

Verkenning van de internationale bevoegdheid en het toepasselijk recht bij geschillen over de aansprakelijkheid van bestuurders

Ondernemingsrecht 2017/138

In samenhang met de arresten van het HvJ EU in de zaken *ÖFAB* en *OTP Bank* beantwoordt het arrest in de zaak *Holterman Ferho/Spies* de vraag welke gerechten onder de Brussel I-bis verordening bevoegd zijn bij geschillen over bestuurdersaansprakelijkheid. Als de bestuurder onder gezag van de vennootschap staat (c.q. werknemer is), is het gerecht van de woonplaats van de bestuurder exclusief bevoegd. In andere gevallen is het onderscheid tussen vrijwillig en niet vrijwillig aangegane verbintenissen cruciaal. Aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW vloeit voort uit een vrijwillig aangegane verbintenis tussen bestuurder en de vennootschap en dus uit een overeenkomst. Het gerecht van de plaats van uitvoering is bevoegd. Vorderingen tegen bestuurders die zijn gebaseerd op een wettelijke aansprakelijkheid jegens een derde vloeien voort uit een niet vrijwillig aangegane verbintenis. Zowel het gerecht van de plaats waar het onrechtmatig handelen plaatsvindt (*Handlungsort*) als de plaats waar de schade rechtstreeks is geleden (*Erfolgsort*) zijn bevoegd. De verwijzingsregels voor het toepasselijk recht zijn opgenomen in Boek 10 BW. Titel 8 regelt dat de typisch vennootschapsrechtelijke onderwerpen door het incorporatierecht worden beheerst. Hieronder is in ieder geval begrepen de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap. Ook de bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatig handelen bij de taakvervulling als bestuurder zowel jegens aandeelhouders (*NOM/Willemsen*) als vennootschapscrediteuren (*Ontvanger/Roelofsen*) wordt beheerst door het incorporatierecht. In *Spaanse Villa*-gevallen waarbij het handelen geen verband houdt met de bestuurlijke taakvervulling wordt de aansprakelijkheid beheerst door het recht dat op de onrechtmatige daad van toepassing is. Op grond van art. 4 lid 1 Rome II-verordening is dit het recht van het land waar de schade zich voordoet.

1. Inleiding

Met de arresten in de zaken *ÖFAB/Koot*² en *OTP Bank/Hochtief*³ uit 2013 en het op 10 september 2015 gewezen

1 Tomas Arons is hoogleraar Financieel Recht en Collectief Verhaalsrecht aan de Universiteit Utrecht, tevens is hij als juridisch adviseur verbonden aan de Vereniging van Effectenbezitters.
2 HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-147/12 (*ÖFAB (Östergötlands Fastigheter AB)/Frank Koot, Evergreen Investments BV*), ECLI:EU:C:2013:490, *Ondernemingsrecht* 2013/11, m.nt. T.M.C. Arons, *JOR* 2013/303, m.nt. A. Knigge en M. Zilinsky.
3 HvJ EU 17 oktober 2013, zaak C-519/12, ECLI:EU:C:2013:674 (*OTP Bank Nyilvánosán Működő Részvénytársaság/Hochtief Solution AG*).

arrest in de zaak *Holterman Ferho/Spies*⁴ heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) de vraag beantwoord welke gerechten onder het regime van de Brussel I verordening⁵ en de Brussel I-bis verordening⁶ bevoegd zijn kennis te nemen van geschillen waarbij de aansprakelijkheid van de bestuurder van een vennootschap in het geding is.⁷ Het gaat dan om vorderingen die tegen de bestuurder zijn ingesteld door de vennootschap of door derden.

Hierna wordt behandeld voor welke bevoegde gerechten in de Europese Unie (hierna: EU) bestuurders kunnen worden gedaagd ter zake van hun aansprakelijkheid.⁸ Het gaat hierbij om de interne aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap, de externe aansprakelijkheid van bestuurders jegens zowel vennootschapscrediteuren (*Ontvanger/Roelofsen*-situaties⁹) als aandeelhouders (*NOM/Willemsen*-situaties¹⁰) en de aansprakelijkheid van bestuurders jegens vennootschapscrediteuren. Ik neem hierbij steeds als uitgangspunt een vordering naar Nederlands recht. In het tweede gedeelte bespreek ik het toepasselijk recht op deze vorderingen zoals dit volgt uit Boek 10 BW.

4 HvJ EU 10 september 2014, zaak C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, *JAR* 2015/261, m.nt. F.G. Laagland; *JOR* 2015/288, m.nt. C.G. van der Plas; *JBPR* 2015/55, m.nt. R.B. van Hees; *IPRax* 2016, p. 115, m.nt. P. Kindler (*Holterman Ferho Exploitatie BV e.a./Spies*); HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:133 (*Holterman Ferho Exploitatie BV e.a./Spies*).
5 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [2001] *PbEG* L12/1 e.v.
6 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, [2012] *PbEU* L 351/1 e.v.
7 Omdat behalve de nummering de kernbepalingen waaraan in dit artikel wordt gerefereerd niet inhoudelijk zijn gewijzigd, verwijs ik hierna nog slechts naar de Brussel I-bis verordening.
8 Voor de volledigheid behandel ik ook de aansprakelijkheid van aandeelhouder indien hierop een wettelijke regeling van toepassing is.
9 Dit betreft dus vorderingen jegens de bestuurder vanwege aangaan en niet-nakoming van contractuele verplichtingen van de vennootschap (en geen verhaal bieden van de vennootschap) en vanwege een onrechtmatige daad van de vennootschap wegens schending wettelijke verplichting, die is bewerkstelligd/toegelaten door de bestuurder terwijl schade voor de gelaedeerde voorzienbaar was. Zie: HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *Ondernemingsrecht* 2007/36, m.nt. J.B. Wezeman (*Ontvanger/Roelofsen*).
10 Dit betreft vorderingen van een aandeelhouder jegens een bestuurder voor niet-nakoming van statutaire verplichting die beogen de (individuele) aandeelhouder te beschermen. Zie: HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ* 2009, 21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders, *JOR* 2008/260, m.nt. Y. Borrius (*NOM/Willemsen*). Het kan ook gaan om schending van wettelijke verplichting (in *Fortis*-zaak: art. 5:58 Wft) die ook een relatieve werking hebben ten opzichte van de (individuele) aandeelhouder. Zie: Rb. Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3753, *JOR* 2012/243, m.nt. J.H.M. Willems; *Ondernemingsrecht* 2012/51, m.nt. B.J. de Jong; AA20120744, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; *NTBR* 2012/37, m.nt. T.M.C. Arons (*Kortekaas c.s./Votron c.s.*).

In mijn bespreking houd ik de volgende indeling aan. Na de inleiding worden in paragraaf 2 kort de contouren van het internationaal privaatrecht met betrekking tot vennootschappen, bestuurders en aandeelhouders uiteengezet. Vervolgens wordt in paragraaf 3 een overzicht gegeven welk gerecht op basis van de Brussel I-bis verordening, zoals uitgelegd door het HvJ EU, bevoegd is kennis te nemen van geschillen over bestuurdersaansprakelijkheid. In paragraaf 4 geef ik een overzicht van de verwijzingsregel voor het toepasselijke recht die de bevoegde Nederlandse rechter op basis van Boek 10 BW in dat soort gevallen in acht moet nemen. Tot slot volgen een samenvatting en enkele afsluitende opmerkingen.

