

INHOUD

Mr. A.C. Faber

Wegwijs

XXI

Deel I: Kronieken

1

Mr. J. van Bekkum en mr. L. Stoppels

Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2017

3

1 Inleiding

3

2 De statistieken

4

3 Hindsight bias

8

4 Aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon – art. 2:9 BW

9

4.1 Hoge Raad – rechtsmacht

9

4.2 Hoge Raad – voorzienbaarheid van schade

10

4.3 Alleen de rechtspersoon kan een vordering ex art. 2:9 BW instellen

10

4.4 Disculpatie en taakverdeling

11

4.5 Decharge en exoneratie

12

4.6 Verjaring

14

4.7 Klachtplicht

15

4.8 Aansprakelijkheid van toezichhouders

16

4.9 Van wanbeleid naar aansprakelijkheid

16

5 Aansprakelijkheid jegens de boedel – art. 2:138 BW/art. 2:248 BW

17

5.1 Hoge Raad – art. 81 RO

17

5.2 Een uitzonderlijke casus

17

5.3 Reikwijdte administratieplicht

18

5.4 Onbelangrijk verzuim bij schending administratieplicht

21

5.5 Schending publicatieplicht

21

5.6 Onbelangrijk verzuim bij schending publicatieplicht

22

5.7 Wettelijke rente

23

5.8 Matiging

24

5.9 Inzage in faillissementsdossier

25

5.10 Feitelijk beleidsbepalers en commissarissen

26

5.11 Bevoegde rechter

27

6 Aansprakelijkheid jegens derden – art. 6:162 BW

28

6.1 Hoge Raad – art. 2:11 BW

28

6.2 Hoge Raad – verhaalsfrustratie

29

6.3 Hoge Raad – schade bij verhaalsfrustratie

30

V

6.4	Hoge Raad 2018 – aansprakelijkheid insolventieadviseur?	30
6.5	De hoofdlijnen zijn duidelijk	30
6.6	Betalingsregeling en Beklamel	31
6.7	Aansprakelijkheid bij executie van vonnissen	31
6.8	Misleidend prospectus	33
6.9	Feitelijk bestuurders	33
6.10	Toezichthouders	35
6.11	Forfaitaire schadevergoeding	36
6.12	Na verwijzing in cassatie	36
6.13	En hoe zit het ook alweer met Spaanse Villa?	37
7	Overige grondslagen	38
7.1	Inleiding	38
7.2	Art. 2:69 BW/art. 2:180 BW	38
7.3	Art. 2:139 BW/art. 2:249 BW	39
7.4	Art. 2:354 BW	39
7.5	Art. 36 Invorderingswet 1990	41
7.6	Art. 23 Wet Bpf 2000	42
8	Tot slot	43

Mr. A. van Wees en mr. F. Eikelboom

Overvloed en onbehagen aan het ijdok kroniek enquêterecht 2017	45	
1	Inleiding	45
2	Het enquêterecht en de wetenschap	46
3	Grondslagen enquêterecht	47
4	Het aanhangig maken van de enquêteprocedure	48
4.1	Niet-ontvankelijkheid in het algemeen	48
4.2	Bezwarenbrief	50
4.3	Bevoegdheid om kennis te nemen van geschillen	51
4.3.1	Vermogensrechtelijk geschil-verweer	51
4.3.2	Bestuursrechtelijk geschil-verweer	52
4.3.3	Arbitrage overeenkomst-verweer	53
4.4	De tweemaandentermijn van art. 2:355 lid 2 BW	54
5	Belanghebbenden	56
6	Onderzoek	57
6.1	Beslissingen raadsheer-commissaris	57
6.1.1	Inleiding	57
6.1.2	Parlevliet-beslissing	57
6.1.3	Pervasco-beslissing	58
6.2	Uitvoering van het onderzoek: getuigenverhoor	59
6.3	Kritiek op het onderzoeksverslag in het kader van wanbeleidsverzoeken	59
6.4	Uitbreiding onderzoek	60

7	Enquêteprocedures met betrekking tot concerns	62
7.1	Verzoeken om een concernenquête	62
7.1.1	Inleiding	62
7.1.2	In het verslagjaar	62
7.2	De dochter-zelf-enquête	63
7.2.1	Ontvankelijkheid	63
7.2.2	Uphill battle	64
7.2.3	Elektra in concernverhoudingen	66
8	Spoedvoorzieningen en openbare biedingen	67
8.1	Inleiding	67
8.1.1	Juridisch kader	67
8.1.2	Overzicht verslagjaar	69
8.2	Beursgenoteerde vennootschappen en openbaar bod	69
8.2.1	Telegraaf Media Groep	69
8.2.2	Fortuna	70
8.2.3	AkzoNobel	72
8.2.3.1	Conclusies met betrekking tot openbare biedingen	74
8.3	Niet-beursgenoteerde vennootschappen	75
8.3.1	Diagnostisch Centrum Parkstad BV en Mitralis Diagnostisch Centrum	75
8.3.2	Sapinda	76
8.3.3	Intergamma	77
8.3.4	Aptitude	79
8.4	Analyse	80
9	Wel gegronde redenen, geen enquête	80
9.1	Inleiding	80
9.2	Fortuna	81
9.3	Avinco	82
10	Materieel enquêterecht	83
10.1	Inleiding	83
10.2	Wanbeleid, de verantwoordelijkheid daarvoor en gegronde redenen	83
10.2.1	ZED+	84
10.2.1.1	Inleiding	84
10.2.1.2	Prevennootschappelijke verhouding	84
10.2.1.3	Onregelmatigheden bij buitenlandse werkmaatschappijen	85
10.2.2	Teka	86
10.2.3	Verantwoordelijkheid voor wanbeleid en de kosten van de enquêteprocedure	87
10.2.4	Eveneens gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen	88
10.3	Capita selecta materieel enquêterecht	90
10.3.1	Ondernemingskamer en ondernemersstoel	90
10.3.2	De Nederlandse corporate governance code	92

10.3.3	Aandeelhoudersrechten	92
10.3.3.1	Informatierechten: voor de verslagperiode	92
10.3.3.2	Informatierechten: niet-beursvennootschappen	93
10.3.3.3	Informatierechten: beursvennootschappen	94
10.3.3.4	Convocatie- en agenderingsrecht	95
10.3.4	Aan een aandeelhouder gelieerde bestuurders en commissarissen	96
10.3.4.1	Inleiding	96
10.3.4.2	Doorbreken balans in de <i>governance</i>	97
10.3.4.3	Inrichtingsvrijheid vs. partijdigheid voor de vennootschap	99
10.3.4.4	Besluitvorming en tegenstrijdig belang	99
10.3.5	Het procesbeleid van de vennootschap en controle daarover	102
10.3.5.1	Inleiding	102
10.3.5.2	Het voeren van verweer	102
10.3.5.3	Enquêteprocedure als alternatief voor de afgeleide actie	103
10.3.5.4	Tussen twee vuren	104
10.3.6	Materiele ontbinding/liquidatie	105
10.3.6.1	Wat voorafging	105
10.3.6.2	In de verslagperiode	106
10.3.7	Het beleid van de pandhouder met stemrecht	107
11	De (onmiddellijke) voorzieningen	108
11.1	Schorsen en vernietigen van besluiten	108
11.1.1	Schorsing en vernietiging van ontslagbesluiten	108
11.1.2	Rechtsgevolgen vernietiging	110
11.2	Wijzigingen in het bestuur	111
11.2.1	Inleiding	111
11.2.2	Bevoegdheden OK-bestuurders	111
11.2.3	Betrokkenheid aandeelhouder bij het bestuur van de vennootschap	112
11.2.3.1	Degradatie van betrokkenheid	112
11.2.3.2	Een van de kernpunten aan het roer bij schorsing	113
11.2.4	Vermogensrechtelijke gevolgen schorsing en ontslag	114
11.2.4.1	Het bepalen van de vermogensrechtelijke gevolgen	114
11.2.4.2	In combinatie met de vernietiging van een bezoldigingsbesluit	116
11.2.5	Vermogensrechtelijke gevolgen aanstelling OK-functionarissen	117
11.3	Tijdelijk afwijken van bepalingen van de statuten en dwingend recht, alsmede OK-commissarissen	118
11.3.1	Discussie in de literatuur	118
11.3.2	In de verslagperiode	119

