
JOR 2012/40 Gerechtshof Arnhem, 20-12-2011 Bestuursaansprakelijkheid, Onrec...

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 2 artikel 9, BW BOEK 2 artikel 11, BW BOEK 6 artikel 162

JOR 2012/40, Gerechtshof Arnhem, 20-12-2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BV0325, 200.062.851 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Bestuursaansprakelijkheid, Onrechtmatige daad jegens aandeelhouder, Handelen in strijd met statutaire bepaling, Ernstig verwijt vereist, In casu geen ernstig verwijt want eisende aandeelhouder heeft ontbreken formele besluitvorming jarenlang op beloop gelaten, Verband schade-handelen in strijd met statuten is door eisende aandeelhouder niet toegelicht en onderbouwd, Verplichting tot behoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW geldt tegenover de rechtspersoon, niet tegenover een aandeelhouder

Ga direct naar

[Samenvatting](#)
[Uitspraak](#)
[Beslissing/besluit](#)
[Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Arnhem
Datum uitspraak	20-12-2011
Publicatie	JOR 2012/40 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 2, 2012
Annotator	mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:GHARN:2011:BV0325
Zaaknummer	200.062.851
Overige publicaties	ECLI:NL:GHARN:2011:BV0325 JONDR 2012/172
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	mr. Smeeïng-van Hees mr. Cortenraad mr. Wattel
Partijen	BRR Participaties BV te Rotterdam, appellante,

	advocaat: mr. G. Barendregt, tegen J.C.M. Broekmans te Arnhem, geïntimeerde, advocaat: mr. D.L.A. van Voskuilen.
Regelgeving	BW Boek 2 - 9 BW Boek 2 - 11 BW Boek 6 - 162

Samenvatting

De grieven strekken ten betoge dat J.C.M. Broekmans Beheer BV ('Broekmans Beheer') als bestuurder van Broekmans Assurantiën BV ('Broekmans Assurantiën') in strijd heeft gehandeld met bepalingen in de statuten van Broekmans Assurantiën die strekken tot bescherming van een aandeelhouder als BRR Participaties BV ('BRR') en aldus wel degelijk een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die zij tegenover BRR in acht diende te nemen, zodat de bestuurder van Broekmans Beheer, J.C.M. Broekmans, op de voet van art. 2:11 BW aansprakelijk is voor de door BRR geleden schade.

Naar het oordeel van het hof miskent BRR in de eerste plaats dat, ook als zij wordt gevolgd in haar stelling dat Broekmans Beheer het bepaalde in art. 14 lid 3 van de statuten van Broekmans Assurantiën niet in acht heeft genomen (door handelingen als de verhuizing van de onderneming van Broekmans Assurantiën, het aangaan van een huurovereenkomst ter zake van bedrijfsruimte en het sluiten van een kredietovereenkomst te verrichten zonder daartoe strekkende machtiging of goedkeuring van de ava van Broekmans Assurantiën) en hiermee een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die strekt tot bescherming van BRR als aandeelhouder, dit niet zonder meer leidt tot aansprakelijkheid van Broekmans Beheer en, op de voet van art. 2:11 BW, Broekmans tegenover BRR. Daarvoor is vereist dat Broekmans Beheer, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, voor haar handelen een ernstig verwijt treft. Aan dit vereiste is niet voldaan. Onder de omstandigheden, waarbij besluitvorming binnen het formele kader van de ava feitelijk jarenlang heeft ontbroken en BRR een en ander op zijn beloop heeft gelaten, valt niet in te zien dat Broekmans Beheer een ernstig verwijt treft.

Op de tweede plaats gaat BRR eraan voorbij dat ook als zou worden aangenomen dat Broekmans Beheer wel een ernstig verwijt treft, die aansprakelijkheid uitsluitend ziet op schade die het gevolg is van de handelingen die Broekmans Beheer in strijd met de statuten heeft verricht. BRR heeft nagelaten nader toe te lichten en te onderbouwen dat de schade waarvan zij in dit geding vergoeding vordert, het gevolg is van het gestelde niet in acht nemen van de statuten.

