

rechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers, ook als hij daarbij niet rekening houdt met eventuele preferenties. Het staat (een bestuurder van) de vennootschap – dan ook – in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan.'

En in zijn arrest van 17 januari 2020 (ECLI:NL:HR:2020:73) stelt de Hoge Raad: 'Een bestuurder van een vennootschap is niet persoonlijk aansprakelijk jegens een vennootschaps-schuldeiser die is benadeeld wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering, op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven die vennootschaps-schuldeiser. De betrokken bestuurder kan ter zake van deze benadeling persoonlijk aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.'

#### *Betalingsonwil*

We kunnen dus concluderen dat selectief betalen in beginsel gewoon geoorloofd is. Echter, wanneer het niet nakomen van een betalingsverplichting voortkomt uit betalingsonwil, wordt aangenomen dat daarvan aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In *Zandvliet/ING* gaat de Hoge Raad mee met het oordeel van het hof, dat een ernstig verwijt op zijn plaats is, omdat de weigering van de bestuurder om te betalen slechts voortkomt uit betalingsonwil. In de onderhavige zaak volgt het Hof Den Haag dezelfde lijn. Na de (standaard) verwijzing naar het tweede toetsingskader van *Ontvanger/Roelofsen* (HR 8 december 2008, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758) overweegt het hof in r.o. 18: 'Onrechtmatig is in ieder geval wel de uit betalingsonwil voortvloeiende weigering van een bestuurder om een verbintenis van de rechtspersoon te voldoen.'

Of de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval (vgl. onder meer Hof Den Bosch 15 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4226; HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:236). Uit enkele uitspraken kunnen we aflezen welke omstandigheden kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van betalingsonwil.

In de kwestie die voorlag bij Rechtbank Rotterdam (vonnis van 20 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1479) werden aan de bestuurder gelieerde schuldeisers wel voldaan en eisers als – enige – externe partij niet. Bij het Hof Den Haag (arrest 23 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1077) bleef betaling door de vennootschap achterwege, ook nadat zij daartoe in hoogste instantie was veroordeeld, maar keurde de bestuurder/aandeelhouder wel een dividenduitkering aan zichzelf goed en bewerkstelligde door de verkoop van de activa en het staken van de activiteiten dat alle verdien capaciteit uit de vennootschap werd gehaald.

Het is dus niet zozeer het niet-betalen, maar het zijn de bijkomende omstandigheden en gedragingen van de bestuurder die de conclusie rechtvaardigen dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld (zie Westenbroek, 'Selectieve betaling: onbehoorlijke taakvervulling en onrechtmatig of niet?', *TvOB* 2020/2, p. 69).

#### *Betalingsonwil en selectieve non-betaling*

Heeft het hof, gezien het voorgaande, de tandtechnieker terecht persoonlijk aansprakelijk gehouden en veroordeeld tot betaling van de Famed-gelden aan de tandarts? De feitelijke toetsing door het hof is te vinden in r.o. 19 t/m 21. Allemansgeest is in eerste aanleg veroordeeld tot betaling van de Famed-gelden (onder aftrek van het bedrag dat is aangewend ter nakoming van betalingsverplichtingen van Allemansgeest). Allemansgeest, althans de tandtechnieker namens Allemansgeest, heeft geen navolging gegeven aan het vonnis. Daarnaast heeft de tandtechnieker het geld gebruikt voor de voldoening van schulden van een andere vennootschap waarvan hij bestuurder is en voor etentjes, benzine en andere privé-uitgaven. De bankrekening van Allemansgeest is leeg en de vordering van de tandarts is als enige niet voldaan.

Ik meen dat het hof hier het juiste oordeel heeft gegeven. Samenvattend ligt er een veroordelend vonnis, heeft de bestuurder de gelden gebruikt voor voldoening van eigen schulden dan wel de schulden van een aan hem gelieerde partij, is de schuld aan de tandarts als enige (derden)schuld niet betaald en heeft de bestuurder verhaal op Allemansgeest illusoir gemaakt.