11.3.3	Bijzondere commissarissen	120
11.3.3.1	‘Overdracht’ van bevoegdheden	120
11.3.3.2	OK-commissaris buiten de raad van commissarissen en informatievoorziening	121
11.3.3.3	OK-commissaris als bindend adviseur	122
11.4	Vermogensrechtelijke gevolgen tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer	124
11.4.1	Discussie in de literatuur	124
11.4.2	Rechtshandelingen met betrekking tot de in beheer gegeven aandelen	125
11.4.3	Betwist aandelenbezit	126
11.4.4	Meer dan een beheerder	126
11.5	Ontbinding en vereffening	127
11.5.1	Art. 1 Protocol 1 EVRM	127
11.5.2	Timing aanstelling vereffenaar	128
11.6	De Deus Ex Machina-beschikkingen van de Hoge Raad	129
11.6.1	Motivering vormgeving onmiddellijke voorzieningen	129
11.6.2	Onmiddellijke voorzieningen en processtrategie	130
11.7	Procederen over functioneren (onmiddellijke) voorzieningen	132
11.7.1	Inleiding	132
11.7.2	Juridisch kader	132
11.7.2.1	Ontwikkelingen in de stand van zaken	132
11.7.3	Verzoeken aan de Ondernemingskamer met betrekking tot OK-functionarissen	133
11.7.3.1	Geschil tussen OK-functionarissen	133
11.7.3.2	Controle over buitenlandse deelnemingen	134
11.7.3.3	Onafhankelijkheid	135
11.8	Strafrechtelijke perikelen	136
11.8.1	De Loda-beschikking	137
11.8.2	Onmiddellijke voorzieningen op gezamenlijk verzoek	137
12	Rondom de enquêteprocedure	137
12.1	Enquêtevoorzieningen in kort geding	137
12.2	Nasleep enquêteprocedure	138
12.2.1	Tuchtklachten	138
12.2.2	Dwangsomperikelen	140
12.3	Enquêteprocedure als tussenstap	140
12.3.1	De enquêteprocedure als toevoeging op andere procedure	140
12.3.2	Voortbouwen op vernietiging besluiten en wanbeleidsoordeel	141
13	Slotwoord	142

Mr. K. Rutten en mr. J.R. Hurenkamp

Kroniek collectieve acties en schikkingen 2017	145
1 Inleiding	145
2 Jurisprudentie januari 2017 – december 2017	146
2.1 Bevoegde rechter	146
2.1.1 Grensoverschrijdende schadeveroorzakende gebeurtenissen	146
2.1.2 Openstaan van een bestuursrechtelijke rechtsgang	148
2.2 Ontvankelijkheid van de 305a-organisatie	150
2.3 Samenloop met een collectieve actie	159
2.3.1 Deelgeschilprocedure	159
2.3.2 Vertegenwoordiging op grond van lastgeving	161
2.3.3 Vertegenwoordiging op grond van cessie	166
2.3.4 Voeging van collectieve acties	168
2.4 Inzage in stukken (art. 843a Rv)	170
2.5 Proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van kansschade	172
2.6 Verjaring	174
2.6.1 Stuitende werking van een collectieve actie en WCAM-schikking	174
2.6.2 Beoordeling van een verjaringsverweer	176
2.7 WCAM	183
2.7.1 De schikking inzake Ageas (rechtsopvolger van Fortis)	183
2.7.2 Terughoudende beoordeling van opt-out gevallen	188
3 Nationale ontwikkelingen	191
4 Internationale ontwikkelingen	195
4.1 Inleiding	195
4.2 EU	195
4.3 Duitsland	197
4.4 Verenigd Koninkrijk	200
5 Tot slot	203

Mr. dr. I. Zaal

Kroniek medezeggenschap 2017	205
1 Inleiding	205
2 Adviesrecht	205
2.1 Fusies en overnames	205
2.2 Faillissement	209
2.3 Een belangrijk voorgenomen besluit?	210
2.4 Motivering	211
3 Instemmingsrecht	212
4 Afspraken met de OR	213
5 Verkiezingsperikelen	214
6 Afsluiting	216

Mr. Y.A. Wehrmeijer en mr. I.M. Hendriks

Kroniek uitkoop en geschillenregeling 2017	217
1 Inleiding	217
2 Uitkoop	217
2.1 Algemeen	217
2.2 Wie moet er worden gedagvaard	221
2.2.1 Bekende of onbekende aandeelhouders: Avast	221
2.2.2 Intrekken vordering tegen voormalig aandeelhouder: DeepOcean	223
2.3 Verklaring notaris/accountant	224
2.4 Peildatum na Unit4	225
2.4.1 Inleiding	225
2.4.2 Analyse 2017	225
2.4.3 Conclusie peildatum	228
2.5 Prijsbepaling	228
2.5.1 Inleiding	228
2.5.2 Geen deskundigenbericht: informatie vereist in het licht van Royal Reesink	229
2.5.2.1 Inleiding	229
2.5.2.2 Royal Reesink	229
2.5.2.3 Welke informatie heeft de Ondernemingskamer nodig?	231
2.5.2.4 Enige kanttekeningen	232
2.5.2.5 Arresten na Royal Reesink	233
2.5.3 Wel deskundigenbericht: beweegredenen en wat doet de Ondernemingskamer met de uitkomst	234
2.6 Procedurele aspecten	236
2.6.1 Inleiding	236
2.6.2 Verhouding met enquêteprocedure en overige bezwaren: Xeikon en Aspria	236
2.6.3 Omzetting NV in BV na uitbrengen dagvaarding behoeft geen eiswijziging: USG	238
3 Geschillenregeling	238
3.1 Algemeen	238
3.2 Uittredingsregeling	239
3.2.1 Toepassingsbereik uittredingsregeling	239
3.2.2 Norm voor uittreding	240
3.2.2.1 Afwijzing uittredingsvordering	241
3.2.2.2 Toewijzing uittredingsvordering	241
3.2.3 Peildata voor de waarde van aandelen	243
3.2.4 Prijsvaststelling	244
3.2.4.1 Prijsvaststelling na deskundigenbericht	244
3.2.4.2 Prijsvaststelling zonder deskundigenbericht	245

3.2.5	Procedurele aspecten	247
3.2.5.1	Hogere voorziening tegen deskundigenbenoeming mogelijk?	247
3.2.5.2	Uitvoerbaarheid bij voorraadverklaring	248
3.2.5.3	Onverwijilde betekening aan de vennootschap	248
3.3	Uitstotingsregeling	249
3.3.1	Norm voor uitstoting	249
Deel II: Bijdragen		251
<i>Mr. S.C.E.F. Moulen Janssen</i>		
Aandeelhouders in de WHOA		253
1	Inleiding	253
2	De WHOA in vogelvlucht	254
2.1	Korte geschiedenis van de WHOA	254
2.2	De WHOA op hoofdlijnen	255
3	Aandeelhoudersrechten in de WHOA	257
3.1	Aandeelhoudersrechten bij het aanbieden van een akkoord	257
3.2	Aandeelhoudersrechten ten aanzien van de uitvoering van een akkoord	258
4	De positie van aandeelhouders in de WHOA	259
4.1	Indeling van aandeelhouders in stemklassen	259
4.1.1	Dubbele hoedanigheden van aandeelhouders	261
4.2	Stemming in aandeelhoudersklassen	262
4.3	Homologatie van akkoorden	263
4.3.1	Algemene weigeringsgronden	264
4.3.2	Weigeringsgronden bij een tegenstemmende klasse	265
4.3.3	‘Cruciale’ aandeelhouders	268
4.4	De gevolgen van een gehomologeerd akkoord voor aandeelhouders	269
5	Procedurele mogelijkheden voor aandeelhouders in de WHOA	270
5.1	Betrokkenheid bij geschilbeslechting	270
5.2	Het verzoeken van een maatwerkbepaling	271
5.3	Een tegenstemmende aandeelhouder kan zich beroepen op de weigeringsgronden	272
6	Conclusie	273
<i>Mr. M.E.C. Lok</i>		
Divi-do, divi-don’t, dividendgeschillen		275
1	Inleiding	275
2	Het recht op winst	277
3	Het wettelijke kader van dividend	279
3.1	Wettelijk kader bij de naamloze vennootschap	279
3.2	Wettelijk kader bij de besloten vennootschap	280