Op de derde plaats kan BRR niet worden gevolgd in haar klacht, erop neerkomend dat de wijze waarop Broekmans Beheer leiding heeft gegeven aan de onderneming van Broekmans Assurantiën, onafwendbaar tot het faillissement van laatstgenoemde heeft geleid, reeds omdat die klacht niet de schending betreft van een specifieke zorgvuldigheidsnorm die de bestuurder tegenover de aandeelhouder in acht had moeten nemen. Alleen de curator van de vennootschap kan vergoeding vorderen van de door laatstgenoemde geleden schade die het gevolg is van onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurder (art. 2:9 BW).

Het hof bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis.

Uitspraak

(...; red.)

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1. Broekmans is bestuurder van J.C.M. Broekmans Beheer B.V., hierna "Broekmans Beheer", die op haar beurt bestuurder is van Broekmans Assurantiën B.V., hierna "Broekmans Assurantiën". Broekmans Beheer en BRR houden ieder de helft van de aandelen in Broekmans Assurantiën. Aan Broekmans

Assurantiën was een onderneming verbonden die als tussenpersoon bemiddelde bij het tot stand brengen van verzekerings- en financieringsovereenkomsten, in het bijzonder in verband met woninghypotheken. Deze onderneming hield aanvankelijk kantoor te Rotterdam en is met ingang van 1 april 2006 verhuisd naar Arnhem. BRR drijft een soortgelijke onderneming, die kantoor houdt op hetzelfde Rotterdamse adres als eerder ook Broekmans Assurantiën.

4.2. In het kader van de verhuizing van de onderneming van Broekmans Assurantiën naar Arnhem hebben partijen met elkaar overlegd over de beëindiging van de samenwerking van Broekmans Beheer en BRR in Broekmans Assurantiën. Zij hebben daarover, de bijstand van een bemiddelaar ten spijt, geen overeenstemming bereikt. Op verzoek van BRR heeft de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam bij beschikking van 29 mei 2009 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Broekmans Assurantiën vanaf 1 maart 2006. Dit onderzoek heeft niet plaatsgevonden, bij gebrek aan middelen bij Broekmans Assurantiën ter bekostiging daarvan. Nadat haar eerder voorlopig surseance van betaling was verleend, is Broekmans Assurantiën bij vonnis van de rechtbank Rotterdam van 1 december 2008 in staat van faillissement verklaard.

4.3. In het licht van de hierboven weergegeven, tussen partijen vaststaande feiten stelt BRR zich op het standpunt, kort gezegd, dat Broekmans Beheer als bestuurder van Broekmans Assurantiën in verschillende opzichten onrechtmatig heeft gehandeld tegenover haar, BRR, in haar hoedanigheid van aandeelhouder van Broekmans Assurantiën en dat Broekmans Beheer aansprakelijk is voor de schade die BRR als gevolg van dit onrechtmatige handelen heeft geleden. BRR stelt dat deze aansprakelijkheid op grond van het bepaalde in artikel 2:11 Burgerlijk Wetboek (hierna "BW") tevens hoofdelijk op Broekmans rust, als bestuurder van Broekmans Beheer. Zij vordert daarom, na haar eis in hoger beroep te hebben verminderd, de veroordeling van Broekmans tot betaling aan BRR van een bedrag van € 81.366,09, te vermeerderen met wettelijke rente.

4.4. De schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, is de optelsom van een zestal posten die alle zijn begrepen in een door BRR in eerste aanleg (als productie 18) overgelegde opstelling. Hiertoe behoren de waarde van de aandelen van BRR in Broekmans Assurantiën (€ 22.000,-), een aanspraak op dividend over het jaar 2005 (€ 14.239,-), een onbetaald gelaten rekening-courantschuld van Broekmans Assurantiën aan een zustermaatschappij van BRR die haar desbetreffende vorderingsrecht aan BRR heeft overgedragen (€ 12.406,58), de kosten van bijstand door de onder 4.2 bedoelde bemiddelaar (€ 2.011,10), alsmede advocaat- en onderzoekskosten (€ 25.711,41 en € 4.998,-). De oorspronkelijke vordering van BRR beliep in hoofdsom € 85.000,- en strekte tot vergoeding van dezelfde schade. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen, omdat, kort gezegd, uit de stellingen van BRR niet volgt dat Broekmans Beheer een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die zij juist tegenover BRR in acht diende te nemen, zodat laatstgenoemde geen recht toekomt op vergoeding van de door haar gestelde schade. Tegen dit oordeel komt BRR in hoger beroep op.