Ik wijs er nog op dat het hof in zijn conclusie (in r.o. 20) het woord 'betalingsonwil' niet meer in de mond neemt, maar benoemt dat de selectieve non-betaling (die uit de feiten voortvloeit) onrechtmatig is jegens de tandarts als schuldeiser van de vennootschap en dat de tandtechnieker daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zijn betalingsonwil en selectieve non-betaling synoniem? Het Hof Amsterdam overweegt in zijn arrest van 14 februari 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BW1995) dat de selectieve betaling van het salaris van de bestuurder een krachtige aanwijzing is voor betalingsonwil bij die bestuurder. Ik denk niet dat de uitkomst in de onderhavige kwestie anders zou (moeten) zijn geweest, maar het hof had er goed aan gedaan in zijn conclusie aandacht te besteden aan het verband tussen selectieve non-betaling en betalingsonwil.

mr. A.M. Dumoulin-Siemens  
Ekelmans & Meijer Advocaten

## 174

### **Toepassing NOM/Willemsen-maatstaf leidt tot afwijzing vordering uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder**

Rechtbank Rotterdam  
21 oktober 2020, nr. C/10/597465 / HA ZA 20-530,  
ECLI:NL:RBROT:2020:9485  
(mr. Bouwman)  
Noot mr. R.H.H. Vastmans

#### **Bestuurdersaansprakelijkheid. Onrechtmatige daad.**

[BW art. 2:9]

*Essentie: Aansprakelijkheid bestuurder jegens aandeelhouders. Onbehoorlijk bestuur. Rekening en verantwoording afleggen door het bestuur. Vorderingen afgewezen.*

*Samenvatting: De rechtbank stelt voorop dat de vraag of [naam gedaagde] op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is jegens [eisers] moet worden beantwoord aan de hand van de maatstaf van art. 2:9 BW, die geldt voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de rechtspersoon die door hem wordt bestuurd (HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 (NOM/Willemsen), ECLI:NL:HR:2008:BC4959). Dit betekent dat in onderhavig geval dezelfde hoge drempel geldt voor het aannemen van een uit onrechtmatige daad voortvloeiende aansprakelijkheid aan de zijde van [naam gedaagde] en dat aan hem een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt. [eisers] moeten daarvoor voldoende concrete feiten en omstandigheden stellen en (bij een gemotiveerde betwisting) voldoende onderbouwen.*

*De rechtbank is van oordeel dat [eisers] niet aan deze stelplicht hebben voldaan. De stellingen van [eisers] zijn deels feitelijk onjuist. Er zijn jaarrekeningen van de Beheermaatschappij en van [naam bedrijf 2] opgemaakt en [eisers] zijn hierover op de vergaderingen van aandeelhouders geïnformeerd. [naam gedaagde] heeft notulen van de vergaderingen van aandeelhouders van de Beheermaatschappij in de periode van 2011 tot en met 2019 in het geding gebracht, waaruit blijkt dat [eisers] aanwezig zijn geweest op de algemene vergaderingen van aandeelhouders en dat de jaarrekeningen op die vergaderingen zijn besproken. Voorts blijkt uit die stukken dat de jaarrekeningen van de periode 2006 tot en met 2010 zijn goedgekeurd en dat over die jaren decharge is verleend. In de periode na 2010 is binnen de algemene vergadering van aandeelhouders een patstelling ontstaan waarna de jaarstukken niet meer zijn goedgekeurd en ook geen decharge is verleend. Uit de gang van zaken na 2010 volgen naar het oordeel van de rechtbank geen feiten of omstandigheden die een ernstig verwijt aan de zijde van [naam gedaagde] opleveren. Indien [eisers] van mening zijn dat aan de door [naam gedaagde] overgelegde stukken geen betekenis toekomt, hadden zij dat moeten stellen en onderbouwen. Dat hebben zij niet gedaan. De op de mondelinge behandeling ingenomen stelling zijdens [eisers] dat de notulen van 2011, 2012 en 2013 niet zijn ondertekend, is daarvoor onvoldoende, reeds omdat hiermee niet is weersproken dat [eisers] algemene vergaderingen van aandeelhouders hebben bijgewoond en dat er wel degelijk jaarstukken op die vergaderingen zijn goedgekeurd, namelijk tot en met 2010. [eisers] hebben naar het oordeel van de rechtbank aldus te weinig ingebracht tegen de gemotiveerde betwisting van [naam gedaagde].*