3.3	Nadere invulling goedkeuringsvereiste en aansprakelijkheid bij de besloten vennootschap	283
4	Winstuitkering en het bestuur	287
4.1	De wettelijke taak van het bestuur	287
4.2	Dividend vs. vennootschappelijk belang: de rol van het bestuur	289
4.2.1	Statutaire reserverings- of uitkeringsbevoegdheid van het bestuur	289
4.2.2	De rol van het bestuur zonder statutaire bevoegdheid bij dividenduitkering in de naamloze vennootschap	291
4.2.3	De rol van het bestuur zonder statutaire bevoegdheid bij dividenduitkering in de besloten vennootschap	292
4.2.4	Limitatieve weigeringsgrond (past niet) in het vennootschappelijk landschap	297
4.3	Redelijkheid & billijkheid, dividend en het bestuur	299
4.3.1	Door het bestuur in acht te nemen redelijkheid en billijkheid	299
4.3.2	Verplichting van het bestuur tot openheid van (dividend) zaken	301
5	Winstuitkering en de aandeelhouders	306
5.1	Aandacht uit de politiek/markt voor de ‘betrokken aandeelhouder’	306
5.2	Nastreven van eigen (of vennootschappelijk belang) door de aandeelhouder	307
5.3	Dividend vs. vennootschappelijk belang: de rol van de aandeelhouders	310
5.3.1	De rol van aandeelhouders bij dividenduitkering in de naamloze vennootschap	311
5.3.2	De rol van aandeelhouders bij dividenduitkering in de besloten vennootschap	312
5.4	Redelijkheid & billijkheid, winstbestemming en de aandeelhouders	315
5.4.1	Winstbestemming en minderheidsaandeelhouders	315
6	Verhouding aansprakelijkheid art. 2:216 lid 3 BW tot overige aansprakelijkheidsgronden	319
7	Beperkingen bij tegenstrijdig belang (art. 2:129 BW/art. 2:239 lid 6 BW)	321
8	Conclusie	326

Mr. dr. M. Koelemeijer

De invloed van minderheidsaandeelhouders op een overname	331
1 Inleiding	331
2 De rol van een minderheidsaandeelhouder	333
3 Invloed op strategie? Bevoegdheidsverdeling	334
4 Intern overleg over strategie	337
5 Agendering en bijeenroeping	339
6 Verantwoording versus informatieverstrekking	343

7	Inhoud, vorm en timing verantwoording	344
8	Alternatieve voorstellen: Lampe/Tonnema revisited	347
9	Slotopmerkingen	350

Mr. dr. F.G.K. Overkleeft

	Het informatiedilemma bij onderzoeken in enquêteprocedures	353
1	Inleiding	353
2	Informatiebehoefte en informatiepositie van onderzoekers in OK-onderzoeken	355
	2.1 De rol van informatie	355
	2.2 Relevante factoren	356
	2.3 Een praktijkvoorbeeld	356
3	Waar bevindt de relevante informatie zich en in welke vorm?	358
	3.1 De informatiebevoegdheden van onderzoekers	358
	3.2 Territoriale beperkingen	359
	3.3 Digitalisering en de overvloed aan informatie	360
	3.4 Forensische onderzoeksmethoden en beperkingen uit hoofde van evenredigheid	361
	3.5 Mogelijke rechtvaardigingen	362
4	Mogelijke oplossingsrichtingen	363
	4.1 Het aanbrengen van regie door de Ondernemingskamer	363
	4.2 Rol van de onderzoekers zelf	364
	4.3 Een meer radicale oplossingsrichting	365
5	Afronding	366

Mr. dr. B.M. Katan

	Misleid worden voordat je bestaat – kan een SPV dwalen?	367
1	Inleiding	367
2	Het gebruik van SPV's en de redenen daarvoor	368
	2.1 Inleiding	368
	2.2 Design, Build, Finance, Maintain, Operate	368
	2.3 De SPV als koper bij een overname	371
	2.4 Securitatisaties	373
3	Eén probleem, meerdere oplossingen	374
	3.1 Het probleem	374
	3.2 Oplossing 1: art. 2:203 BW (handelen namens BV i.o.)	375
	3.3 Oplossing 2: art. 3:67 BW (handelen voor een nader te noemen meester)	380
	3.4 Toerekening van kennis	382
4	Conclusie	384

Deel III: Verenigingsaangelegenheden	385
Samenstelling bestuur Vereniging <i>Corporate Litigation</i>	387
Verslag van de secretaris	389
1 Activiteiten van de Vereniging	389
2 Werkzaamheden secretariaat	389
Young Litigators Nieuwjaarsdebatten 2017	391
<i>Mr. S.P. Kamerbeek</i>	
Noodzaakfinanciering: een te beperkte blik op de korte termijn?	393
1 Inleiding	393
2 De trend in de rechtspraak van de Ondernemingskamer	394
3 De economische rationale van financiële herstructureringen van ondernemingen	400
4 Enkele kritische kanttekeningen bij de trend in noodzaakfinanciering	403
5 Conclusie	406
<i>Mr. C.C.M. de Smet</i>	
Noodzaakfinanciering: zonder korte termijn is er geen lange termijn	407
1 Inleiding	407
2 Overbodig	407
3 Verouderd	411
4 Praktisch onuitvoerbaar	413
5 Tot slot	413
<i>Mr. dr. E.C.H.J. Lokin</i>	
Wetsvoorstel afwikkeling van massaschade in collectieve actie vanuit het perspectief van een voorstander	415
1 Inleiding	415
2 Wetsvoorstel	415
3 Bestaansrecht	416
3.1 Prikkel om te schikken	417
3.2 Ontlasting van het rechterlijk apparaat	417
3.3 Drie kernkeuzes	418
4 Concentratie van de collectieve actie	419
4.1 Eén gespecialiseerde rechtbank	419
4.2 Eén collectieve schadevergoedingsactie	421
5 Exclusieve belangenbehartiger	422
5.1 Voordelen van een Exclusieve Belangenbehartiger	423
5.2 Nadelen van een Exclusieve Belangenbehartiger	424
5.3 Resumerend	425

6	Opt-out	425
6.1	De voordelen van opt-out	426
6.1.1	Finaliteit	426
6.1.2	Twee concurrerende schikkingsregimes	426
6.1.3	Opt-in voor het buitenland	427
6.2	De nadelen van opt-out	428
6.3	Het opt-insysteem	429
6.4	Afsluiting	430

Mr. U.B. Verboom

	Wetsvoorstel afwikkeling van massaschade in collectieve actie vanuit het perspectief van een tegenstander	433
1	Inleiding	433
2	Noodzaak?	433
3	Potentiele gevolgen Wetsvoorstel: een voorbeeld	435
4	Kritiekpunt Wetsvoorstel (i): te brede scope	437
4.1	Brede materiële scope	437
4.2	Haast onbegrensde territoriale scope	438
5	Kritiekpunt Wetsvoorstel (ii): wereldwijde opt-outregeling te vergaand	439
6	Voorbeelden van mogelijke zaken voor de Rechtbank Amsterdam	440
7	Negatieve gevolgen Wetsvoorstel	441
7.1	Slecht voor het Nederlandse vestigingsklimaat	441
7.2	Forumshopping	442
7.3	Aanzuigende werking van het Nederlandse rechtssysteem	442
7.4	Tussenconclusie	443
8	Het kan ook anders!	443
8.1	Scope moet beperkter	443
8.2	Opt-out moet opt-in worden	444
8.3	Eerste alternatief: opt-out alleen voor Nederlandse ingezetenen	445
8.4	Tweede alternatief: opt-out ook mogelijk maken bij een schikking	445
9	Conclusie voorstel/stellingen	446