4.5. De grieven strekken ten betoge dat Broekmans Beheer als bestuurder van Broekmans Assurantiën in strijd heeft gehandeld met bepalingen in de statuten van Broekmans Assurantiën die strekken tot bescherming van een aandeelhouder als BRR en aldus wel degelijk een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die zij tegenover BRR in acht diende te nemen, zodat Broekmans op de voet van artikel 2:11 BW aansprakelijk is voor de door BRR geleden schade. BRR voert in dit verband aan dat Broekmans Beheer in strijd met het bepaalde in artikel 14, derde lid, van de statuten van Broekmans Assurantiën de volgende handelingen heeft verricht zonder daartoe strekkende machtiging of goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders van laatstgenoemde: het bewerkstelligen van de verhuizing van de onderneming van Broekmans Assurantiën naar Arnhem, het aangaan van een huurovereenkomst ter zake van bedrijfsruimte te Arnhem, het sluiten van een kredietovereenkomst ten belope van € 20.000,-, het aangaan van een samenwerkingsovereenkomst met een derde en het toekennen van een pensioenvoorziening aan Broekmans vanaf 2006. Voorts voert BRR aan, kort gezegd, dat de wijze waarop Broekmans Beheer leiding heeft gegeven aan de onderneming van Broekmans Assurantiën, onafwendbaar tot het faillissement van laatstgenoemde heeft geleid. De grieven lenen zich voor een gezamenlijke bespreking.

4.6. Op de eerste plaats miskent BRR dat ook als zij wordt gevolgd in haar stelling dat Broekmans Beheer het bepaalde in artikel 14, derde lid, van de statuten van Broekmans Assurantiën niet in acht heeft genomen en hiermee een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die strekt tot bescherming van BRR als aandeelhouder, dit niet zonder meer leidt tot aansprakelijkheid van Broekmans Beheer en, op de voet van artikel 2:11 BW, Broekmans tegenover BRR. Daarvoor is vereist dat Broekmans Beheer, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, voor haar handelen een ernstig verwijt treft. Aan dit vereiste is niet voldaan. Hierbij is in het bijzonder van belang dat er tot en met 2005 geen

algemene vergaderingen van de aandeelhouders van Broekmans Assurantiën – Broekmans Beheer en BRR – hebben plaatsgevonden en dat partijen, die vanaf 1998 in Broekmans Assurantiën samenwerkten en tot 1 april 2006 op hetzelfde adres kantoor hielden, daarmee kennelijk konden leven. Broekmans heeft in de conclusie van antwoord (onder 25) immers gesteld dat partijen in plaats van algemene vergaderingen van aandeelhouders “altijd informeel overleg in de wandelgangen [hadden] waarbij (...) ad hoc beslissingen werden genomen” en namens BRR is tijdens de comparitiezitting in eerste aanleg verklaard dat er tot en met 2005 geen formele vergaderingen van aandeelhouders werden gehouden, maar dat partijen “bij elkaar binnen [liepen] om een en ander te bespreken”. Van belang is voorts dat BRR niet heeft bestreden dat zij weet had van de voorgenomen verhuizing van de onderneming van Broekmans Assurantiën naar Arnhem en evenmin dat het huren van bedrijfsruimte te Arnhem, het sluiten van een kredietovereenkomst en het aangaan van een samenwerkingsovereenkomst met een derde, dienstbaar waren aan het voortbestaan van de onderneming na die verhuizing zoals Broekmans heeft gesteld. Bovendien heeft BRR niet bestreden dat een van de middellijke bestuurders van BRR, L.G. Jukema, de polis betreffende de pensioenvoorziening van Broekmans aan laatstgenoemde heeft doorgestuurd zoals Broekmans tijdens de comparitiezitting heeft verklaard en BRR heeft zowel ter comparitie als in de memorie van grieven (onder 42) erkend dat Broekmans de toekenning van zo'n voorziening bij BRR heeft aangekaart. Onder deze omstandigheden, waarbij besluitvorming binnen het formele kader van de algemene vergadering van aandeelhouders feitelijk jarenlang heeft ontbroken en BRR een en ander op zijn beloop heeft gelaten, dit laatste met inbegrip van de verhuizing van de onderneming en de pensioenvoorziening voor Broekmans, valt niet in te zien dat Broekmans Beheer een ernstig verwijt treft voor de hierboven genoemde handelingen waarmee zij volgens BRR in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in artikel 14, derde lid, van de statuten van Broekmans Assurantiën.

