lastig begrip vinden. Als aan een formeel bestuur met twee leden een derde lid wordt toegevoegd, dan is er toch ook geen sprake van gedeeltelijke terzijdestelling van de eerste twee door de derde? De oplossing is wat mij betreft om, in de door A-G Assink in zijn conclusie voor dit arrest onderschreven woorden van A-G Timmerman, het woord 'terzijdestelling' niet letterlijk te nemen. Bartman stelt zelfs dat de Hoge Raad het criterium van feitelijke terzijdestelling met deze uitspraak heeft teruggebracht tot een 'nagenoeg fictief element'.^[17] Zie over de betekenis van het begrip verder de volgende paragraaf.

Ik had het in dat kader duidelijker gevonden als de Hoge Raad de tweede zin van r.o. 3.4 weg had gelaten en had volstaan met de duiding van de betekenis van het begrip 'feitelijke

terzijdestelling', die is opgenomen in r.o. 3.3. Het is echter wat het is. De Hoge Raad heeft in dit arrest onomstotelijk de ruime opvatting omarmd.

Als gezegd, was de ruime opvatting inmiddels al de meerderheidsopvatting in de literatuur. Ik zou zelfs willen verdedigen dat de Hoge Raad de ruime opvatting al had omarmd in het hiervoor genoemde Atlanco-arrest uit 2011.^[18] Daarin had de Hoge Raad immers ook al een rechtsklacht verworpen inhoudende dat het hof was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat iemand feitelijk beleidsbepaler was, zonder te overwegen dat er sprake was geweest van feitelijke terzijdestelling. In het Atlanco-arrest werd deze klacht echter op grond van artikel 81 Wet RO verworpen zonder motivering. Nu behandelt de Hoge Raad de onderhavige klacht met dezelfde strekking wel inhoudelijk. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad daarbij niet verwijst naar zijn Atlanco-arrest.

6 Betekenis van het arrest voor de praktijk: twee vereisten van artikel 2:248 lid 7 BW

Welke toets moet nu worden aangelegd om te beoordelen of iemand feitelijk beleidsbepaler is?

Het gaat om een tweeledige toets. In de eerste plaats moet iemand het beleid van de vennootschap hebben bepaald of mede hebben bepaald. In de tweede plaats moet die persoon dat hebben gedaan als ware hij bestuurder. De conclusie van A-G Assink voor het Red Dragon-arrest biedt een fraai overzicht van de invulling van beide vereisten.

Eerste eis: bepalen of mede bepalen van het beleid

Ten aanzien van de eerste eis, merkt Assink het volgende op:

'Het (...) begrip "beleid" van de vennootschap, wat raakt aan het besturen van de vennootschap in de zin van art. 2:239 lid 1 BW, dient ruim uitgelegd te worden. Dit omvat, blijkens de parlementaire geschiedenis en naar de kern genomen, zowel een uit een reeks van bestuursdaden volgende vaste gedragslijn als een bepaalde, enkele bestuursdaad.'^[19]

Zoals Assink vermeldt, moet de vraag of iemand het beleid (mede) heeft bepaald, worden onderscheiden van de vraag of die persoon is betrokken bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Betrokkenheid bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is géén noodzakelijke voorwaarde voor de toepasselijkheid van artikel 2:248 lid 7 BW. Assink wijst er terecht op dat die uitleg strookt met:

1. de tekst van de bepaling, die slechts op neutrale wijze rept over het bepalen of mede bepalen van het beleid van de vennootschap;

2. het doel van artikel 2:248 lid 7 BW, dat iemand die zich gedraagt als ware hij bestuurder voor de toepassing van artikel 2:248 BW wordt gelijkgesteld met een bestuurder;

3. een ordentelijke en gestructureerde toepassing van artikel 2:248 BW, waaronder artikel 2:248 lid 1 tot en met 3 BW, waarbij Assink erop wijst dat ook een feitelijk beleidsbepaler zich kan beroepen op de disculpatieregeling van lid 3, inhoudende dat niet aansprakelijk is een bestuurder (lees: de daarmee gelijkgestelde feitelijk beleidsbepaler) die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Assink benadrukt voorts dat het optreden als feitelijk beleidsbepaler als zodanig niet iets ontoelaatbaars is. Een persoon kan best (mede)beleidsbepaler zijn zonder dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, aldus Assink.

Tweede eis: als ware hij bestuurder

Met de voorgaande bespreking van het eerste vereiste zijn we al in het vaarwater gekomen van het tweede vereiste van artikel 2:248 lid 7 BW. Dat houdt namelijk in dat de persoon die het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald dat heeft gedaan *als ware hij bestuurder*. Dat tweede vereiste is van het eerste vereiste te onderscheiden. Het is volgens de memorie van toelichting opgenomen om duidelijk te maken dat de beleidsbepalers alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij de bestuurstaak daadwerkelijk uitoefenen. Dat is vooral van belang om ervoor te zorgen dat lid 7 zich niet uitstrekt tot 'adviseurs, kredietverleners die bepaalde voorwaarden stellen, een door de overheid benoemde waarnemer of anderen die weliswaar op het beleid van het bestuur een sterke of zelfs beslissende invloed kunnen hebben, doch die niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen'.^[20] Dergelijke personen moeten volgens de memorie van toelichting worden onderscheiden van personen 'binnen de vennootschap (de onderneming) die in feite de bestuurstaak uitoefenen ook al zijn zij geen formele bestuurders'. Het gaat er daarbij overigens steeds om welke feitelijke bevoegdheden een persoon heeft en hoe hij die aanwendt, ongeacht zijn juridische positie.^[21]

Het is ter illustratie van dit onderscheid tussen degenen die 'als bestuurder' optreden en degenen die dat niet doen, dat de wetgever het begrip 'feitelijke terzijdestelling' heeft geïntroduceerd. De kwintessens is in de bewoordingen van Assink:^[22]

'(...) dat het bij de in art. 2:248 lid 7, eerste zin BW vervatte maatstaf erom gaat of, in de gegeven feiten en omstandigheden, objectief gezien, de desbetreffende persoon die geen formele bestuurder van de vennootschap is daadwerkelijk en aanwijsbaar een zodanige

rechtstreekse bemoeienis heeft met haar beleidsbepaling (het bestuur van de vennootschap) dat hij daarmee bestuursmacht aan zich trekt, waardoor het beleid van de vennootschap niet louter door haar formele bestuurder(s) wordt bepaald. Bij bevestigende beantwoording vindt de gelijkstelling in deze bepaling toepassing, bij ontkennende beantwoording niet.'