*Dat in het verleden meerdere jaarstukken niet tijdig zijn gedeponeerd, maakt niet dat sprake is van onrechtmatig handelen van [naam gedaagde] als bestuurder jegens [eisers] als aandeelhouders. Het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW, waarop [eisers] een beroep hebben gedaan, is in deze situatie niet van toepassing omdat dit artikel specifiek ziet op de situatie waarin een vennootschap failliet is verklaard. Van een faillissement van de Beheermaatschappij is thans geen sprake. Voor zover [eisers] hebben bedoeld aan te voeren dat het bepaalde in art. 2:248 BW analoog moet worden toegepast, is de rechtbank van oordeel dat daarvoor geen aanleiding bestaat omdat een faillissement (waarin de curator op grond van het artikel soms een vordering kan instellen tegen een bestuurder) een wezenlijk andere situatie betreft dan het onderhavige geval (waarin geen sprake is van een faillissement en medeaandeelhouders een vordering uit onrechtmatige daad instellen tegen een bestuurder).*

*Uit de verdere stellingen van [eisers] volgt evenmin welk concreet onrechtmatig handelen of nalaten van [naam gedaagde]*

*tot welke schade aan de zijde van [eisers] heeft geleid en waarin het ernstig verwijt is gelegen dat [naam gedaagde] hiervan kan worden gemaakt.*

1. [naam eiser 1], wonende te [woonplaats eiser 1],
2. [naam eiser 2], wonende te [woonplaats eiser 2],
3. [naam eiser 3],

eisers,

advocaat: mr. P.S. Kamminga te Den Haag, tegen

[naam gedaagde],

wonende te [woonplaats gedaagde],

gedaagde,

advocaat: mr. R.J. Ottens te Noordwijk.

Partijen zullen hierna [eisers] en [naam gedaagde] genoemd worden.

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 20 mei 2020 van [eisers], met producties;
- de conclusie van antwoord, met producties;
- de akte van 5 augustus 2020 van [eisers], waarbij zij onder overlegging van de overlijdensakte hebben medegedeeld dat [naam eiser 3] op 8 juni 2020 is komen te overlijden en dat geen noodzaak voor schorsing in de zin van artikel 225 Rv bestaat omdat de erfgenamen van [naam eiser 3] de procedure in die hoedanigheid willen voortzetten;
- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 14 september 2020.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald. Nu de procedure niet is geschorst in de zin van artikel 225 Rv wordt in dit vonnis [naam eiser 3] nog steeds genoemd als formele procespartij.

### 2. De feiten

2.1. Eisers sub 1 en 2 en [naam gedaagde] zijn drie van de zes kinderen, tevens erfgenamen, in de nalatenschap van hun op 19 maart 1999 overleden moeder [naam 1] (hierna te noemen: 'de moeder'). [naam eiser 3] was de erfgenaam van zijn op 23 november 2000 overleden echtgenote [naam 2], die tevens kind was van de moeder en erfgenaam was in de nalatenschap van de moeder.

2.2. Tot de nalatenschap van de moeder behoorden onder meer alle aandelen (tien aandelen) in de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam bedrijf 1] (hierna te noemen: 'de Beheermaatschappij'). De aandelen in de Beheermaatschappij zijn bij akte van 12 maart 2001 verdeeld onder de zes erfgenamen, die elk één aandeel en een zesde onverdeeld aandeel in de resterende vier aandelen hebben verkregen. De erfgenamen zijn nog niet tot een volledige afwikkeling van de nalatenschap gekomen.

2.3. [naam gedaagde] is sinds 20 juni 2000 enig bestuurder van de Beheermaatschappij. De Beheermaatschappij heeft een aandelenbelang van 69,7% in de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam bedrijf 2] (hierna te noemen: '[naam bedrijf 2]'). Vanuit [naam bedrijf 2] worden inmiddels geen bedrijfsactiviteiten meer verricht.

