

Mr. drs. E.M. Soerjatin<sup>1</sup>

## KRONIEK BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID: DE HITS VAN 2014-2015

### 1 Inleiding

Mijn lot als schrijver van deze kroniek is tegelijkertijd gelukkig en minder gelukkig. Het ‘geluk’ hangt samen met de eer deze kroniek te mogen verzorgen – zeker nu het gaat om de lustrumbundel van de Vereniging *Corporate Litigation* – en het voorrecht van de kroniekschrijver tot *cherry picking*. Dat laatste wend ik aan ter verzachting van het ‘minder gelukkige’ deel van mijn lot voortvloeiende uit de reikwijdte van de huidige kroniek<sup>2</sup> en de uitdijende hoeveelheid jurisprudentie waardoor het bos het zicht op de bomen nog wel eens ontnemt. Het enige statistiekenwerk dat ik voor deze kroniek heb verricht is het tellen van het aantal ‘hits’ in Legal Intelligence op de term ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ gecombineerd met het filter ‘rechtspraak’. De teller staat in 2014 op 428 en is in 2015 ‘blijven steken’ op 421. In deze aantallen zitten wat dubbelingen vanwege het feit dat sommige uitspraken meerdere vindplaatsen hebben. Uit een vergelijking van het aantal ‘hits’ met voorgaande jaren<sup>3</sup> leid ik een stijgende productiviteit van de rechterlijke macht af, en het lijkt ook een bevestiging van de niet aflatende tendens om bestuurders en commissarissen persoonlijk aansprakelijk te stellen. Ik reken op het begrip van de lezer dat ik niet alle 849 ‘hits’ in deze kroniek bespreek, maar een hitlijst samenstel van de in mijn ogen gedenkwaardige of opvallende uitspraken.

### 2 Wetgeving

De door Olden en Beckers in de vorige kroniek<sup>4</sup> genoemde nieuwe wetgeving heeft bij mijn weten nog niet geleid tot jurisprudentie, en het civielrechtelijk bestuursverbod moet nog ingevoerd worden.<sup>5</sup> Met de inwerkingtreding van de

---

1 Ellen Soerjatin is advocaat bij Stek. Roderick Mutze, ook advocaat bij Stek, heeft geassisteerd bij het onderzoek voor deze kroniek.

2 Deze kroniek ziet op twee jaren. De *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2015, bevatte geen kroniek bestuurdersaansprakelijkheid.

3 2013: 347; 2012: 348; 2011: 329; 2010: 280.

4 *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2013-2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 121-159.

5 De benodigde wijziging van de Faillissementswet is voorzien in de loop van dit jaar.

Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen per 7 februari 2015 is de in de ‘Wet *Clawback*’ geïntroduceerde mogelijkheid tot terugvordering van bonussen verder aangescherpt. Deze wet bevat een breed pakket aan regels dat financiële ondernemingen verplicht tot het invoeren van een beheerst beloningsbeleid en dat excessieve variabele beloningen aan banden legt.

Nieuw is het wetsvoorstel voor de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen, waarvoor begin 2014 een consultatieronde heeft plaatsgevonden, en dat nu voor advies bij de Raad van State ligt. De voorgestelde regeling beoogt de kwaliteit van het bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren. Het uniformeert voor alle rechtspersonen de regels voor taakvervulling door bestuurders en toezichthouders en de regels voor aansprakelijkheid in geval van onbehoorlijke taakvervulling. Ook worden de ontslaggronden verruimd voor slecht functionerende stichtingbestuurders en toezichthouders. Met het wetsvoorstel wordt uitvoering gegeven aan de in de brief aan de Tweede Kamer van 12 november 2013 aangekondigde maatregelen ter verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in semipublieke sectoren.<sup>6</sup> Ook wordt invulling gegeven aan de aanbevelingen van de Commissie Behoorlijk Bestuur, die heeft aangedrongen op een nauwkeuriger omschrijving van de taak en de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van instellingen in semipublieke sectoren alsmede op de invoering van een tegenstrijdig belangregeling.<sup>7</sup> De voorzichtige verwachting is dat de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen in de loop van 2016 in werking zal treden.