Denkbaar is dat de betrokken persoon zelfstandig het beleid bepaalt, op de stoel van het bestuur gaat zitten en dus het bestuur volledig terzijde stelt. Dat kan een situatie zijn die zich van meet af aan voordoet (bijvoorbeeld als de bestuurder als stroman of katvanger op die positie is neergezet), of een situatie die zich van lieverlee zo ontwikkelt.

Een tweede mogelijkheid is dat de betrokken persoon opdrachten geeft die het bestuur opvolgt.[23]

Een derde mogelijkheid is dat de betrokken persoon en de formele bestuurders op nevensgeschikte basis fungeren. In dat geval bepaalt de bestuurder het beleid niet zelfstandig, maar wel mede. Dit is vergelijkbaar met de situatie waarin een meerhoofdig bestuur functioneert op basis van een taakverdeling. De betrokken persoon vervult in deze variant, naast de formele bestuurders en evenals die formele bestuurders, zelfstandig een gedeelte van de bestuurstaken, al dan niet op basis van een taakverdeling.[24]

Assink wijst er in zijn conclusie op dat deze uitleg past bij de bewoordingen van lid 7 ('het beleid heeft bepaald of *mede* heeft bepaald') en de parlementaire geschiedenis van het artikel. Bovendien past de uitleg in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij Assink vermeldt dat uit het hofarrest inzake Bonbosch blijkt dat ook dáár sprake was van een situatie waarin de betrokken persoon niet de enige (feitelijke) bestuurder was geweest. Het Atlanco-arrest noemt Assink opmerkelijk genoeg niet. Tot slot merkt Assink op dat deze uitleg ook ruime steun vindt in de literatuur.[25]

Wanneer is iemand nu te beschouwen als feitelijk beleidsbepaler? Uit het Red Dragon-arrest volgt dat beslissend is dat iemand zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid moet hebben toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Of dit het geval is, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. De stelplicht en bewijslast rusten hierbij op de curator. In zijn dissertatie heeft Van Nuland, op basis van de rechtspraak, de volgende lijst met omstandigheden opgesteld die in onderling verband bezien tot een kwalificatie als beleidsbepaler kunnen leiden:

– het ontbreken van enige mate van ondergeschiktheid ten opzichte van de formele bestuurders;

- het in vergaande of overwegende mate zelfstandig en/of onafhankelijk van de formele bestuurders optreden;
- het zich bemoeien met de onderneming in een mate die niet overeenstemt met de functie die de betrokkene binnen de onderneming heeft of de verhouding ten opzichte van de vennootschap;
- bemoeienissen met de dagelijkse gang van zaken, zoals de administratie, het personeelsbeleid, de inkoop en verkoop, acquisitie en klantenacceptatie, alsmede met beslissingen die van invloed zijn op de bedrijfsvoering of de (zelfstandige) continuïteit van de onderneming;
- een belangrijke mate van invloed op het beleid, zoals een actieve inbreng, taaktoebedeling, het geven van aanwijzingen of doen van voordrachten en deelname aan de besluitvorming, althans het accorderen daarvan, wat blijkt uit notulen van bestuurs- en/of managementvergaderingen;
- het beschikken over een volmacht om namens de vennootschap rechtshandelingen te verrichten;
- het onderhouden van contacten met derden, zoals werknemers, de bank, de accountant, de advocaat, de curator, de Belastingdienst, crediteuren, leveranciers, afnemers;
- de wijze waarop de betrokkene zich richting voornoemde derden presenteert, zoals het gebruikmaken van vermeldingen als ‘bestuur’, ‘directie’ en ‘management’;
- de perceptie van voornoemde derden over de hoedanigheid van betrokkene en diens positie binnen de onderneming;
- het aangaan van overeenkomsten namens of ten behoeve van de vennootschap, met name wanneer die overeenkomsten van belang zijn voor de financiën en bedrijfsvoering van de vennootschap;
- het aannemen en ontslaan van personeel;
- het (laten) doen van betalingen namens de vennootschap;

- het doen van belastingaangiften;
- de hoogte van de eigen beloning of bonussen van de betrokkene, met name wanneer deze niet in verhouding staat tot de functie, alsmede het (mee)beslissen over beloningen van anderen;
- het beschikken over en/of controleren van de (financiële) administratie van de vennootschap;
- het (mede)ondertekenen van jaarstukken en/of deze accorderen.[26]

Nu voor de vraag of iemand als feitelijk beleidsbepaler kan worden beschouwd alle omstandigheden van het geval van belang zijn, rijst de vraag welke omstandigheden kunnen afdoen aan de conclusie dat iemand feitelijk beleidsbepaler is. Voor een persoon die invloed heeft op het beleid van de vennootschap zonder formeel bestuurder te zijn en die de kans wil verkleinen om als feitelijk beleidsbepaler te worden aangemerkt, is mijns inziens in ieder geval het volgende van belang:

- Zorg voor een duidelijke juridische status van de positie en een schriftelijke vastlegging daarvan, bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht met de vennootschap.
- Als er rechtshandelingen worden aangegaan namens de vennootschap, zorg dan voor een (liefst beperkte) afdoende volmacht en vraag zo veel mogelijk expliciet goedkeuring aan het formele bestuur voor het aangaan van de rechtshandeling.
- Een commissaris zou wat mij betreft in elk geval beter kunnen afzien van het aangaan van rechtshandelingen namens de vennootschap, ook als daar een afdoende volmacht aan ten grondslag ligt.
- Als er contact is met personen binnen en buiten de vennootschap, maak dan expliciet duidelijk welke hoedanigheid de betrokken persoon heeft en dat de macht bij het bestuur ligt.
- Maak die hoedanigheid ook duidelijk in verhouding tot het bestuur, herhaal dat bij belangrijke besluiten, en benadruk dat het bestuur uiteindelijk beslist, waar van toepassing met goedkeuring van de raad van commissarissen of de algemene vergadering van aandeelhouders.
- Als de aandeelhouder of raad van commissarissen bepaalde besluiten aan zijn goedkeuring

wil onderwerpen, doe dat dan zo veel mogelijk conform de statuten en wijzig die zo nodig.

– Als de aandeelhouder of raad van commissarissen instructies wil geven, zorg dan voor een statutaire basis (art. 2:239 lid 4 BW) en maak bij het geven van die instructies duidelijk dat het gaat om instructies van het desbetreffende orgaan als bedoeld in artikel 2:239 lid 4 BW en de statuten.

