

voorgesteld het uitstaande bedrag pas in september 2006 terug te betalen; in de memorie van grieven nr. 16.3 stelt de curator dat andere schuldeisers akkoord zouden zijn met een achterstelling), terwijl de toezeggingen uiteindelijk ook niet zijn nagekomen en T&C nog tijdens de behandeling van het faillissementsverzoek van Van der Marel en [persoon A] ertoe overging ook zelf haar faillissement aan te vragen. Dat de bereidheid van de geldschieters om hun toezeggingen na te komen volgens de curator slechts verdween doordat zij in het faillissementsverzoek lazen dat T&C in de toestand verkeerde van te hebben opgehouden te betalen (inleidende dagvaarding, nr. 24) duidt er evenzeer op dat het nog maar de vraag was of die toezeggingen voldoende zeker en omvangrijk waren. Tegen deze achtergrond – die er in feite op neer komt dat van Van der Marel gevraagd werd dat hij als schuldeiser genoeg zou nemen met het gedurende een lange termijn afzien van zijn opeisbare aanspraak op terugbetaling van het geleende bedrag, zonder enige vorm van zekerheid dat betaling na die termijn zou volgen – kan niet worden aangenomen dat Van der Marel (in zijn hoedanigheid van commissaris of anderszins) te verwijten valt dat hij niet bereid was T&C (verder) tegemoet te komen en hij overging tot incasso van zijn vordering.

4.9. Uit het voorgaande volgt dat de verwijten aan het adres van Van der Marel die de curator heeft geformuleerd, niet kunnen leiden tot aansprakelijkheid van Van der Marel op een van de daartoe aangedragen grondslagen. Dat geldt ook als die verwijten beoordeeld worden in hun onderlinge verband en in verband met alle overige omstandigheden die zijn gesteld of gebleken. Dat laatste brengt tevens mee dat het bewijsaanbod van de curator moet worden gepasseerd.

Slotsom

4.10. De grieven falen, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. Als de in het ongelijk gestelde partij zal de curator in de kosten van het hoger beroep worden veroordeeld.

De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep: bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Utrecht van 31 januari 2007;

veroordeelt de curator in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*); verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. De hamvraag in deze casus – het hoger beroep van Rechtbank Utrecht 31 januari 2007, «JOR» 2007/135 – is welbeschouwd of Van der Marel, gelet op zijn positie als commissaris van T&C Interior-homedecoration BV, zich in het licht van de omstandigheden van het geval had dienen te onthouden van de faillissementsaanvraag tegen T&C zoals in casu gedaan, die was bedoeld als drukmiddel om T&C te bewegen over te gaan tot voldoening aan Van der Marel van diens opeisbare vordering als zakelijk crediteur van T&C. Met “zakelijk” crediteur bedoel ik dat de betreffende aanspraak van Van der Marel niet voortvloeide uit zijn positie als commissaris van T&C, maar als investeerder in (of: geldschietter van) T&C. Het hof beantwoordt die vraag uiteindelijk ontkennend. Ik vind de door het hof bereikte uitkomst te billijken en licht hierna kort toe waarom.

2. De curator benaderde het vraagstuk in hoger beroep, waartoe ik mij met het oog op de beschikbare ruimte beperk, vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief: de nadruk in zijn betoog (zoals kenbaar uit het arrest), en daarmee in de analyse van het hof, lag immers op de beperking die Van der Marel's positie als *commissaris* van T&C in de gegeven omstandigheden rechtens meebracht voor de wijze waarop/mate waarin hij zijn persoonlijk belang als zakelijk crediteur van T&C kon behartigen. Ik wijs op:

- r.o. 2.2, waarin het hof de – grondslag van de – vordering van de curator samenvat en waaruit blijkt dat Van der Marel slechts werd aangesproken in hoedanigheid van commissaris, althans – indirect – aandeelhouder; en
- r.o. 4.2, waarin het hof “het centrale verwijt” dat de curator Van der Marel maakte samenvat, namelijk dat Van der Marel “als commissaris van T&C bij wijze van drukmiddel het faillissement van T&C heeft aangevraagd op een voor T&C kwetsbaar moment, en zulks alleen ter zekerstelling van betaling van zijn eigen vordering op de vennootschap, hetgeen tot direct gevolg heeft gehad dat investeerders hebben afgezien van een noodzakelijke kapitaal-

injectie, waarna het faillissement van T&C onafwendbaar was."