### 3 Externe aansprakelijkheid

#### 3.1 *Bestuurdersaansprakelijkheid versus aansprakelijkheid voor handelen in persoon*

Het Spaanse Villa-arrest heeft, zachtst gezegd, tot enige onrust geleid.<sup>8</sup> Een makelaar die ook bestuurder was van een vennootschap werd persoonlijk aansprakelijk gehouden wegens een op hem rustende zorgvuldigheidsnorm. De onrechtmatige gedraging van de makelaar kon volgens de Hoge Raad worden toegerekend aan de vennootschap op grond van de Kleuterschool Babbel-criteria.<sup>9</sup> De ene groep schrijvers vreesde dat hiermee de hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid werd omzeild; een andere groep zag in het arrest niet meer dan een onderscheid tussen

---

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33750 VI, nr. 31.

<sup>7</sup> Rapport ‘*Een lastig gesprek*’ van september 2013.

<sup>8</sup> HR 23 november 2012, *JOR* 2013/40 m.nt. Van Andel en Rutton, *NJ* 2013/302 m.nt. Van Schilfgaarde.

<sup>9</sup> HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34 m.nt. Brunner.

aansprakelijkheid voor handelen als bestuurder (hoge drempel) en aansprakelijkheid voor handelen in persoon ('gewone' onrechtmatige daad).<sup>10</sup> Ook ontstond een debat of de ernstig verwijt-maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid al dan niet moest worden losgelaten.<sup>11</sup> Gedurende de kroniekperiode heeft de Hoge Raad duidelijkheid verschaft in Tulip Air<sup>12</sup> en de rust lijkt<sup>13</sup> teruggekeerd. De Hoge Raad benadrukt dat het in Spaanse Villa niet om bestuurdersaansprakelijkheid gaat. Zijn oordeel heeft *'niet betrekking [...] op het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, maar op de vraag of de betrokkene,<sup>14</sup> optredend als deskundig bemiddelaar (dienstverlener) had gehandeld in strijd met een op hem in die hoedanigheid van deskundig bemiddelaar rustende zorgvuldigheidsnorm'*. Dan hoeft 'slechts' aan de gewone onrechtmatige daad-norm getoetst te worden. Dat is anders in Tulip Air waarin vaststaat dat de betrokkene als bestuurder van de vennootschap is opgetreden; in dat geval moet getoetst worden aan de norm voor bestuurdersaansprakelijkheid waarvoor (nog steeds) de hoge drempel van de ernstig verwijt-maatstaf geldt. De hoedanigheid waarin is gehandeld, is dus bepalend voor de toe te passen norm. De hoedanigheid zal aan de hand van de feiten vastgesteld moeten worden. Ook de grondslag van de vordering speelt daarbij een rol, zo blijkt uit een andere beslissing van de Hoge Raad over een advocaat die aansprakelijk is gesteld door zijn cliënt wegens onrechtmatig handelen dat gelegen is in de wijze waarop hij als advocaat zijn werkzaamheden heeft verricht.<sup>15</sup> De advocaat is via zijn praktijkvennootschap lid van de advocatenmaatschap die een opdrachtrelatie met de cliënt is aangegaan. De advocaat is ook bestuurder van zijn praktijkvennootschap. De Hoge Raad maakt duidelijk dat de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel voor bestuurders niet geldt voor de advocaat die naast zijn praktijkvennootschap wordt aangesproken: *'Indien een advocaat door zijn cliënt wegens zijn beroepsfout uit onrechtmatige daad wordt aangesproken, betreft dit zijn aansprakelijkheid als beroepsbeoefenaar en niet zijn aansprakelijkheid als bestuurder van een vennootschap.'* Met de nootschrijver meen ik dat deze maatstaf ook geldt voor andere beroepsbeoefenaars zoals de accountant of de belastingadviseur.

- 
- 10 De stroom van publicaties die op deze uitspraak is gevolgd is te lang om hier (volledig) weer te geven. Ik veronderstel de lezer met de meeste bekend.
  - 11 W.A. Westenbroek, 'Metaalmoetheid na 88 jaar "externe" bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los', *Ondernemingsrecht* 2015/69; P.D. Olden, 'Koester de maatstaf "ernstig verwijt": beter hebben we niet', *Ondernemingsrecht* 2015/70.
  - 12 HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296 m.nt. Kroeze.
  - 13 O.a. C. de Groot, 'De Hoge Raad en externe bestuurdersaansprakelijkheid: duidelijkheid over Villa Mundo?', *Onderneming en Financiering* 2015 (23); J. van Bekkum, 'Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg', *WPNR* 2015/7055.
  - 14 In Spaanse Villa spreekt de Hoge Raad over 'de bestuurder' wat blijkbaar tot de ontstane verwarring heeft geleid. Bij zijn verduidelijkende overwegingen in Tulip Air vervangt de Hoge Raad deze woorden door 'de betrokkene'. Zie M.J.G.C. Raaijmakers (annotatie), 'Tulip Air: Villa Mundo revisited', *AA* 2014, p. 933-937.
  - 15 HR 18 september 2015, *JOR* 2015/289 m.nt. Kortmann.