Uiteindelijk gaat het erom hoe *feitelijk* wordt gehandeld, maar het in acht nemen van de voorgaande aanwijzingen leidt mijns inziens wel tot een kleinere kans dat achteraf wordt geoordeeld dat de betrokken persoon zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid heeft toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder.

7 Conclusie

In het Red Dragon-arrest heeft de Hoge Raad de ruime uitleg van artikel 2:248 lid 7 BW expliciet aanvaard. Deze ruime uitleg vormde al de meerderheidsopvatting in de literatuur en werd ook in lagere jurisprudentie toegepast. Voor een kwalificatie als feitelijk beleidsbepaler is *niet* vereist dat het formele bestuur *volledig* terzijde is gesteld. Beslissend is dat de betrokken persoon zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid heeft toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. De feitenrechter kan volstaan met een beoordeling van de vraag of de betrokken persoon het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware zij bestuurder. Van die beoordeling maakt onderdeel uit de vraag of de betrokken persoon het formele bestuur, ten minste ten dele, feitelijk terzijde heeft gesteld. Feitelijke terzijdestelling moet in dit verband niet letterlijk worden genomen. Het begrip is slechts behulpzaam bij het onderscheiden van personen die het beleid van de vennootschap (mede) hebben bepaald als waren zij bestuurders, van anderen die belangrijke invloed hebben gehad op het beleid.

Noten

[1] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445 (Red Dragon). Zie voor andere besprekingen van het arrest O. Oost, Voor kwalificatie als 'beleidsbepaler' in de zin van art. 2:138 (248) lid 7 BW is geen uitsluiting van het formele bestuur vereist, *Ondernemingsrecht* 2023/76 en K. Rutten & C.M. Tjoa, Hoge Raad verduidelijkt wanneer sprake is van een feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW, *Bb* 2023/34, evenals JOR 2023/175 m.nt. J.E. van Nuland, *TvI* 2023/32 m.nt. M.L. Lennarts, en AA 2023/881 m.nt. S.M. Bartman.

[2] Wijzigingswet van 16 mei 1986, *Stb.* 1986, 275, ook wel de Wet

bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement van de rechtspersoon.

[3] Met de eerste misbruikwet is art. 35 Invorderingswet ingevoerd en met de tweede art. 36 Invorderingswet.

[4] Zie over de achtergronden van de misbruikwetten Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 1.1 met verdere verwijzingen.

[5] Zie o.a. concl. A-G Assink 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1023, bij dit arrest, onder 3.6.1, en vgl. HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912, NJ 2009/438 (Stichting Derdengelden Simon).

[6] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 6.

[7] Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 23-24.

[8] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2019/194 sub c.

[9] Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009/465.

[10] O. Heuts, Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?, O&F 2007/74, p. 14-15.

[11] Lennarts, in: T&C Ondernemingsrecht 2022, art. 2:248 BW, aant. 9.

[12] Rb. Groningen 31 januari 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB2792, JOR 2007/226. Zie verder o.a. Hof 's-Gravenhage 26 september 2000, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB2792, JOR 2001/24 en Rb. Limburg 28 april 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3797.

[13] Zie o.a. B.F. Assink, Slagter. Compendium ondernemingsrecht (deel 1), Deventer: Kluwer 2013, p. 1057-1061, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2019/194 sub c, H.A. de Savornin Lohman, De aansprakelijkheid van de (mede)beleidsbepaler krachtens de Tweede Misbruikwet en de Derde Misbruikwet, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007 (VDHI nr. 93), Deventer: Kluwer 2007, p. 143 e.v., E.M. Soerjatin, Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid: de hits van 2014-2015, in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016 (VDHI nr. 134), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 35-36, J.N. Schutte-Veenstra, Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil? in: G. van Solinge e.a.

(red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 131, J.E. van Nuland, Beleidsbepaling en aansprakelijkheid (diss. Maastricht; VDHI nr. 170), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 107, Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4748, Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Alkmaar) 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480, JOR 2015/136 m.nt. S.M. Bartman en Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 28.3.2 met verdere verwijzingen.

[14] Concl. A-G Timmerman 1 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AY9710, voor HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9710, JOR 2007/7 (Bonbosch).

[15] Concl. A-G Timmerman 10 juni 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ8104, voor HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8104, RvdW 2011/1046 (Atlenco/Honoré van Schuppen q.q.).

[16] Zie bijv. Van Nuland 2020, p. 121-123.

[17] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445, AA 2023/881 m.nt. S.M. Bartman, p. 882.

[18] In dezelfde zin kennelijk Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 28.3.2.

[19] Concl. A-G Assink 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1023, bij dit arrest, onder 3.8.2. Zie voor een voorbeeld van een geval waarin een incidentele bestuurshandeling leidde tot kwalificatie als feitelijk beleidsbepaler Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4748.

[20] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 6 (MvT).

[21] Van Nuland 2020, p. 121-123.

[22] Concl. A-G Assink 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1023 (Red Dragon), onder 3.8.3.

[23] In deze zin Van Nuland 2020, p. 122-123.

[24] Vgl. Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 28.3.2 en concl. A-G Assink 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1023 (Red Dragon), onder 3.8.3.

[25] Concl. A-G Assink 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1023 (Red Dragon), onder 3.8.3.

[26] Van Nuland 2020, p. 130-131 met verdere verwijzingen. Ook Schutte-Veenstra 2017, p. 129 e.v. geeft een overzicht van relevante jurisprudentie.

RECHTSPRAAK

Statutaire aanbiedplicht van aandelen na change of control

Na het overlijden van een bestuurder van één van de twee aandeelhouders in een joint venture, claimt de andere aandeelhouder dat de zeggenschap in zijn medeaandeelhouder is gewijzigd en dat dit een aanbiedingsplicht voor de betreffende aandeelhouder inhoudt. In kort geding wordt door de ene aandeelhouder eerbiediging van haar rechten als aandeelhouder en bestuurder gevorderd, totdat in een bodem- of enquêteprocedure is beslist. De andere aandeelhouder vordert aanbieding van de aandelen door haar medeaandeelhouder. De voorzieningenrechter oordeelt dat inderdaad een aanbiedingsplicht is ontstaan, maar wijst de vordering tot aanbieding van de aandelen bij gebrek aan spoedeisend belang af.

