

rekening kan worden gehouden met de regresmogelijkheid die aan de bestuurder toekomt richting de vennootschap voor wie hij/zij de lastingschulden heeft betaald. Verder geldt meer in zijn algemeenheid dat een uitkering door een verzekeraar onder een BCA- of D&O-polis niet kan leiden tot (dienovereenkomstige) aftrekbaarheid bij de bestuurder. Dit met de kanttekening dat de meeste polissen geen fiscale bestuurdersaansprakelijkheid dekken indien er geen tijdige melding betalingsonmacht is gedaan.

10. Blijft over het geval waarin de bestuurder een management-bv betreft. Het ligt dan voor de hand dat de bestuurdersaansprakelijkheid zich primair uitstrekt tot deze management-bv. Uitgangspunt zal daarbij zijn dat zowel de betaalde schadevergoeding alsook de betaalde advocaatkosten door deze bv in aftrek mogen worden genomen. Dat zou anders kunnen worden als blijkt dat de DGA/natuurlijke persoon van de management-bv in privé is aangesproken, bijv. in de hoedanigheid van feitelijke bestuurder dan wel via de regeling van art. 2:11 BW. Heeft de privépersoon vervolgens betaald en niet de management-bv, dan zal aftrek van het betaalde bedrag door die persoon normaal gesproken niet mogelijk zijn.

11. In de onderhavige zaak loopt het voor de bestuurder niet goed af. Het hof is van oordeel dat hij de betaalde schadevergoeding in het kader van de bestuurdersaansprakelijkheid niet fiscaal in aftrek kan brengen. Hetzelfde lot treft de advocaatkosten. Het standpunt van de bestuurder, dat hij een eenmanszaak dreef en dat het aan de boedel betaalde bedrag in aftrek kon worden gebracht op de winst uit onderneming, komt weinig overtuigend over. Het ligt immers niet voor de hand dat een bij een vennootschap benoemde bestuurder deze werkzaamheden zou uitvoeren vanuit een IB-onderneming. Het hof geeft ook aan van oordeel te zijn dat de werkzaamheden door de bestuurder voor de vennootschap in dienstbetrekking zijn verricht. Dat zou betekenen dat de betaalde schadevergoeding als negatief loon in aftrek kon worden genomen, alleen had dat over een eerder jaar moeten gebeuren toen de schadevergoeding werd betaald. Aftrek van de advocaatkosten zou vanuit die hoedanigheid (dienstbetrekking) niet mogelijk zijn: zie onder nr. 7.

A.J. Tekstra

96

Hoge Raad
30 november 2018, nr. 17/05375,
ECLI:NL:HR:2018:2217
(mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Polak,
mr. Du Perron, mr. Wattendorff)
(Concl. A-G Wissink)
Noot prof. mr. J.W.A. Biemans

Vertegenwoordigingsbevoegdheid. Heeft (indirect) bestuurder als vertegenwoordiger van vennootschap gehandeld bij borgtochtvereenkomst? Maatstaf van HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1877 (Kribbebijter) en HR 28 november 2014, «JOR» 2015/26, m.nt. SCJJK (Snippers q.q./Rabobank). Gerechvaardigde schijn van bevoegdheid.

[BW art. 2:130, 3:61 lid 2, 7:850]

Het hof heeft van belang geacht of sprake is van een aan verweerster (in cassatie) toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het hof heeft echter vastgesteld dat A (indirect) bestuurder en aandeelhouder is van verweerster. Als zodanig is A op grond van art. 2:130 BW bevoegd verweerster te vertegenwoordigen. Omtrent eventuele beperkingen van deze vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft het hof niets vastgesteld. Tegen deze achtergrond geeft het oordeel van het hof, indien het ervan uit is gegaan dat A niet bevoegd was de vennootschap te vertegenwoordigen, blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd. Het antwoord op de vraag of A bij het maken van borgstellingsafspraken als vertegenwoordiger van verweerster heeft gehandeld, is afhankelijk van hetgeen A en B daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden (HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1877 (Kribbebijter) en HR 28 november 2014, «JOR» 2015/26, m.nt. SCJJK (Snippers q.q./Rabobank)). Indien het hof voor zijn oordeel dat A niet als vertegenwoordiger van verweerster met eiseres (tot cassatie) borgstellingsafspraken heeft gemaakt, mede van belang heeft geacht of bij eiseres een gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt door "feiten en omstandigheden die voor risico van verweerster komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden af-

geleid”, heeft het hof hetzij de hiervoor genoemde maatstaf miskend, hetzij onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang.

X,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. D.M. de Knijff,
tegen
Unisphere Holdings NV te Haarlem,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. J.W. de Jong.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Wissink)

In deze zaak gaat het om de vraag of het hof heeft kunnen oordelen dat tussen eiser tot cassatie en verweerder in cassatie geen borgstellingsovereenkomst tot stand is gekomen.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.¹

(i) [eiseres] (hierna: [eiseres]) heeft sinds 2008 tot medio 2013 als [A] advocatenkantoor juridische diensten verleend aan [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) en de aan hem gelieerde vennootschap [B] B.V. De dienstverlening betrof met name drie in Spanje gevestigde sportscholen handelend onder de naam “Basic Fit”, waarvan de exploitatie is ondergebracht in BFFI. Alle aandelen van BFFI worden gehouden door BF Fitness Enterprises Spain S.L., waarvan [betrokkene 1] 75% van de aandelen hield en [betrokkene 2] 25%.

(ii) Begin 2013 kwam BFFI in financieel zwaar weer en een faillissement dreigde. De declaraties van [eiseres], van wie met name [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]) de hiervoor bedoelde juridische diensten verleende, bleven merendeels onbetaald. Medio 2013 is met [betrokkene 4] (hierna: [betrokkene 4]), (indirect) bestuurder/aandeelhouder van Unisphere Holdings N.V. (hierna: Unisphere) en Unisphere Capital N.V., gesproken over overname van de aandelenpositie van [betrokkene 1]. Op 14 augustus 2013 heeft Unisphere het aandelenbelang van 75% van [betrokkene 1] overgenomen.

(iii) Bij e-mail van 30 augustus 2013 heeft [betrokkene 3] aan [betrokkene 4] meegedeeld:

“Zoals besproken zullen de declaraties op naam worden gesteld van BF Fitness Investments S.L. en jij en je vennootschappen staan voor de betaling ervan in.”

(iv) [betrokkene 4] heeft aan [betrokkene 3] bij e-mail van 1 oktober 2013 het volgende laten weten:

“Wij hebben destijds begrepen dat verkoper in zou staan voor alle rekeningen van [eiseres] en [betrokkene 3] tot aan transactiedatum. In onze berekeningen zijn wij daarom uitgegaan dat de kosten van [eiseres] en [betrokkene 3] na datum overdracht voor onze rekening zouden zijn.”

(v) Tussen 15 oktober 2013 en 8 juni 2015 heeft [eiseres] via e-mails en brieven aan [betrokkene 4] regelmatig opgave gedaan van de openstaande, nog te betalen bedragen vanwege door haar ten behoeve van BFFI verrichte werkzaamheden en gemaakte kosten na 14 augustus 2013. De betalingsachterstand loopt in de verstrekte overzichten in die periode op van € 25.337,77 exclusief btw in november 2013 tot € 125.100,79 inclusief btw in juni 2015.