### 3.2 Bevestiging van de bekende normen

Bij alle aandacht voor Tulip Air is het op dezelfde dag door de Hoge Raad gewezen RCI Financial Services-arrest enigszins ondergesneeuwd.<sup>16</sup> In deze zaak is een bestuurder namens een groep *automotive* vennootschappen een financieringsovereenkomst aangegaan waarbij ten behoeve van de financieringsmaatschappij (RCI) een eerste pandrecht is verleend op de voorraden auto's. De vennootschappen hebben met zo veel woorden verklaard dat op die voorraden geen eerder beperkt recht rustte. Na het faillissement van de vennootschappen ontdekt RCI dat op de voorraden een eerder pandrecht was gevestigd ten behoeve van een andere bank. RCI stelt de bestuurder aansprakelijk wegens schending van de Beklamel-norm,<sup>17</sup> maar de vordering berust op een te beperkte interpretatie daarvan. RCI meent dat voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid voldoende is dat zij schade heeft geleden doordat de bestuurder een verplichting (tot het verstrekken van het eerste pandrecht) is aangegaan waarvan hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschappen deze niet zouden kunnen nakomen. Bij de beoordeling daarvan bezigt de Hoge Raad dezelfde overwegingen als in Tulip Air. Deze houden in dat aansprakelijkheid van een bestuurder *naast* de aansprakelijkheid van de rechtspersoon een uitzondering is, en dat daarvoor een hoge drempel geldt die gerechtvaardigd wordt door *'de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen'*. Verder zet de Hoge Raad onder verwijzing naar zijn standaardarresten nog eens uiteen hoe beoordeeld moet worden of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, besluitend met de samenvatting dat het Beklamel-criterium *'in de kern [...] de eis [in]houdt dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeisers als gevolg van zijn handelen schade zou lijden'*.<sup>18</sup> Voor het aannemen van een persoonlijk ernstig verwijt is het door RCI geuite verwijt dus onvoldoende. Dit arrest bevestigt dat de Hoge Raad de lijnen die hij voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid heeft uitgezet, strikt blijft toepassen.

---

16 HR 5 september 2014, *JOR* 2014/325 m.nt. Kortmann.

17 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990 m.nt. Maeijer.

18 Kortmann meent in zijn noot onder het arrest dat de uitvoerige uiteenzetting van de Hoge Raad wellicht is ingegeven door de oproep van de A-G tot toepassing van een minder strenge maatstaf (nr. 4.6 van de conclusie van de A-G bij dit arrest).

### 3.3 *Bestuurdersaansprakelijkheid, relativiteitseis en 'eigen schuld'*

In Tulip Air komt ook het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW ter sprake. De casus is als volgt. Van der Meer is enig (indirect) aandeelhouder en enig bestuurder van Tulip Air Holding II B.V. en haar twee 100% dochtervennootschappen Tulip Air Lease B.V. en Tulip Air B.V. Op grond van een door Tulip Air Lease met Hezemans Air Inc. gesloten bemiddelingsovereenkomst en door Hezemans verleende volmachten verkoopt Van der Meer namens Hezemans twee vliegtuigen. Hij laat de koopprijs, in strijd met de specifieke instructie van Hezemans, betalen op de bankrekening van Tulip Air Lease, die een deel van het ontvangen bedrag doorbetaalt aan een derde. Hezemans vordert van onder andere Van der Meer en Tulip Air Lease betaling van de koopprijs op de grondslag dat Van der Meer heeft gehandeld in strijd met de verleende volmachten. De rechtbank veroordeelt alleen Tulip Air Lease. In appel komt voor het eerst aan de orde of Van der Meer als bestuurder van Tulip Air Lease de Beklamel-norm heeft geschonden door te bewerkstelligen dat Tulip Air Lease een deel van de koopprijs aan een derde heeft betaald, wetende dat Tulip Air Lease geen verhaal zou bieden. Het hof meent dat de Beklamel-norm – behoudens bijzondere omstandigheden – niet strekt tot bescherming van Hezemans die zelf op de hoogte was van de financiële situatie van Tulip Air Lease. De vraag of Van der Meer een ernstig verwijt treft wordt daarom in het midden gelaten. De Hoge Raad gaat daar niet in mee. De aansprakelijkheid constituerende omstandigheid is dat Van der Meer in strijd met de hem gegeven instructie de koopprijs heeft laten overmaken aan Tulip Air Lease. De bekendheid van Hezemans met de financiële situatie van Tulip Air Lease kan dus niet verhinderen dat beoordeeld wordt of de handelwijze van Van der Meer een ernstig verwijt oplevert. De Hoge Raad gaat er (veronderstellenderwijs) van uit dat dit het geval is. In de zojuist aangehaalde overweging van het hof ligt de visie besloten dat een schuldeiser geen bescherming aan de Beklamel-norm kan ontnemen als hij, met de bestuurder, wetenschap heeft van de slechte financiële positie van zijn debiteur (de door de bestuurder vertegenwoordigde vennootschap). Borrius e.a. voeren een aantal voorbeelden uit de lagere rechtspraak aan die deze visie lijken te bevestigen en zij wijzen erop dat ook de Hoge Raad in Tulip Air het daarmee niet oneens lijkt.<sup>19</sup>