	Bijdragen voorjaarsbijeenkomst 2017: ‘evaluatie enquêterecht’	447
--	--	-----

Mr. W.P. Wijers

	Toegang tot het enquêterecht	449
1	Inleiding	449
2	Wet aanpassing enquêterecht	449
2.1	De positie van de ondernemingsraad	450
2.2	Grote vennootschappen	452
2.3	Informatieplicht	453

3	Verruiming kring van enquêtegerechtigden	454
3.1	Concernenquête	454
3.2	Economische gerechtigdheid	455
4	Afronding	457

Mr. M. Schouten

	Tussen kapitaalverschaffing en speculatie: grenzen aan enquêtebevoegdheid	459
1	Inleiding	459
2	Kapitaalverschaffing nader beschouwd	459
3	Speculeren is geen kapitaal verschaffen	460
4	Stemrecht en economisch belang	461
5	Enquêtebevoegdheid en economisch belang	462

Mr. drs. R. Verheggen

	Ervaringen met de raadsheer-commissaris in het enquêterecht	465
1	Inleiding	465
1.1	Wetswijziging enquêterecht 1 januari 2013	465
1.2	Plan van behandeling	466
2	Onderzoeksnormen	466
2.1	Algemeen	466
2.2	Toetsingsmaatstaf r-c in art. 2:350 lid 4 BW	467
3	Bespreking van enkele elementen in het onderzoek	468
3.1	Informatieverzameling en reikwijdte onderzoeksopdracht	468
3.1.1	Verlangde aanwijzing om iets (nader) te onderzoeken of vanuit een andere invalshoek te onderzoeken	468
3.1.2	Focus op informatieverzameling en medewerkingsplicht	468
3.1.3	Verlangde aanwijzing om een bepaald onderwerp niet te onderzoeken; bevelen van de r-c	469
3.2	Hoor en wederhoor	471
3.2.1	Inleiding	471
3.2.2	Recht gehoord te worden? Wie te horen?	473
3.2.3	Gang van zaken bij het horen van personen en vastlegging daarvan	474
3.2.4	Conceptverslag en wezenlijke bevindingen	475
3.3	Doorlooptijd van het onderzoek: beginsel van een redelijke termijn	478
3.4	Overige thema's die niet aan de r-c zijn voorgelegd	478
3.4.1	Rechtsbijstand tijdens interview en correspondentie met advocaat	478
3.4.2	Stukken uit het onderzoeksdossier bijvoegen bij het verslag?	479
3.4.3	Toegang tot (delen van) het onderzoeksdossier voor onderzochte personen?	482

4	Analyse en conclusies ten aanzien van de r-c in het enquêterecht	483
4.1	Statistiek	483
4.2	Analyse van de aard en het aantal aan de r-c voorgelegde kwesties	484
4.2.1	Inleiding	484
4.2.2	Potentieel voordeel bij aanwijzing over inhoud onderzoek het grootst	484
4.2.3	Belang voorleggen procesmatige kwesties te klein of ontbreekt	485
4.2.4	Te terughoudende toetsing leidt tot afzien benaderen r-c?	485
4.2.5	Mate van zorgvuldigheid van onderzoek is thans toereikend	485
4.3	Conclusie over de r-c	485
4.4	Tot slot: resterende kritiek van onvoldoende waarborgen	486
	Bijdragen najaarsbijeenkomst 2017: ‘Rechterlijk (voor)oordeel’	489
	<i>Prof. mr. R.D. Vriesendorp en drs. N. Strohmaier</i>	
	Rechterlijk (voor)oordeel	491
1	Inleiding	491
2	Een klein experiment: de casus Tukker Toys	492
3	Analyse	494
4	Intermezzo	498
5	Gebrekkige waarneming en aannames, de <i>Ladder of Inference</i>	498
	<i>Prof. dr. R.W.M. Giard</i>	
	Wat juristen allemaal van een tramongeval kunnen leren	503
1	Inleiding	503
2	Een tragisch tramongeval	504
3	Wacht u voor wijsheid achteraf!	505
4	Een fout van de radioloog?	506
5	Oorzaak en gevolg	507
6	De juiste causale verklaring	508
7	Het belang van de juiste methodologie	509
8	De praktische uitvoering van de waarheidsvinding: het doen van empirisch onderzoek	511
9	Ten slotte	513
	<i>Prof. mr. L. Timmerman</i>	
	Hoe kan de rechter het verwijt van judging by outcome voor het ondernemingsrecht verhinderen?	515
1	Inleiding	515
2	Wijsheid achteraf	516
3	Sterkte van de rechterlijke macht	516
4	Wat niet helpt	517

5	Formuleren van maatstaf	518
6	Bestuurdersaansprakelijkheid	519
7	Wanbeleid-oordeel	520
8	Fortis-wanbeleid	521
9	Faillissementspauliana	522
10	Conclusie	522

Young Litigators Nieuwjaarsdebatten 2018 525

Mr. K.M.J.R. Maessen en mr. B.I. Kraaipoel

	Het adviestraject bij overnames, het schemergebied belicht	527
1	Inleiding	527
2	Adviesrecht bij een overname?	528
2.1	Een voorgenomen besluit door de ondernemer?	528
2.2	Toerekening	529
2.2.1	De lijn in de jurisprudentie	529
2.2.2	Extensieve interpretatie geboden	530
2.3	Mede-ondernemerschap	531
2.3.1	De lijn in de jurisprudentie	531
2.3.2	Mede-ondernemerschap in combinatie met toerekening?	533
2.4	De ‘problemen’ bij beide leerstukken	534
2.4.1	Het ‘probleem’ bij toerekening: aandeelhouder is geen partij	534
2.4.2	Het ‘probleem’ bij beide leerstukken: rechten van derden	535
3	Het medezeggenschapstraject – het schemergebied	537
3.1	De spelregels uit de WOR	537
3.1.1	Art. 24 lid 1 WOR – overleg	539
3.1.1.1	Wanneer overleggen?	539
3.1.1.2	Welke vorm?	540
3.1.1.3	Welke inhoud?	540
3.1.1.4	Gevolg schending	541
3.1.2	Art. 25 lid 1 sub n WOR – adviesrecht deskundigen	541
3.1.3	Voorgenomen versus definitief besluit – de intentieovereenkomst	542
3.1.4	Wezenlijke invloed	543
3.1.5	De inhoud van de adviesaanvraag en informatieplicht	544
3.1.6	De overlegvergadering	546
3.1.7	Adviseren binnen redelijke termijn	547
3.1.7.1	Adviestermijn	547
3.2	Hoe mag het? Speelruimte in fase 3	548
3.2.1	Besluit en motivatie	548
3.2.2	Opschortingstermijn	549
4	Conclusie	550

Mr. T. Salemink

De instructiebevoegdheid van de ondernemingskamer ten aanzien van de door haar benoemde bestuurders en commissarissen	551
1 Inleiding	551
2 Inhoudelijke instructies	551
2.1 De complexiteit van ondernemen	551
2.2 Toetsing en verantwoording van gevoerd beleid	553
3 Procesmatige instructies	554
4 Dwingende Suggesties	555
5 Afronding	556

Mr. M. Schönau

De instructiebevoegdheid van de ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde bestuurders en commissarissen: een pleidooi tegen terughoudendheid	557
1 Inleiding	557
2 Instructies	558
2.1 Concrete instructies ten aanzien van bepaalde bestuurshandelingen	558
2.2 Procesmatige of formele instructies	559
3 De positie van door de ondernemingskamer benoemde functionarissen	560
4 Conclusie	562