2. Contouren van de internationaal privaatrechtelijke regeling van vennootschappen, bestuurders en aandeelhouders

Voor het rechtspersonen- en vennootschapsrecht¹¹ kan ten aanzien van de Brussel I-bis verordening het volgende worden gesteld. Het gerecht van de plaats van vestiging – indien dit een lidstaat van de EU betreft – is exclusief bevoegd ten aanzien van geschillen over de onderwerpen die ten nauwste verbonden zijn met het bestaan, einde en interne inrichting en besluitvorming van de vennootschap.¹² Dit betreft de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van de vennootschap alsook de besluiten van haar organen. Art. 24 lid 2 Brussel I-bis verordening is slechts van toepassing bij geschillen betreffende de intern werkende besluiten.¹³ Naar Nederlands recht gaat het dan om de nietigheid (art. 2:14 BW) dan wel vernietigbaarheid (art. 2:15 BW) van besluiten en de interne gevolgen hiervan voor de vennootschap.¹⁴

De kwestie door welk recht de vennootschap en de rechtsverhouding tussen haar en de bij haar (intern) betrokkenen worden beheerd, is geen onderwerp van Europese regelgeving. In de Brussel I-bis verordening is voorgeschreven dat bij het vaststellen van de plaats van vestiging (aanknopingsfactor) de rechter het voor hem geldende internationaal privaatrecht toepast.¹⁵ De reden hiervoor is dat de Europese wetgever na decennialange discussie over de vestigings-

plaats van de vennootschap ervoor heeft gekozen geen voorkeur uit te spreken voor toepassing van de incorporatieleer of de leer van de werkelijke zetel.¹⁶

Ten aanzien van de externe verbintenissen van de vennootschap – ook daar waar het de bij de vennootschap betrokken personen als bestuurders en aandeelhouders betreft – moet de bevoegde rechter volgens het HvJ EU worden bepaald aan de hand van het criterium: vrijwillig of niet vrijwillig aangegane verbintenis.¹⁷ De vennootschap kan in alle gevallen worden opgeroepen voor het gerecht van haar woonplaats. Omdat de Europese wetgever niet kiest voor de incorporatieleer of de leer van de werkelijke zetel, is in de Brussel I-bis verordening ter bescherming van de vennootschapscrediteuren voorgeschreven dat de woonplaats autonoom moet worden bepaald. Dit om de gemeenschappelijke regels doorzichtiger te maken en jurisdictiegeschillen te voorkomen.¹⁸ Vennootschappen en rechtspersonen hebben de volgende alternatieve “woonplaatsen”, namelijk de plaats van: a. hun statutaire zetel; b. hun hoofdbestuur; en c. hun hoofdvestiging.¹⁹ Zij kunnen voor de fora van ieder van deze woonplaatsen worden gedaagd.²⁰

De bestuurders kunnen voor geschillen over hun aansprakelijkheid binnen vennootschapsverband worden gedaagd voor het gerecht van hun woonplaats door zowel de vennootschap als een vennootschapscrediteur.²¹ Als alternatief kunnen zowel de vennootschap als de vennootschapscrediteur de bestuurder dagen voor het

11 In het vervolg beperk ik mij tot vennootschappen, tenzij in de gebruikelijke terminologie het begrip ‘rechtspersoon’ onontbeerlijk is.
 12 Art. 24 lid 2 eerste zin Brussel I bis-Vo.
 13 HvJ EU 2 oktober 2008, zaak C-372/07, ECLI:EU:C:2008:534 (*Hassett/Doherty*). Een vordering waarbij een partij betoogt dat een door een vennootschapsorgaan genomen besluit de rechten heeft geschonden die deze partij aan de statuten van die vennootschap stelt te ontleen, heeft geen betrekking op de geldigheid van de besluiten van de organen van een vennootschap in de zin van art. 22 lid 2 Brussel I-Vo/art. 24 lid 2 Brussel I bis-Vo.
 14 Zie: M.E. Koppenol-Laforce & M. Zilinsky, ‘De grenzen van art. 22 sub 2 EEX-Vo in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie’, in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce & M. Zilinsky (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. dr. P. Vlas ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum als Hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Rechtsvergelijking aan de Vrije Universiteit Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2012, p. 123-133; p. 128-129; p. 133.
 15 Art. 24 lid 2 tweede zin Brussel I bis-Vo.

16 Op 2 februari 2012 heeft het Europees Parlement per resolutie de Europese Commissie verzocht met een Richtlijnvoorstel inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van zetels van vennootschappen (14^e Vennootschapsrichtlijn) te komen. (P7_TA(2012)0019, 2013/C 239 E/03). Volgens de eerste aanbeveling in deze resolutie moet de beoogde 14^e vennootschapsrichtlijn een passende oplossing bieden voor de kwestie van de scheiding tussen de statutaire zetel en de bestuurszetel van een vennootschap. Zoals belooft in haar ‘Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzame ondernemingen’ van december 2012 (COM/2012/0740 final) heeft de Europese Commissie marktpartijen over een 14^e Vennootschapsrichtlijn geconsulteerd. Zie de Summary of Responses to the Public Consultation on Cross-border transfers of registered offices of companies, September 2013. Hieruit blijkt sterke steun voor een richtlijnvoorstel. Zie, Inception Impact Assessment, EU Company law upgraded: rules on digital solutions and efficient cross-border operations, Ref. Ares(2017)2377472 – 10/05/2017.
 17 HvJ EU 10 september 2014, zaak C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574 (*Holterman Ferho/Spies*), r.o. 52. Dit criterium van vrijwilligheid bepaalt of het een verbintenis uit overeenkomst of een uit onrechtmatige daad betreft. Hierna gebruik is steeds vrijwillig en niet vrijwillig aangegane verbintenis.
 18 Overweging 15 van de considerans bij de Brussel I-bis verordening.
 19 Art. 63 Brussel I bis-Vo. Voor Cyprus, Ierland en het Verenigd Koninkrijk geldt het volgende: het “registered office” is de statutaire zetel of, indien dat nergens bestaat, de “place of incorporation” (plaats van oprichting) of, indien die nergens bestaat, de plaats krachtens het recht waarvan de “formation” (vorming) is geschied. Zie art. 63 lid 2 Brussel I bis-Vo.
 20 Art. 4 Brussel I bis-Vo.
 21 Hierbij verdient aantekening dat het wel moet gaan om bestuurders en aandeelhouders die hun woonplaats in de Europese Unie hebben. Voor een overzicht van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter op grond van art. 1-14 Rv tegen bestuurders die buiten de EU woonachtig zijn: J. van Bekkum & R.B. van Hees, ‘De internationaal bevoegde rechter bij aansprakelijkheid van in het buitenland wonende bestuurders en commissarissen’, TOP 2014/307.

gerecht van de plaats waar de vrijwillig aangegane verbintenis die aan de aansprakelijkheid ten grondslag ligt, moet worden uitgevoerd respectievelijk de plaats waar het schadetoebrengende feit zich heeft voorgedaan. Dit geldt echter niet voor de vennootschap als eiseres indien sprake is van een gezagsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap: in dat geval is de rechter van de woonplaats van de bestuurder-werknemer exclusief bevoegd.