Het 'eigen schuld'-verweer kom ik in zaken waarin een advocaat of accountant door zijn cliënt aansprakelijk wordt gesteld vaker tegen dan in bestuurdersaansprakelijkheidszaken. Volgens art. 6:101 BW dient de schade die (mede) het gevolg is van aan

---

<sup>19</sup> Borrius e.a. in de noot bij Hof Amsterdam 3 juni 2014, *JOR* 2015/163.

de benadeelde toe te rekenen omstandigheden voor rekening van de benadeelde te blijven. Ook de aansprakelijk gestelde bestuurder kan met zo'n verweer zijn geholpen,<sup>20</sup> soms zelfs *door de rechter*.<sup>21</sup>

### 3.4 *Misleiding en causaal verband*

Het kroniekjaar 2015 kan misschien wel de geschiedenis ingaan als het jaar van de 'misleiding'. Binnen één maand heeft de Amsterdamse rechtbank twee vonnissen toegevoegd aan het beperkte aantal zaken over balansaansprakelijkheid ex art. 2:139 BW die de Nederlandse jurisprudentie rijk is.

Olden en Beckers hebben in de vorige kroniek de Landis-beslissing van de Rechtbank Midden-Nederland waarmee bestuurders en commissarissen van Landis hoofdelijk aansprakelijk zijn gehouden voor het boedeltekort,<sup>22</sup> bestempeld tot '*de klapper van het jaar 2013*'. Om in de termen van de onderhavige kroniek te blijven: ook in 2014 en 2015 is de Landis-kwestie niet uit de hitlijsten weg te slaan. Na de eerdere wanbeleidsuitspraak van de Ondernemingskamer en het genoemde vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland was het leed voor de bestuurders, aangevangen bij het faillissement van Landis in 2002, nog niet geleden. In 2015 zijn zij ook veroordeeld tot vergoeding van de koersschade van beleggers van Landis.<sup>23</sup> Deze zaak is een voorbeeld van de in par. 6 te bespreken doorwerking van de vaststellingen van de Ondernemingskamer. De Amsterdamse rechtbank baseert de feiten op het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland uit 2013, dat zwaar leunt op de wanbeleidsbeschikking van de Ondernemingskamer. In het meest recente vonnis neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat de jaarrekeningen 1999 en 2000, het halfjaarbericht over het eerste halfjaar 2001 en twee persberichten<sup>24</sup> misleidende informatie bevatten en houdt zij de bestuurders daarvoor aansprakelijk op grond van art. 2:139 BW.

De Fairstar-casus is tamelijk spectaculair vanwege de door de Rechtbank Amsterdam geconstateerde onbehoorlijkheid van het bestuur en het toezicht, en de vele interessante andere aspecten waarover de rechtbank een oordeel heeft gegeven.<sup>25</sup> Zeetransporteur Dockwise heeft in 2012 via een (vijandig) verplicht openbaar bod haar

---

20 Bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5472, en van hetzelfde hof 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1483.

21 Hof Amsterdam 3 juni 2014, *JOR* 2015/163 m.nt. Borrius en Van den Berg.

22 Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 m.nt. Verboom.