Het alternatief was een meer algemene vermogensrechtelijke benadering geweest, waarbij de centrale vraag zou hebben geluid of de faillissementsaanvraag door Van der Marel in hoedanigheid van zakelijk crediteur van T&C al met al door de beugel van – kort gezegd – de in art. 6:162 BW vervatte zorgvuldigheidsmaatstaf kon. Daarbij zal reeds naar de aard van de materie in het algemeen niet spoedig van aansprakelijkheid sprake zijn (vgl. in casu het hof in r.o. 4.7), al is er logischerwijs ergens een omslagpunt waarbij de crediteur de belangen van de debiteur dient te ontzien door zijn gedrag – ten minste mede – door de belangen van laatstgenoemde te laten bepalen, mede gelet op het bepaalde in art. 3:13 BW. Gelet op de overwegingen van het hof had het de curator waarschijnlijk niet gebaat als hij ook het tweede spoor had gevolgd (door Van der Marel tevens in hoedanigheid van *zakelijk crediteur* van T&C aan te spreken).

3. Te ver gaat m.i. – en kennelijk met mij het hof (vgl. r.o. 4.3), in navolging van de rechtbank (vgl. r.o. 4.4) – de stelling dat in een scenario als het onderhavige, waarin een commissaris als investeerder tevens zakelijk crediteur van de vennootschap is, als uitgangspunt te gelden heeft dat reeds vanwege zijn/haar positie als commissaris (en afgezien van een daartoe strekkende contractuele regeling) de persoon met de dubbelrol niet mag overgaan tot het doen van een faillissementsaanvraag zoals Van der Marel dat heeft gedaan. Hetzelfde geldt voor de spiegelbeeldige stelling dat de commissaris te allen tijde een dergelijke aanvraag mag doen. Noch enige regel van Nederlands vennootschapsrecht noch het bepaalde in art. 6:162 BW dwingt daartoe. Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 13 april 1942, NJ 1942, 529 (*Wanninkhof/Centrale Verwarmings-Industrie Deerns & Westeringh*); in dit geval, dat niet geheel vergelijkbaar is met de onderhavige casus (zie nummer 4), oordeelde het hof evenmin categorisch dat "eene directeur niet het faillissement van zijne vennootschap zou mogen aanvragen" als crediteur van de vennootschap. De casus die voorlag in HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 (*Doatinchemse IJzergieterij/Uitgevers Maatschappij C. Misset*), waarop de curator zich nog beriep, was een wezenlijk andere. Mij spreekt veel meer aan een genuanceerde