### 3. Het geschil

3.1. [eisers] vorderen om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. voor recht te verklaren dat [naam gedaagde] in de hoedanigheid van bestuurder van de Beheermaatschappij onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eisers], zowel in hun hoedanig-

heid van mede-erfgenamen in de nalatenschap van [naam 1], overleden op 19 maart 1999 als van (mede) aandeelhouders in de Beheermaatschappij;

II. [naam gedaagde] te veroordelen tot vergoeding van de door [eisers] geleden en te lijden schade op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

III. [naam gedaagde] te veroordelen rekening en verantwoording af te leggen van het beheer in en het bestuur van de Beheermaatschappij vanaf 20 juni 2000, zijnde de datum van zijn aantreden als bestuurder van de Beheermaatschappij, zulks onderbouwd met deugdelijke stukken die voldoende inzicht bieden, onder meer doch niet beperkt tot de door hem verrichte beschikkingshandelingen namens de Beheermaatschappij;

IV. [naam gedaagde] te veroordelen in de kosten.

3.2. [naam gedaagde] voert verweer tegen de vorderingen van [eisers] en concludeert tot afwijzing daarvan met veroordeling van [eisers] in de daadwerkelijke kosten dan wel in de kosten van de procedure conform het liquidatietarief.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

4.1. [eisers] zijn van mening dat [naam gedaagde] jegens hen aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad, welke aansprakelijkheid voortvloeit uit zijn handelen (of nalaten) als bestuurder van de Beheermaatschappij. Zij stellen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur met betrekking tot het gevoerde beleid in de Beheermaatschappij en in [naam bedrijf 2], onder meer omdat zij jarenlang niet zijn geïnformeerd over het reilen en zeilen van de Beheermaatschappij en van [naam bedrijf 2], de jaarstukken van beide vennootschappen niet zijn gedeponeerd en de jaarstukken van de Beheermaatschappij sinds het aantreden van [naam gedaagde] als bestuurder nooit door de algemene vergadering van aandeelhouders zijn goedgekeurd. Door de onbehoorlijke taakvervulling van [naam gedaagde] is het vermogen van de Beheermaatschappij verdampt en valt hem persoonlijk een ernstig verwijt te maken, aldus [eisers]. stellen voorts dat zij er belang bij hebben dat [naam gedaagde] rekening en verantwoording aflegt ten aanzien van het gevoerde beheer aangezien zij hierover nooit zijn geïnformeerd.

4.2. [naam gedaagde] heeft betwist dat hij onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eisers] en dat hij jegens hen gehouden is tot het afleggen van nadere rekening en verantwoording.

4.3. De rechtbank stelt voorop dat de vraag of [naam gedaagde] op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is jegens [eisers] moet worden beantwoord aan de hand van de maatstaf van artikel 2:9 BW, die geldt voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de rechtspersoon die door hem wordt bestuurd (HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, NOM/Willemsen, ECLI:NL:HR:2008:BC4959). Dit betekent dat in onderhavig geval dezelfde hoge drempel geldt voor het aannemen van een uit onrechtmatige daad voortvloeiende aansprakelijkheid aan de zijde van [naam gedaagde] en dat aan hem een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt. [eisers] moeten daarvoor voldoende concrete feiten en omstandigheden stellen en (bij een gemotiveerde betwisting) voldoende onderbouwen.

4.4. De rechtbank is van oordeel dat [eisers] niet aan deze stelplicht hebben voldaan. De stellingen van [eisers] zijn deels feitelijk onjuist. Er zijn jaarrekeningen van de Beheermaatschappij en van [naam bedrijf 2] opgemaakt en [eisers] zijn hierover op de vergaderingen van aandeelhouders geïnfor-

meerd. [naam gedaagde] heeft notulen van de vergaderingen van aandeelhouders van de Beheermaatschappij in de periode van 2011 tot en met 2019 in het geding gebracht, waaruit blijkt dat [eisers] aanwezig zijn geweest op de algemene vergaderingen van aandeelhouders en dat de jaarrekeningen op die vergaderingen zijn besproken. Voorts blijkt uit die stukken dat de jaarrekeningen van de periode 2006 tot en met 2010 zijn goedgekeurd en dat over die jaren decharge is verleend. In de periode na 2010 is binnen de algemene vergadering van aandeelhouders een patstelling ontstaan waarna de jaarstukken niet meer zijn goedgekeurd en ook geen decharge is verleend. Uit de gang van zaken na 2010 volgen naar het oordeel van de rechtbank geen feiten of omstandigheden die een ernstig verwijt aan de zijde van [naam gedaagde] opleveren. Indien [eisers] van mening zijn dat aan de door [naam gedaagde] overgelegde stukken geen betekenis toekomt, hadden zij dat moeten stellen en onderbouwen. Dat hebben zij niet gedaan. De op de mondelinge behandeling ingenomen stelling zijdens [eisers] dat de notulen van 2011, 2012 en 2013 niet zijn ondertekend, is daarvoor onvoldoende, reeds omdat hiermee niet is weersproken dat [eisers] algemene vergaderingen van aandeelhouders hebben bijgewoond en dat er wel degelijk jaarstukken op die vergaderingen zijn goedgekeurd, namelijk tot en met 2010. [eisers] hebben naar het oordeel van de rechtbank aldus te weinig ingebracht tegen de gemotiveerde betwisting van [naam gedaagde].