23 Rb. Amsterdam 28 oktober 2015, *JOR* 2015/330 m.nt. Verboom.

24 De Rechtbank Midden-Nederland vond vier persberichten misleidend (zie noot 22, r.o. 4.3.1-4.3.2).

25 Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6932.

concurrent Fairstar – destijds genoteerd aan de Oslo *Stock Exchange* – overgenomen.<sup>26</sup> Vooruitlopend op de afwikkeling van het bod zegt Fairstar omvangrijke vertrekvergoedingen aan haar twee bestuurders toe en tekent zij vrijwarings-/kwijtingsovereenkomsten met deze bestuurders en twee commissarissen. De bestuurders treden in de zomer van 2012 terug met verzilvering van de vertrekregeling. Na forensisch onderzoek en onderzoek van de accountant wordt ontdekt dat Fairstar in augustus 2011 een schip ter waarde van € 110 miljoen heeft besteld. Die bestelling was aan de markt noch aan de banken bekendgemaakt, de verplichting was niet in de jaarrekening 2011 verantwoord, en ook de eerste kwartaalcijfers 2012 waren onvolledig. De overeenkomst was intussen beëindigd waardoor Fairstar een *termination fee* van € 37,5 miljoen aan de Chinese werf verschuldigd werd. Dockwise en Fairstar hebben de twee bestuurders (CEO en COO) en twee commissarissen van Fairstar in twee verschillende, gevoegde procedures aansprakelijk gesteld.<sup>27</sup> Dockwise vordert schadevergoeding omdat haar bod op de aandelen Fairstar uitging van de (door de onjuiste informatie) te hoge beurskoers.<sup>28</sup> De rechtbank houdt de bestuurders en twee commissarissen op grond van art. 2:139 c.q. 2:150 BW aansprakelijk voor de schade die Dockwise heeft geleden als gevolg van de misleidende voorstelling in de jaarrekening 2011 van Fairstar. De bestuurders hangen ook voor de misleidende voorstelling in de eerste kwartaalcijfers 2011.<sup>29</sup> Daarnaast zijn de bestuurders op grond van onrechtmatige daad c.q. art. 2:8 BW aansprakelijk jegens Dockwise wegens het achterhouden van koersgevoelige informatie c.q. vanwege het desgevraagd verstrekken van onjuiste en (ten minste) onduidelijke informatie aan Dockwise over de status van het schip en het contract.

Ten aanzien van de misleidende informatie en het achterhouden van koersgevoelige informatie neemt de rechtbank in Fairstar voor de vaststelling van de aansprakelijkheid aan dat voldoende aannemelijk is dat Dockwise daardoor mogelijk schade heeft geleden. De rechtbank neemt ook aan dat Dockwise het bod op de aandelen Fairstar mede heeft gebaseerd op de gepubliceerde cijfers van Fairstar.

De bestuurders van Landis hebben niet concreet bestreden dat de onjuiste informatie over de bedrijfsresultaten van Landis enige invloed op de beurskoers heeft gehad. De rechtbank overweegt daarom dat de mogelijkheid dat beleggers daardoor schade hebben geleden voldoende aannemelijk is. Zij acht voor de vaststelling van de aansprakelijkheid niet relevant of de gedupeerde beleggers bij het nemen van hun beleggingsbeslissingen daadwerkelijk zijn afgegaan op de (half)jaarcijfers.

---

26 Hof Amsterdam (OK) 12 februari 2013, *JOR* 2013/101 m.nt. Josephus Jitta (*uitkoopprocedure Fairstar*).

27 De vorderingen tegen de *treasurer* van Fairstar laat ik hier buiten beschouwing; zie par. 9.

28 De vorderingen van Fairstar worden besproken in het hoofdstuk over interne aansprakelijkheid.

29 Art. 2:150 BW (aansprakelijkheid commissarissen) bevat niet de mogelijkheid om commissarissen aansprakelijk te houden voor misleidende tussentijdse cijfers.