1.2. Bij dagvaarding van 22 juni 2015 heeft [eiseres] [betrokkene 4] en Unisphere gedagvaard voor de rechtbank Noord-Holland, locatie Haarlem. [eiseres] heeft daarbij – samengevat – hoofdelijke veroordeling van [betrokkene 4] en Unisphere gevorderd tot betaling van een hoofdsom van € 125.100,79, te vermeerderen met kosten en rente. Daartoe heeft [eiseres] gesteld dat [betrokkene 4] en Unisphere zich borg hebben gesteld voor haar onbetaald gebleven declaraties. [betrokkene 4] en Unisphere hebben verweer gevoerd. De rechtbank heeft bij vonnis van 24 februari 2016, aangevuld bij vonnis van 6 april 2016, de vorderingen van [eiseres] ten opzichte van [betrokkene 4] afgewezen en de vorderingen ten opzichte van Unisphere toegewezen.

1.3. Unisphere is in hoger beroep gekomen van het vonnis van 24 februari 2016 en heeft geconcludeerd dat het hof dit vonnis zal vernietigen en alsnog de vorderingen van [eiseres] jegens haar

1 Zie het bestreden arrest van het Hof Amsterdam van 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3282, rov. 3.1-3.5.

zal afwijzen. [eiseres] heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met toewijzing van haar gewijzigde eis.²

Het hof heeft bij arrest van 15 augustus 2017 het vonnis vernietigd en opnieuw rechtdoende de vorderingen van [eiseres] jegens Unisphere afgewezen met veroordeling van [eiseres] in de kosten van het geding in beide instanties.

1.4. Bij procesinleiding van 14 november 2017 heeft [eiseres] tegen dit arrest tijdig cassatieberoep ingesteld. Unisphere heeft geconcludeerd tot verwerving daarvan. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna [eiseres] heeft gerepliceerd en Unisphere heeft gedupliceerd.³

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel bevat, naast een inleiding in onderdeel 1, klachten in de onderdelen 2 t/m 6. De onderdelen 2 t/m 4 klagen over het oordeel in rov. 3.8, dat Unisphere zich niet borg heeft gesteld. Onderdeel 5 klaagt over het passeren van een bewijsaanbod. Onderdeel 6 richt een motiveringsklacht tegen rov. 3.9.

2.2.1. Het hof overwoog:

“3.7 Unisphere bestrijdt in de grieven 5 tot en met 9, kort samengevat, dat zij zich jegens [eiseres] borg heeft gesteld voor nakoming van de betalingsverplichtingen jegens BFFI. Tussen partijen staat vast dat zij géén borgstellingsovereenkomst schriftelijk hebben vastgelegd. Volgens [eiseres] is de afspraak tot borgstelling van Unisphere mondeling gemaakt in een telefoongesprek dat op 30 augustus 2013 plaats vond tussen [betrokkene 3] en [betrokkene 4]. Ter terechtzitting in hoger beroep heeft [betrokkene 3] namens [eiseres] desgevraagd over het telefoongesprek van 30 augustus 2013 het volgende verklaard:

‘Ik heb tegen [betrokkene 4] gezegd dat er een hoop werk aan gaat komen en dat als het faillissement van BFFI rond komt, ik niet van plan ben om mijn rekeningen naar een failliete vennootschap te sturen. Ik ga ervan uit dat jij mijn rekeningen zal betalen als BFFI dat niet doet. Toen zei [betrokkene 4] dat het in orde komt en ik mij geen zorgen moet maken.’

3.8. Naar het oordeel van het hof volgt uit (de inhoud van) het telefoongesprek van 30 augustus 2013, zoals dat naar voren komt uit de verklaring van [betrokkene 3], zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet dat ([betrokkene 4] als vertegenwoordiger van) Unisphere met [eiseres] borgstellingsafspraken heeft gemaakt.

Uit dit telefoongesprek, mede in aanmerking genomen de onder 3.3 en 3.4 genoemde e-mails [de e-mails van 30 augustus 2013 en 1 oktober 2013, A-G] en de verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 5] zoals weergegeven in rov. 4.9 van het bestreden vonnis, heeft [eiseres] ook niet het gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontlenuen dat Unisphere borg stond voor BFFI. Immers, hieruit is niet concreet af te leiden dat dit vermeende vertrouwen is ontstaan door toedoen van Unisphere. Feiten en omstandigheden die voor risico van Unisphere komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid, zijn niet gesteld of gebleken.

3.9. De grieven 5 tot en met 9 slagen, waardoor de overige grieven geen behandeling behoeven. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. [eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties.”

2.2.2. In haar vonnis van 24 februari 2016 overwoog de rechtbank over de door het hof genoemde verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 5] (een adviseur van voornoemde Spaanse vennootschappen):

“4.9. Voorts zijn in dit verband de verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 5] van gewicht: ([betrokkene 2]) Dezelfde dag hebben wij [betrokkene 4] (die ernstig tegenstribbelde) meegenomen naar het kantoor van [betrokkene 3], waar deze [betrokkene 4] aansprak op het uitblijven van de toegezegde betalingen en dat hij betaling door [betrokkene 4] verlangde op grond van gemaakte afspraken. Daarbij verwees hij naar door hem met [betrokkene 4] gevoerde correspondentie. Daarop zei [betrokkene 4] dat deze mails nog op de stapel

2 Vermeerderd bij akte houdende in het geding brengen van producties tevens houdende vermeerdering van eis van 25 oktober 2016, tevens weergegeven in de memorie van antwoord van 6 december 2016, en voorts vermindert bij akte houdende vermindering van eis van 31 januari 2017.

3 In het B-dossier ontbreken de appeldagvaarding, het tussenarrest van 2 augustus 2016, het proces-verbaal van de zitting van 14 september 2016, de rolbeslissing van 31 januari 2017 en de akte uitlating eis en akte uitlating producties van 31 januari 2017 alsmede de bij de verschillende processtukken horende producties. De pleitnotitie van Unisphere in eerste aanleg ontbreekt in zowel het A-dossier als het B-dossier.

van te beantwoorden mails lagen en dat hij daar snel op zou terugkomen. Hij heeft tijdens die bespreking op geen enkel moment ontkend dat hij zou instaan voor de betaling van de door [betrokkene 3] verrichte werkzaamheden of dat hij het met de hoogte van de tussentijdse opgaven en specificaties niet eens zou zijn geweest.

([betrokkene 5]) [betrokkene 4] zei mij dat hij [betrokkene 3] had toegezegd dat hij zou instaan voor de betaling van de declaraties, maar dat hij dat nooit schriftelijk had bevestigd en die afspraak dus niet te bewijzen was. (...)

Ik heb [betrokkene 4] nooit horen zeggen (...) dat hij telefonisch, of op een andere manier, aan [betrokkene 3] gemeld zou hebben dat hij niet zou instaan voor de betaling van de declaraties.”