Feiten

‘Eiseres 1 BV’ en ‘Gedaagde 1 BV’ zijn ieder voor 50% aandeelhouder in een joint venture (‘Gedaagde 3 BV’). ‘Eiseres 2 BV’ en ‘Gedaagde 2 BV’, 100% dochters van Eiseres 1 BV respectievelijk Gedaagde 1 BV, zijn de bestuurders van Gedaagde 3 BV. Boven Eiseres 1 BV en Gedaagde 1 BV hangen diverse andere vennootschappen. De vennootschappen aan de zijde van Eiseres 1 BV worden uiteindelijk bestuurd door ‘Bestuurder A’ en ‘Bestuurder B’. De vennootschappen aan de zijde van Gedaagde 1 BV worden bestuurd door ‘Gedaagde 4’.

Na het overlijden van Bestuurder A ontstaat een geschil over de zeggenschap en de vermeende aanbiedingsplicht van Eiseres 1 BV. Gedaagde 1 BV beweert dat het overlijden van Bestuurder A leidt tot een wijziging in de zeggenschap over Eiseres 1 BV, waardoor voor Eiseres 1 BV op grond van de statuten van Gedaagde 3 BV een aanbiedingsplicht voor de aandelen van Eiseres 1 BV in Gedaagde 3 BV is ontstaan. Eiseres 1 BV betwist dat sprake is van een wijziging in de zeggenschap en dus dat op haar een aanbiedingsplicht rust.

Gedaagde 1 BV plant een algemene vergadering van aandeelhouders, waarin zij de opschorting

van aandeelhoudersrechten van Eiseres 1 BV en het ontslag van Eiseres 2 BV als bestuurder van Gedaagde 3 BV agendeert. Eiseres 1 BV en Eiseres 2 BV ('Eiseressen') starten daarop een kort geding, waarin zij vorderen dat Gedaagde 1 BV haar aandeelhoudersrechten en de rechten van Eiseres 2 BV als bestuurder van Gedaagde 3 BV eerbiedigt, totdat in een bodem- of enquêteprocedure is beslist. Gedaagde 1 BV, Gedaagde 2 BV, Gedaagde 3 BV en Gedaagde 4 ('Gedaagden') vorderen dat Eiseres 1 BV haar aandelen in Gedaagde 3 BV moet aanbieden aan Gedaagde 1 BV.

Oordeel voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter concludeert dat wel degelijk sprake is van een wijziging in de zeggenschap conform artikel 15 lid 1 sub d van de statuten. Na het overlijden van Bestuurder A verschuift de zeggenschap over Eiseres 1 BV van Bestuurder A naar Bestuurder B, aldus de voorzieningenrechter.

Bij de beoordeling van de vraag of de bepaling in de statuten in dit geval leidt tot een aanbiedingsplicht van Eiseres 1 BV, is volgens de voorzieningenrechter de beslissing van de Hoge Raad inzake *DSM/Fox* van belang. Toepassing van dat oordeel van de Hoge Raad in deze zaak betekent dat bij de uitleg van een statutaire bepaling relevant is dat Bestuurder A, Bestuurder B en Gedaagde 4 betrokken waren bij de opstelling van die statuten en dat voor hen een subjectieve uitleg van de bepaling nodig is. In dat kader is volgens de voorzieningenrechter relevant welke verdere afspraken de betrokkenen buiten de statuten met elkaar hebben gemaakt en (dus) wat de context van desbetreffende statutaire bepaling is. Getuige de ingebrachte samenwerkings- en managementovereenkomst werd veel waarde gehecht aan specifieke kennis en expertise van de betrokkenen. Daarin is het passend dat zij wilden regelen dat in een situatie als de onderhavige, het overlijden van één van hen, ook een aanbiedingsplicht gold als zij niet direct eigenaar waren van de aandelen in Gedaagde 3 BV, aldus de voorzieningenrechter.

In het kader van de belangenafweging overweegt de voorzieningenrechter dat onvoldoende is gebleken dat Gedaagde 1 BV de belangen van Gedaagde 3 BV de afgelopen jaren niet juist zou hebben behartigd; de resultaten van de vennootschap lijken juist op het tegendeel te wijzen. Er is geen concrete aanleiding om te denken dat dit in de toekomst anders zal zijn, aldus de voorzieningenrechter. Verder is volgens de voorzieningenrechter van belang dat Bestuurder B nooit direct betrokken is geweest bij de activiteiten van Gedaagde 3 BV, in de zin dat zij als bestuurder van Eiseres 1 BV en Eiseres 2 BV naar buiten optrad. Tot slot acht de voorzieningenrechter van belang dat sancties in de statuten op het ten onrechte niet aanbieden van de aandelen in Gedaagde 3 BV, ophouden als Eiseres 1 BV haar aandelen alsnog aanbiedt.

De voorzieningenrechter concludeert dat de vordering van Eiseres 1 BV tot eerbiediging van haar aandeelhoudersrechter moet worden afgewezen, omdat zij haar aandelen in Gedaagde 3 BV niet heeft aangeboden aan Gedaagde 1 BV. Wel dient Gedaagde 1 BV de bestuursrol van Eiseres 2 BV te respecteren. In reconventie oordeelt de voorzieningenrechter dat Eiseres 1 BV inderdaad gehouden is haar aandelen aan te bieden. Toch wordt deze vordering bij gebrek aan spoedeisend belang afgewezen.

L.L. Bakker, februari 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:6812

Zaaknummer: C/16/567164 / KG ZA 23-670

Rechters: A.A.T. van Rens

Advocaten: W.P. Wijers en P.J.G. van der Donck

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Enquête familiebedrijf in de zand- en grindwinningsindustrie - onmiddellijke voorzieningen getroffen, onderzoek bevolen, benoeming onderzoeker aangehouden

De zaak betreft een enquêteverzoek van de raad van commissarissen van een familiebedrijf. Conflicten tussen de familieleden bemoeilijken het vinden van permanente leden van de raad van commissarissen en het bestuur. Daarnaast weigert de accountant wegens vermoedens van fraude bij de vennootschap de controle van de jaarrekening af te ronden. De OK benoemt bij wijze van onmiddellijke voorzieningen twee leden in de raad van commissarissen. Partijen erkennen dat sprake is van een onjuist beleid, maar ontkennen hun eigen verantwoordelijkheid daarin. De OK beveelt een onderzoek. De OK geeft geen gehoor aan het verzoek van de aandeelhouders de reikwijdte van het onderzoek te beperken. De OK houdt de aanwijzing van een onderzoeker aan in afwachting van de oplossing die de raad van commissarissen zou kunnen bereiken.