Deze plaats waar het schadetoebrengende feit zich heeft voorgedaan, kan sinds het befaamde *Bier/Mines de Potasse d'Alsace*-arrest uit 1976 in daartoe geëigende gevallen worden opgesplitst in een plaats van onrechtmatig gedrag (*Handlungsort*) en een plaats waar de rechtstreeks geleden schade is ingetreden (*Erfolgsort*).²² Gerechten van beide plaatsen zijn bevoegd onder de Brussel I-bis verordening. In paragraaf 3 ga ik hier uitvoeriger op in.

3. Bevoegde rechten onder het regime van de Brussel I-bis verordening

3.1 *Holterman Ferho/Spies*

Zoals in de vorige paragraaf al kort aan bod is gekomen, kunnen bestuurders niet alleen voor hun woonplaats worden opgeroepen. Bestuurders die geen werknemer zijn, kunnen door de vennootschap worden gedaagd voor een alternatief forum. De vennootschapscrediteur kan een bestuurder, ongeacht zijn eventuele status als werknemer, dagen voor het forum van de plaats van onrechtmatig gedrag dan wel van de plaats waar de door de vennootschapscrediteur geleden schade rechtstreeks is ingetreden. Bij vrijwillig aangegane verbintenissen is dit op grond van art. 7 lid 1 EEX-Vo de plaats waar de verbintenis moet worden uitgevoerd – of specifieker – de dienst worden verstrekt. Bij niet vrijwillig aangegane verbintenissen is dit de plaats waar de onrechtmatige gedraging heeft plaatsgevonden of de plaats waar de rechtstreeks geleden schade is ingetreden.

Bij aansprakelijkheidsvorderingen van de vennootschap jegens haar (voormalige) bestuurder is het lange tijd onzeker geweest of hieraan een verbintenis uit overeenkomst dan wel een verbintenis uit onrechtmatige daad ten grondslag ligt. Deze begrippen moeten autonoom worden uitgelegd.²³ Het feit dat naar Nederlands recht de vordering gebaseerd op art. 2:9 BW wordt aangemerkt als een wettelijke bevestiging en uitwerking van de overeenkomst tussen de ven-

nootschap en de bestuurder, is niet doorslaggevend.²⁴ Het HvJ EU ziet als kenmerkend onderscheid de vrijwilligheid van de aangegane verbintenis.

In *Holterman Ferho* brengt het HvJ EU voor de internationale bevoegdheid van de rechter bij bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen het volgende onderscheid aan: I. bestuurder-werknemer schendt vennootschapsrechtelijke verplichting; II. bestuurder-niet-werknemer schendt vennootschapsrechtelijke verplichting; III. bestuurder schendt andere, niet-vennootschapsrechtelijke verplichting. Ad. (I): indien de bestuurder gedurende bepaalde tijd voor en onder het gezag van de vennootschap prestaties heeft verricht tegen beloning, is alleen het gerecht van de woonplaats van de bestuurder-werknemer bevoegd.²⁵ Ad. (II): de vrijwillig aangegane verbintenis (“verbintenis uit overeenkomst”) geldt als grondslag. Het onderwerp van deze overeenkomst is het verstrekken van een dienst.²⁶ Het gerecht van de plaats van uitvoering van de bestuurstaak is bevoegd. De plaats van uitvoering wordt aangewezen door partijen in de statuten of enig ander document (zoals een managementovereenkomst). Is dit nergens aangegeven, dan is maatgevend de plaats waar de werkzaamheden overwegend zijn uitgevoerd. Ad. (III): een geschil over schending van een niet-vennootschapsrechtelijke verplichting door een bestuurder moet worden aangebracht bij het gerecht van de plaats van onrechtmatig gedrag of bij het gerecht van de plaats waar de geleden schade rechtstreeks is ingetreden.²⁷ Het HvJ EU geeft in de *Holterman Ferho*-zaak verder geen aanwijzingen hoe het *Handlungsort* of het *Erfolgsort* moet worden vastgesteld. Het Hof heeft dat in zijn arrest uit 2013 in de *ÖFAB/Koot*-zaak wel gedaan. Hierop wordt in paragraaf 3.4 uitgebreid ingegaan.

3.2 *Bestuurder = werknemer?*

Uit het *Holterman Ferho*-arrest leid ik het volgende af ten aanzien van het bevoegde gerecht waar het geschillen over de taakvervulling van de bestuurder-werknemer betreft. Volgens vaste rechtspraak is sprake van een arbeidsover-

24 Zie: *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/445. HvJ EU 13 maart 2014, zaak C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, IPRax 2016, p. 111, m.nt. T. Pfeiffer (*Brogasser/Fabrication de Montres*), r.o. 29: civielrechtelijke aansprakelijkheidsvorderingen die naar nationaal recht vorderingen uit onrechtmatige daad zijn, moeten niettemin worden geacht voort te vloeien uit “verbintenissen uit overeenkomst” in de zin van artikel 7 lid 1 EEX-Vo, indien de verweten gedraging kan worden beschouwd als niet-nakoming van de contractuele verbintenissen zoals deze kunnen worden bepaald aan de hand van het voorwerp van de overeenkomst. Zie ook: HvJ EU 14 juli 2016, zaak C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559 (*Granarolo SpA/Ambrosi Emmi France SA*), r.o.21. In die laatste zaak werd beoordeeld dat aansprakelijkheidsvorderingen ten aanzien van abrupte verbreking van handelsbetrekkingen geen verbintenis uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 7 lid 2 EEX-Vo betreft indien tussen partijen een stilzwijgende contractuele verhouding bestaat. Hetgeen kan worden aangetoond aan de hand van een aantal onderling samenhangende factoren, waarbij met name sprake kan zijn van jarenlange handelsbetrekkingen, de goede trouw tussen partijen, de regelmatigheid van transacties en hun ontwikkeling in de loop van de tijd in termen van hoeveelheid en waarde, de mogelijke afspraken over de in rekening gebrachte prijzen en/of de verleende kortingen, en de gevoerde correspondentie. Zie: r.o. 28.

25 Afdeling 5 van hoofdstuk II van de Brussel I bis-Vo wijst het exclusieve forum aan.

26 Art. 7 sub 1 sub b tweede gedachtestreepje Brussel I bis-Vo.

27 Art. 7 sub 2 Brussel I bis-Vo.

22 HvJ EG 30 november 1976, zaak C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166 (*Bier/Mines de Potasse d'Alsace*).

23 HvJ EU 13 maart 2014, zaak C-548/12.

eenkomst in de zin van de EEX-Vo, indien sprake is van een duurzame band waardoor de werknemer een bepaalde plaats in de onderneming van de werkgever krijgt. De werknemer verricht voor bepaalde tijd, onder het gezag van de werkgever prestaties in ruil voor loon.²⁸

Voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst moet sprake zijn van een gezagsrelatie. Wanneer staat een bestuurder onder gezag van de vennootschap?²⁹ Naast de inhoud van de (arbeids)overeenkomst zijn ook de bevoegdheden van de diverse vennootschapsorganen krachtens het vennootschapsrecht bij deze beoordeling van belang. Enerzijds heeft de bestuurder – naar Nederlands recht – een ruime mate van autonomie om beleid te voeren.³⁰ Ook is hij in beginsel bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.³¹ Anderzijds staat de bestuurder onder het ultieme gezag van de vennootschap. Hij kan immers te allen tijde worden ontslagen door de algemene vergadering (hierna: AV).³² Ontslag als bestuurder door de algemene vergadering brengt in beginsel tevens het einde van de arbeidsovereenkomst tussen hem en de vennootschap met zich.³³ Deze gezagsrelatie wordt – volgens het HvJ EU – weer teniet gedaan als de bestuurder in hoedanigheid van aandeelhouder de wil van het bestuur kan beïnvloeden, zodat er geen daadwerkelijk gezag van de vennootschap buiten de bestuurder in al zijn hoedanigheden om, bestaat.³⁴ Indien, volgens het HvJ EU, het vermogen van de aandeelhouder-bestuurder om de AV te beïnvloeden niet gering was, ontbreekt de ondergeschiktheidsband.³⁵ Ingeval wel sprake is van een gezagsrelatie, moeten geschillen over het functioneren van de bestuurder, ongeacht de vennootschapsrechtelijke grondslag (art. 2:9 BW), voor het gerecht van de woonplaats van de bestuurder worden gevoerd.³⁶

3.3 *Verplichtingen van bestuurders die voortvloeien uit een vrijwillig aangegane verbintenis*

Indien de bestuurder niet tevens werknemer is, moet worden bepaald of de aansprakelijkstelling is gebaseerd op een vrijwillig of niet vrijwillig aangegane verbintenis. Een ge-

schil met een bestuurder over de niet-nakoming van zijn verplichting tot behoorlijke taakvervulling is voor wat betreft de internationale bevoegdheid op grond van de Brussel I-bis verordening een vrijwillig aangegane verbintenis. Meer in het bijzonder een “overeenkomst van dienstverlening”.³⁷

Bij niet behoorlijke taakvervulling is de bestuurder die geen werknemer is op grond van art. 6:74 BW schadeplichtig jegens de vennootschap.³⁸ De rechtsgevolgen van een overeenkomst zijn niet beperkt tot de contractuele bepalingen.³⁹ Ook de dwingendrechtelijke vennootschapsrechtbepaling dat een bestuurder zijn taak behoorlijk moet uitvoeren (art. 2:9 lid 1 BW), is onderdeel van de overeenkomst.⁴⁰ Bij onbehoorlijk bestuur is hij aansprakelijk (art. 2:9 lid 2 BW).

Andere wettelijk voorgeschreven bepalingen op grond waarvan de bestuurder (hoofdelijk) aansprakelijk is jegens de vennootschap vloeien ook voort uit de vrijwillig met de vennootschap aangegane verbintenis. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de besloten vennootschap voor het tekort dat door een vermogensuitkering (dividend of kapitaal) is ontstaan, indien na de uitkering de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (art. 2:216 lid 3 eerste zin BW). Deze laatste zinsnede betekent niet dat faillissement of surséance een toepassingsvoorwaarde voor bestuurdersaansprakelijkheid is.⁴¹ Geschillen hierover bij een niet failliete vennootschap moeten dan ook worden gevoerd bij het gerecht van de plaats van uitvoering van de overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap. De bestuurstaak zal in de regel bij de vestigingsplaats van de vennootschap worden uitgevoerd.

3.4 *Verplichtingen van bestuurders die voortvloeien uit een niet vrijwillig aangegane verbintenis*

Volgens het HvJ EU kunnen andere rechten dan die van de woonplaats van de bestuurder hun internationale bevoegdheid bij geschillen over externe bestuurdersaansprakelijkheid alleen ontlenen aan art. 7 lid 2 EEX-Vo. De eiser heeft dan de keus zijn aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurder in te stellen bij het gerecht van het *Handlungsort* of dat van het *Erfolgsort*.

Externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van bestuurdersverplichtingen is gegrond op een niet vrijwillig

28 HvJ EU 10 september 2015, zaak C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574 (*Ferho/Spies*), r.o. 39; 45. Verwijzend naar: HvJ EU 15 januari 1987, zaak C-266/85, ECLI:EU:C:1987:11 (*Shenavai/Kreischer*), r.o. 16.
 29 Zie over de duiding naar Nederlands recht uitgebreid: L.G. Verburg, *De bestuurder van de NV of BV*, Den Haag: Bju 2015, hfdst 3.
 30 *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/413 en 414.
 31 Art. 2:130/2:240 lid 2 BW.
 32 Art. 2:134 lid 1/2:244 lid 1 BW. Weliswaar geldt deze ontslagbevoegdheid ook voor bestuurders die geen werknemer zijn, maar is in dit verband een relevante omstandigheid bij de vaststelling van een eventuele arbeidsrechtelijke gezagsrelatie tussen bestuurder en vennootschap.
 33 HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2032, *Ondernemingsrecht* 2005/115, m.nt. F.B.J. Grapperhaus; *JOR* 2005/145, m.nt. P.A.M. Witteveen; *JAR* 2005/117, m.nt. R.M. Beltzer & E. Verhulp (*Eggenhuizen/Unidek*).
 34 Dit zou het geval kunnen zijn als de aandeelhouder-bestuurder een belangrijke stem heeft in de algemene vergadering en de algemene vergadering bevoegd is bindende instructies aan het bestuur te geven op grond van art. 2:239 lid 4 BW. Vgl. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:133 (*Holterman Ferho Exploitatie BV e.a./Spies*), r.o. 3.5: Spies had 15%-aandelenbelang (dus geen doorslaggevende stem, en in zijn arbeidsovereenkomst was expliciet opgenomen dat hij zich als bestuurder dient te richten naar de schriftelijke aanwijzingen van de algemene vergadering).
 35 *Holterman-Ferho*-arrest, r.o. 47.
 36 Zie: art. 22 lid 1 Brussel I bis-Vo.

37 Art. 7 lid 1 sub b tweede gedachtestreepje Brussel I bis-Vo..
 38 Bij een bestuurder-werknemer prevaleert de regeling van art. 7:661 BW. Alleen indien de werknemer opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld en aldus de vennootschap schade heeft berokkend, is hij jegens de vennootschap aansprakelijk.
 39 Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van de redelijkheid en billijkheid voortvloeien (art. 6:248 lid 1 BW).
 40 Ook zonder art. 2:9 BW zou uit de aard van de overeenkomst voortvloeien dat de bestuurder zijn taak naar behoren dient te vervullen. Zie: *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/445.
 41 Rb. Gelderland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1758, *JOR* 2016/187, m.nt. B. Bier, r.o. 4.7 laatste alinea.

Internationale bevoegdheid

	Grondslag	Br. I bis-Vo
Interne bestuurders-aansprakelijkheid (bestuurder=werknemer)	art. 2:9 BW	art. 22 Br. I bis-Vo
	art. 2:216 lid 3 BW	art. 22 Br. I bis-Vo
Interne bestuurders-aansprakelijkheid	art. 2:9 BW	art. 7 onder 1 onder b Br. I bis-Vo
	art. 2:216 lid 3 BW	art. 7 onder 1 onder b Br. I bis-Vo
Externe bestuurders-aansprakelijkheid	art. 6:162 BW jo. art. 2:9 BW (<i>NOM/Willemsen</i>)	art. 7 onder 2 Br. I bis-Vo
	art. 6:162 BW (<i>Ontvanger/Roelofsen</i>)	art. 7 onder 2 Br. I bis-Vo
	art. 2:139/249 BW	art. 7 onder 2 Br. I bis-Vo
	art. 2:69/180 lid 2 BW	art. 7 onder 2 Br. I bis-Vo
	art. 2:93/203 lid 2 BW	art. 7 onder 2 Br. I bis-Vo

aangegane verbintenis met de vennootschapscrediteur⁴² of de aandeelhouder. De bestuurder wordt in die gevallen onbehoorlijke taakvervulling verweten. De verplichting tot behoorlijke taakvervulling geldt alleen jegens de vennootschap als een vrijwillig aangegane verbintenis. De (wettelijke) aansprakelijkheid jegens de derden is weliswaar een gevolg van de vrijwillig met de vennootschap aangegane verbintenis, maar de verbintenis met de derde is niet vrijwillig aangegaan.⁴³ Aldus het HvJ EU in zijn arrest van 18 juli 2013 in de zaak *ÖFAB/Koot*. In die zaak ging het om een vennootschapscrediteur die een bestuurder en een (groot)aandeelhouder hoofdelijk aansprakelijk stelde voor de vennootschapschulden wegens schending van een wettelijke plicht tot het houden van toezicht op de financiële situatie van de vennootschap en de kapitalisatie van het vennootschapsvermogen.