KRONIEK BESTURDERSAANPRAKELIJKHEID 2017

1 Inleiding

In de kroniek in deze bundel van vorig jaar constateerden KraaiPOOL en Oppedijk dat de rust op het vlak van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht definitief is weergekeerd.² Op dit moment moeten wij constateren dat dit nog steeds zo is. Althans, wat betreft de hoofdlijnen van de dogmatiek. Er is slechts één uitspraak geweest in 2017 die de pennen in het vakgebied echt heeft losgekregen en die betreft niet echt een hoofdlijn, meer een opvallende side issue. Dat is het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2017 inzake *Kampschoër/Le Roux*,³ waarover meer in par. 6.1. Verder waren de hoofdlijnen van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht aan het begin van 2017 wel duidelijk en dat is gedurende het jaar zo gebleven. Kennelijk vanwege die duidelijkheid kon het gebeuren dat het Hof Arnhem-Leeuwarden afgelopen jaar een kortgedingvonnis bekrachtigde waarin een geldvordering ex art. 2:9 BW in kort geding was toegewezen.⁴

In het detail van het rechtsgebied zit wel nog voldoende speling. Dat werd ook gesignaleerd door de redactie van de bundel *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* die vorig jaar is verschenen. Zij signaleerden dat het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht een uitdijend rechtsgebied is waarop steeds meer deelvragen opkomen die om nadere analyse vragen.⁵ Een heel aantal van de deelvragen die in de bundel zijn belicht komen terug in deze kroniek.

Wij gaan in deze kroniek niet in op nieuwe wetgeving, want voor zover wij weten valt daarover voor 2017 weinig te melden. Het Wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen⁶ is al in 2016 ingediend en is op het moment van schrijven van deze kroniek nog steeds in behandeling bij de Tweede Kamer. De Wet civielrechtelijk

1 Beide auteurs zijn werkzaam als advocaat bij Lemstra Van der Korst in Amsterdam. Van Bekkum is daarnaast als fellow verbonden aan het OO&R/VHI, RU Nijmegen.

2 KraaiPOOL & Oppedijk, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2016: It's the end of the world as we know it (and it feels fine)', *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017* (VDHI nr.141), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 3, hierna: *KraaiPOOL & Oppedijk 2017*.

3 HR 17 februari 2017, *JOR* 2017/121, m.nt. Leijten (*Kampschoër/Le Roux*).

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, *JOR* 2018/38, m.nt. Van Thiel (*Leithreas/TT Plaza Technology*).

5 Van Solinge, Van Bekkum, Kreileman & Schuijling, *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 1, hierna: *Bundel bestuurdersaansprakelijkheid 2017*.

6 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 2.

bestuursverbod is al op 1 juli 2016 in werking getreden⁷ en heeft voor zover wij hebben kunnen vaststellen nog niet tot rechtspraak geleid.

Wij concentreren ons in deze kroniek dus op wat ons is opgevallen in de rechtspraak. Wij beogen daarbij met name een signaleringsfunctie te vervullen. Voor meer diepgang verwijzen wij zoveel mogelijk naar literatuur, met een speciale focus op literatuur die in 2017 is verschenen. Wij veronderstellen de hoofdlijnen van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht bij de lezer bekend en zullen dus vaste concepten, zoals bijvoorbeeld ‘Beklamel-aansprakelijkheid’, veelal zonder verdere toelichting gebruiken.

Voordat we met de bespreking van de meest interessante onderdelen van de jurisprudentie beginnen, gaan we in op de statistieken van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht in 2017 en besteden we een korte paragraaf aan *hindsight bias*.

2 De statistieken

Voor deze kroniek hebben wij geprobeerd alle uitspraken over bestuurdersaansprakelijkheid te vinden uit 2017 die zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl. Wij hebben daarbij hulp gehad van LexIQ (<https://lexiq.nl>), een jong bedrijf dat met slimme logaritmen juridische statistische data ontsluit. LexIQ heeft voor ons een selectie gemaakt van alle uitspraken op rechtspraak.nl:

- (i) die zijn gedaan tussen 1 januari en 31 december 2017; en
- (ii) waarbij in het veld ‘Inhoudsindicatie’ de term ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ voorkomt; en/of
- (iii) waarbij in de tekst van de uitspraak op basis van door ons aangereikte zoektermen duidelijke indicaties zijn dat de procedure betrekking heeft op een vordering tegen een bestuurder op basis van art. 2:9 BW, art. 2:138 BW/art. 2:248 BW of art. 6:162 BW.⁸

Van de zoekresultaten hebben wij zoveel mogelijk uitgezonderd (i) kort gedingen; (ii) kantonzaken; en (iii) verzoekschriftprocedures, omdat daarin over het algemeen niet wordt geoordeeld over bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen.

7 *Stb.* 2016/205.

8 Van Bekkum, medeauteur van deze kroniek, doet samen met Kreileman, als promovenda verbonden aan het Van der Heijden Instituut (OO&R) van de Radboud Universiteit Nijmegen, onderzoek naar kwantitatieve ontwikkelingen in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht van 2008 t/m 2017. Voor dat onderzoek maken zij gebruik van de hulp van LexIQ. De resultaten van dat onderzoek worden naar verwachting dit jaar gepresenteerd. In dat kader zullen Kreileman en Van Bekkum uitgebreid verantwoording afleggen over de zoektermen op basis waarvan is vastgesteld of een bepaalde uitspraak betrekking heeft op een vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid. Die uitgebreide verantwoording blijft in deze kroniek achterwege.

Wij realiseren ons dat op basis van de selectie die we aldus hebben gemaakt, mogelijk relevante uitspraken over bijvoorbeeld (i) aansprakelijkheid van commissarissen of andere toezichthouders; (ii) aansprakelijkheid van feitelijk beleidsbepalers of personen met een soortgelijke positie; (iii) aansprakelijkheid van bestuurders op andere grondslagen dan art. 2:9 BW, art. 2:138 BW/art. 2:248 BW of art. 6:162 BW; of (iv) aanpalende procedures, zoals procedures over art. 843a Rv of voorlopige getuigenverhoren, hebben gemist. Wij hebben dat geprobeerd te compenseren door in de *JOR* na te gaan welke uitspraken uit 2017 daar tot nu toe aandacht hebben gekregen en door navraag te doen bij vakgenoten naar wat hen is opgevallen het afgelopen jaar. Dat heeft nog vijf uitspraken opgeleverd: één van een rechtbank over art. 2:9 BW,⁹ één van een rechtbank over art. 6:162 BW,¹⁰ een van de Ondernemingskamer over art. 2:354 BW¹¹ en twee van de Hoge Raad over art. 36 Invorderingswet 1990.¹²

De 172 uitspraken die wij met behulp van LexIQ hebben gevonden en de andere vijf uitspraken, hebben wij op hoofdlijnen doorgenomen. Uitspraken die toch niet over bestuurdersaansprakelijkheid bleken te gaan, hebben wij uit de selectie verwijderd. Wij hebben toen 147 zaken overgehouden, inclusief de vijf hiervoor genoemde uitspraken uit de *JOR*. Deze zaken kunnen als volgt worden verdeeld qua instantie, primaire grondslag¹³ en uitkomst:

Rechtbanken	Toewijzingen	Afwijzingen	Overig	Totaal
Art. 2:9 BW	9	5	0	14
Art. 2:138 BW/ art. 2:248 BW	6	4	0	10
Art. 6:162 BW	11	35	0	46
Overig	1	0	0	1
Totaal	27	44	0	71

9 Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:540.

10 Rb. Den Haag 26 april 2017, *JOR* 2017/194, m.nt. Bartman (*OK Autoglas/X c.s.*).

11 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 december 2017, *JOR* 2018/9, m.nt. Josephus Jitta, (*ZED+*).