Aanleiding en feiten

De kwestie bij de OK betreft een familiebedrijf. Vier broers A, B, C en D houden ieder via hun holdings een gelijk aantal aandelen in de vennootschap. Hun kinderen nemen via de holding van hun vader ook deel in de vennootschap. De relatie binnen de familie is verstoord. De broers A, B en C staan tegenover broer D en diens dochter. A, B en C hebben ook conflicten met de raad van commissarissen.

Op enig moment zijn de vier broers teruggetreden als bestuurders van de vennootschap. A, B en D namen vervolgens zitting in de raad van commissarissen. Een persoon van buiten de familie is tot enig bestuurder van de vennootschap benoemd. Deze persoon is kort daarna

teruggetreden en vervangen door een tijdelijk bestuurder, eveneens van buiten de familie.

Broer D dient op een gegeven moment een enquêteverzoek in. Dit resulteert in een schikking tussen de vier broers. De schikking houdt in dat A, B en D terugtreden als commissaris, beide kampen benoemen een commissaris op tijdelijke basis, er wordt een ondernemingsraad ingesteld en het structuurregime wordt vrijwillig toegepast.

De accountant van de vennootschap constateert op enig moment dat toezicht en uitvoering binnen de vennootschap zeer verweven zijn en dat deze verwevenheid een potentiële oorzaak kan zijn voor mogelijke ongeregeldeheden. De accountant heeft het onderzoek naar de jaarrekening niet afgerond wegens vermoedens van fraude en van contante betalingen aan een lid van de familie.

De accountant adviseert de raad van commissarissen om forensisch onderzoek te laten uitvoeren naar de vermoedens van fraude. Het onderzoeksbureau rapporteert aan de raad van commissarissen dat werknemers van de vennootschap lijken te worden belemmerd om mee te werken aan het onderzoek.

Het lopende forensisch onderzoek en de verstoorde familieverhoudingen bemoeilijken het vinden van nieuwe, permanente leden van de raad van commissarissen. De raad van commissarissen stelt voor een tweede bestuurder op interim-basis te benoemen. De bestuurder en de broers A, B en C maken hiertegen bezwaar.

Enquêteverzoek

De raad van commissarissen dient het onderhavige enquêteverzoek in en legt daaraan de volgende redenen ten grondslag. Het betreft de verstoorde verhoudingen tussen A, B, C enerzijds en D anderzijds. Deze verstoorde verhoudingen leiden ertoe dat niet in opvolging in de raad van commissarissen en in het bestuur kan worden voorzien. De controle van de jaarrekening kan niet worden afgesloten, hetgeen heeft geleid tot het instellen van een forensisch onderzoek. Ten tijde van de behandeling van het onderhavige enquêteverzoek was het forensisch rapport nog niet beschikbaar.

Beoordeling OK

De OK oordeelt dat gegronde redenen bestaan voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken en benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening twee leden in de raad van commissarissen. De tijdelijke leden van de raad van commissarissen treden terug. De OK roept partijen vervolgens op voor een mondelinge behandeling waarin het verzoek tot het bevelen van een onderzoek zal worden behandeld.

Ter zitting oordeelt de OK (nogmaals) dat gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. Dit oordeel is gebaseerd op het gegeven dat geen van de partijen betwist dat de door de raad van commissarissen genoemde redenen zich voordoen. Partijen zijn het alleen oneens over de vraag wie hiervoor verantwoordelijk is. Daarom verschillen de meningen over de vraag welke personen en organen onderwerp van het OK-onderzoek moeten zijn en op welke periode het onderzoek betrekking moet hebben. De raad van commissarissen verzoekt de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aan te houden.

De OK overweegt dat de verstoorde (familie)verhoudingen hebben geleid tot conflicten tussen de aandeelhouders en de raad van commissarissen, die partijen zelf niet kunnen oplossen. Daarnaast speelt het moeizaam verlopen onderzoekstraject naar de fraude en ligt er nog geen rapport van het forensisch onderzoek. De vennootschap heeft belang bij een slagvaardig bestuur en raad van commissarissen. De OK geeft daarom geen gehoor aan het verzoek van de broers om de reikwijdte van het onderzoek te beperken.

De OK beveelt een onderzoek, maar houdt de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aan. Na afronding van het forensisch onderzoek kan worden gezien of door de getroffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing voor het geschil kan worden bereikt. De raad van commissarissen kan daartoe voorstellen bij de aandeelhouders indienen. Indien binnen redelijke termijn geen normalisatie van de verhoudingen binnen de vennootschap kan worden bereikt, kan ieder van partijen de OK verzoeken een onderzoeker aan te wijzen.

A.M. Dumoulin-Siemens, februari 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-11-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:2902

Zaaknummer: 200.329.812/01 OK

Rechters: A.P. Wessels, W.A.H. Melissen, M.A.M. Vaessen en S. ten Have

Advocaten: M.W.E. Evers, H.H. Tan, R.C. Kooiman, J.J.D. de Leur, P.G.M. Brouwer, N.R.T. Vellinga, M.G. Spijker, M.W.A.M. van Kempen en F. Marring

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

RECHTSPRAAK

Enquête Vroon-concern

De aandeelhouder van een concern verzoekt de OK een enquête te gelasten en onmiddellijke voorzieningen te treffen bij een vennootschap die een besloten WHOA-procedure (art. 369 e.v. Fw) is gestart. De OK wijst het verzoek af. Er was geen sprake van verstoorde verhoudingen binnen het bestuur, de belangen van de aandeelhouder werden niet veronachtzaamd bij het aangaan van de herstructureringsplannen, noch zijn deze omzeild door een wijziging van de governance binnen het concern.

Aanleiding

Onderwerp van de hierna te bespreken beschikking van de OK betreft het Vroon-concern, een scheepvaartonderneming die onder andere maritiem vrachtvervoer en dienstverlening verzorgt. Het concern verkeerde al sinds 2016 in financiële moeilijkheden. Op dat moment voldeed een van de groepsvennootschappen namelijk niet meer aan de financiële convenanten onder een financiering en werd een bedrag van € 1.387 miljoen opeisbaar.