De aansprakelijkheid van een bestuurder van een bestuurder-rechtspersoon (art. 2:11 BW) is ook een niet vrijwillig aangegane verbintenis. Het betreft een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van de wet die voortvloeit uit zijn kwaliteit als bestuurder van een bestuurder-rechtspersoon. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid geldt voor alle vorderingen uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid jegens de bestuurder-rechtspersoon, te weten ex art. 2:9, 2:139/2:249, art. 2:69/2:180 en art. 2:216 BW.⁴⁴ Bij

arrest van 17 februari 2017 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze aansprakelijkheidsdoorbraak ex art. 2:11 BW ook van toepassing is bij vorderingen jegens de bestuurder-rechtspersoon op grond van art. 6:162 BW.⁴⁵

In het schema 'Internationale bevoegdheid' geef ik per grondslag weer op grond van welke bepaling in de Brussel I-bis verordening (Br. I bis-Vo) het gerecht internationaal bevoegd is kennis te nemen van de aansprakelijkheidsvordering jegens bestuurder.

3.5 *Plaats van uitvoering van de overeenkomst en plaats waar het schadeveroorzakende feit zich heeft voorgedaan*

Voor de vraag naar de plaats van uitvoering van de door de bestuurder vrijwillig jegens de vennootschap aangegane verbintenis geldt het volgende. Ter bepaling van de plaats waar de "bestuurs"dienst moet worden uitgevoerd, oordeelt het HvJ EU in de *Holterman Ferho*-zaak als volgt. Allereerst zijn de statuten of enig andere documentatie (managementovereenkomst) waaruit de partijwil blijkt, bepalend. Bij ontstentenis is de plaats waar de bestuurder daadwerkelijk overwegend zijn werkzaamheden heeft uitgevoerd, bepalend. Dit moet het gerecht vaststellen op basis van gegevens over de op de plaats van daadwerkelijke uitvoering van bestuurswerkzaamheden doorgebrachte tijd en het belang van de werkzaamheden voor de vennootschap.⁴⁶

Bij externe bestuurdersaansprakelijkheid geldt als aanknopingsfactor de plaats waar het schadeveroorzakende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen. De vennootschapscrediteur of de aandeelhouder kan de bestuurder dagen voor het gerecht van de plaats waar de schade is ingetreden

42 Vgl. bestuurdersaansprakelijkheid jegens vennootschapscrediteuren: *Beklamel*-aansprakelijkheid; *Ontvanger/Roelofsen*-aansprakelijkheid; bestuurdersaansprakelijkheid jegens aandeelhouders: *NOM/Willemsen*-aansprakelijkheid. Dit onrechtmatig handelen van de bestuurder ten opzichte van derden vindt haar grondslag in het handelen van de bestuurder namens de vennootschap die geen verhaal biedt, het bewerkstelligen door de bestuurder van niet-nakoming van haar wettelijke of contractuele verplichtingen, maar ook in de aansprakelijkheid voor misleidende cijfers. Zie respectievelijk: *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/469 en 2009/470.

43 Het HvJ EU in *ÖFAB/Koot* formuleert het aldus: "dat de vordering onder de materie verbintenissen uit onrechtmatige daad valt wanneer [...] het verweten handelen niet kan worden beschouwd als niet-nakoming van de vennootschapsrechtelijke verplichtingen van de bestuurder." Zie r.o. 79. Naar Nederlands recht gaat het bij de aansprakelijkstelling van de bestuurder door de aandeelhouder om de wijze waarop hij zijn bestuurstaken heeft verricht. Niettemin gaat het hier uiteindelijk om een verplichting die de bestuurder heeft ten opzichte van de aandeelhouder. Aldus is het verwijt een niet nakomen van een verplichting jegens de aandeelhouder. Er was immers sprake van een norm die specifiek strekt tot bescherming van de belangen van de aandeelhouder.

44 *Lennarts/Roest*, in: *T&C BW* 2015, art. 2:11 BW, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2015).

45 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, r.o. 3.4.3. Voor vestiging van de aansprakelijkheid van de bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder geldt dan niet de aanvullende eis dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Volgens de Hoge Raad volgt uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW wel dat als een rechtspersoon-bestuurder op die grond aansprakelijk is, de bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder zijn aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.

46 *Holterman Ferho*-arrest, r.o. 64.

(*Erfolgsort*) of voor het gerecht van de plaats van de gebeurtenis die met de schade in een oorzakelijk verband staat (*Handlungsort*). In navolging van de A-G oordeelt het HvJ EU in de *Holterman Ferho*-zaak dat het *Handlungsort* gelegen kan zijn waar Spies zijn functie als bestuurder verrichtte.⁴⁷

Het HvJ EU is met deze overweging aanzienlijk minder stellig dan in het eerder aangehaalde *ÖFAB/Koot*-arrest. In dat arrest – waarnaar het Hof in de *Holterman Ferho*-zaak overigens niet verwijst – werd geoordeeld dat de plaats waar het schadetoebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen, zich bevindt in de plaats waarmee de door die vennootschap verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband houden. Uit het dossier zoals dat aan het HvJ EU in die zaak voorlag, bleek dat de vennootschap Copperhill ten tijde van de betrokken feiten gevestigd was in de gemeente Åre in Zweden. Daar had de vennootschap werkzaamheden verricht en een hotel gebouwd. De Zweedse onderaannemers die niet waren betaald, hadden de vorderingen ingesteld. Het Hof trok hieruit de volgende conclusie:

“In deze omstandigheden lijken de verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband te houden met die plaats. In elk geval moest de informatie over de financiële situatie en de werkzaamheid van die vennootschap, welke nodig was voor de uitoefening van de op het bestuurslid en de aandeelhouder rustende beheersverplichtingen, daar beschikbaar zijn. Ditzelfde geldt voor de informatie over de gestelde niet-nakoming van die verplichtingen.”⁴⁸

Het HvJ EU wekt met deze rechtsoverweging de suggestie dat aldaar in Zweden ook de beheers- en controleplicht werd geschonden (*Handlungsort*).