Dat de schade van de Landis-beleggers c.q. Dockwise rechtstreekse schade is, staat mijns inziens buiten kijf.<sup>30</sup> Ook lijken de beide zaken mij in lijn met het door de Hoge Raad in de WOL-zaak geformuleerde uitgangspunt dat in beginsel aangenomen moet worden dat, als geen sprake van misleiding zou zijn geweest, de belegger niet tot aankoop van de effecten zou zijn overgegaan.<sup>31</sup> Het *conditio sine qua non*-verband wordt dus in beginsel aanwezig geacht. Dit oordeel van de Hoge Raad zag weliswaar op prospectusaansprakelijkheid maar het komt mij ook bij balansaanpakelijkheid passend voor. De vragen ex art. 6:98 BW, namelijk naar het causaal verband en de toerekenbaarheid van de schade aan (welke van) de misleidende mededelingen, kunnen in de schadestaatprocedure aan de orde komen, evenals de in de Fairstar-zaak door de bestuurders opgeworpen kwestie in hoeverre er sprake is van 'eigen schuld' bij Dockwise die willens en wetens de aan haar bekende informatie zou hebben genegeerd. Op die wijze kan rekening worden gehouden met de overweging van de Hoge Raad in de WOL-zaak dat '*de rechter [...] naar aanleiding van de over en weer aangevoerde argumenten [...] en mede in aanmerking genomen de aard van de desbetreffende misleidende mededeling(en) en de verder beschikbare informatie, tot de conclusie [kan] komen dat voormeld uitgangspunt in het concrete geval niet opgaat*'.

### 3.5 Aansprakelijkheid jegens schuldeisers

De aansprakelijkheid van de bestuurder jegens schuldeisers voor schulden van de vennootschap wordt alleen aangenomen als aan het welbekende ernstig verwijt-criterium is voldaan. Of die drempel wordt gehaald hangt af van de aard en ernst van de normschending en de omstandigheden van het geval. De casuïstiek is omvangrijk. Enkele voorbeelden.

#### *Aansprakelijkheid buiten 'zwaar weer'-omstandigheden*

Door het wat onhandig opereren van haar indirect bestuurder kan Crane Services een beoogde aandelenovername afblazen met een beroep op het overeengekomen financieringsvoorbehoud. Crane Services wordt in kort geding veroordeeld tot nakoming van de koopovereenkomst maar kan niet aan het vonnis voldoen. In een bodemprocedure wordt de indirect bestuurder veroordeeld tot schadevergoeding als gevolg van de niet-nakoming door Crane Services. Het hof stelt vast dat de indirect bestuurder niet op de juiste wijze het financieringsvoorbehoud heeft ingeroepen en dat hij zich onvoldoende heeft ingespannen om de vereiste financieringsafwijzingen te verkrijgen. Uit de overwegingen van het hof blijkt niet dat is onderzocht of aan de voorwaarde voor persoonlijke aansprakelijkheid van de indirect bestuurder

---

30 Vgl. M. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, Deventer: Kluwer 2004, p. 23, en min of meer impliciet Rb. Amsterdam 28 oktober 2015, *JOR* 2015/230 m.nt. Verboom, r.o. 4.7 jo. 4.5 en 4.6.

31 HR 27 november 2009, *JOR* 2010/43 m.nt. Frielink.



jegens een schuldeiser van de vennootschap, namelijk dat hem persoonlijk een ernstig verwijt treft, is voldaan. De Hoge Raad acht dit een miskennen van de ernstig verwijtmaatstaf voor deze vorm van aansprakelijkheid; hij verwijst naar Tulip Air en RCI Financial Services.<sup>32</sup>

In een andere zaak is een vergelijkbare omissie van het hof aan de orde. Het hof heeft niet vastgesteld dat de voor een onrechtmatige daad van de vennootschap aansprakelijk gehouden bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt treft. Toch leest de Hoge Raad in de door het hof aan zijn oordeel ten grondslag gelegde omstandigheden dat de bestuurder met anderen heeft samengespannen om gelden te onttrekken aan crediteuren van de vennootschap, wat leidt tot de aanvaarding van het bestaan van een persoonlijk ernstig verwijt.<sup>33</sup>

De indirect bestuurders van de koper wisten bij het aangaan van de *share purchase agreement* (SPA) dat de koper de koopprijs niet zonder externe financiering aan de verkoper zou kunnen betalen.<sup>34</sup> De verkoper vordert schadevergoeding van de koper en haar indirect bestuurders. De rechtbank wijst alleen de vordering tegen de koper toe. In beroep trekt de verkoper alle registers open met een beroep op zowel Ontvanger/Roelofsen<sup>35</sup> als Beklamel. Het hof toetst aan de laatste norm en concludeert dat de indirect bestuurders ten tijde van de SPA drie opties hadden: de SPA afblazen, op zijn minst een financieringsvoorbehoud maken, of de verkoper informeren over de noodzaak de koopprijs extern te financieren. Van het nalaten daarvan treft de indirect bestuurders een ernstig verwijt.