4.7. Op de tweede plaats gaat BRR eraan voorbij dat ook als zou worden aangenomen dat Broekmans Beheer wel een ernstig verwijt treft en, daarmee, dat in beginsel grond bestaat voor aansprakelijkheid van Broekmans – als bestuurder van Broekmans Beheer – tegenover BRR, die aansprakelijkheid uitsluitend ziet op schade die BRR heeft geleden als gevolg van het onrechtmatige handelen van Broekmans Beheer, derhalve schade die het gevolg is van de handelingen die Broekmans Beheer in strijd met het bepaalde in artikel 14, derde lid, van de statuten van Broekmans Assurantiën heeft verricht. Broekmans heeft in de conclusie van antwoord (onder 47 en 48) bestreden dat het faillissement van Broekmans Assurantiën het gevolg is van het aan Broekmans Beheer verweten onrechtmatige handelen en hij heeft in zijn akte na de comparitiezitting ook verder bestreden dat de onder 4.4 weergegeven schadeposten van dat handelen het gevolg zijn. Het had daarom op de weg van BRR gelegen om in de memorie van grieven nader toe te lichten en te onderbouwen dat de schade waarvan zij in dit geding vergoeding vordert, het gevolg is van het gestelde niet in acht nemen door Broekmans Beheer van het bepaalde in artikel 14, derde lid, van de statuten van Broekmans Assurantiën. Dit heeft BRR nagelaten. Weliswaar heeft zij in de memorie van grieven (onder 61 tot en met 68) aangevoerd door toedoen van Broekmans Beheer schade te hebben geleden in de vorm van de onder 4.4 weergegeven schadeposten, maar zij heeft niet voldoende toegelicht en onderbouwd dat die schadeposten juist het gevolg zijn van de handelingen die laatstgenoemde in strijd met de genoemde statutaire bepaling heeft verricht. Dan kan niet worden aangenomen dat de schade waarvan BRR vergoeding vordert, het gevolg is van onrechtmatig handelen van Broekmans Beheer zo hiervan sprake zou zijn geweest.

4.8. Op de derde plaats kan BRR niet worden gevolgd in haar klacht erop neerkomend dat de wijze waarop Broekmans Beheer leiding heeft gegeven aan de onderneming van Broekmans Assurantiën, onafwendbaar tot het faillissement van laatstgenoemde heeft geleid, reeds omdat die klacht niet de schending betreft van een specifieke zorgvuldigheidsnorm die Broekmans Beheer tegenover BRR in acht had moeten nemen. Het gaat daarbij immers om de vraag of Broekmans Beheer haar taak als bestuurder van Broekmans Assurantiën behoorlijk heeft vervuld en – naar blijkt uit artikel 2:9, eerste volzin, BW – de verplichting tot behoorlijke vervulling van zijn taak rust op de bestuurder tegenover de rechtspersoon, niet tegenover een aandeelhouder als BRR. Het verwijt dat Broekmans Beheer is tekortgeschoten in de wijze waarop zij de onderneming heeft geleid, wat hiervan verder ook zij, levert derhalve niet op een inbreuk op een zorgvuldigheidsnorm tot naleving waarvan Broekmans Beheer tegenover BRR was gehouden. Alleen de curator van Broekmans Assurantiën, gegeven het faillissement daarvan, kan vergoeding vorderen van door laatstgenoemde geleden schade die het gevolg is van onbehoorlijke taakvervulling door Broekmans Beheer. Het genoemde verwijt kan dus niet de gevolgtrekking dragen dat op Broekmans – als bestuurder van Broekmans Beheer – tegenover BRR een verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad rust. Het beroep van BRR op de onder 4.2 genoemde beschikking van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam verandert aan het voorgaande niets: het in die beschikking overwogene heeft niet de strekking gronden voor aansprakelijkheid van Broekmans Beheer en Broekmans vast te stellen, maar ziet uitsluitend op de

aanwezigheid van gronden voor het bij de beschikking bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Broekmans Assurantiën. Dat dit onderzoek geen doorgang heeft gevonden, is te wijten aan het ontbreken van voldoende middelen daarvoor bij Broekmans Assurantiën en levert, anders dan BRR kennelijk meent, evenmin een onrechtmatige daad van Broekmans Beheer tegenover BRR op.