2.3. De *onderdelen 2.1 t/m 2.4* gaan uit van de vaststelling in rov. 3.2 dat [betrokkene 4] (indirect) bestuurder van Unisphere is. In die hoedanigheid is [betrokkene 4] blijkens art. 2:130 lid 1 BW zonder meer vertegenwoordigingsbevoegd, zodat het hof in rov. 3.8 een verkeerde maatstaf hanteert, aldus samengevat de rechtsklachten van de *onderdelen 2.1 en 2.2. De onderdelen 2.3 en 2.4* bevatten hierop voortbouwende motiveringsklachten.

De *onderdelen 3.1 t/m 3.3* gaan uit van de veronderstelling dat het hof heeft geoordeeld dat [betrokkene 4] niet heeft gehandeld als bestuurder van Unisphere, maar voor zichzelf of namens Unisphere Capital N.V. Volgens de *onderdelen 3.1 t/m 3.3* heeft het hof in dat geval de toepasselijke maatstaf miskend, kort gezegd, dat het aankomt op hetgeen [betrokkene 4] en [betrokkene 3] daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en hebben mogen afleiden. Althans heeft het hof zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd door niet in te gaan op de in de *onderdelen 3.2.1 t/m 3.2.6* bedoelde vaststaande omstandigheden dan wel stellingen van [eiseres].

2.4. Deze onderdelen lezen zich voor gezamenlijk behandeling. In verband met de vraag of een borgtochtovereenkomst tot stand is gekomen,⁴ kunnen in beginsel twee vragen worden onderscheiden.⁵

2.5.1. De *onderdelen 2.1 t/m 2.4* stellen de vraag aan de orde of [betrokkene 4] bevoegd was om namens Unisphere te handelen en, zo neen, of [eiseres] er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd en mogen vertrouwen dat [betrokkene 4] namens Unisphere kon handelen.

2.5.2. In cassatie staat niet ter discussie dat [betrokkene 4] als bestuurder van Unisphere bevoegd was om Unisphere te vertegenwoordigen.⁶ Ook in feitelijke instanties was deze vraag, als ik het goed zie, als zodanig geen onderwerp van debat. Het bestuur vertegenwoordigt de vennootschap, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit (art. 2:130 lid 1 BW). De vertegenwoordigingsbevoegdheid komt mede toe aan een individuele bestuurder, tenzij uitzonderingen zijn gemaakt op diens vertegenwoordigingsbevoegdheid en die uitzonderingen een wettelijke grondslag hebben (art. 2:130 lid 2 BW). Alleen dergelijke uitzonderingen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben werking tegenover derden, mits deze door de vennootschap worden ingeroepen (art. 2:130 lid 3 BW).⁷

2.5.3. Dat het middel toch de kwestie van vertegenwoordigingsbevoegdheid agendeert, komt door het slot van rov. 3.8. Daarin gaat het over de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen op

4 De voor de totstandkoming van de overeenkomst van borgtocht benodigde wilsverklaringen van partijen kunnen in elke vorm geschieden. Er gelden wel bewijsvoorschriften die dienen ter bescherming van particuliere borgen (art. 7:859 lid 1 BW). Zie G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht*, 2014, p. 113-114.

5 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/151.

6 Zie de procesinleiding subonderdeel 2.1 en noot 1; Unisphere s.t. nr. 20. Rov. 3.2 van het bestreden arrest spreekt van “(indirect) bestuurder/aandeelhouder van Unisphere en Unisphere Capital N.V.”, maar onduidelijk is of hiermee wordt bedoeld dat [betrokkene 4] indirect bestuurder van Unisphere is. Unisphere noemt [betrokkene 4] in haar s.t. zowel indirect bestuurder als bestuurder (nrs. 1, 20, 21, 25). De CvA nrs. 17 en 47 spreekt van bestuurder van Unisphere.

7 Zie Asser/Meijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/396; M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, 2017, p. 141-147.

schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid bij (in beginsel)⁸ volmacht op de voet van art. 3:61 lid 2 BW. Het vertrouwen op de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid moet volgens die bepaling zijn terug te voeren op verklaringen of gedragingen van de vertegenwoordigde (“toedoen”) dan wel, volgens HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK7671 (ING/Bera), op feiten en omstandigheden die voor risico van de vertegenwoordigde komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.⁹ Dit risicobeginsel gaat, zo overwoog de Hoge Raad in een later arrest, niet zo ver dat voor toepassing daarvan ook ruimte is in gevallen waarin het tegenover de wederpartij gewekte vertrouwen uitsluitend is gebaseerd op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon. Uit het arrest ING/Bera volgt dat de rechter in zijn uitspraak mede feiten of omstandigheden dient vast te stellen die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen en die rechtvaardigen dat laatstgenoemde in zijn verhouding tot de wederpartij het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt.¹⁰

2.6. De *onderdelen 3.1 t/m 3.3* stellen de vraag aan de orde of [betrokkene 4] namens Unisphere heeft gehandeld en, zo neen, of [eiseres] er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd en mogen vertrouwen dat [betrokkene 4] namens Unisphere heeft gehandeld. Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van de maatstaf van het Kribbenbijter-arrest.¹¹ Op grond van deze maatstaf is voor de vraag of iemand in eigen naam – dan wel, toegespitst op het onderhavige geval: in de hoedanigheid van vertegenwoordiger van een vennootschap – is opgetreden bepalend wat partijen daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en

over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Het gaat dus om de in de art. 3:33 en 3:35 BW verwoorde wilsvertrouwensleer, toegespitst op het vraagstuk of een partij voor zichzelf dan wel namens een ander optreedt.

Bij de toepassing van deze maatstaf komt niet alleen betekenis toe aan de inhoud van de wederzijdse verklaringen maar ook aan de verdere omstandigheden van het geval, waaronder mede de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid van de handelende persoon en de context waarin partijen optraden, omdat die medebepalend kunnen zijn voor de wederzijdse verwachtingen en voor de betekenis die partijen aan elkaars verklaringen en gedragingen geven.¹² Ook kunnen mede van belang zijn gedragingen en verklaringen en andere omstandigheden die plaatsvinden eerst nadat de handeling is verricht.¹³

2.7. Toepassing van de Kribbenbijter-maatstaf of van art. 3:61 lid 2 BW vereist een waardering van de feiten en omstandigheden van het geval. Deze waardering is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. De Hoge Raad kan toetsen of het oordeel van de feitenrechter blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en of het voldoende gemotiveerd is.

2.8. Naar mijn mening heeft het hof in de eerste volzin van rov. 3.8 – uitgaande van vertegenwoordigingsbevoegdheid van [betrokkene 4] dan wel die bevoegdheid nog even in het midden latend – getoetst of ([eiseres] er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat) [betrokkene 4] handelde namens Unisphere.

Het hof behoeft niet met zoveel woorden te overwegen dat het daarbij de Kribbenbijter-maatstaf voor ogen had, mits uit zijn arrest kan worden afgeleid dat het deze maatstaf heeft toegepast. Daarover bestaat echter twijfel gezien het

8 En mogelijk voor andere gronden van vertegenwoordiging; vgl. art. 3:79 BW.

9 HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK7671, NJ 2010/115, rov. 3.4.

10 HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:143, rov. 4.2.3, zoals hersteld in HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:277.