4.5. Dat in het verleden meerdere jaarstukken niet tijdig zijn gedeponeerd, maakt niet dat sprake is van onrechtmatig handelen van [naam gedaagde] als bestuurder jegens [eisers] als aandeelhouders. Het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, waarop [eisers] een beroep hebben gedaan, is in deze situatie niet van toepassing omdat dit artikel specifiek ziet op de situatie waarin een vennootschap failliet is verklaard. Van een faillissement van de Beheermaatschappij is thans geen sprake. Voor zover [eisers] hebben bedoeld aan te voeren dat het bepaalde in artikel 2:248 BW analoog moet worden toegepast, is de rechtbank van oordeel dat daarvoor geen aanleiding bestaat omdat een faillissement (waarin de curator op grond van het artikel soms een vordering kan instellen tegen een bestuurder) een wezenlijk andere situatie betreft dan het onderhavige geval (waarin geen sprake is van een faillissement en mede-aandeelhouders een vordering uit onrechtmatige daad instellen tegen een bestuurder).

4.6. Uit de verdere stellingen van [eisers] volgt evenmin welk concreet onrechtmatig handelen of nalaten van [naam gedaagde] tot welke schade aan de zijde van [eisers] heeft geleid en waarin het ernstig verwijt is gelegen dat [naam gedaagde] hiervan kan worden gemaakt.

4.7. Gelet op het voorgaande is de gevorderde verklaring van recht niet toewijsbaar en daarom bestaat ook geen aanleiding voor verwijzing naar de schadestaatprocedure. Het door [naam gedaagde] gedane beroep op verjaring behoeft gelet op het voorgaande geen behandeling.

4.8. De vordering om [naam gedaagde] te veroordelen om rekening en verantwoording af te leggen van het beheer in en het bestuur van de Beheermaatschappij vanaf 20 juni 2000 kan evenmin worden toegewezen. Het bestuur dient in beginsel verantwoording af te leggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders. [naam gedaagde] heeft agenda's en notulen van aandeelhoudersvergaderingen van de Beheermaatschappij uit de periode van 2011 tot en met 2019 in het geding gebracht, waaruit blijkt dat [eisers] van het plaatsvinden van die vergaderingen op de hoogte zijn gesteld en dat [eisers] die vergaderingen hebben bijgewoond. [eisers] hebben voorts

niet gesteld of onderbouwd dat [naam gedaagde] desgevraagd heeft geweigerd om relevante informatie aan hen te verstrekken. Het standpunt van [eisers] dat [naam gedaagde] hen nooit op de hoogte heeft gehouden van het reilen en zeilen van de Beheermaatschappij acht de rechtbank gelet op het voorgaande onjuist.

4.9. Nu de vorderingen van [eisers] integraal zullen worden afgewezen, zullen zij in de proceskosten worden veroordeeld. [naam gedaagde] heeft geconcludeerd tot afwijzing met veroordeling van [eisers] in de daadwerkelijke proceskosten. Hiertoe heeft [naam gedaagde] aangevoerd dat in het verleden al vaak tussen de erfgenamen is geprocedeerd en dat hij opnieuw forse advocatenkosten heeft gemaakt door onderhavige procedure. Voor het afwijken van het liquidatietarief kan plaats zijn als sprake is van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen. Dat [eisers] volledig in het ongelijk zijn gesteld en dat [naam gedaagde] advocatenkosten heeft moeten maken, maakt nog niet dat daarvan sprake is. [naam gedaagde] heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die van dien aard zijn dat in zijn voordeel moet worden afgeweken van het liquidatietarief.