12 HR 17 februari 2017, *JOR* 2017/156, m.nt. Groffen; en HR 31 maart 2017, *JOR* 2017/189, m.nt. Tekstra (*X/Staatssecretaris van Financiën*).

13 Wij hebben gekeken naar de primaire grondslag voor de vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid. Dit sluit niet uit dat de eiser in de procedure ook andere vorderingen – primair, nevengeschikt of subsidiair – tegen dezelfde bestuurder heeft ingesteld, bijvoorbeeld wegens onverschuldigde betaling, een borgstelling, een overeenkomst, enzovoort.

Gerechtshoven	Toewijzingen	Afwijzingen	Overig	Totaal
Art. 2:9 BW	4	4	1	9
Art. 2:138 BW/ art. 2:248 BW	7	8	1	16
Art. 6:162 BW	10	21	3	34
Overig	1	1	2	4
Totaal	22	34	7	63

Hoge Raad	Inhoudelijke beslissing	Art. 81 RO	Totaal
Art. 2:9 BW	1	2	3
Art. 2:138 BW/ art. 2:248 BW	0	2	2
Art. 6:162 BW	3	2	5
Overig	3	0	3
Totaal	7	6	13

De verdeling van deze uitspraken over de instanties is opvallend. Er zijn bijna net zoveel gepubliceerde uitspraken in hoger beroep als in eerste aanleg. In de periode 2011-2013 werd in 30% van de handelszaken, sector civiel, hoger beroep ingesteld.¹⁴ Onze cijfers over 2017 vormen een indicatie dat dit percentage in bestuurdersaansprakelijkheidszaken weleens flink hoger zou kunnen liggen. Als dat zo is, zou het interessant zijn om de oorzaak daarvan te onderzoeken. Maar zeker weten of het percentage significant hoger ligt, doen we natuurlijk niet. De opvallende verhouding tussen de zaken in eerste aanleg en in hoger beroep in onze cijfers kan ook andere oorzaken hebben, zoals een verschillend publicatiebeleid bij de rechtbanken en hoven of een piek in het aantal eerste aanlegzaken in de periode vóór 2017. Wij hebben dit in het kader van deze kroniek niet verder onderzocht.

Wat ook opvallend is, is de verdeling tussen de zaken over de drie meest voorkomende grondslagen: art. 2:9 BW (26 stuks), art. 2:138 BW/art. 2:248 BW (28 stuks) en art. 6:162 BW (85 stuks). Het aantal zaken op grond van onrechtmatige daad steekt er met kop en schouders bovenuit. Dat is het deel van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht waar de onrust was ontstaan waaraan Kraaipeel en Oppedijk refereerden aan het begin van hun kroniek van vorig jaar in deze bundel, zoals hiervoor gememoreerd. Wellicht dat de onduidelijkheid over dit deel

¹⁴ Zie daarover Peters op de website van zijn kantoor, www.bureaubrandeis.com/facts-and-figures-over-hoger-beroep/, met verwijzing naar een onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/rechtsvergelijkend-onderzoek-hoger-beroep.aspx).

van het recht die door de Hoge Raad was gecreëerd, crediteuren van rechtspersonen ertoe heeft bewogen om de onduidelijke jurisprudentie van de Hoge Raad in hun voordeel uit te leggen en op basis daarvan vorderingen op de bestuurder in privé te beargumenteren. Ook hier geldt weer dat dit slechts een suggestie is van onze zijde, er kunnen ook andere oorzaken zijn van dit opvallende verschil. Zo zijn er bijvoorbeeld in en rond rechtspersonen veel meer partijen (met name crediteuren) die een vordering op grond van art. 6:162 BW kunnen instellen, dan partijen die een vordering op grond van art. 2:9 BW (enkel de rechtspersoon) of art. 2:138 BW/art. 2:248 (enkel de curator) kunnen instellen. Ook dat zou onze cijfers kunnen verklaren. Ook dit hebben we in het kader van deze kroniek niet verder uitgezocht.

Wat ook nog relevant is, is het grote aantal afwijzingen van vorderingen op grond van art. 6:162 BW. Bij de rechtbanken en de hoven samen waren er 21 toewijzingen en 56 afwijzingen. Dat komt neer op 27% toewijzingen en 73% afwijzingen. In de uitspraken waarin de vorderingen tegen bestuurders werden afgewezen, is het ons opgevallen dat bestuurders door crediteuren vaak heel gemakkelijk aansprakelijk worden gesteld, zonder dat sprake is van noemenswaardige onderbouwing. Rechters rekenen vaak snel af met dergelijke frivole pogingen om vorderingen tegen bestuurders toegewezen te krijgen. Zonder volledigheid na te streven, zijn enkele goede voorbeelden te vinden in de uitspraken van rechtbanken die in deze voetnoot zijn vermeld.¹⁵ Ook is ons opgevallen dat crediteuren bestuurders heel geregeld naast (of zelfs in plaats van) de door hen bestuurde rechtspersoon aanspreken en juridische actie dus niet beperken tot hun contractuele wederpartij.¹⁶ Hieruit kan de gedachte ontstaan dat hoewel de Hoge Raad hoge drempels voor aansprakelijkheid van bestuurders heeft opgeworpen, de drempels voor aansprakelijkstelling juist zijn verlaagd. De redactie van de bundel *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* opperde eenzelfde mogelijkheid en vroeg zich af of er wellicht sprake is van een toegenomen claimcultuur.¹⁷ Ook dit hebben we in het kader van deze kroniek niet verder onderzocht.

Een laatste wat trieste observatie is dat tussen de aanvankelijke selectie van LexIQ van 172 uitspraken, vijf uitspraken zaten van rechtbanken en hoven over het al dan niet uitspreken van de schuldsaneringsregeling ten aanzien van een bestuurder jegens wie een vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid was ingesteld of

15 Rb. Den Haag 11 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:188, r.o. 4.56; Rb. Zeeland-West-Brabant 19 april 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:3014, r.o. 4.8; Rb. Midden-Nederland 5 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3160; Rb. Midden-Nederland 26 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3812; Rb. Rotterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6094; Rb. Limburg 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7463; Rb. Amsterdam 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4858; Rb. Noord-Nederland 1 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4160.

16 Zie bijvoorbeeld, zonder hierbij volledig te zijn, Rb. Midden-Nederland 6 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4592, r.o. 4.8; Rb. Gelderland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5099, r.o. 2.18 en Rb. Zeeland-West-Brabant 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7022, r.o. 3.11-3.14.

17 *Bundel bestuurdersaanprakelijkheid 2017*, p. 2.

toegewezen.¹⁸ In deze vijf uitspraken werd de schuldsaneringsregeling niet uitgesproken, onder meer omdat niet aannemelijk was dat de schulden wegens bestuurdersaansprakelijkheid te goeder trouw waren ontstaan (art. 288 lid 1 aanhef en sub b Fw). Aldus resteerde het persoonlijk faillissement. Dit herinnert ons aan de mogelijk verstrekkende persoonlijke gevolgen van aansprakelijkheid als bestuurder,¹⁹ zeker waar de financiële risico's van de onderneming van de rechtspersoon of de schade die vanuit die onderneming kan worden aangericht vele malen groter zijn is dan het privévermogen van de bestuurder. Dat vraagt om zorgvuldige rechtspraak en nauwgezette inachtneming van de hoge drempels voor persoonlijke aansprakelijkheid die de Hoge Raad heeft opgeworpen.