Door middel van een *Framework Agreement* is getracht de financiële problemen op te lossen. Aanvankelijk was dit een succes en liep de schuld terug, maar gedurende 2020 bleek dat de afspraken onder de *Framework Agreement* niet langer haalbaar waren. Daaropvolgend is opnieuw overleg gevoerd met de financiers en werd aan hen in 2022 een nieuw plan gepresenteerd door het concern. Kennelijk bood dit niet voldoende comfort voor de financiers, aangezien een gedeelte van hen in juli 2022 individuele verhaalsacties op schepen hadden ondernomen. Dit vormde aanleiding voor het bestuur van het concern om een WHOA-procedure te beginnen. In dat kader werd op 24 november 2022 een afkoelingsperiode gelast.

Tijdens de afkoelingsperiode diende de topholding van het concern op 5 december 2022 een verzoek in op grond van artikel 379 Fw, om te bewerkstelligen dat de aandeelhouder van het concern gedurende de herstructurering geen bestuurders en commissarissen meer mocht benoemen, schorsen of ontslaan. Over dit verzoek werd de CEO slechts telefonisch

geïnformeerd nadat de CFO dat met instemming van de RvC (voorwaardelijk) had ingediend. Daarnaast werd een met de financiers bereikt herstructureringsvoorstel op 19 december 2022 tijdens een bestuursvergadering goedgekeurd door de CFO, terwijl de CEO zich van stemming onthield. Dit besluit werd vervolgens ook goedgekeurd door de voorzitter van de RvC, die op grond van het bestuursreglement een doorslaggevende stem had bij staking van de stemmen. Ondanks wijziging van het herstructureringsplan zoals dit voorlag ten tijde van voormeld besluit, ging de CFO eigenhandig over tot ondertekening van het herstructureringsplan.

Enquêteverzoek en beoordeling OK

Onder meer op basis van voormelde omstandigheden heeft de aandeelhouder van het concern een enquêteprocedure aanhangig gemaakt, met als inzet een onderzoek naar de gang van zaken binnen het concern en het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

Als eerste reden voor zijn verzoek voert de aandeelhouder aan dat sprake is van verstoorde verhoudingen binnen het bestuur. Hierin gaat de OK niet mee. De CEO heeft uitdrukkelijk met ondertekening van het herstructureringsplan ingestemd na daarover advies te hebben ingewonnen. Dat de CEO niet was gekend in het besluit om het verzoek ex artikel 379 Fw in te dienen, was ingegeven door zijn hechte band met de aandeelhouder, terwijl de voorzitter van de RvC daarover sowieso een doorslaggevende stem kon uitbrengen.

De aandeelhouder heeft ook aangevoerd dat men door middel van wijziging van de governance binnen het concern heeft getracht de herstructureringsplannen door te voeren. Daarin gaat de OK ook niet mee. Een poging om de *management by-laws* te wijzigen was gestrand en daaropvolgende besluiten waren rechtsgeldig genomen. Na een aandeelhoudersbesluit om de RvC uit te breiden zijn de toen geldende *supervisory board by-laws* met betrekking tot de tegenstrijdigbelangregeling en informatieverstrekking richting de aandeelhouder gewijzigd. Dat daarmee werd bewerkstelligd dat de herstructureringsplannen konden worden doorgevoerd, is onvoldoende door de aandeelhouder toegelicht en niet gebleken.

De OK ziet ook geen reden voor toewijzing van het verzoek van de aandeelhouder wegens het eigenhandig ondertekenen van het herstructureringsplan door de CFO. Hierover was advies ingewonnen door de CEO, dat inhield dat er geen goedkeuring van de aandeelhouder vereist was en dat de CFO rechtsgeldig kon ondertekenen. Bovendien werd het ondertekende herstructureringsplan in escrow gehouden en pas vrijgegeven nadat de CEO advies had ingewonnen en de ondertekening door de CFO had goedgekeurd.

Als laatste heeft de aandeelhouder aangevoerd dat zijn belangen zijn veronachtzaamd. Daarvan is volgens de OK niet gebleken. Het herstructureringsplan is van zeer groot belang

voor het concern. Noch het concern noch de aandeelhouder heeft andere financiers bereid gevonden om het concern onder de geldende omstandigheden te financieren. Men was in de zeer complexe situatie aangewezen op de huidige financiers.

De OK wijst het verzoek van de aandeelhouder af, omdat er geen gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

M.Y.J. Smeets, februari 2024

Instantie: Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 31-03-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:3639

Zaaknummer: 200.323.830 OK

Rechters: W.A.H. Melissen, A.W.H. Vink, C.M.J. Peters, E. Eeftink en G. van Vollenhoven-Eikelenboom

Advocaten: G. te Winkel, J.R. Berkenbosch, S.C. Pepels, A.R.J. Croiset van Uchelen, S. Jansen, G.Á.C. Orban, F.C. Perrick, C.B. Schutte en L. Heide-Jørgensen

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:9 BW en 2:350 BW

RECHTSPRAAK

Herroepingsprocedure tegen arrest van het hof over bestuurdersaansprakelijkheid in het faillissement van Red Dragon B.V.

De bestuurder meent dat het arrest waarin haar aansprakelijkheid is vastgesteld, berust op bedrog. Daarnaast zouden stukken van beslissende aard opzettelijk zijn achtergehouden door de curator. De bestuurder start daarom een herroepingsprocedure ex artikel 382 Rv. Het hof deelt de standpunten van de bestuurder echter niet en wijst de vorderingen af.

Eiseres in onderhavige procedure stelt een vordering ex artikel 382 Rv in tot herroeping van een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:8338, OR 2021-0305 ('het arrest'). In het arrest heeft het hof voor recht verklaard dat eiseres haar taak als bestuurder van Red Dragon B.V. ('Red Dragon') kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Eiseres werd verweten dat zij wist van vervalste facturen en bankafschriften die werden gebruikt om financiering te verkrijgen. Verder waren de boekhoudplicht en publicatieplicht geschonden (zo ontbraken er overeenkomsten, facturen, een deugdelijk personeelsbestand en belastingaangiften en -aanslagen).

Eiser beoogt met haar vordering herroeping van het arrest en afwijzing van de vordering van de curator van Red Dragon ('de curator'). Tevens vordert eiseres een verklaring voor recht dat zij niet aansprakelijk is voor het boedeltekort en dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld door stukken achter te houden gedurende de bodemprocedure.

De vorderingen waarmee om een verklaring voor recht wordt gevraagd, zijn niet-ontvankelijk nu dit in essentie nieuwe vorderingen in reconventie zijn. Deze vallen buiten de beperkte reikwijdte van een herroepingsprocedure, aldus het hof.