4.9. BRR heeft in hoger beroep geen voldoende concrete feiten gesteld en te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, kunnen leiden tot andere oordelen dan hierboven gegeven. Aan haar bewijsaanbod in de memorie van grieven (onder 73 tot en met 75) komt daarom geen betekenis toe voor de beslissing van de zaak, zodat dit aanbod, als niet ter zake dienend, wordt gepasseerd.

4.10. Het hierboven overwogene leidt tot de slotsom dat de grieven geen van alle kunnen slagen, dat ook het hof de vordering van BRR in eerste aanleg niet toewijsbaar acht – zodat BRR tevergeefs opkomt tegen haar veroordeling in de proceskosten van het geding in eerste aanleg – en dat ook de in hoger beroep verminderde eis van BRR, bij gebreke van een toereikende grondslag, niet toewijsbaar is. Het bestreden vonnis zal daarom worden bekrachtigd. BRR zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep.

5. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Arnhem van 13 januari 2010;

veroordeelt BRR in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. De vennootschap is failliet en een van de twee aandeelhouders probeert haar schade op de bestuurder te verhalen. Deze doorbraakpoging strandt echter om diverse redenen.

2. Broekmans is enig aandeelhouder en bestuurder van J.C.M. Broekmans Beheer BV. Broekmans Beheer is op haar beurt enig bestuurder en voor 50% aandeelhouder van Broekmans Assurantiën. BRR houdt de overige 50% van de aandelen. Broekmans Assurantiën en BRR werken aanvankelijk samen en zijn in hetzelfde pand in Rotterdam gevestigd. In maart 2003 ontstaan er spanningen wanneer Broekmans namens Broekmans Assurantiën een exclusieve samenwerkingsovereenkomst met Optima aangaat, wat het einde betekent van de samenwerking met BRR (r.o. 2.5 vonnis Rb. Arnhem 13 januari 2010, LJN BL2306). Kort daarop verhuist Broekmans Assurantiën naar Arnhem. Broekmans is bereid de aandelen van BRR over te nemen, maar de beide aandeelhouders worden het over de voorwaarden niet eens, ondanks een mediation van bijna anderhalf jaar. Er ontstaat een impasse en BRR stapt naar de OK. Het feit dat er sprake is van een impasse in de besluitvorming binnen de ava waardoor de bedrijfsvoering belemmerd wordt, is voor de OK reeds voldoende grond om een enquête te bevelen (OK 29 mei 2009, ARO 2009, 82). Dat is in lijn met eerdere beschikkingen van de OK in impassezaken (bv. OK 15 november 2001, «JOR» 2002/6; OK 29 november 2002, «JOR» 2003/8 en recent OK 26 juli 2011, «JOR» 2011/330). De enquête zelf komt echter niet van de grond. Broekmans Assurantiën is inmiddels failliet en noch de curator noch de overige betrokkenen zijn bereid om de vereiste middelen beschikbaar te stellen; zie OK 12 november 2009, ARO 2009, 184.

BRR geeft de strijd niet op. Zij vordert vergoeding door Broekmans van de schade die BRR door het faillissement heeft geleden. De Rechtbank Arnhem wijst de vordering af onder verwijzing naar ABP/Poot (HR 2 december 1994, NJ 1995, 288). BRR heeft niet gesteld dat bestuurder Broekmans Beheer een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens BRR heeft geschonden. Zonder een dergelijke schending kan geen sprake zijn van schade die BRR zelf heeft geleden en voor vergoeding in aanmerking komt. De schade die BRR lijdt doordat een jegens de vennootschap geschonden norm tot waardedaling van BRR's aandelen heeft geleid, komt immers – als afgeleide schade – niet voor vergoeding in aanmerking. In het onderhavige hoger beroep herpakt BRR zich door een aantal concrete handelingen van Broekmans (Beheer) te noemen waarvoor de ava op grond van de statuten eerst haar goedkeuring had moeten geven (r.o. 4.4). Volgens BRR strekken de desbetreffende statutaire bepalingen ter bescherming van BRR

als aandeelhouder (r.o. 4.5) en is er dus sprake van schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens haar. Broekmans is daarom ex art. 2:11 BW schadeplichtig jegens BRR, aldus laatstgenoemde.