Deze rechtsoverweging is in de literatuur kritisch ontvangen.⁴⁹ In de *ÖFAB*-zaak hadden zowel de bestuurder als de grootaandeelhouder, beiden woonplaats hebbend in Nederland, hun bestuurs- en toezichttaken op afstand (dus niet bij de vestigingsplaats van de vennootschap) kunnen uitoefenen. Het HvJ EU had immers zelf vastgesteld dat “*ofschooner sprake was van onderkapitalisatie en de vennootschap in vereffening diende te gaan, het niet om de financiële situatie of de activiteit van die vennootschap als zodanig gaat, maar om de conclusie die moet worden getrokken met betrekking tot de eventuele niet-nakoming van de op het bestuurslid en de aandeelhouder rustende controleplicht*”.⁵⁰ Het HvJ EU had eenvoudiger kunnen vaststellen dat de plaats waar de onbetaald gebleven onderaannemers hun rechtstreekse schade (*Erfolgsort*) hebben geleden als gevolg van niet-nakoming van de controleplicht, was gelegen in Zweden.

47 *Holterman Erho*-arrest, r.o. 76.

48 *ÖFAB*-arrest, r.o. 54.

49 Zie L. Strikwerda in zijn noot in *NJ* 2014/85, nr. 8 en ook mijn commentaar bij HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-147/12 (*ÖFAB/Koot*), *Ondernemingsrecht* 2013/111.

50 *ÖFAB*-arrest, r.o. 53.

4. Verwijzingsregel onder het regime van Boek 10 titel 8 en titel 14 BW

In deze paragraaf behandel ik de vraag welk recht de onder het EEX-regime bevoegde Nederlandse rechter moet toepassen op vorderingen tussen bij de vennootschap betrokken personen. De verwijzingsregel laat zich in twee categorieën uiteenzetten. Ten eerste de onderwerpen die worden beheerst door het recht van incorporatie (titel 8). Naar Nederlands recht is dit op grond van art. 10:118 BW het recht van het land waar de vennootschap volgens de oprichtingsakte/overeenkomst haar (statutaire) zetel heeft (land van incorporatie). Ten tweede: de verbintenissen uit onrechtmatige daad die op grond van de daarop van toepassing verklaarde Rome II-verordening worden beheerst door het recht van het land waar de rechtstreekse schade is geleden (titel 14).⁵¹ Het recht van incorporatie kan dan op grond van art. 4 lid 3 Rome II-Vo vanwege de kennelijk nauwere band van de verbintenis met het land van incorporatie toch van toepassing zijn.

De volgende onderwerpen worden op grond van art. 10:119 BW door het recht van het land van incorporatie bepaald: a. het bezit van rechtspersoonlijkheid, of van de bevoegdheid drager te zijn van rechten en verplichtingen, rechtshandelingen te verrichten en in rechte op te treden; b. het inwendig bestel en alle daarmee verband houdende onderwerpen; c. de vertegenwoordigingsbevoegdheid van organen en functionarissen; d. de aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en andere functionarissen als zodanig jegens de vennootschap; e. de vraag wie naast de vennootschap, voor de handelingen waardoor de vennootschap wordt verbonden, aansprakelijk is uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van oprichter, vennoot, aandeelhouder, lid, bestuurder, commissaris of andere functionaris; en f. de beëindiging van het bestaan van de corporatie.⁵²

51 Art. 10:159 BW jo. art. 4 Rome II-verordening. De Nederlandse wetgever heeft bij de invoering van Boek 10 BW de verwijzingsregel van de Rome II-verordening (verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst) van overeenkomstige toepassing verklaard op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van Rome II vallen. De aansprakelijkheid van bestuurders valt buiten het toepassingsbereik van Rome I (art. 1 lid 2 sub f Rome I) en Rome II (art. 1 lid 2 sub d Rome II). Er is discussie of deze van toepassing verklaring de Nederlandse rechter bindt aan de uitleg die het HvJ EU geeft aan (de begrippen van) art. 4 Rome II-verordening. Omwille van de coherentie ligt het in de rede deze uitleg te hanteren indien uit de toepasselijke bepaling van Boek 10 BW geen uitdrukkelijke afwijking is af te leiden. Vgl. *Asser/Kramer & Verhagen 10-III* 2015/718; Kramer, in: *T&C BW* 2015, art. 10:154 BW, aant. 1 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2015). Zie ook HvJ EU 17 juli 1997, zaak C-28-95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*) in r.o. 34: “dat het Hof krachtens artikel 177 van het Verdrag bevoegd is het gemeenschapsrecht uit te leggen wanneer dit de betrokken situatie niet rechtstreeks regelt, doch de nationale wetgever bij de omzetting van de bepalingen van een richtlijn in nationaal recht heeft besloten, zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als situaties die door de richtlijn worden geregeld, en hij zijn nationale wetgeving dus heeft aangepast aan het gemeenschapsrecht.”

52 In zijn arrest van 13 november 2015 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de regel dat het land van incorporatie de beëindiging bepaalt ook geldt indien in Nederland verhaal wordt gezocht op vermogensbestanddelen van een rechtspersoon die in de staat op het grondgebied waarvan hij ingevolge de akte van oprichting zijn zetel heeft en naar welks recht hij is opgericht, in staat van faillissement is verklaard en na de voltooiing van de afwikkeling van dat faillissement ingevolge het recht van die staat heeft opgehouden te bestaan. Zie: HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299 (*Promneftstroy/Yukos Capital*), r.o. 3.4.2.

Voor de aansprakelijkheid van de personen die betrokken zijn bij de vennootschap is het volgende van belang. De (interne) aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap wordt op grond van art. 10:119 aanhef en onder d BW beheerst door het incorporatierecht.⁵³ Dit betreft niet alleen de vordering van de vennootschap uit hoofde van art. 2:9 BW wegens onbehoorlijke taakvervulling. Ook de bestuurdersaansprakelijkheid voor het tekort dat is ontstaan na een vermogensuitkering (dividend of kapitaal) jegens de vennootschap (art. 2:216 lid 3 BW) wordt door het incorporatierecht beheerst.⁵⁴

De aansprakelijkheid van de betrokkenen bij de vennootschap voor handelingen van de vennootschap wordt beheerst door het incorporatierecht. Het materiële toepassingsbereik – “de handelingen waardoor de corporatie wordt verbonden” – omvat zowel rechtshandelingen als feitelijke handelingen. Het personele toepassingsbereik omvat: oprichters, vennoten, aandeelhouders, leden, bestuurders, commissarissen en andere functionarissen.

De aansprakelijkheid van bestuurders, naast de vennootschap, voor (rechts)handelingen verricht door de vennootschap uit hoofde van hun hoedanigheid, wordt op grond van art. 10:119 onder e BW beheerst door het recht van incorporatie. Hieronder vallen in ieder geval de aansprakelijkheid van bestuurders en oprichters voor rechtshandelingen verricht door de vennootschap in geval van niet-inschrijving van de vennootschap (art. 2:69/2:180 lid 2 BW) respectievelijk niet-bekrachtiging van rechtshandelingen verricht namens een op te richten vennootschap (art. 2:93/2:203 lid 2 BW).⁵⁵ Hetzelfde geldt voor de aansprakelijkheid van de bestuurder van de rechtspersoon die op haar beurt bestuurder is van een vennootschap (art. 2:11 BW).⁵⁶ Immers, op grond van deze regeling worden de bestuurder en de bestuurder-rechtspersoon hoofdelijk verbonden voor de handelingen van de laatstgenoemde als bestuurder.