tussenbenadering, waarin een commissaris in beginsel zijn/haar positie als zakelijk crediteur van de vennootschap mag aanwenden door het doen van voornoemde aanvraag, met dien verstande dat dit onder omstandigheden kan afstuiten op zijn/haar positie als commissaris – en de in dat verband door hem/haar in acht te nemen loyaliteits- en zorgvuldigheidsplicht, vgl. o.a. de art. 2:8, 2:9 en 2:140/250 BW – van de vennootschap ten aanzien waarvan het verzoek wordt ingediend (ofwel: "ja, mits", niet "nee, tenzij"). De precieze grens van het (on)toelaatbare valt hierbij lastig op voorhand te trekken, gelet op de sterk situationele analyse die telkens benodigd zal zijn om tot een juridisch zuivere uitkomst te komen, maar ik zou als beginpunt van redeneren willen hanteren dat van ontoelaatbaarheid niet snel sprake zal zijn. Hiermee wordt onderkend dat een zakelijke crediteur van de vennootschap – zoals een investeerder – nu eenmaal in een zelfstandige rechtsverhouding tot de vennootschap staat en daarbij bepaalde rechten heeft/bevoegdheden kan uitoefenen (uiteraard binnen de grenzen van het recht), waarbij niet valt in te zien dat en waarom dit crediteurenbelang per definitie achtergesteld dient te worden bij het belang van de vennootschap. Daaraan doet op zich niet af dat die zakelijke crediteur bijvoorbeeld als commissaris tevens een positie binnen de vennootschap inneemt (en uit dien hoofde mogelijk andere aanspraken heeft jegens de vennootschap), al maakt het de juridische analyse niet eenvoudiger. Dit geldt te meer wanneer, zoals in casu (vgl. r.o. 4.6), de vennootschap ervoor kiest – met medeweten en instemming van alle bij de vennootschap betrokken partijen – "(een van) haar belangrijkste investeerder(s)" in de functie van commissaris te benoemen; men weet dan helemaal waar men aan begint. Een andersluidende opvatting zou het aantrekken door een – startende – vennootschap van vreemd vermogen ook eerder bemoeilijken dan vergemakkelijken hetgeen onwenselijk voorkomt, terwijl dan bovendien de evenmin eenduidig te beantwoorden vervolgvraag rijst wat een zakelijk crediteur tevens commissaris dan wél mag waar het gaat om de behartiging van zijn belang als zakelijk crediteur van de vennootschap. Situaties als de onderhavige passen ook minder goed in de traditionele vennootschapsrechtelijke tegenstrijdig belang mal, waarbij:

- de nadruk niet zozeer ligt op – de wijze van –

aanwending door een functionaris van persoonlijke rechten/bevoegdheden buiten het verband van de rechtspersoon die met diens positie van functionaris op zich niets van doen hebben, maar op de wijze waarop de functionaris binnen zijn/haar vennootschappelijke taakverband omgaat met een substantieel conflict tussen het belang van de vennootschap en een persoonlijk belang (men denke vooral aan besluitvormings- en vertegenwoordigingskwes- ties); en

– de functionaris het belang van de vennootschap dan bijkans per definitie dient te laten prevaleren.

Vgl. o.a. HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169, m.nt. Leijten en m.nt. Bartman (*Brull-Kombex-Arnhem/Brull-Arnhem Beheer*) in de context van art. 2:146/256 BW en HR 14 september 2007, «JOR» 2007/239 (*Versatel*) in de context van het enquêterecht. De situatie als beschreven in Rechtbank Amsterdam 11 december 2008, LJN BG6941 (*Omniworld Topvolleybal*), r.o. 4.4-4.6 (waarvan hoger beroep in Hof Amsterdam 27 januari 2009, LJN BH0995) sluit daarbij a prima vista beter aan. Hoe dan ook, het enkele gegeven dat een commissaris ook zakelijk crediteur van "zijn"/"haar" vennootschap is brengt m.i. nog niet als vanzelf mee dat sprake is van een in vennootschapsrechtelijke zin relevant tegenstrijdig belang; zo lees ik ook r.o. 4.6 van het onderhavige arrest.

4. Bij het voorgaande neem ik in aanmerking dat hetgeen van een commissaris op basis van – kort gezegd – de wet, de statuten, het ongeschreven recht (mede gelet op het bepaalde in art. 2:8 BW), een gedragscode (zoals de Nederlandse corporate governance code), een reglement en/of een interne afspraak wordt verwacht omtrent zijn taakvervulling in die hoedanigheid, niet beperkt is tot het houden van toezicht op en de advisering van het bestuur (vgl. art. 2:140/250 BW). Ik geef een voorbeeld: een commissaris dient zich m.i. – evenals een bestuurder overigens – *te onthouden* van:

- het wegkapen in privé van een aan de vennootschap toekomende ondernemingskans (tenzij deze op adequate wijze is vrijgegeven door de vennootschap); althans
- het aanwenden voor vennootschapsvreemde doeleinden van een aan de vennootschap toekomend vermogensbestanddeel en/of van aan de vennootschap toekomende vertrouwelijke informatie;

ook al staat dit niet met zoveel woorden in de wet of de statuten, ook al heeft dit strikt genomen niets van doen met toezicht houden op en advisering van het bestuur en ook al is dit leerstuk nog niet volledig tot wasdom gekomen binnen het Nederlandse vennootschapsrecht. Vgl. mijn opmerkingen in B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (diss.), Kluwer: Deventer 2007, 516 (en noot 36 met verwijzingen) en recent Rechtbank Zwolle 30 januari 2008, «JOR» 2009/30 (*Dyna Music Systems/Uiterlinden*), r.o. 4.11, waarin de rechtbank – die nogal principieel overweegt – de indruk wekt eraan voorbij te zien dat een bestuurder een aan de vennootschap toekomende ondernemingskans wél kan aanwenden indien deze kans op adequate wijze is vrijgegeven door de vennootschap (zie daarover bijdrage Nr. 9 op www.thedefiningtension.com). Het hof lijkt in casu – gelet op r.o. 4.3-4.4 – een wat engere benadering te hanteren, waarbij ik mij haast om aan te tekenen dat dit ook moet worden bezien tegen de achtergrond van hetgeen de curator in hoger beroep – niet – heeft aangevoerd (vgl. ook r.o. 4.5-4.7). Dit is van belang, omdat het mij aanvaardbaar voorkomt dat de hier bedoelde dubbelrol bijvoorbeeld, en ten minste in potentie, een probleem oplevert wanneer de persoon die de dubbelrollen vervult in zijn/haar hoedanigheid van commissaris verkregen vertrouwelijke informatie omtrent de vennootschap aanwendt voor persoonlijke doeleinden – als zakelijk crediteur van de vennootschap – door het doen van een faillissementsaanvraag. Het is wel denkbaar – mede gelet op art. 2:8 BW en de daaruit voortvloeiende zorg(vuldigheids)plicht (vgl. HR 16 februari 2007, «JOR» 2007/112, m.nt. Van Veen en Van Wechem (*Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma*), r.o. 3.6) – dat in een dergelijk geval de betreffende persoon niet direct, maar pas nadat bedoelde informatie niet meer oneigenlijk kan worden aangewend, een faillissementsaanvraag kan doen zonder zich meteen op juridisch spekglad lijs te begeven. In casu had de curator wel aangevoerd dat Van der Marel misbruik had gemaakt van aan hem in zijn rol van commissaris toevertrouwde informatie, maar naar het oordeel van het hof was deze aantijging onvoldoende gepreciseerd, hetgeen te meer klemde omdat Van der Marel – net als andere investeerders – (ook) in diens hoedanigheid van "(indirect) aandeelhouder en

schuldeiser" van T&C beschikking kreeg over informatie met betrekking tot de vennootschap en hij juist in de maand voorafgaand aan de faillissementsaanvraag in mindere mate werd geraadpleegd door het bestuur (vgl. r.o. 4.5). Het zal de curator daarbij ook niet hebben geholpen dat, zoals het hof nog memoreert in r.o. 4.7, alle direct betrokken partijen binnen T&C het er over eens waren dat in de periode voorafgaand aan de faillissementsaanvraag het voornemen bestond om Van der Marel's functioneren als commissaris van T&C op afzienbare termijn – ook formeel – te beëindigen. Er is dan uiteindelijk onvoldoende samenhang tussen enerzijds de positie van Van der Marel als commissaris van T&C en anderzijds zijn faillissementsaanvraag, gedaan in hoedanigheid van zakelijk crediteur van T&C. Het lijkt me evenmin ondenkbaar dat deze dubbelrol problematisch wordt als een commissaris, voor wie duidelijk is of moet zijn dat met zekerheid – althans daaraan grenzende waarschijnlijkheid – gezegd kan worden dat de in zwaar weer verkerende vennootschap als gevolg van een kapitaalinjectie door derden spoedig in rustig(er) vaarwater zal komen te verkeren, toch het faillissement aanvraagt en daarmee voorzienbaar de reddingsoperatie doorkruist. Hier ontstaat een overlap met misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) en onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Het hof was in het onderhavige geval evenwel van mening dat de zo juist bedoelde evidentie er niet was (vgl. r.o. 4.8). De casus die voorlag in Hof 's-Gravenhage 13 april 1942, NJ 1942, 529 (*Wanninkhof/Centrale Verwarmings-Industrie Daerns & Westeringh*) lag veel dichter tegen dit scenario aan, mede getuige de overwegingen van het hof – die te aardig zijn om niet te citeren – dat de betreffende bestuurder "door zijn faillissementsaanvraag den ondergang der vennootschap er aan waagde met het enkele oogmerk om anderen, die de vennootschap wilden behouden, te bewegen hem uit eigen middelen te betalen" en "dat een directeur, die onder al de genoemde omstandigheden en met het aangegeven oogmerk het faillissement zijner vennootschap aanvraagt, grove en in geen enkel opzicht – ook niet wegens eenig redelijk eigenbelang – te verontschuldigen wanprestatie pleegt ten aanzien van zijn verplichting om de hem opgedragen taak behoorlijk en naar zijn beste vermogen te vervullen." Een dergelijk