3. Ik merk op dat uit de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken I*, 1985-86, 16 631, nr. 27b, p. 22) blijkt dat art. 2:11 BW ook van toepassing is op de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van art. 6:162 BW, zoals in casu. Desondanks bestaat er in de literatuur enige discussie op dit punt. Voor een overzicht verwijs ik naar Huizink, *GS Rechtspersonen*, art. 2:11 BW, aantekening 6.5.

4. Het hof wijst de vordering van BRR om drie redenen af:

- Broekmans Beheer treft geen ernstig verwijt (r.o. 4.6);
- het vereiste causaal verband tussen de gestelde schendingen en schade is niet aannemelijk gemaakt (r.o. 4.7); en
- het verwijt dat de handelwijze van Broekmans Beheer onafwendbaar tot het faillissement heeft geleid, kan geen schending van een zorgvuldigheidsnorm jegens BRR opleveren (r.o. 4.8).

5. De opvatting van het hof dat een bestuurder pas aansprakelijk kan zijn jegens een individuele aandeelhouder indien de bestuurder een ernstig verwijt treft (r.o. 4.6), is juist. De hoge drempel van art. 2:9 BW is in dergelijke gevallen overeenkomstig van toepassing. Dit volgt uit Willemsen/NOM (HR 20 juni 2008, «JOR» 2008/260, m.nt. Borrius, r.o. 5.3). Ik heb echter wel enige moeite met hoe het hof in dit verband met stelplicht en bewijslastverdeling omgaat. Uit het eerste deel van r.o. 4.6 blijkt dat het de beoordeling van de door BRR gestelde schendingen van statutaire bepalingen achterwege laat, omdat Broekmans Beheer geen ernstig verwijt treft. De Hoge Raad heeft in zijn arrest Schwandt/Berghuizer Papierfabriek echter beslist dat een handeling in strijd met een statutaire bepaling die strekt ter bescherming van de vennootschap in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt (HR 29 november 2002, «JOR» 2003/2, m.nt. Bartman, r.o. 3.4.5). Een dergelijk bewijsvermoeden geldt ook bij schendingen van statutaire bepalingen die strekken ter bescherming van individuele aandeelhouders. Dit volgt uit r.o. 5.4 van Willemsen/NOM. Volgens mij had het hof in de onderhavige zaak dus eerst de beweerde schendingen van statutaire bepalingen moeten beoordelen, inclusief de vraag of die bepalingen strekken ter bescherming van BRR als aandeelhouder. Uit het arrest blijkt niet op grond van precies welke statutaire bepalingen de in r.o. 4.4 genoemde handelingen volgens BRR aan goedkeuring van de ava waren onderworpen. Art. 14 lid 3 van de statuten bevat een zeer uitgebreide lijst. Overigens komen het aangaan van de kredietovereenkomst, het huren van een nieuwe bedrijfsruimte en het toekennen van een pensioenvoorziening vrijwel letterlijk in die lijst voor. In algemene zin lijkt mij verdedigbaar dat men de ava door de statutaire goedkeuringsbepalingen grip wil geven op dergelijke handelingen, juist ter bescherming van de investeringen van de individuele aandeelhouders. Zo bezien zijn dergelijke statutaire goedkeuringsbepalingen dus bepalingen die de individuele aandeelhouders beogen te beschermen. Ik merk op dat BRR met 50% van de aandelen een blokkerende stem in de ava had en het dus in haar macht had om de gewraakte handelingen te voorkomen indien bestuurder Broekmans Beheer de statuten had gevolgd. Indien ik de voorgaande lijn volg, zou daarmee de aansprakelijkheid van Broekmans Beheer in beginsel gegeven zijn geweest. Vervolgens had het hof, aldus Willemsen/NOM, moeten beoordelen of Broekmans (Beheer) feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit blijkt dat de gewraakte schendingen *geen* ernstig verwijt opleveren en hij dus niet aansprakelijk is. Aan een dergelijke rechtvaardiging dienen volgens A-G Timmerman hoge eisen te worden gesteld (par. 5.14 van zijn conclusie in Willemsen/NOM). De aanpak van het hof leidt in het onderhavige geval echter niet tot grote problemen. Aan het einde van r.o. 4.6 brengt het hof de zaak alsnog op het juiste spoor door de verweren van Broekmans tegen de beweerde schendingen te behandelen. Zo heeft BRR niet bestreden dat de verhuizing en samenwerking met Optima dienstbaar aan het voortbestaan van de onderneming zijn geweest, et cetera. Ik neem aan dat het hof voor deze op zichzelf begrijpelijke, maar strikt genomen minder juiste aanpak kiest om de vraag te omzeilen of de betreffende statutaire bepalingen strekten ter bescherming van BRR als aandeelhouder. Mogelijk wilde het hof zich op dit punt niet uitspreken om geen precedent te scheppen. Voor de rechtspraak is dat wel jammer.