De kosten aan de zijde van [naam gedaagde] worden derhalve begroot op:

- griffierecht € 304,=
  - salaris advocaat 1.086,= (2,0 punten × tarief € 543,=)
- Totaal € 1.390,=

#### 5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt [eisers] in de proceskosten, aan de zijde van [naam gedaagde] tot op heden begroot op € 1.390,=.

#### NOOT

1. Deze beknopte uitspraak zet aan tot nadenken over het recht op informatie van aandeelhouders en het leerstuk van aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de aandeelhouders.

2. Vereenvoudigd luidt de casus als volgt. Eisers en gedaagde zijn vier van in totaal zes aandeelhouders van een bv die in het vonnis wordt aangeduid als de 'Beheermaatschappij'. De aandeelhouders hebben elk een gelijk belang in het kapitaal van de Beheermaatschappij. Dit belang hebben zij verworven als erfgenamen in een nalatenschap uit 1999, die nog niet volledig is afgewikkeld. De Beheermaatschappij wordt sinds 2000 bestuurd door gedaagde, hierna 'bestuurder'. De Beheermaatschappij houdt 69,7% van de aandelen in een bv die ik de 'Werkmaatschappij' zal noemen. Wie de Werkmaatschappij bestuurt, volgt niet (direct) uit de uitspraak. En hoewel de rechtbank overweegt dat vanuit de Werkmaatschappij geen bedrijfsactiviteiten meer worden verricht, blijkt niet vanaf wanneer of waarom dat het geval is.

3. In deze zaak ligt voor of de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld jegens eisers in hun hoedanigheid van mede-erfgenamen in de nalatenschap en die van aandeelhouders in de Beheermaatschappij (r.o. 3.1 onder I). De bestuurder zou eisers jarenlang niet hebben geïnformeerd over de gang van zaken binnen de Beheermaatschappij en de Werkmaatschappij, hij zou jaarstukken van beide vennootschappen niet tijdig hebben gedeponereerd en sinds zijn aantreden zouden jaarstukken ook nooit zijn goedgekeurd. Meer of iets anders dan dit voorgaande leggen eisers kennelijk niet ten grondslag

aan hun stelling dat het vermogen van de Beheermaatschappij door onbehoorlijke taakvervulling is verdampt en de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt te maken valt (vgl. r.o. 4.1). Aldus voldoen eisers naar mijn mening *ipso facto* al niet aan hun stelplicht, ook niet indien bij de beoordeling van het handelen van bestuurder een andere maatstaf zou (moeten) gelden dan die van art. 2:9 BW (zie nr. 7).

4. Bovendien zijn de stellingen van eisers naar het oordeel van de rechtbank deels feitelijk onjuist (r.o. 4.4.). Zo blijkt dat de jaarstukken van de Beheermaatschappij tot en met 2010 gewoon werden goedgekeurd; het komt door een impasse op aandeelhoudersniveau dat goedkeuring en decharge nadien zijn uitgebleven. Ik veronderstel dat eisers, die immers 50% van de aandelen houden (r.o. 2.2), hier zelf mede debet aan zijn. Ik houd het er eveneens voor dat de eerdere procedures tussen de erfgenamen (r.o. 4.9) louter op de nalatenschap betrekking hadden. Indien juist, dan komt de praktische vraag op of eisers de interne verhoudingen binnen c.q. het beleid van de Beheermaatschappij niet eerder en langs een andere weg aan de kaak hadden moeten stellen (zie nr. 6-7).

5. Bestuurder heeft voorts stukken in het geding gebracht waaruit blijkt dat eisers ook ná 2010 voor algemene vergaderingen zijn uitgenodigd en deze hebben bijgewoond (r.o. 4.4). Dat hoeft op zichzelf nog niet te betekenen dat de bestuurder eisers naar behoren heeft geïnformeerd of voldoende openheid jegens hen heeft betracht. De implicatie lijkt echter dat eisers het recht om tijdens de algemene vergadering inlichtingen te verlangen onbenut (zouden) hebben gelaten (vgl. art. 2:217/107 lid 2 BW). Dit recht op informatie, verleend met het oog op vennootschappelijke rekening en verantwoording (waarvan eisers nadere aflegging hebben gevorderd, r.o. 3.1 onder III), komt immers slechts aan de algemene vergadering toe als orgaan van de vennootschap (HR 9 juli 2010, «JOR» 2010/228 (ASM)). Vanuit dit perspectief had het dan op de weg van eisers gelegen om gemotiveerd te stellen dat de bestuurder desgevraagd heeft geweigerd informatie aan hen te verstrekken (r.o. 4.4, slot en r.o. 4.8). Nu eisers dit niet hebben gesteld of onderbouwd, acht de rechtbank het standpunt dat de bestuurder hen niet op de hoogte heeft gehouden *onjuist*. Dit laatste verdient enige nuancering.