oogmerk was bij Van der Marel klaarblijkelijk niet aanwezig; uit het arrest blijkt daarvan in ieder geval niet.

5. Gelet op het voorgaande is een curator naar mijn mening niet automatisch op art. 6:162 BW als aansprakelijkheidsgrondslag aangewezen, indien geen sprake is van laakbaar gedrag van een commissaris op het gebied van – kort gezegd – toezicht op en/of advisering van het bestuur. Dit stelt art. 2:138/248 BW en art. 2:9 BW niet automatisch buiten werking, omdat nog steeds sprake kan zijn van "(kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling", waarbij ik onderken dat de dogmatische grondslag van art. 2:138/248 BW doorgaans wordt herleid tot art. 6:162 BW en niet tot art. 2:9 BW (terzijde: de "kennelijk onbehoorlijke taakvervulling" van art. 2:138/248 BW is ook niet uitwisselbaar met de "onbehoorlijke taakvervulling" van art. 2:9 BW, zie mijn noot sub 2 bij «JOR» 2008/89 met verwijzingen). Daarbij past de kanttekening dat een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering zich mogelijk laat inkleuren door niet alleen het bepaalde in art. 2:8 BW (zie nummer 4), maar ook – en ik paraphraseer hier HR 20 juni 2008, «JOR» 2008/260, m.nt. Borrius (*Willemsen Beheer c.s./NOM*), r.o. 5.3) – door de in art. 2:9 BW vervatte verhoogde aansprakelijkheidsdrempel ("ernstig verwijt"); ik wijs op HR 2 maart 2007, «JOR» 2007/137, m.nt. Olden (*Holding Nutsbedrijf Westland/Schieke*), r.o. 3.4.3 e.v. Vergelijk ook HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5, waarin de Hoge Raad het bepaalde in art. 2:9 BW eveneens van belang acht in de context van art. 6:162 BW en waarbij het gaat om zogeheten secundaire aansprakelijkheid van de bestuurder; "secundair", omdat in dit verband de bestuurder uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk kan zijn jegens een derde náást de vennootschap, die dan primair – en in beginsel als enige – aansprakelijk is. Zie daarover nader het fraaie proefschrift van Simone N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden* (naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven), Deventer: Kluwer 2009, m.n. hoofdstuk 3. Ik stipte dit aan in *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (diss.), Deventer: Kluwer 2007, 617. Anders dan J.S. Hamment in zijn noot sub 1 onder het onderhavige arrest in «JIN» 2008/775 kennelijk meent, laat het hof zich niet uit – ook niet impliciet – over de precies aan te leggen maatstaf voor aan-