6. Het hof oordeelt dat het verwijt dat de handelwijze van Broekmans Beheer onafwendbaar tot het faillissement heeft geleid geen schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens BRR kan opleveren (r.o. 4.8). Dat lijkt mij terecht. Het gaat immers om een algemene klacht over de taakvervulling door Broekmans Beheer die moet worden getoetst aan art. 2:9 BW. Dat artikel bepaalt de taakopdracht van bestuurders in hun verhouding tot de vennootschap, niet tot (individuele) aandeelhouders. Hier ontbreekt dus de relativiteit.

7. Tot slot nog iets over hoe dit arrest zich verhoudt tot de voordien gegeven enquêtebeschikking van de OK. In de enquêtebeschikking heeft de OK expliciet overwogen dat bestuurder Broekmans Beheer een bijzondere zorgplicht jegens BRR had om BRR als aandeelhouder/niet-bestuurder tijdig en voldoende te informeren over de voorgenomen verhuizing, het aangaan van de overeenkomst met Optima en de verstreckende gevolgen daarvan. Niet is gebleken dat Broekmans aan die verplichting heeft voldaan. BRR heeft in hoger beroep haar stellingen onder meer onderbouwd door op deze overweging van de OK te wijzen. Het hof vindt echter dat die overweging BRR niet kan baten omdat de overweging niet de strekking heeft gronden voor aansprakelijkheid vast te stellen, maar *uitsluitend* ziet op de aanwezigheid van gronden voor een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Broekmans Assurantiën (r.o. 4.8). Het hof lijkt dus van oordeel dat een overweging van de OK in de eerste fase van een enquêteprocedure *uitsluitend* in dat kader relevant kan zijn. Dit lijkt mij te strikt. De vaststelling van ernstige verwijtbaarheid (en daarmee aansprakelijkheid) hangt af van alle omstandigheden van het geval. De restricties met betrekking tot het gebruik van feiten die in de tweede fase van een enquêteprocedure zijn vastgesteld, zijn aangeduid in Laurus (HR 8 april 2005, «JOR» 2005/119, m.nt. Brink). Die feiten staan niet op voorhand vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs, maar het oordeel “wanbeleid” kan onder omstandigheden wel enige bewijsrechtelijke betekenis hebben in een (opvolgende) aansprakelijkheidsprocedure. Het gaat in casu weliswaar “slechts” om een oordeel in de eerste fase, maar wel om een zeer specifiek en voor deze zaak relevant oordeel. Broekmans Beheer had volgens de OK een bijzondere zorgplicht jegens BRR om haar tijdig en voldoende te informeren en niet is gebleken dat hij daaraan heeft voldaan. Ik zie niet in waarom een dergelijke expliciete overweging van de OK, ondanks de relatief gebrekkige processuele waarborgen in de eerste fase van een enquêteprocedure, niet ten minste enig gewicht in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure kan hebben.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij Spigt Litigators NV in Amsterdam