11 HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1877, NJ 1977/521, m.nt. G.J. Scholten, rov. 2. Vgl. bijvoorbeeld HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, NJ 2016/90 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.3; HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0323, NJ 1988/781, rov. 3.1.

12 Vgl. HR 18 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4694, NJ 1984/345, rov. 3.2; HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9284, NJ 2010/664 m.nt. Jac. Hijma, rov. 3.3.1; Asser/Kortmann 3-III 2017/75; Y.G. Blei Weissmann, GS Verbintenissenrecht, art. 6:217 BW, aant. 2.39.3.3; T.F.E. Tjong Tjin Tai, WPNR 2017/7159.

13 Conclusie A-G Rank-Berenschot onder 2.5 voor HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3457 (art. 81 RO); Bloembergen/Van Schendel in: J. Hijma e.a., Rechtshandeling en overeenkomst, 2016, nr. 91.

vervolg van rov. 3.8. Met name kan naar mijn mening niet met voldoende zekerheid worden gezegd, dat het hof voor de beoordeling van de gerechtvaardigheid van het vertrouwen van [eiseres] een juiste maatstaf heeft gehanteerd. Uit het vervolg van rov. 3.8 blijkt namelijk dat het hof heeft getoetst of [eiseres] mocht vertrouwen op een aan Unisphere toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van [betrokkene 4]. Dat is een andere vraag dan de vraag of [eiseres] er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat [betrokkene 4] handelde als bestuurder van en dus namens Unisphere.

Dit is problematisch, omdat de door het hof in rov. 3.8 genoemde feiten en omstandigheden in het licht van de vraag of ([eiseres] er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat) [betrokkene 4] handelde als bestuurder van Unisphere, een andere betekenis kunnen hebben dan zij zouden kunnen hebben in het licht van de vraag of [eiseres] mocht vertrouwen op een aan Unisphere toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Bovendien kunnen voor de beoordeling van beide vragen nog andere, niet met zoveel woorden door het hof genoemde omstandigheden relevant zijn.

2.9.1. Nu is het denkbaar dat sprake is van een verschrijving in de vierde volzin en dat het hof doelt op “schijn van vertegenwoordiging” – in plaats van “schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid” – waarmee dus toch uitsluitend de vraag aan de orde zou zijn, of ([eiseres] er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat) [betrokkene 4] handelde in hoedanigheid van vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder van Unisphere.

2.9.2. In deze lezing hangt echter het in de derde volzin genoemde “toedoen van Unisphere” in de lucht. Dit toedoen past bij de vraag of [eiseres] heeft vertrouwd op de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het valt echter niet goed in te zien waarom dit toedoen van de vertegenwoordigde in een geval als het onderhavige een rol speelt. Immers, een bevestigende beantwoording van de vraag of een persoon heeft gehandeld in hoedanigheid van bestuurder van een rechtspersoon (dan wel dat diens wederpartij er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat in die hoedanigheid werd gehandeld,) leidt tot de conclusie dat de rechtspersoon is gebonden. Een ontkennde beantwoording van die vraag leidt tot de conclusie dat de rechtspersoon niet is gebonden. De bevoegdheidskwestie speelt dan in binsel niet.

Weliswaar is denkbaar dat sprake is van wettelijk toegelaten beperkingen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder, maar daaromtrent is door het hof in het onderhavige geval niets vastgesteld (vgl. rov. 3.2).¹⁴

2.9.3. Voor het bij 2.9.2 geschetste probleem draagt Unisphere (s.t. nr. 19) een oplossing aan. Volgens Unisphere heeft het hof in rov. 3.8 aan de hand van de Kribbenbijter-maatstaf geoordeeld dat zij zich niet borg heeft gesteld en dat [eiseres] daarop ook niet mocht vertrouwen. De derde en vierde volzin van rov. 3.8 moeten volgens Unisphere zo worden begrepen, dat het hof oordeelde dat noch uit het handelen van [betrokkene 4], noch uit andere feiten en omstandigheden die voor risico van Unisphere komen, voor [eiseres] bleek dat [betrokkene 4] namens Unisphere een borgstelling wilde overeenkomen. In deze lezing heeft het hof dus alleen een oordeel gegeven over de vraag of ([eiseres] er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat) [betrokkene 4] heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van bestuurder van Unisphere. Het in rov. 3.8, derde volzin, bedoelde “toedoen”, zo begrijp ik, moet betrokken worden op de beantwoording van deze vraag.

Op zichzelf is dat denkbaar. Valk wijst erop dat de door art. 3:35 BW geboden vertrouwensbescherming moet zijn te herleiden tot verklaringen en gedragingen – “toedoen” dus – van de partij tegen wie dat vertrouwen wordt ingeroepen. In het kader van art. 3:35 BW zou, evenals in het kader van art. 3:61 lid 2 BW, een risicogedachte een rol kunnen spelen: ook zonder een verklaring of gedraging van A, zal B zich soms mogen beroepen op de schijn dat A een bepaalde verklaring heeft afgelegd, mits het vertrouwen van B is gegrond op feiten en omstandigheden die voor risico van A komen en waaruit naar verkeersopvattingen die schijn kan worden afgeleid.¹⁵

In het onderhavige geval lijken de feiten echter weinig aanknopingspunten te bieden voor het maken van het in de schriftelijke toelichting van

14 De situatie dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid berust op het zijn van bestuurder van een vennootschap en op volmacht – vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/396, sub b (slot); Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/329-330 – komt dan ook niet in beeld.

15 Zie W.L. Valk, in: J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, 2016, nr. 40 onder a.

Unisphere bedoelde onderscheid tussen het handelen van [betrokkene 4] en feiten en omstandigheden die voor risico van Unisphere komen. [betrokkene 4] voerde het telefoongesprek met [betrokkene 3] en verzond de e-mail van 1 oktober 2013 (al dan niet in hoedanigheid van bestuurder van Unisphere). De e-mail van [betrokkene 3] van 30 augustus 2013 en de verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 5], waarop het hof nog wijst in rov. 3.8, zijn niet te beschouwen als handelen van of toerekenbaar aan [betrokkene 4] en/of Unisphere.

2.9.4. Het eerder (bij 2.8) gesignaleerde probleem is wat mij betreft niet opgelost door uit te gaan van de mogelijkheid van een verschrijving in de bestreden rechtsoverweging.

2.10.1. Misschien speelt het gesignaleerde probleem alleen in theorie, maar niet in de praktijk.

2.10.2. In dit verband wijst Unisphere (s.t. nr. 24; vgl. dupliek nr. 6) op de door [eiseres] gestelde inhoud van het telefoongesprek (rov. 3.7); daaruit zou volgen dat het hof heeft geoordeeld dat [eiseres] stelde dat [betrokkene 4] zich persoonlijk borg had gesteld.

Een dergelijk oordeel zou de discussie inderdaad sluiten. Een dergelijk stellig oordeel heeft het hof in rov. 3.8, eerste volzin, echter niet gegeven. Het hof heeft voor het oordeel dat uit dit gesprek volgde dat Unisphere zich borg stelde een nadere toelichting noodzakelijk geacht, die volgens het hof echter ontbrak.