sprakelijkheid van Van der Marel; het hof komt simpelweg tot de slotsom in r.o. 4.9 dat de door de curator geformuleerde verwijten aan het adres van Van der Marel niet kunnen leiden tot zijn aansprakelijkheid op een van de daartoe aangedragen grondslagen, zoals ik r.o. 4.3-4.8 lees, reeds omdat Van der Marel alle omstandigheden indachtig simpelweg niets te verwijten valt, dus daargelaten of ook sprake is van een gekwalificeerd verwijt (zoals "ernstig verwijt"). Hament suggereert in sub 2 van zijn noot ook nog dat het hof in r.o. 4.7 een algemene regel formuleert, met als strekking "dat een faillissementsaanvraag enkel als pressiemiddel toelaatbaar is." Het hof redeneert echter iets behoedzamer, namelijk "dat het doen van een faillissementsaanvraag met het doel een openstaande vordering te incasseren, naar huidige opvattingen op zichzelf niet als een ontoelaatbaar drukk middel kan worden beschouwd." En dat is toch net even iets anders. Een en ander laat onverlet dat het nodige op te merken valt bij de ontwikkelingen in Hoge Raad rechtspraak omtrent aansprakelijkheid van bestuurders – en, naar mag worden aangenomen: commissarissen – jegens de vennootschap ex art. 2:9 BW, althans jegens derden zoals zakelijke crediteuren of individuele aandeelhouders van de vennootschap ex art. 6:162 BW, welke ontwikkelingen een convergerend karakter hebben. Zie de genoemde rechtspraak uit 2006-2008; opmerkelijk genoeg zet de Hoge Raad een andere koers uit in HR 16 februari 2007, «JOR» 2007/112 (*Gebroeders Tuin Beheer/Houthoff Buruma*), waarover ook L. Timmerman in *Ondernemingsrecht* 2009-1, p. 9 noot 51. Die opmerkingen gaan het bereik van deze annotatie te buiten en bewaar ik daarom voor een nadere gelegenheid (in welk verband ik de geïnteresseerde lezer graag ook attendeer op www.thedefiningtension.com). 6. Bij mijn weten is tegen het arrest, dat dateert van 19 februari 2008, geen beroep in casusatie ingesteld.

Bastiaan F. Assink
Advocaat bij NautaDutilh NV te Amsterdam

62

Hof Arnhem
15 juli 2008, zaaknr. 200.002.512/01
(mrs. Duitemeijer, De Groot, Brack)
Noot mr. M. Holtzer

Medezeggenschap. Ondernemingsraad (OR) heeft geen rechtspersoonlijkheid en in beginsel geen procesbevoegdheid. In casu toch procesbevoegdheid in verband met taak OR.

[WOR art. 25, 26]

Centraal in het onderhavige arrest staat het verzoek van de OR van Vion tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor. De vraag is of de OR ter zake procesbevoegdheid toekomt (zie r.o. 3.2).

De vraag die thans ter beantwoording voor ligt is of de OR in het onderhavige geval, hoewel de WOR daarin niet voorziet, toch procesbevoegdheid dient te worden toegekend. Vooropgesteld zij dat de OR geen rechtspersoonlijkheid en, behalve voor zover de wet hem deze toekent, geen procesbevoegdheid heeft. Niettemin moet worden aangenomen dat de OR buiten de wettelijke grondslagen, buiten de in de art. 26 en 36 WOR geregelde gevallen, in rechte kan optreden waar dat in het belang is van en wenselijk is voor een doelmatige vervulling van de taak die de ondernemingsraad in de WOR is toegedacht. Het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor dient niet op het ontbreken van procesbevoegdheid af te stuiten. De grieven slagen. Het hof bepaalt dat een voorlopig getuigenverhoor zal worden gehouden.

Ondernemingsraad van Vion Retail Groenlo BV en De Groene Weg BV, in rechte vertegenwoordigd door haar voorzitter H.J.M. Doeschot, te Almelo, appelland, advocaat: mr. P.M. Wilmink, tegen

1. *Vion Retail Groenlo BV te Groenlo,*
2. *De Groene Weg BV te Groenlo,*
3. *Vion Fresh Meat West BV te Bostel, geïntimeerden,*

advocaat: mr. N.L.J.M. Rijssenbeek.

(...; red.)