Voor de daadwerkelijke vordering tot herroeping stelt eiseres zich op het standpunt dat de curator stukken heeft achtergehouden die van beslissende aard waren, wat een herroepingsgrond is op basis van artikel 382 lid 1 sub c Rv. Deze stukken kreeg eiseres via het

Openbaar Ministerie. Uit deze stukken zou moeten blijken dat de administratie van Red Dragon toch compleet was, anders dan in het arrest was geoordeeld. Daarnaast zou sprake zijn van bedrog, sub a van artikel 382 lid 1 Rv. Het bedrog bestaat volgens eiseres uit het innemen van standpunten waarvan de curator wist dat ze onwaar waren op grond van de door hem achtergehouden stukken.

Het hof vat het standpunt van eiseres samen naar vier concrete verweren/betwistingen die anders zouden zijn beoordeeld indien de stukken wel in het geding waren gebracht. Eiseres meent dat uit WhatsAppberichten blijkt dat de financier van Red Dragon op de hoogte was van de vervalste facturen en toch besloot te financieren. Het hof oordeelt dat eiseres onvoldoende concreet heeft gemaakt dat met de financier is afgesproken dat hij de financiering zou verschaffen ondanks de vervalste facturen.

Voor alle andere stukken geldt dat zij niet zijn achtergehouden, aldus het hof. Eiseres heeft tweemaal inzage gekregen in alle stukken van de curator. De stukken die eiseres aanwees, kreeg ze van de curator. Eiseres meent dat ze onvoldoende tijd en onvolledige inzage heeft gekregen. Het hof oordeelt dat dit niet aannemelijk is. Alleen op grond hiervan hebben de herroepingsgronden ii t/m iv geen slagingskans, aldus het hof.

Daar komt bij dat alle stukken waarop eiseres zich beroept, volgens het hof niet van beslissende aard zijn. Eiseres meent bijvoorbeeld dat de ontbrekende stukken uit de administratie wel aanwezig zijn in de administratie. Dit neemt echter niet weg dat de administratie tevens onjuist is. Het verwijt van een schending van de administratieplicht blijft zodoende overeind. Van beslissende stukken is naar het oordeel van het hof dan ook geen sprake.

In het algemeen overweegt het hof dat veel dragende overwegingen uit het arrest niet door een aangevoerde herroepingsgrond worden bestreden. Zo ook het oordeel dat de jaarstukken niet tijdig zijn gedeponneerd. Hierdoor staat onweerlegbaar vast dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Tevens is geen grond aangevoerd tegen het oordeel dat eiseres wist van de vervalste facturen. Het hof lijkt te impliceren dat de stukken alleen hierdoor al niet van beslissende aard kunnen zijn, nu dit in de kern het verwijt voor aansprakelijkheid is.

Het hof merkt tot slot nog op dat het niet de bedoeling is de procedure nog eens over te doen of aan te vullen door middel van de herroepingsprocedure. Het heeft er echter alle schijn van dat eiseres dit wel beoogde.

G.P. van Hooft, februari 2024

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-01-2024

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2024:387

Zaaknummer: 200.324.411

Rechters: L. Janse, J.P.H. van Driel van Wageningen en C. Bakker

Advocaten: H.F.A. Notenboom en R.F. Feenstra

Wetsartikelen: 2:248 BW, 382 Rv en 383 Rv

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring geturboliquideerde bv

De rechtbank verklaart een geturboliquideerde bv failliet. Uit de laatste jaarstukken, die kort voor de turboliquidatie zijn gepubliceerd, volgt dat de bv een aanzienlijk positief eigen vermogen had. Ook kunnen de bestuurders van de bv mogelijk aansprakelijk worden gesteld. Er is sprake van pluraliteit van schuldeisers, omdat een deel van de vordering van de aanvragers van het faillissement door subrogatie is overgegaan op de rechtsbijstandverzekeraar.

Twee natuurlijke personen vragen het faillissement aan van een bv. Deze vennootschap is geturboliquideerd, maar naar het oordeel van de rechtbank hebben verzoekers aannemelijk kunnen maken dat de vennootschap nog baten heeft. Uit de laatste jaarcijfers blijkt dat de bv een aanzienlijk positief eigen vermogen heeft en de bv is kort na publicatie van deze jaarcijfers ontbonden zonder dat vereffening heeft plaatsgevonden. Mogelijk zijn de bestuurders hiervoor aansprakelijk, zodat de vennootschap ook om die reden een bate heeft.

Verzoekers hebben een vordering op de bv op grond van wanprestatie. De schade bestaat onder meer uit kosten voor het opstellen van een bouwkundig rapport. Deze kosten zijn vergoed door de rechtsbijstandverzekeraar van verzoekers. Dit deel van de vordering is daarom volgens artikel 7:962 BW op grond van subrogatie overgegaan op de verzekeraar. Omdat de verzekeraar een andere schuldeiser is, is sprake van pluraliteit van schuldeisers. De rechtbank verwijst naar een uitspraak van de Hoge Raad waarin eenzelfde kwestie aan de orde was. De Hoge Raad oordeelde daar dat het mogelijk is dat de steunvordering uit dezelfde schuldverhouding voortvloeit als de vordering van de verzoeker van het faillissement (HR 10 juni 1988, NJ 1988/845).

De rechtbank overweegt verder dat de verzekeraar geen schuldeiser is geworden met het oog op de faillissementsaanvraag, maar doordat de verzekeraar een deel van de schade heeft vergoed. De rechtbank spreekt het faillissement uit van de bv.

H.J. de Kloe, februari 2024

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 05-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:7379

Zaaknummer: 23/487

Rechters: G. Konings

Advocaten: A.F. Smit

Wetsartikelen: 1 Fw, 6 lid 3 Fw en 2:19 lid 4 Fw

RECHTSPRAAK

Curator van BMA Nederland B.V./BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG

Het HvJ EU beantwoordt prejudiciële vragen over de rechtsmacht en het toepasselijk recht bij een Peeters/Gatzen-vordering met internationale aspecten. Het Hof oordeelt dat ingevolge de Verordening Brussel I-bis de rechter binnen wiens rechtsgebied de zetel van een failliete vennootschap zich bevindt, rechtsmacht heeft. Bij de beoordeling welk recht van toepassing is, moet eerst door de verwijzende rechter worden beoordeeld of deze onder de uitsluiting van de Rome II-verordening valt. Indien de vordering niet van de werkingssfeer van de Rome II-verordening is uitgesloten, is het recht van toepassing van het land waar de vennootschap is gevestigd die geen verhaal biedt voor de schade die haar schuldeisers lijden als gevolg van de schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij.