2.10.3. De subonderdelen 3.2.1 t/m 3.2.6 wijzen in dit verband op omstandigheden die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de vraag of [eiseres] er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat [betrokkene 4] handelde als bestuurder van Unisphere. Zij komen, samengevat, op het volgende neer. [betrokkene 4] was bestuurder van Unisphere en handelde in de context van de aandelentransactie met [betrokkene 1] (mede) namens koper Unisphere, hetgeen bekend was bij [eiseres] (zie de subonderdelen 3.2.1, 3.2.3 en 3.2.4). In verband met de verdere bijstand van BFFI na de overname hadden [betrokkene 4] en [eiseres] contact over de betaling van de declaraties voor de werkzaamheden van [eiseres] ten behoeve van BFFI. [betrokkene 3] refereerde aan een afspraak over betaling van declaraties voor BFFI door [betrokkene 1], waarop [betrokkene 4] reageerde; [betrokkene 4] gebruikte het mailadres [emailadres] (zie de subonderdelen 3.2.2, 3.2.4 en 3.2.6). Het hof heeft deze stellingen niet

alle kenbaar in zijn oordeel betrokken en voor zover het hof deze stellingen in rov. 3.8 heeft behandeld, is onduidelijk of het dat heeft gedaan in het licht van de Kribbenbijter-maatstaf.

2.10.4. Op zichzelf terecht voert Unisphere (s.t. nr. 2.4 e.v.) aan dat de weging van de in rov. 3.8 genoemde omstandigheden aan het hof is overgelaten en dat het hof ook niet uitdrukkelijk behoefte in te gaan op elke stelling die in feitelijke instanties is aangevoerd. Maar dat veronderstelt dat het hof deze weging heeft verricht in het licht van de juiste maatstaf.

2.11. Gezien het voorgaande, meen ik dat de *onderdelen 3.1 t/m 3.3* terecht erover klagen dat het hof hetzij de Kribbenbijter-maatstaf heeft miskend, hetzij zijn oordeel in het licht van de voor die maatstaf relevante stellingen onvoldoende heeft gemotiveerd.

2.12. Indien het hof ervan is uitgegaan dat [betrokkene 4] niet vertegenwoordigingsbevoegd was, dan klagen de *onderdelen 2.1 en 2.2* naar mijn mening terecht dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het hof wel is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting, klaagt *onderdeel 2.3* terecht dat zijn oordeel, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd in het licht van de vaststelling in rov. 3.2.

Ook in deze veronderstelling, faalt *onderdeel 2.4* echter. Het enkele gegeven dat [betrokkene 4] als bestuurder van Unisphere vertegenwoordigingsbevoegd was, brengt als zodanig niet mee dat hij in die hoedanigheid, en dus namens Unisphere, heeft gehandeld.¹⁶

2.13. De *subonderdelen 4.1 t/m 4.3* veronderstellen dat het hof in rov. 3.8, eerste twee volzinnen, heeft geoordeeld dat [eiseres] niet mocht vertrouwen op het bestaan van borgstellingsafspraken. Deze veronderstelling ziet (zie ook [eiseres] s.t. nrs. 4.8-4.9) in het bijzonder op de vraag of een afspraak borgstelling betrof dan wel een andere inhoud had. Daarover heeft het hof echter geen oordeel gegeven. De subonderdelen 4.1 t/m 4.3 moeten daarom bij gebrek aan feitelijke grondslag falen.¹⁷

16 Hierop wijst terecht Unisphere s.t. nr. 21.

17 Hierop wijst terecht Unisphere s.t. nr. 30.

2.14. *Onderdeel 5* klaagt dat het hof ongemotiveerd is voorbijgegaan aan het bewijsaanbod op (kennelijk) MvA p. 79, waarin [eiseres] bewijs heeft aangeboden door getuigenverklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 5] met betrekking tot de met [betrokkene 4] gemaakte afspraken en door hem gedane toezeggingen.

Nu de onderdelen 3.1 t/m 3.3 slagen, behoeft onderdeel 5 geen behandeling.

2.15. *Onderdeel 6* is gericht tegen rov. 3.9. Het onderdeel betoogt – verkort weergegeven – dat voor zover het hof met de slotsom dat de grieven 5-9 slagen heeft bedoeld een oordeel te willen geven over andere stellingen dan het hof in de samenvatting van de grieven in rov. 3.7 heeft weergegeven en in rov. 3.8 heeft beoordeeld, deze slotsom ontoereikend gemotiveerd is. Meer in het bijzonder zou dit gelden als het hof zou hebben willen oordelen dat (i) [eiseres] er feitelijk niet op vertrouwde dat Unisphere borg stond en de werkzaamheden is blijven verrichten terwijl zij zou hebben geweten dat Unisphere tot die borgstelling niet bereid was, en/of dat (ii) [eiseres] haar stelling dat zij daarmee niet was doorgestaan indien [betrokkene 4] [eiseres] zou hebben laten weten voor de betaling van die werkzaamheden niet in te staan, niet aannemelijk zou hebben gemaakt.¹⁸

Dit onderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag nu het hof de oordelen, waarop de klachten zien, niet heeft gegeven.¹⁹

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i) [eiseres] heeft sinds 2008 tot medio 2013 als Spaans advocatenkantoor juridische diensten verleend aan [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) en de aan hem gelieerde vennootschap [B]

B.V. De dienstverlening betrof met name drie in Spanje gevestigde sportscholen, handelend onder de naam “Basic Fit”, waarvan de exploitatie is overgebracht in BF Fitness Investments, S.L. (hierna: BFFI). Alle aandelen van BFFI worden gehouden door BF Fitness Enterprises Spain, S.L., waarvan [betrokkene 1] 75% van de aandelen hield.

ii) Begin 2013 kwam BFFI in financieel zwaar weer en een faillissement dreigde. De declaraties van [eiseres], van wie met name de advocaat [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]) de hiervoor onder (i) bedoelde juridische diensten verleende, bleven merendeels onbetaald. Medio 2013 is met [betrokkene 4] (hierna: [betrokkene 4]), (indirect) bestuurder/aandeelhouder van Unisphere en Unisphere Capital N.V., gesproken over overname van de aandelenpositie van [betrokkene 1]. Op 14 augustus 2013 heeft Unisphere het aandelenbelang van 75% van [betrokkene 1] overgenomen.

iii) Bij e-mail van 30 augustus 2013 heeft [betrokkene 3] aan [betrokkene 4] meegedeeld:

“Zoals besproken zullen de declaraties op naam worden gesteld van BF Fitness Investments S.L. en jij en je vennootschappen staan voor de betaling ervan in.”

(iv) [betrokkene 4] heeft aan [betrokkene 3] bij e-mail van 1 oktober 2013 het volgende bericht:

“Wij hebben destijds begrepen dat verkoper in zou staan voor alle rekeningen van [[eiseres]] tot aan transactiedatum. In onze berekeningen zijn wij daarom uitgegaan dat de kosten van [[eiseres]] na datum overdracht voor onze rekening zouden zijn.”