Bij de invoering van de voorloper van de regeling in art. 10:119 BW, te weten art. 3 van de Wet conflictenrecht corporaties, heeft de minister geen keuze willen maken of de (externe) aansprakelijkheid van de bestuurder jegens een vennootschapscrediteur (*Ontvanger/Roelofsen*-vorderingen) dan wel jegens een aandeelhouder (*NOM/Willemsen*-vordering) wordt beheerst door het incorporatierecht of door het

op de onrechtmatige daad toepasselijke recht.⁵⁷ Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt dat de aansprakelijkheid jegens vennootschapscrediteuren in *Ontvanger/Roelofsen*-situaties wordt beheerst door het op de onrechtmatige daad toepasselijke recht.⁵⁸ Op grond van art. 10:159 BW jo. art. 4 lid 1 Rome II-verordening is dit het recht van het land waar rechtstreeks de schade is geleden. Dit is echter nog een omstrede kwestie.

Zo wordt – op goede gronden – gepleit om vanuit het oogpunt van een consistente conflictenrechtelijke behandeling van bestuurdersaansprakelijkheid, in alle gevallen waarin het de vraag is of een bestuurder – in het kader van handelingen (rechtshandelingen, rechtmatige en onrechtmatige daden) waardoor de vennootschap wordt gebonden – jegens een derde aansprakelijk is vanwege onbehoorlijke taakvervulling, aan te knopen bij het incorporatierecht, ongeacht de grondslag van deze aansprakelijkheid.⁵⁹ Bij wijze van *safety net* kan de bevoegde rechter op grond van art. 4 lid 3 Rome II-verordening het incorporatierecht toepassen in die gevallen waarbij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met het land van incorporatie dan met het land waar de schade door de gelaedeerde is geleden. Het HvJ EU heeft zich over deze kwestie nog niet uitgelaten.

Toepassing van art. 10:119 onder e BW bij bestuurdersaansprakelijkheid jegens vennootschapscrediteuren, aandeelhouders en andere derden heeft de voorkeur. Niet alleen de rechtszekerheid wordt hiermee gediend, ook de wettekst staat hieraan niet in de weg. Het gaat hier immers om de vraag of bestuurders naast de vennootschap kunnen worden verbonden voor handelingen waardoor deze vennootschap wordt verbonden. Dit kunnen rechtshandelingen zijn, maar ook een onrechtmatige handeling waardoor de vennootschap als primaire dader wordt gebonden. Bovendien is de

53 Zie: Rb. Rotterdam 12 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY7594, r.o. 4.3.

54 Art. 10:119 aanhef en onder d BW.

55 Van Solinge, in: *T&C BW* 2015, art. 10:119 BW, aant. 9 sub a (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2015).

56 HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *Ondernemingsrecht* 2014/9, m.nt. C.D.J. Bulten; *JOR* 2013/238, m.nt. H.L.E. Verhagen; *JBPR* 2013/44, m.nt. P.E. Ernste (*Van der Meer qq/X*); HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408, *JOR* 2011/144, m.nt. G. van Solinge, *Ondernemingsrecht* 2011/71, m.nt. B.F. Assink (*D Group Europe NV/Schreurs qq*), r.o. 4.1.3.

57 “Door het incorporatierecht worden tenslotte beheerst de aansprakelijkheid naast de corporatie van oprichters, vennoten, aandeelhouders, leden, bestuurders, commissarissen en andere functionarissen van de corporatie als zodanig. Het gaat hier in de eerste plaats om de aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen tegenover de corporatie. Daarnaast betreft het de aansprakelijkheid van bij deze corporatie betrokken personen tegenover schuldeisers van de corporatie. In haar advies wijst de Staatscommissie er op dat de primaire toepasselijkheid van het incorporatierecht op deze onderwerpen geenszins uitsluit dat een bestuurder, aandeelhouder, lid of andere betrokken persoon persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld op grond van specifiek op naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen dwingend toepasselijke bepalingen van Nederlands recht zoals artikel 138, elfde lid, Boek 2 B.W. – zie art. 5 van het wetsvoorstel. *Eveneens wijst zij er op dat denkbaar is dat een bestuurder of andere bij de corporatie betrokken persoon op grond van een onrechtmatige gedraging persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld. De problemen van samenloop die zich op dit terrein kunnen voordoen lenen zich, zo meent de Staatscommissie, wegens hun sterk op het concrete geval toegespitste karakter, niet voor een wettelijke regeling en dienen aan de rechtspraak te worden overgelaten. Ik kan deze opvatting onderschrijven.*” (cursivering, TMCA).

58 *Asser/Kramer & Verhagen 10-III* 2015/67; Van Solinge, in: *T&C BW* 2015, art. 10:119 BW, aant. 9 sub b (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2015); P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks Internationaal Privaatrecht, nr. 9), nr. 307, 309, 320, 322, Antwerpen: Maklu; A-G Vlas in zijn Conclusie van 18 maart 2016, ECLI:NL:PHR:2016:139 (*X/Chilean Lumber Company SA*), o.v.v. 2.10. De HR doet het met art. 81 lid 1 RO af. Zie HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1165.

59 *Asser/Kramer & Verhagen 10-III* 2015/69 verwijzend naar Junker, in: *Münchener Kommentar* 2010, art. 1 Rom II-VO, nr. 36.

Toepasselijk recht

	Grondslag	Boek 10 BW/Rome II
Interne bestuurders-aansprakelijkheid	art. 2:9 BW	art. 10:119 onder d BW
	art. 2:216 lid 3 BW	art. 10:119 onder d BW
Externe bestuurders-aansprakelijkheid	art. 6:162 BW jo. art. 2:9 BW (<i>NOM/Willemsen</i>)	art. 10:119 onder e BW
	art. 6:162 BW (<i>Ontvanger/Roelofsen</i>)	art. 10:119 onder e BW
	art. 6:162 BW (<i>Spaanse Villa</i>)	art. 10:159 jo. art. 4 Rome II-Vo
	art. 2:139/2:249 BW	art. 10:119 onder e BW
	art. 2:69/2:180 lid 2 BW	art. 10:119 onder e BW
	art. 2:93/2:203 lid 2 BW	art. 10:119 onder e BW

kennelijk nauwere band met het land van incorporatie van dusdanig structurele aard dat toepassing van art. 10:119 onder e BW in de rede ligt. In *Beklamel*-situaties waarin de bestuurder namens de vennootschap een overeenkomst met een derde aangaat, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet weten dat niet nagekomen gaat worden en bovendien geen verhaal wordt geboden, is de aanknopingsfactor voor de meeste omstandigheden (de plaats van handelen en de plaats van intreden schade bestaande uit het niet bieden van verhaal) de plaats van vestiging van de vennootschap.⁶⁰ Een dergelijke toepassing lijkt mij ook valide bij aansprakelijkheid van een bestuurder door een aandeelhouder wegens onbehoorlijke taakvervulling (wegens schending van een statutaire verplichting die beoogd een specifieke aandeelhouder te beschermen).⁶¹ Hetzelfde geldt bij de bestuurdersaansprakelijkheid voor een misleidende jaarrekening of tussencijfers (art. 2:139/2:249 BW). Evenzo bij de aansprakelijkheid jegens de vennootschap van degene die een vermogensuitkering ontving terwijl hij wist of redelijkerwijs moest voorzien dat de vennootschap hierna niet zou kunnen voortgaan met betaling van haar opeisbare schulden (art. 2:216 lid 3 BW).⁶² Het betreft hier immers een rechtshandeling van de vennootschap (doen van een uitkering) waarvoor de wet voorschrijft dat de ontvanger aansprakelijk is jegens de vennootschap voor het tekort, met als maximum het bedrag van de ontvangen uitkering. In alle drie de gevallen houdt de schadevergoedingsvordering van de aandeelhouder respectievelijk de vennootschap zo een nauw verband met de vervulling van de vennootschappelijke taak of de hoedanigheid van ontvanger van de vermogensuitkering, dat aanknopings bij het incorporatierecht is gerechtvaardigd.⁶³