6. Het standpunt van eisers dat de bestuurder hen jarenlang niet over het reilen en zeilen van de Beheermaatschappij en de Werkmaatschappij heeft geïnformeerd, kan ook vanuit een andere invalshoek worden gezien. Op grond van art. 2:8 BW dient de vennootschap zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van alle aandeelhouders. Hoewel eisers niet in de minderheid zijn, vormen zij evenmin de vereiste aandeelhoudersmeerderheid om de bestuurder te kunnen ontslaan. Dat zij een grote informatieachterstand hebben ten opzichte van de bestuurder (en de aandeelhouders met wie hij optrekt) is niet onaannemelijk. Tussen de partijen bestaan bovendien familierechtelijke verhoudingen, die mede worden ingeleurd door de langslpende afwikkeling van hun nalatenschap (waarover kennelijk ook al vaak is geprocedeerd, r.o. 4.9). Onder dergelijke omstandigheden kan eerder dan in andere gevallen sprake zijn van een vermenging van de belangen van de vennootschap en die van sommige van de betrokkenen, zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat (HR 1 maart 2002, «JOR» 2002/79 (Zwagerman Beheer)). Indien sprake is van (mogelijke) belangenverstrengeling, heeft het bestuur een

bijzondere zorgplicht tegenover de (minderheids)aandeelhouders die geen bestuurder zijn. Tegenover hen dient meer openheid te worden betracht met betrekking tot de informatie waarop zij als individuele aandeelhouders buiten vergadering geen recht hebben (OK 6 juni 2011, «JOR» 2011/282 (*Jeezet/Synpact*)). In recente beschikkingen voegt de Ondernemingskamer hieraan toe dat de vennootschap in voorkomend geval *uit eigen beweging* de nodige transparantie dient te betrachten (OK 31 oktober 2019, «JIN» 2020/43 (*Bosal*); OK 27 februari 2020, «JOR» 2020/203 (*Fuel Plants*)).

7. Door tekortschieten van het bestuur in de zorgvuldigheidsplicht uit hoofde van art. 2:8 BW kan binnen de vennootschap sprake zijn van wanbeleid (art. 2:355 BW). Wellicht had een enquêteprocedure hier dan ook meer in de rede gelegen. Evenmin als de vaststelling dat sprake is van wanbeleid, brengt de vaststelling dat voormelde zorgplicht is geschonden niet automatisch aansprakelijkheid van de bestuurder(s) met zich. Daarentegen kunnen feiten en omstandigheden die een dergelijke schending opleveren, wel een opmaat vormen naar het oordeel dat de bestuurder onrechtmatig jegens de aandeelhouder heeft gehandeld. De rechtbank stelt in r.o. 4.1 voorop dat die laatste vraag moet worden beantwoord overeenkomstig de strenge norm van art. 2:9 BW (ernstig verwijt) en verwijst daartoe naar HR 20 juni 2008, «JOR» 2008/260 (*Willemsen/NOM*). In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat de maatstaf voor interne aansprakelijkheid overeenkomstige gelding heeft wanneer een individuele aandeelhouder (extern) een bestuurder aansprakelijk stelt voor de wijze waarop deze zijn bestuurstaken heeft uitgeoefend. Ik vraag mij af of onverkorte toepassing van deze maatstaf ook op zijn plaats zou zijn geweest wanneer eisers concreet hadden toegelicht dat de bestuurder onrechtmatig had gehandeld jegens hen *in hun hoedanigheid van mede-erfgenamen in de nalatenschap* (vgl. r.o. 3.1 onder I). Eisers hadden hoe dan ook moeten motiveren welke specifieke zorgvuldigheidsnorm de bestuurder jegens hen persoonlijk in acht had behoren te nemen als het hen (uiteindelijk) te doen was om schadevergoeding. Volgens eisers is het vermogen van de Beheermaatschappij namelijk verdampt door onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder. Deze schade is dus geleden door de Beheermaatschappij. De resulterende waardevermindering van de aandelen komt als afgeleide schade in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking (HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (*Poot/ABP*)). Dat de handelwijze van de bestuurder voorzienbaar tot gevolg zou hebben dat eisers als aandeelhouders van de Beheermaatschappij werden benadeeld, brengt op zichzelf niet mee dat hij jegens hen een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden (HR 16 februari 2007, «JOR» 2007/112 (*Tuin Beheer/Houthoff*)). Daarvoor zou bijvoorbeeld opzet vereist zijn, of een samenstel van omstandigheden aan de hand waarvan aannemelijk kan worden gemaakt dat eisers directe schade hebben geleden. Naar het zich laat aanzien hebben eisers zich hiervan geen rekenschap gegeven. De vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure (r.o. 3.1 onder II) zou aldus voor afwijzing gereed liggen; voor toewijzing daarvan is noodzakelijk dat de mogelijkheid van (vergoedbare) schade aannemelijk is gemaakt (HR 30 juni 2006, *RvdW* 2006/681). De rechtbank komt hier niet aan toe omdat eisers reeds falen in het betoog dat bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld.