(v) Tussen 15 oktober 2013 en 8 juni 2015 heeft [eiseres] via e-mails en brieven aan [betrokkene 4] regelmatig opgave gedaan van de openstaande, nog te betalen bedragen vanwege door haar ten behoeve van BFFI verrichte werkzaamheden en gemaakte kosten na 14 augustus 2013. De betalingsachterstand loopt in de verstrekte overzichten in die periode op van € 25.337,77 exclusief btw in november 2013 tot € 125.100,79 inclusief btw in juni 2015.

3.2.1. [eiseres] vordert in dit geding hoofdelijke veroordeling van [betrokkene 4] en Unisphere tot betaling van een hoofdsom van € 125.100,79, te vermeerderen met rente en kosten. [eiseres] heeft aan de vordering ten grondslag gelegd dat [betrokkene 4] en Unisphere zich borg hebben gesteld voor haar onbetaald gebleven declaraties.

18 Zie p. 6-7 van de procesinleiding in cassatie.

19 Zo ook Unisphere s.t. nr. 34.

3.2.2. De rechtbank heeft de vorderingen van [eiseres] tegen [betrokkene 4] afgewezen en de vorderingen tegen Unisphere toegewezen.

3.2.3. Unisphere is in hoger beroep opgekomen tegen toewijzing van de vordering jegens haar. [eiseres] is niet opgekomen tegen de afwijzing van haar vordering jegens [betrokkene 4]. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van [eiseres] jegens Unisphere alsnog afgewezen.

Het hof heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen:

“3.7. Unisphere bestrijdt (...) dat zij zich jegens [eiseres] borg heeft gesteld voor nakoming van de betalingsverplichtingen jegens BFFI. Tussen partijen staat vast dat zij géén borgstellingsovereenkomst schriftelijk hebben vastgelegd. Volgens [eiseres] is de afspraak tot borgstelling van Unisphere mondeling gemaakt in een telefoongesprek dat op 30 augustus 2013 plaatsvond tussen [betrokkene 3] en [betrokkene 4]. Ter terechtzitting in hoger beroep heeft [betrokkene 3] namens [eiseres] desgevraagd over het telefoongesprek van 30 augustus 2013 het volgende verklaard: ‘Ik heb tegen [betrokkene 4] gezegd dat er een hoop werk aan gaat komen en dat als het faillissement van BFFI rond komt, ik niet van plan ben om mijn rekeningen naar een failliete vennootschap te sturen. Ik ga ervan uit dat jij mijn rekeningen zal betalen als BFFI dat niet doet. Toen zei [betrokkene 4] dat het in orde komt en ik mij geen zorgen moet maken.’

3.8. Naar het oordeel van het hof volgt uit (de inhoud van) het telefoongesprek van 30 augustus 2013, zoals dat naar voren komt uit de verklaring van [betrokkene 3], zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet dat ([betrokkene 4] als vertegenwoordiger van) Unisphere met [eiseres] borgstellingsafspraken heeft gemaakt.

Uit dit telefoongesprek, mede in aanmerking genomen de onder 3.3 en 3.4 genoemde e-mails [Hoge Raad: de hiervoor in 3.1 onder (iii) en (iv) vermelde e-mails van 30 augustus 2013 en 1 oktober 2013] en de verklaringen van [betrokkene 2] en Vermeeren (...) heeft [eiseres] ook niet het gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontlenu dat Unisphere borg stond voor BFFI. Immers, hieruit is niet concreet af te leiden dat dit vermeende vertrouwen is ontstaan door toedoen van Unisphere. Feiten en omstandigheden die voor risico van Unisphere komen en waaruit naar verkeers-

opvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid, zijn niet gesteld of gebleken.”

3.3.1. De onderdelen 2.1-2.3 van het middel klagen dat het hof in rov. 3.8 is uitgegaan van een verkeerde maatstaf, dan wel zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd. De onderdelen wijzen erop dat het hof in rov. 3.2 heeft vastgesteld dat [betrokkene 4] (indirect) bestuurder en aandeelhouder is van Unisphere en dat, gegeven die vaststelling, [betrokkene 4] op grond van art. 2:130 BW vertegenwoordigingsbevoegd is. Dan is niet relevant of door toedoen van Unisphere gerechtvaardigd vertrouwen is ontstaan dat Unisphere borg zou staan of dat blijkt van feiten en omstandigheden die voor haar rekening komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid, aldus de klachten.

3.3.2. De klachten slagen. Het hof heeft in rov. 3.8 van belang geacht of sprake is van een aan Unisphere toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het hof heeft echter in rov. 3.2 vastgesteld dat [betrokkene 4] (indirect) bestuurder en aandeelhouder is van Unisphere. Als zodanig is [betrokkene 4] op grond van art. 2:130 BW bevoegd Unisphere te vertegenwoordigen. Omrent eventuele beperkingen van deze vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft het hof niets vastgesteld. Tegen deze achtergrond geeft het oordeel van het hof, indien het ervan uit is gegaan dat [betrokkene 4] niet bevoegd was de vennootschap te vertegenwoordigen, blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd.

3.3.3. De onderdelen 3.1-3.3 houden in de kern in dat, indien het hof in rov. 3.8 (eerste volzin) heeft geoordeeld dat [betrokkene 4] bij het maken van de borgstellingsafspraken niet heeft gehandeld als bestuurder van Unisphere maar voor zichzelf, het hof heeft miskend dat het bij de beantwoording van de vraag of [betrokkene 4] handelde voor zichzelf of namens Unisphere, aankomt op hetgeen [betrokkene 4] en [betrokkene 3] daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en hebben mogen afleiden.

3.3.4. Ook deze klacht slaagt. Het antwoord op de vraag of [betrokkene 4] bij het maken van borgstellingsafspraken als vertegenwoordiger van Unisphere heeft gehandeld, is afhankelijk van hetgeen [betrokkene 4] en [betrokkene 3] daarom-

trent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden (HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1877 (Kribbebijter) en HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460 («JOR» 2015/26, m.nt. SCJJK (*Snippers q.q./Rabobank*); red.)). Indien het hof voor zijn oordeel dat [betrokkene 4] niet als vertegenwoordiger van Unisphere met [eiseres] borgstellingsafspraken heeft gemaakt, in rov. 3.8 mede van belang heeft geacht of bij [eiseres] een gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt door “feiten en omstandigheden die voor risico van Unisphere komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid”, heeft het hof hetzij de hiervoor genoemde maatstaf miskend, hetzij onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang.

3.3.5. Indien het hof niet is uitgegaan van de hiervoor in 3.3.2 en 3.3.4 onjuist of onvoldoende gemotiveerd bevonden oordelen, is onduidelijk op welke grond het hof de stellingen van [eiseres] verworpen heeft. In dat geval is zijn oordeel eveneens onvoldoende gemotiveerd.

3.4. Nu de klachten van de onderdelen 2.1-2.3 en 3 slagen, behoeven de overige klachten van het middel geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 15 augustus 2017;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Unisphere in de kosten van het geding in cassatie (...; red.).