Ook bij de tweede pijler van *Ontvanger-Roelofsen*-situaties – het bewerkstelligen of toelaten dat de vennootschap een wettelijke of contractuele verplichting niet nakomt terwijl de bestuurder redelijkerwijs moet voorzien dat deze derde hierdoor schade lijdt – is die nauwe band aanwezig.⁶⁴ Het gaat hier om gevallen waarbij primair de vennootschap zelf een onrechtmatige daad pleegt jegens een derde.⁶⁵ De aansprakelijkheid van de bestuurder is van secundaire aard en gebaseerd op onbehoorlijke taakvervulling zodat moet worden aangeknoopt bij het incorporatierecht. Dit zal anders zijn in gevallen dat de bestuurder niet in die hoedanigheid wordt aangesproken omdat het niet gaat om zijn handelen bij de taakvervulling als bestuurder van een vennootschap die door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt aan een derde.⁶⁶ In deze *Spaanse Villa*-gevallen wordt de aansprakelijkheid van degene die onrechtmatig heeft gehandeld, maar niet bij de uitoefening van de bestuurstaak, uiteraard beoordeeld op grond van het recht van het locus damni dat op de onrechtmatige daad van toepassing is.⁶⁷

In het schema ‘Toepasselijk recht’ worden de diverse verwijzingsregels per rechtsvordering weergegeven.

60 Vgl. Hof Leeuwarden 11 juni 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF2830 (*X@Home BV, voorheen Essent Kabelcom BV*), r.o. 23-24; Rb. Overijssel 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4875, r.o. 4.1-4.4 (schade in Nederland geleden).

61 *NOM/Willemsen*-situaties.

62 Deze aansprakelijkheidsvordering kan niet worden geschaard onder de verwijzingsregel van art. 10:119 sub e BW omdat het niet gaat om de vraag wie er uit hoofde van zijn hoedanigheid van aandeelhouder naast de corporatie aansprakelijk is voor de (rechts)handelingen waardoor deze corporatie is verbonden. Immers, de vennootschap zelf is niet aansprakelijk voor deze uitkeringen. Slechts de bestuurders en degene die de uitkering ontving kunnen aansprakelijk zijn voor de rechtshandeling van de vennootschap, te weten de vermogensuitkering.

63 *Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/69*.

64 Vgl. Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6125, r.o. 4.3; Rb. Rotterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2703, r.o. 5.18-2.50; 5.29-5.30.

65 Bij schending van een contractuele verplichting wordt het toepasselijke recht op de aansprakelijkheid van de vennootschap ten opzichte van de wederpartij van de vennootschap aangewezen door de Rome I-verordening. Bij een onrechtmatige daad van de vennootschap ten opzichte van een derde wordt het toepasselijke recht op de aansprakelijkheid van de vennootschap beheerst door de *lex loci damni* (artikel 4 lid 1 Rome II-verordening).

66 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *JOR* 2013/40, m.nt. W.J.M. van Andel & K. Rutten, *JA* 2013/59, m.nt. F. Leopold & R. van Vlooten; *Ondernemingsrecht* 2013/47, m.nt. M.J. Kroeze; *NJ* 2013/302 m.nt. P. van Schilfhaarde; AA20130125, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Spaanse Villa*); HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, *JOR* 2015/289, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Breeweg/Wijkamp c.s.*).

67 Deze vorderingen vallen niet onder art. 10:119 sub e BW omdat het hier niet gaat om de vraag of de bestuurder naast de vennootschap aansprakelijk is uit hoofde van zijn hoedanigheid als bestuurder voor een (rechts)handeling waardoor de vennootschap wordt verbonden (schuin, TMCA). Het gaat immers om een eigen onrechtmatige handeling die losstaat van de bestuurstaak. In de zaak *Spaanse Villa* ging het om een op de bemiddelaar persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting tot het juiste informeren van de kopers; in de zaak *Breeweg/Wijkamp* betrof het een beroepsfout van een advocaat.

5. Concluderende opmerkingen

Lange tijd is er discussie geweest over de vraag welk gerecht bevoegd is onder de Brussel I-bis verordening met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen. Met het arrest in de zaak *Holterman Ferho/Spies* heeft het HvJ EU weer een puzzelstukje toegevoegd. In samenhang met de arresten uit 2013 in de zaken *ÖFAB* en *OTP Bank*, heb ik in dit artikel een poging gedaan de puzzel af te maken.

Voor de bestuurder die tevens werknemer is, is de rechter van zijn woonplaats exclusief bevoegd om kennis te nemen van bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen van de vennootschap. Daarbuiten is het onderscheid tussen vrijwillig en niet vrijwillige aangegane verbintenissen cruciaal. De interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW vloeit voort uit een vrijwillig aangegane verbintenis tussen bestuurder en de vennootschap. Dit zijn dan ook volgens het stamien van de Brussel I-bis verordening overeenkomsten (van dienstverlening) in de zin van art. 7 onder 1 onder b Brussel I bis-Vo. Het gerecht van de plaats van uitvoering is bevoegd. Aansprakelijkheden van bestuurders op grond van een wettelijke regeling jegens derden waardoor zij (hoofdelijk) aansprakelijk worden voor schulden van een ander vloeien voort uit niet vrijwillig aangegane verbintenis. In dat geval kan de bestuurder worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar hij beweerdelijk onrechtmatig heeft gehandeld (*Handlungsort*) of de plaats waar de schade rechtstreeks is ingetreden (*Erfolgsort*). Ten aanzien van de vorderingen naar Nederlands recht heb ik in paragraaf 3 een overzicht gegeven.

Het toepasselijk recht bij deze vorderingen wordt bepaald door de verwijzingsregels opgenomen in Boek 10 BW. In titel 8 is ten aanzien van de typisch vennootschapsrechtelijke onderwerpen voorgeschreven dat deze worden beheerst door het recht van het land waar de vennootschap volgens haar oprichtingsakte/overeenkomst de (statutaire) zetel heeft (incorporatierecht). In ieder geval worden de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap en de nevenschikkende aansprakelijkheid van bestuurder voor de (rechts)handelingen waardoor de vennootschap wordt verbonden, beheerst door het incorporatierecht. Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van bestuurders bij de taakvervulling als bestuurder jegens aandeelhouders (*NOM/Willemsen*) en/of vennootschapscrediteuren (*Ontvanger/Roelofsen*) vallen onder het incorporatierecht. In gevallen waarbij het niet gaat om het handelen bij de taakvervulling als bestuurder van een vennootschap die door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt aan een derde (*Spaanse Villa*) valt dit onder het verwijzingsregime van de onrechtmatige daad (art. 10:159 BW). Deze verwijst door naar de Rome II-verordening. Het *lex loci damni* is van toepassing. In paragraaf 4 is een overzicht opgenomen van de verwijzingsregel per vordering naar Nederlands recht.

Het HvJ EU heeft gesproken; het is nu aan de nationale rechters om deze rechtsregels toe te passen op de concrete situaties in de praktijk. Deze bijdrage is hierbij hopelijk van nut.