3 Hindsight bias

Er is de laatste tijd in het ondernemingsrecht veel aandacht voor het thema *hindsight bias*. Niet alleen kwam dit onderwerp naar voren in de literatuur,²⁰ ook de najaarsbijeenkomst op 23 november 2017 van de vereniging die deze bundel uitgeeft, was gewijd aan dit thema onder de titel “*Rechterlijk (voor)oordeel?*”. In het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht staat buiten kijf dat het handelen van de bestuurder *ex tunc* moet worden beoordeeld, zonder wijsheid achteraf.²¹ Afgelopen jaar hebben we geleerd dat dat in België ook zo is. De Belgische advocaten Tas en Hotterbeekx schreven in de bundel *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* dat ook de rechter in België het handelen van de bestuurder *ex ante* of *a priori* moet beoordelen en dat met *a posteriori* vaststellingen geen rekening mag worden gehouden. Zij gebruikten daarbij de mooie uitdrukking dat het al te gemakkelijk is “*profeet van het verleden*” te spelen.²²

Het is goed te constateren dat het risico van oordelen met wijsheid achteraf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht door rechters af en toe expliciet wordt onderkend

18 Rb. Rotterdam 5 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2561; Rb. Rotterdam 17 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3123; Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1444; Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4827 en Hof Arnhem-Leeuwarden 7 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10775.

19 De Rb. Midden-Nederland heeft in een uitspraak van 6 september 2017 ook uitdrukkelijk rekening gehouden met de mogelijk “*ingrijpende gevolgen*” van aansprakelijkheid van bestuurders “*voor hen en hun families*”, ECLI:NL:RBMNE:2017:4592, r.o. 4.8.

20 Zie hierover C.F. Deelen, ‘Mentale misleiding en de rechter. Meavita, de OK en oordelen achteraf’, *WPNR* 2016/7111; R.M. Hermans, ‘Het voorkomen van hindsight bias bij het beoordelen van het handelen van ondernemingen’, in: Van Amsterdam e.a. (red.), *Fraude – Financieel recht – Ondernemingskamer* 2016, p. 105-149 en het proefschrift van R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* 2017, hoofdstuk 8.

21 Zie bijvoorbeeld al Asser/Maeijer 2-III (Hoofdstuk X, XI, XIII, XIV) 2000/328, p. 453.

22 Tas en Hotterbeekx, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in België: Een veelkoppige draak die zelden vuur spuwt’, *Bundel bestuurdersaansprakelijkheid* 2017, p. 686.

en dat die rechters nadrukkelijk proberen te voorkomen dat dat risico zich bij hen verwezenlijkt. Wij vonden daarvan vier goede voorbeelden.²³ Soms gaat het ook nog mis, zoals bij het Hof Arnhem-Leeuwarden in een arrest van oktober 2017, waarover Van Bekkum in zijn noot bij dat arrest.²⁴ Met alle aandacht die er momenteel voor *hindsight bias* is, hopen we dat dit soort gevallen steeds minder zullen voorkomen.

4 Aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon – art. 2:9 BW

4.1 Hoge Raad – rechtsmacht

Wat betreft aansprakelijkheid van bestuurders jegens de rechtspersoon ex art. 2:9 BW was het vrij stil op het vlak van de Hoge Raad. Hij wees één inhoudelijk arrest in een IPR-kwestie waarover het HvJ EU zich al op 10 september 2015 had gebogen in de zaak *Holterman c.s./Spies*.²⁵ In dat arrest zette het HvJ EU de criteria uiteen op basis waarvan moet worden bepaald of de rechtsverhouding tussen een rechtspersoon en haar statutair bestuurder onder Brussel I (de EEX-Verordening) kwalificeert als een verbintenis uit arbeidsovereenkomst, uit overeenkomst of uit onrechtmatige daad. Op basis daarvan oordeelde de Hoge Raad in een arrest van 3 februari 2017 dat in die casus sprake was van een verbintenis uit arbeidsovereenkomst in de zin van art. 18-21 Brussel I (na herschikking art. 20-23 Brussel I), zodat geen toepassing kon worden gegeven aan de bevoegdheidsgronden van art. 5, aanhef en onder 1, respectievelijk onder 3 Brussel I (na herschikking art. 7 Brussel I).²⁶ Bij dit oordeel gaf de Hoge Raad toepassing aan het criterium dat sprake is van een verbintenis uit arbeidsovereenkomst indien de bestuurder gedurende bepaalde tijd voor en onder het gezag van de vennootschap prestaties heeft verricht tegen beloning.²⁷ In zijn noot bij het arrest merkt Van der Schrieck op dat met name interessant is wanneer de vereiste gezagsverhouding wel en niet bestaat en dat dit zeker niet altijd duidelijk zal zijn.²⁸

23 Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:214, r.o. 4.7.2; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:527, r.o. 6.18; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9213, r.o. 5.2.13 en 5.2.17 en Rb. Gelderland 13 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6849, r.o. 4.8.

24 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 oktober 2017, *JOR* 2018/37, m.nt. J. van Bekkum (*Wea Beheer*).

25 HvJ EU 10 september 2015, C-47/14, *JOR* 2015/288, m.nt. Van der Plas (*Holterman c.s./Spies*).

26 HR 3 februari 2017, *JOR* 2017/190, m.nt. Van der Schrieck (*Holterman c.s./Spies*), r.o. 3.5.

27 HR 3 februari 2017, *JOR* 2017/190, m.nt. Van der Schrieck (*Holterman c.s./Spies*), r.o. 3.4.

28 Zie par. 4 en 5 van de noot van Van der Schrieck bij *JOR* 2017/190. Het arrest is ook geannoteerd door Strikwerda (*NJ* 2017/253), Arons (*Ondernemingsrecht* 2017/51, zie ook Arons, 'Verkenning van de internationale bevoegdheid en het toepasselijk recht bij geschillen over de aansprakelijkheid van bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2017/138), Wiersma (*JAR* 2017/58) en door Van Hees (*JBPR* 2017/34). Zie verder over rechtsmacht Van Hees, 'Internationale en interregionale bevoegdheid van de Nederlandse rechter in geschillen over de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', *Bundel Bestuurdersaansprakelijkheid* 2017, p. 637-659.

4.2 Hoge Raad – voorzienbaarheid van schade

Naast het inhoudelijke arrest over rechtsmacht wees de Hoge Raad met betrekking tot art. 2:9 BW twee art. 81 RO-arresten.²⁹ Eén daarvan is interessant, omdat in het cassatiemiddel werd geprobeerd om de Hoge Raad te laten oordelen, in afwijking van of in aanvulling op het standaardarrest van de Hoge Raad inzake *Staleman/Van de Ven*,³⁰ dat voorzienbaarheid van schade van de rechtspersoon een *conditio sine qua non* is voor aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW. De Hoge Raad gaat daar dus niet in mee. Ook A-G Hartlief, die de conclusie schreef bij dit arrest, concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep. Daarbij benadrukt hij dat het arrest van de Hoge Raad inzake *RCI/Kastrop*, dat betrekking had op een vordering op grond van art. 6:162 BW en waarin de Hoge Raad oordeelde dat voorzienbaarheid van schade een *conditio sine qua non* is voor Beklamel-aansprakelijkheid,³¹ niet kan worden doorgetrokken naar vorderingen op grond van art. 2:9 BW.³² Dat oordeel lijkt ons juist.³³ Bij vorderingen op grond van art. 2:138 lid 1 BW/art. 2:248 lid 1 BW vinden wij beter bepleitbaar dat voorzienbaarheid van schade een belangrijk element is voor het antwoord op de vraag of sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, omdat bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:138 BW/art. 2:248 BW net als op grond van art. 6:162 BW in het teken staat van de bescherming van crediteuren.³⁴

4.3 Alleen de rechtspersoon kan een vordering ex art. 2:9 BW instellen

Alleen de rechtspersoon kan op grond van art. 2:9 BW een vordering instellen tegen zijn bestuurders. Dat volgt uit art. 2:9 BW zelf. Bovendien staan de arresten van de Hoge Raad inzake *Poot/ABP* en *Tuin Beheer/Houthoff* er in beginsel aan in de weg dat aandeelhouders of certificaathouders zelf de schade vorderen die de rechtspersoon heeft geleden wegens onbehoorlijk bestuur.³⁵ Dit zou gesneden koek moeten zijn voor iedere ondernemingsrechtjurist, maar het is ons gebleken dat dit toch weleens fout gaat. Zo stelden de vereffenaars van een ontbonden rechtspersoon op eigen naam een vordering ex art. 2:9 BW in.³⁶ Ook een claimstichting die opkwam voor de belangen van obligatiehouders probeerde tevergeefs een vordering ex

29 HR 10 februari 2017, ECLI:HR:2017:211 en HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:486.

30 HR 10 januari 1997, NJ 1997/360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

31 HR 5 september 2014, JOR 2014/325 (*RCI/Kastrop*), r.o. 4.3.

32 Conclusie A-G Hartlief van 13 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:15, par. 5.5-5.9.

33 Zie Van Bekkum in par. 10 van zijn noot bij het vonnis van de Rb. Amsterdam 30 september 2015, JOR 2016/182, m.nt. Van Bekkum (*Fairstar/Dockwise*).