NOOT

1. De feiten zijn als volgt. Een Spaans advocatenkantoor heeft juridische diensten verleend aan een Nederlandse onderneming (ondergebracht in een Nederlandse bv, welke diensten zagen op drie in Spanje gevestigde sportscholen, handelend onder de naam “Basic Fit” (ondergebracht in een Spaanse bv, afgekort genaamd BFFI). Wanneer BFFI begin 2013 in financieel zwaar weer verkeert, draagt de ondernemer zijn aandelenbelang in de vennootschap over aan een andere vennootschap, Unisphere Holdings NV (hierna: Unisphere). Tussen de (indirect)

bestuurder en aandeelhouder (hierna: de bestuurder) van Unisphere en (de behandelende advocaat van) het advocatenkantoor (hierna: het advocatenkantoor) wordt gecorrespondeerd over het instaan voor de betalingsverplichtingen van BFFI. Nadat de betalingsachterstand is opgelopen, vordert het advocatenkantoor betaling van Unisphere en de bestuurder. In de procedure gaat het om de vraag of de bestuurder en/of Unisphere zich borg hebben gesteld jegens het advocatenkantoor. De rechtbank heeft de vorderingen tegen de bestuurder afgewezen en de vorderingen tegen Unisphere toegewezen. Unisphere is in hoger beroep opgekomen tegen toewijzing van de vordering jegens haar. Het advocatenkantoor is niet opgekomen tegen de afwijzing van haar vordering jegens de bestuurder. Het hof heeft de vorderingen van het advocatenkantoor jegens Unisphere alsnog afgewezen.

2. Naar het oordeel van het hof volgt uit het tussen de bestuurder en het advocatenkantoor gevoerde telefoongesprek (zie r.o. 3.8) niet dat (de bestuurder als vertegenwoordiger van) Unisphere met het advocatenkantoor borgstellingsafspraken heeft gemaakt. Het hof oordeelt dat het advocatenkantoor uit dit telefoongesprek niet het gerechtvaardigd vertrouwen heeft kunnen ontlenen dat Unisphere borg stond voor BFFI. Volgens het hof is dat vertrouwen noch ontstaan door toedoen van Unisphere (art. 3:61 lid 2 BW), noch door feiten en omstandigheden die voor risico van Unisphere komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid, zoals bekend uit HR 19 februari 2010, «JOR» 2010/178 (*ING/Bera*), m.nt. Biemans.

3. De Hoge Raad geeft twee mogelijke lezingen van het arrest en vernietigt het arrest. Het hof oordeelt ten eerste dat het niet relevant is of door toedoen van Unisphere gerechtvaardigd vertrouwen is ontstaan dat Unisphere borg zou staan of dat blijkt van feiten en omstandigheden die voor haar rekening komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid, omdat het advocatenkantoor heeft gesproken met de bestuurder van Unisphere, die op grond van art. 2:130 BW bevoegd is om Unisphere te vertegenwoordigen. Het hof heeft over eventuele beperkingen van deze vertegenwoordigingsbevoegdheid niets vastgesteld. Indien

het hof aldus ervan is uitgegaan dat de bestuurder niet bevoegd was om Unisphere te vertegenwoordigen, geeft het oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd, aldus de Hoge Raad.

4. Indien het hof heeft geoordeeld dat de bestuurder bij het maken van de borgstellingsafspraken niet heeft gehandeld als bestuurder van Unisphere, maar voor zichzelf, heeft het hof miskend dat het bij de beantwoording van de vraag of de bestuurder handelde voor zichzelf of namens Unisphere, aankomt op hetgeen de bestuurder en het advocatenkantoor daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en hebben mogen afleiden. De Hoge Raad verwijst naar HR 11 maart 1977, NJ 1977/521 (*Kribbebijter, of Stolte/Schiphoff*) en HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, «JOR» 2015/26, m.nt. SCJJK (*Snippers q.q./Rabobank*). Door van het in het arrest ING/Bera gehanteerde criterium uit te gaan, heeft het hof hetzij de hiervoor genoemde maatstaf miskend, hetzij onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang, aldus de Hoge Raad, waarna (gedeeltelijke) cassatie en verwijzing volgt. Deze tweede route maakt duidelijk dat het niet onverstandig was geweest voor het advocatenkantoor om (destijds) incidenteel appel in te stellen tegen de afwijzing van haar vordering jegens de bestuurder, omdat het risico bestaat dat het hof na verwijzing oordeelt dat Unisphere niet aansprakelijk is, omdat de bestuurder voor zichzelf heeft gehandeld.

5. Voor wat betreft de vraag of de bestuurder heeft gehandeld voor zichzelf of als bestuurder van Unisphere, kan naast de hiervoor genoemde arresten Kribbebijter en Snippers q.q./Rabobank ook gewezen worden op het Spaanse-villa-arrest (HR 23 november 2012, «JOR» 2013/40, m.nt. Van Andel en Rutten), zoals later verduidelijkt in onder andere HR 5 september 2014, «JOR» 2014/296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air/Van der Meer*). In het arrest Hezemans Air/Van der Meer ging het namelijk ook om de vraag in welke hoedanigheid een bestuurder had gehandeld, in zijn persoonlijke hoedanigheid (pro se) of in zijn hoedanigheid van bestuurder (q.q.). Blijkens r.o. 3.4.3 van dat arrest dient die vraag te worden beantwoord aan de hand van hetgeen de betrokkenen – de bestuurder en de wederpartij – jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit el-

kaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden, waarbij de Hoge Raad eveneens naar het Kribbebijter-arrest verwijst. Uit deze rechtspraak volgde derhalve reeds dat het Kribbebijter-criterium ook van toepassing is op bestuurders van rechtspersonen.

J.W.A. Biemans,
hoogleraar Burgerlijk recht en Notarieel recht,
Universiteit Utrecht



Hoe AVG-proof bent u?

Doe de AVG Maturity check

Zou het niet handig zijn als u inzicht krijgt in waar in de organisatie de grootste risico's met betrekking tot de AVG zich voor kunnen doen? Met de AVG Maturity check doorloopt u stapsgewijs een vragenlijst. Aan de hand van de uitkomsten komt u per organisatieonderdeel te weten of er risico's zijn.

Doe de AVG Maturity check op sdu.nl/sdu-privacyrecht

Sdu

oprecht
de beste
keuze

NIEUW

SDU ARBEIDSRECHT

TWEE WEKEN
GRATIS

Als het om arbeidsrecht draait

Elk arbeidsrechtelijk thema beschreven en samengebracht op één overzichtelijke plek en vertaald naar praktische en actiegerichte tools, modellen, workflows en voorbeeldbrieven.

Je beschikt in één oogopslag over alle relevante informatie per thema, dankzij het unieke concept van de Practice Notes. Inclusief JAR, TAP en Sdu Commentaren.

Sdu Arbeidsrecht
Het nieuwe startpunt voor de arbeidsrechtpraktijk

Gratis uitproberen? www.sdu.nl/kennismaken

Sdu

oprecht
de beste
keuze



De PO Deal All Inclusive:

12 maanden onbeperkt cursussen volgen voor een vast bedrag!