8. Tot besluit: vast is komen te staan dat de bestuurder meerdere jaarstukken niet tijdig heeft gedeponneerd. De rechtbank komt zodoende wel toe aan het beroep van eisers op (analo-

ge toepassing van) de bewijsvermoedens van art. 2:248 lid 2 BW. Buiten het faillissement vindt art. 2:248 (138) BW evenwel geen toepassing. Voor *analoge* toepassing ziet de rechtbank thans ook geen aanleiding, nu een faillissement een wezenlijk andere situatie betreft dan de onderhavige (r.o. 4.5). Aan deze motivering zou ik nog willen toevoegen dat de aansprakelijkheid van dit artikel geen aansprakelijkheid is tegenover de vennootschap of de aandeelhouders, maar tegenover de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers (HR 18 september 2009, «JOR» 2010/29 (*Stichting Derdengelden Simon*)). Het instellen van deze vordering en aldus ook het inroepen van de bewijsvermoedens van art. 2:248 (138) lid 2 BW is aan de curator voorbehouden (art. 68 Fw). Ik zou daarom menen dat ongeacht de situatie er geen aanleiding kan bestaan om art. 2:248 (138) BW buiten faillissement analogoog toe te passen.

mr. R.H.H. Vastmans  
Ekelmans & Meijer Advocaten

## Civiel recht

175

### Pas zodra de benadeelde zekerheid heeft dat hij schade heeft geleden gaat de verjaringstermijn lopen

Hoge Raad  
9 oktober 2020, nr. 19/00895, ECLI:NL:HR:2020:1603  
(mr. Streefkerk, mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Watten-dorff, mr. Lock)  
(Concl. A-G Valk (niet opgenomen red.))  
Noot mr. R.J.G. Mengelberg

### Vermogensrecht. Verjaringstermijn. Aanvang.

[BW art. 3:310 lid 1]

*Essentie: Verjaring van rechtsvordering tot vergoeding van schade wegens ondeugdelijk belastingadvies. Aanvang korte verjaringstermijn (art. 3:310 lid 1 BW). Moment waarop benadeelde voldoende zekerheid heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Ontbreken van de kennis en het inzicht die nodig zijn om de deugdelijkheid van een geleverde prestatie te beoordelen; juridische beoordeling?*

*Samenvatting: Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat onbekendheid met of onzekerheid over de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, niet in de weg staat aan de aanvang van de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW. Deze juridische beoordeling ziet niet op de kennis en het inzicht die nodig zijn om de deugdelijkheid van een geleverde prestatie te beoordelen anders dan uit eerdere uitspraken van de Hoge Raad zou kunnen worden afgeleid. Het ontbreken van deze kennis of dit inzicht kan immers betekenen dat de benadeelde nog onvoldoende zekerheid heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Evenals de juiste*