34 Zie daarover Van Bekkum in par. 10 van zijn noot bij Rb. Gelderland 5 oktober 2016, JOR 2017/34, m.nt. Van Bekkum (*Feenstra q.q./Donkervoort c.s.*).

35 HR 2 december 1994, NJ 1995/288, m.nt. Maeijer (*Poot/ABP*) en HR 16 februari 2007, JOR 2007/112, m.nt. Van Veen (*Tuin Beheer/Houthoff*), r.o. 3.3-3.8.

36 Hof 's-Hertogenbosch 26 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4111, r.o. 3.11-3.13.

art. 2:9 BW in te stellen.³⁷ Ten slotte maakten certificaathouders onvoldoende duidelijk op welke juridisch basis precies zij vorderingen hadden op de bestuurders van de rechtspersoon vanwege betalingen van management fees en dividend.³⁸

4.4 *Disculpatie en taakverdeling*

Als het bestuur ex art. 2:9 BW aansprakelijk is, kan een individuele bestuurder zich proberen te disculperen. Daarvoor is vereist dat hem ter zake van het onbehoorlijk bestuur mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden (art. 2:9 lid 2 BW).

In een uitspraak met betrekking tot misstanden bij HDI Gerling Verzekeringen N.V. werden twee bestuurders en een commissaris aangesproken op grond van art. 2:9 BW. Eén van de twee bestuurders deed een beroep op disculpatie. Gezien de vereisten van art. 2:9 lid 2 BW passeert de rechtbank in dit verband terecht het verweer dat de betreffende bestuurder ook heel veel goede dingen had gedaan.³⁹ Daar ging het immers niet om. Het ging om wat er fout was gegaan en of de bestuurder zich ten aanzien daarvan kon disculperen.

Verder beriep de bestuurder zich – voor zover relevant – op de taakverdeling binnen het bestuur. De transactie waarbij een Arubaanse verzekeringsportefeuille was verkocht en waarbij sprake was geweest van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur viel binnen het takenpakket van de andere bestuurder en die had ook de leiding gehad bij die transactie. Bovendien kwam de transactie uit de koker van de andere bestuurder en de commissaris. De bestuurder die een beroep deed op disculpatie stelde dat hij geen reden had om te twijfelen aan de informatie die hij van de andere bestuurder had gekregen.

De rechtbank passeert dit verweer.⁴⁰ Daartoe stelt de rechtbank feitelijk vast dat de bestuurder actief betrokken was geweest bij de transactie, want hij werd op hoogte gehouden van de transactie, hij had over de transactie gecommuniceerd met de Arubaanse Centrale Bank en hij had overeenkomsten getekend met betrekking tot de transactie. Kortom, voor zover er een taakverdeling was, had de bestuurder zich daaraan niet (strikt) gehouden. Het komt ons voor dat dit er inderdaad aan in de weg staat dat de bestuurder zich voor zijn disculpatie op de (niet door hemzelf in acht genomen) taakverdeling kan beroepen.⁴¹ Ook overweegt de rechtbank – vrij

37 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9213, r.o. 5.3.3.

38 Hof 's-Hertogenbosch 27 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2885, r.o. 3.8.1 en 3.8.2.

39 Rb. Rotterdam 22 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1384 (*HDI*), r.o. 5.32.2 en 5.32.3.

40 Rb. Rotterdam 22 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1384 (*HDI*), r.o. 5.32.5-5.32.7.

41 Zie voor niet-uitvoerend bestuurders in het kader van art. 2:138 BW/art. 2:248 BW in dezelfde zin: Kreileman, 'De aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder ex art. 2:138 en 2:248 BW', *Bundel Bestuurdersaansprakelijkheid 2017*, p. 211.

vertaald – dat de bestuurder redenen had om tegenstrijdige belangen van de andere bestuurder en de commissaris bij de transactie te vermoeden en dat in deze omstandigheid van de bestuurder had mogen verwacht dat hij nader onderzoek zou hebben gedaan naar de door de andere bestuurder en de commissaris opgegeven reden van de transactie. Dat onderzoek had hij nagelaten, wat de rechtbank voldoende reden vindt om het beroep op disculpatie te verwerpen. De nadruk die de rechter hier legt op de verantwoordelijkheid van de bestuurder om niet alleen te wachten tot de andere bestuurders hem informatie komen brengen, maar om waar nodig en gepast ook informatie bij zijn medebestuurders te gaan halen, spoort goed met hoe hierover in de literatuur wordt gedacht.⁴²

Ten slotte merkt de rechtbank op dat eventuele opzettelijke onjuiste informatieverstrekking aan de bestuurder die het beroep op disculpatie deed, hem mogelijk wel kan baten in zijn discussie met de andere bestuurder en de commissaris over hun onderlinge draagplicht als hoofdelijk schuldenaren (art. 6:10 BW).⁴³

4.5 *Decharge en exoneration*

De Hoge Raad bepaalde in zijn arrest inzake *Staleman/Van de Ven* dat een door de vennootschap verleende decharge zich enkel uitstrekt over de gegevens die uit de jaarrekening blijken of anderszins aan de algemene vergadering bekend zijn gemaakt.⁴⁴ In zijn arrest inzake *De Rouw/Dingemans q.q.* hield hij strikt vast aan deze lijn.⁴⁵ In dat arrest strekte de decharge zich niet mede uit over de kennis van de bestuurder en tevens enig aandeelhouder die niet bleek uit de jaarrekening of anderszins aan de algemene vergadering bekend was gemaakt, terwijl de bestuurder in zijn hoedanigheid van enig aandeelhouder die kennis feitelijk wel bezat toen hij zichzelf decharge verleende. Zie over de actuele stand van het recht aangaande decharge het artikel van Bulten en Kreileman in de bundel *Aansprakelijkheid van*

42 Verdam spreekt in dit verband van de verantwoordelijkheid van het bestuur als college om toezicht uit te oefenen op aan een individuele bestuurder gedelegeerde taken: Verdam, 'Over de bestuurstaak, taakverdeling en individuele verantwoordelijkheid van de bestuurder', *WPNR* 2017/7135, par. 8. Zie ook Schuijling & Kortmann, 'Taakverdeling, disculpatie en draagplicht', *Bundel Bestuurdersaansprakelijkheid* 2017, p. 404-407. Zie tevens Mussche, 'Taakverdeling, disculpatie en vertrouwensverweer', *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, 2017, p. 425-433. Zie verder voor niet-uitvoerend bestuurders in het kader van art. 2:138 BW/art. 2:248 BW in dezelfde zin: Kreileman, 'De aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder ex art. 2:138 en 2:248 BW', *Bundel Bestuurdersaansprakelijkheid* 2017, p. 213-216. Zie ook met betrekking tot niet-voerend bestuurders in het kader van art. 2:9 BW Strik, 'One tier board en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012/91, par. 3.

43 Rb. Rotterdam 22 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1384 (*HDI*), r.o. 5.32.6. Zie over dit onderwerp Schuijling & Kortmann, 'Taakverdeling, disculpatie en draagplicht', *Bundel Bestuurdersaansprakelijkheid* 2017, p. 408-414.

44 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

45 HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/227, m.nt. Wezeman (*De Rouw/Dingemans q.q.*).