**'Gemak,
kwaliteit en
flexibiliteit.'**

Van Uiter &
Quist Advocaten
Oosterhout

Voor iedere juridische professional is het volgen van opleidingen anders. Met de PO Deal kunt u 12 maanden onbeperkt cursussen volgen, zo maakt Sdu het voor u een stuk eenvoudiger én goedkoper! Genoeg redenen om eens te bekijken wat de PO Deal voor uw kantoor kan betekenen. Ruim 600 klanten gingen u al voor. De voordelen op een rij:

- **Overzichtelijk** Een vaste prijs van € 2.095 voor de periode van 12 maanden
- **Compleet** Ruim 350 cursussen per jaar, volg er zoveel als u wilt binnen uw rechtsgebied
- **Praktisch** Cursuslocaties zijn goed bereikbaar en beginnen vaak na de spits
- **Interactie** Onze cursussen met topsprekers worden door klanten gewaardeerd met een 8+
- **Flexibel** Komt er wat tussen? Geboekte cursussen mogen kosteloos worden geannuleerd
- **Eenvoudig** Met uw online account boekt u gemakkelijk cursussen

Nieuwsgierig? www.sdujuridischeopleidingen.nl

Sdu

oprecht
de beste
keuze

JOR wil graag zoveel mogelijk interessante uitspraken op de diverse rechtsgebieden die in dit tijdschrift aan de orde komen, publiceren. Indien u beschikt over uitspraken die naar uw oordeel (mogelijk) geschikt zijn voor publicatie in JOR, verzoekt de redactie u deze aan het redactiesecretariaat toe te sturen.

ISSN: 1384-2137
opmaat.sdu.nl

Abonnementen en administratie

'Jurisprudentie Onderneming & Recht' verschijnt 11 per jaar op papier. Voor actuele prijzen en abonnementsvormen verwijzen wij u naar www.sdu.nl of neem contact op met onze klantenservice. Naast toegang tot het digitale archief van 'Jurisprudentie Onderneming & Recht' op opmaat.sdu.nl krijgt u tevens toegang tot «JOR» via de Sdu Tijdschriften App (Stapp), te downloaden in de App store en via Google Play). Stapp is geschikt voor zowel iOS (Apple) als Android (Google).

Abonnementen kunnen worden opgegeven bij Sdu Klantenservice o.v.v. Jurisprudentie Onderneming & Recht; Postbus 20014 2500 EA Den Haag; tel: (070) 378 98 80 fax: (070) 378 97 83; e-mail: sdu@sdu.nl of via www.sdu.nl.

Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht. Uw persoonlijke gegevens worden door ons zorgvuldig behandeld en beveiligd. Wij werken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u op uw vakgebied van informatie te voorzien over gelijksoortige producten en diensten van Sdu Uitgevers bv. Voor het toesturen van informatie over (nieuwe) producten en diensten gebruiken wij uw e-mailadres alleen als u daarvoor toestemming heeft gegeven. Uw toestemming kunt u altijd intrekken door gebruik te maken van de afmeldlink in het toegezonden e-mailbericht. Als u in het geheel geen informatie wenst te ontvangen over producten en/of diensten, dan kunt u dit laten weten aan Sdu Klantenservice: informatie@sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

©Sdu Uitgevers 2019.
Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopieën, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan 'Jurisprudentie Onderneming & Recht' impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervaelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) 'Jurisprudentie Onderneming & Recht' in enige vorm.

Citeertitel:

«JOR» jaartal/volnummer, (bijvoorbeeld: «JOR» 2019/20)

Jurisprudentie Onderneming & Recht

Redactie

Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen

Mr. K. Frielink, advocaat, partner, BZSE Advocaten te Curaçao

Prof. mr. B.A. Schuijling, directeur Onderzoekcentrum Onderneming & Recht en hoogleraar burgerlijk recht, Radboud Universiteit Nijmegen

Prof. mr. C.W.M. Lieverse, advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam, hoogleraar financieel toezichtrecht Radboud Universiteit Nijmegen

Mr. A. Steneker, universitair hoofddocent burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen

Mr. dr. A.J. Tekstra, advocaat en fiscalist bij Blauw Tekstra Uding NV te Amsterdam

Mr. T. Salemink, universitair docent Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam

Prof. mr. G.J.C. Rensen, hoogleraar Ondernemingsrecht Universiteit Utrecht, kandidaat-notaris/PSL bij Allen & Overy LLP te Amsterdam

Redactieraad

Prof. mr. J.J. van Hees, advocaat, partner Resor NV te Amsterdam, hoogleraar financiering, zekerheden en insolventie Radboud Universiteit Nijmegen

Prof. mr. N.E.D. Faber, hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen, lid dagelijks bestuur Onderzoekcentrum Onderneming & Recht en senior counsel bij Clifford Chance LLP

Mr. A.F.J.A. Leijten, advocaat, partner Stibbe NV te Amsterdam
Prof. mr. C.D.J. Bulten, hoogleraar Ondernemingsrecht, Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen

Selecteurs

Mr. M.F. Backx, rechtbank Noord-Holland / Mw. mr. M. Bosman-Schouten, rechtbank Rotterdam / Mw. mr. I. Bouter, rechtbank Rotterdam (Dordrecht) / Mr. S.M. de Bruijn, Hoge Raad / Mr. J.M.J. Chorus, hof Amsterdam / Mr. J.K.J. van den Boom, rechtbank Midden-Nederland (Utrecht) / Mw. mr. R.A. Dudok van Heel, rechtbank Amsterdam / Mw. mr. M.E.L. Fikkers, hof Arnhem-Leeuwarden (Leeuwarden) / Mr. R. Giltay, rechtbank Noord-Nederland (Leeuwarden) / Mw. mr. A. Graefe, College van Beroep voor het bedrijfsleven / Mw. mr. P.M.A. de Groot-van Dijken, hof 's-Hertogenbosch / Mr. J.F. de Heer, rechtbank Rotterdam / Mw. mr. R. Hermans, Rb. Zeeland-West-Brabant (Breda) / Mw. mr. M. Sanna, rechtbank Noord-Nederland (Groningen) / Mr. J.M. van der Klooster, hof Den Haag / Mw. mr. A.N. de Kok, rechtbank Overijssel (Almeelo) / Mr. J.W.P. Manders, rechtbank Oost-Brabant ('s-Hertogenbosch) / Mr. S.J.J. Meulensteen, rechtbank Oost-Nederland (Arnhem) / Mw. mr. A. Smeeing-van Hees, hof Arnhem-Leeuwarden (Arnhem) / mw. mr. M.A. Sterk, hof Amsterdam (Ondernemingskamer) / Mw. mr. J.A.M. Strens-Meulemeester, rechtbank Oost-Nederland (Zutphen) / Mw. mr. I.R.A. Timmermans-Vermeer, rechtbank Limburg (Roermond) / Mr. R. Vogels, rechtbank Den Haag / Mw. mr. E.C.M. Wolfert, rechtbank Noord-Nederland (Assen) / Mr. G.W.G. Wijnands, rechtbank Oost-Nederland (Zwolle) / Mr. H.A. Witsiers, rechtbank Zeeland-West-Brabant (Middelburg)

Redactiesecretariaat

Mw. mr. M.H. van Saane-Reijnen
Mw. mr. M. van Hees-Zandbergen
OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen
Postbus 9049, 6500 KK Nijmegen
jor@jur.ru.nl

Uitgever

Sdu Uitgevers, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag

De digitale versie van JOR kan afwijkingen vertonen ten opzichte van de gedrukte versie als gevolg van latere correcties.