#### *Aansprakelijkheid in 'zwaar weer'-omstandigheden*

Hoelang de bestuurder van een vennootschap in 'zwaar weer' mag doorgaan met de onderneming is regelmatig onderwerp van bestuurdersaansprakelijkheidszaken.<sup>36</sup>

Ondanks de opzegging door de bank van het krediet, waardoor bij het uitblijven van herfinanciering faillissement dreigt, probeert de bestuurder van een Caravan Centrum nieuwe financiering te regelen om het Centrum te redden. Tijdens die reddingspoging verkoopt het Centrum een Kip-caravan tegen contante betaling, maar levert deze nog niet. De reddingspoging mislukt. De door de koper van de Kip-caravan na het faillissement van het Centrum tegen de bestuurder ingestelde vordering wordt

---

32 HR 6 februari 2015, *JOR* 2015/102 m.nt. Van Bekkum.

33 HR 10 oktober 2014, *JOR* 2014/297.

34 Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2015, *JOR* 2015/290 m.nt. Berkhout.

35 HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38.

36 Th.P.J. Hanssen meent overigens dat het ernstig verwijt-criterium in de praktijk een belemmerende factor is voor bestuurders en voor een succesvolle herstructurering van ondernemingen in zwaar weer in 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015-6, par. 4.

door de rechtbank toegewezen, maar het Hof 's-Hertogenbosch redt de bestuurder in appel met verwijzing naar onder meer Ontvanger/Roelofsen. Het hof stelt aan de hand van de correspondentie met de beoogde nieuwe financier vast dat de bestuurder er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat het rondkomen van de herfinanciering een reële mogelijkheid was.<sup>37</sup> Op hem rust onder die omstandigheid geen waarschuwingplicht jegens de koper.

Voordat een schadeclaim van Helion tegen Valar Groep wordt toegewezen besluit de AvA van Valar Groep tot 'turbo liquidatie' van Valar Groep: 'vanwege het ontbreken van baten vindt ontbinding plaats zonder vereffening'. De bestuurder van Valar Groep schrijft het besluit in bij de KvK. Valar Groep houdt op te bestaan en Helion staat met lege handen voor haar vordering. Zij stelt dat de (indirect) bestuurder van Valar Groep de inschrijving in de KvK niet had mogen doen omdat er bij faillissement van Valar Groep een bate zou ontstaan, namelijk een art. 2:248 BW-vordering op deze bestuurder vanwege niet tijdige publicatie van de jaarrekening. De bestuurder slaagt erin de rechtbank ervan te overtuigen dat het (hypothetisch) faillissement van Valar Groep door externe omstandigheden zou zijn veroorzaakt. De rechtbank concludeert dat het achterwege laten van de vereffening op zich geen reden is voor een voldoende ernstig verwijt aan de bestuurder. Zo'n verwijt kan wel gemaakt worden aan de bestuurder die de ontbinding inschrijft terwijl hij weet of behoort te weten dat er wel een bate bestaat.<sup>38</sup>

Ook in de kroniekperiode is er beslist in diverse klassieke gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling.<sup>39</sup> De focus van de bestuurder van een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming verschuift idealiter van het ondernemingsbelang naar het belang van de schuldeisers. Het aan de vooravond van het faillissement zonder sluitende rechtvaardiging aflossen van vorderingen van de eigen vennootschap of de vennootschap van familie, of het in financieel opzicht gunstiger behandelen van de moedervennootschap ten koste van andere schuldeisers, levert zonder meer een persoonlijk ernstig verwijt op voor de bestuurder die zich daaraan schuldig maakt. Bekendheid met een faillissementsrisico lijkt onvoldoende; een risico kan immers mogelijk nog worden afgewend, maar als de vennootschap er financieel echt heel slecht voor staat, moet de bestuurder van goeden huize komen om de rechter ervan te overtuigen dat hij er toch op mocht vertrouwen dat een faillissement kon worden voorkomen.

---

37 Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, *JOR* 2015/2 m.nt. Westenbroek.

38 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, *JOR* 2015/103 m.nt. Scholten.

39 Bijvoorbeeld HR 23 mei 2014, *JOR* 2014/229 m.nt. Van Bekkum; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, *JOR* 2015/3 m.nt. Van Bekkum.