In 2019 oordeelde het HvJ EU in de zaak *Rosbeek q.q./BNP Paribas* dat de vraag welke rechter internationaal bevoegd is om kennis te nemen van een *Peeters/Gatzen*-vordering, moet worden beantwoord aan de hand van de Verordening Brussel I-bis en niet de Insolventieverordening (ECLI:EU:C:2019:96). Daarin liet het Hof zich niet uit over de wijze waarop de rechtsmacht bij een dergelijke vordering op grond van de Verordening Brussel I-bis moet worden bepaald. In de onderhavige procedure wel. Het Hof beantwoordt prejudiciële vragen van de rechtbank Midden-Nederland over de rechtsmacht en het toepasselijk recht bij een *Peeters/Gatzen*-vordering.

Een curator van een Nederlandse vennootschap had een *Peeters/Gatzen*-vordering ingesteld tegen de Duitse grootmoedermaatschappij van failliet. Volgens de curator was het staken van de financiering door deze partij in strijd met een op de grootmoeder rustende zorgplicht jegens de gezamenlijke crediteuren. Aan de financiering lagen financieringsovereenkomsten

ten grondslag. Daarin was een forumkeuze gemaakt voor de Duitse rechter en Duits recht van toepassing verklaard. De rechtbank stelde vier prejudiciële vragen (ECLI:NL:RBMNE:2020:1825). De twee voor het insolventierecht meest relevante vragen worden in deze samenvatting besproken.

De eerste vraag betrof de rechtsmacht. Volgens artikel 7 punt 2 Verordening Brussel I-bis is – ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad – het gerecht bevoegd van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Het Hof oordeelt dat bij een *Peeters/Gatzen*-vordering, zoals de rechtbank die vordering in deze specifieke zaak heeft omschreven, de plaats van de zetel van de vennootschap ook de plaats is waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Dat doet het Hof naar analogie met zijn rechtspraak over de vordering jegens een bestuurder of aandeelhouder van een in vereffening gestelde vennootschap voor schulden van die vennootschap.

Het Hof motiveert zijn oordeel met de overweging dat ervan uit mag worden gegaan dat op de plaats van vestiging van de failliete vennootschap informatie beschikbaar is over de ontwikkeling van de financiële toestand van de vennootschap, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de zorgplicht is geschonden. Er bestaat daarom uit het oogpunt van goede rechtsbedeling en een nuttige procesinrichting een bijzonder nauwe band tussen de ingestelde vordering en de plaats van vestiging, zoals volgens vaste rechtspraak van het Hof is vereist. Dat bij de *Peeters/Gatzen*-vordering geen rekening wordt gehouden met de individuele positie van elk van de schuldeisers is volgens het Hof voor deze beoordeling niet relevant.

De rechtbank had de prejudiciële vraag toegespitst op de vordering wegens schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij, zodat de beantwoording door het Hof ook daarop betrekking heeft. In r.o. 36 overweegt het Hof evenwel meer algemeen dat de rechter binnen wiens rechtsgebied de zetel van een failliete vennootschap zich bevindt, bevoegd is om kennis te nemen van een op onrechtmatige daad gebaseerde collectieve schadevordering die de curator heeft ingesteld in het kader van zijn wettelijke taak om de boedel af te wikkelen. Dit lijkt te impliceren dat de rechter uit de plaats van de statutaire zetel van de failliet in beginsel altijd bevoegd is om kennis te nemen van een door de curator ingestelde *Peeters/Gatzen*-vordering, ongeacht de exacte grondslag van die vordering uit onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelde anders in de hiervoor genoemde zaak *Rosbeek q.q./BNP Paribas* (ECLI:NL:HR:2020:1223).

Bij de vraag naar het toepasselijk recht staat de Rome II-verordening centraal. Het toepasselijk recht op niet-contractuele verbintenissen moet in beginsel op grond daarvan worden bepaald. Het hof beoordeelt eerst of de aan de orde zijnde aansprakelijkheid niet onder het vennootschapsrecht valt, omdat deze dan zou zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de

Rome II-verordening. Onder verwijzing naar zijn rechtspraak bij de gelijkkluidende uitsluiting in de Rome I-verordening, die inhoudt dat alleen de organische aspecten van de vennootschap onder die uitsluiting vallen, overweegt het Hof dat de aansprakelijkheid voor schulden van de vennootschap geen dergelijk organisch aspect betreft. Volgens het Hof moet onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de uit de betrekking tussen bestuurder en vennootschap voortvloeiende specifieke zorgplicht, die niet binnen de materiële werkingssfeer van de Rome II-verordening valt, en anderzijds de algemene zorgplicht *erga omnes*, die daar wel binnen valt. De verwijzende rechter moet dit beoordelen.

Indien de verwijzende rechter oordeelt dat de Rome II-verordening van toepassing is, is artikel 4 relevant. Dat bepaalt dat het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad het recht is van het land waar de schade zich voordoet. Wederom verwijst het Hof naar eerdere rechtspraak, onder meer de rechtspraak die bepaalt dat dit de plaats is waar de aanvankelijke schade is ingetreden voor de direct benadeelden. Zo komt het Hof tot het oordeel dat, indien de Rome II-Verordening van toepassing is, het land waar de schade zich voordoet het land is waar de vennootschap is gevestigd die geen verhaal biedt voor de schade die haar schuldeisers lijden als gevolg van de schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij. Nederland, dus.

Als laatste komt in dit verband de gemaakte forumkeuze nog aan de orde. Een dergelijke overeenkomst kan erop wijzen dat er een kennelijk nauwere band is met een ander land, zodat op grond van artikel 4 lid 3 dat andere recht van toepassing is. De rechter beschikt echter over ruimte om te beoordelen of er een betekenisvolle band bestaat. Alleen wanneer de rechter van oordeel is dat die band werkelijk bestaat, moet hij het recht van dat land toepassen. Het enkele bestaan van die contractuele rechtsbetrekking staat niet toe dat automatisch het overeengekomen recht van toepassing is op de niet-contractuele aansprakelijkheid.

J.H.M. van de Wiel, maart 2022

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 10-03-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:173

Zaaknummer: C-498/20

Rechters: N. Jääskinen, M. Safjan en N. Piçarra

Wetsartikelen: Verordening (EU) nr. 1215/2012 en Verordening (EG) nr. 864/2007