

mens de beherend vennoot heeft gehandeld. Die regel geldt mijns inziens niet bij onrechtmatig handelen. Onder omstandigheden kan een onrechtmatige daad van een commanditaire vennoot mijns inziens een verboden beheersdaad opleveren. In het *Katterug*-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 21 WvK aan de commanditaire vennoot een verwijt gemaakt moet kunnen worden. Over de vraag waarover men de commandiet een verwijt zou moeten kunnen maken, heeft de Hoge Raad zich niet uitgelaten. Volgens mij heeft de Hoge Raad geen beperking beoogd, afgezien van het feit dat het om een beheersdaad moet gaan. Het Hof Den Haag lijkt op dit punt van een verdergaande beperking uit te gaan. In r.o. 3.21 en 3.22 verwerpt het het verwijt-argument met de enkele overweging dat aan [A] en Zeeman niet verweten kan worden dat bij de Provincie mogelijk verwarring over hun commanditaire hoedanigheid is ontstaan. Wellicht wordt deze beperkte motivatie van het hof gerechtvaardigd doordat de Provincie geen andere gronden voor verwijtbaarheid heeft aangedragen. Dat kan op basis van de uitspraak niet worden vastgesteld.

8. Volgens mij kan aansprakelijkheid op grond van art. 21 WvK samenlopen met andere gronden voor aansprakelijkheid. Betreft het een daad die tevens als een bestuursfout van de commandiet in zijn hoedanigheid van bestuurder van de beherend vennoot kan worden aangemerkt (intern via art. 2:9 BW en/of extern via art. 6:162 BW), dan zal hem ook voor aansprakelijkheid op de voet van art. 21 WvK een (voldoende) "ernstig verwijt" gemaakt moeten kunnen worden; zie mijn proefschrift, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht*, IVOR nr. 102, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 310 e.v. We weten dat de Provincie in een eerdere fase van deze procedure al een beroep op externe bestuurdersaansprakelijkheid (art. 6:162 BW) had gedaan. [A] en Zeeman zouden de nakoming van de grondafnameverplichting van de CV bewust hebben getraineed. In het genoemde *Distriport*-arrest van het Hof Amsterdam uit 2015 (r.o. 3.22 e.v.) werd dit beroep op bestuurdersaansprakelijkheid verworpen. Of de Provincie dit "ernstig verwijt" bij het Hof Den Haag opnieuw aan de orde heeft ge-

steld, nu in de context van art. 21 WvK, bij de genoemde "andere beheersdaden" en met een nadere toelichting, is onduidelijk.

Chr.M. Stokkermans,
oud-notaris te Amsterdam

55

Gerechtshof Amsterdam
18 december 2018, nr. 200.223.119/01,
ECLI:NL:GHAMS:2018:4798
(mr. Thiessen, mr. De Jongh, mr. Koster)
Noot mr. dr. W.A. Westenbroek

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Stichting Derdengelden. Van onvoldoende toezicht op medebestuurder is in gegeven omstandigheden geen sprake. Geen persoonlijk ernstig verwijt.

[BW art. 6:162]

De vraag is of [X] is tekortgeschoten in de vervulling van zijn bestuurstaak van de Stichting Derdengelden wegens het houden van onvoldoende toezicht. Voor het aannemen van aansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of de bestuurder van het houden van onvoldoende toezicht persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. De Stichting Derdengelden fungeerde als stichting derdengelden ten behoeve van de door [A] zelfstandig gevoerde advocatenpraktijk. Het kantoor van [X] was gevestigd op een ander adres dan dat van [A] en van de Stichting Derdengelden. [X] heeft onweersproken aangevoerd dat hij was toegetreden tot de aan het kantoor van [A] verbonden Stichting Derdengelden onder de verzekering dat [A] de Stichting Derdengelden niet of nauwelijks zou gebruiken. Daarmee strookt dat pas ongeveer anderhalf jaar na de oprichting van de Stichting Derdengelden een bankrekening is geopend en dat [X] pas enkele maanden na het openen van de rekening enkele betalingsopdrachten heeft moeten autoriseren. Voorts heeft [X] onweersproken aangevoerd dat de overboekingen die hij wel heeft geautoriseerd geschieden door het handmatig plaatsen van een tweede handtekening onder een betalingsopdracht. Weliswaar staat vast dat

Rabobank twee keypassen heeft verzonden naar het kantooradres van de Stichting Derdengelden, tevens kantooradres van [A], ook staat vast dat [X] nooit een keypas heeft ontvangen. QLS heeft niet weersproken de stelling van [X] dat deze niet wist dat het keypassysteem inmiddels was ingevoerd doordat beide keypassen waren verzonden naar het kantooradres van de Stichting Derdengelden, tevens kantooradres van [A].

Niet in geschil is dat [X] op het moment van en kort na de ongeoorloofde betalingsopdrachten geen weet heeft gehad van het feit dat deze betalingsopdrachten waren gedaan. QLS verwijt [X] dat hij onvoldoende controle heeft gehouden op zijn medebestuurder [A], als gevolg waarvan deze betalingsopdrachten zonder zijn goedkeuring konden worden gegeven. [X] heeft ter zitting aangevoerd dat hij ervan uitging dat een keypas niet kon worden geactiveerd zonder dat persoonlijk met hem contact zou worden opgenomen om te verifiëren wie hij was. Niet blijkt dat QLS dit verweer heeft weersproken; ook in hoger beroep heeft QLS zich niet over dit verweer uitgelaten. Evenmin heeft QLS onderbouwd waarom [X] niet van deze veronderstelling – die het hof op voorhand ook niet onaannemelijk voorkomt – heeft mogen uitgaan. Tegen deze achtergrond behoefde [X] redelijkerwijs geen rekening te houden met de mogelijkheid dat [A] misbruik zou maken van zijn keycard. Voor zover van [X] mocht worden verwacht dat hij bij Rabobank of [A] navraag zou doen wanneer hij de kennelijk aangevraagde keypas zou ontvangen, valt hem dat persoonlijk niet zodanig aan te rekenen dat kan worden gesproken van een ernstig verwijt.

*Qualified Legal Services BV te Rijswijk,
appellante,
advocaat: mr. J.B. Maliepaard,
tegen
[X],
geïntimeerde,
advocaat: mr. M.J. van der Veen.*

(...; red.)

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 3.1 tot en met 3.25 de feiten weergegeven die zij als vaststaand heeft aangenomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en binden derhalve ook het hof. Samengevat en waar nodig aangevuld

met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, zijn de volgende feiten van belang.

2.1. [X] is als advocaat via zijn vennootschap [naam vennootschap] B.V. werkzaam bij het kantoor [naam kantoor] te [plaats].

2.2. Mr. [A] (hierna: [A]) is advocaat geweest. Zijn advocatenpraktijk oefende hij zelfstandig uit via Case Advocaten B.V. (hierna: Case Advocaten). Case Advocaten heeft tussen 2011 en 2013 ook geopereerd onder de handelsnamen Juriza, Juriza Advocatuur, Juriza Advocaten en Juriza Incasso.

2.3. Ten behoeve van haar praktijk heeft Case Advocaten op 2 december 2009 de Stichting Beheer Derdengelden Case Advocaten (hierna: Stichting Derdengelden) opgericht. Van 2 december 2009 tot 31 december 2012 was [X] naast [A] bestuurder van de Stichting Derdengelden. Overeenkomstig de boekhoudverordening van de Nederlandse Orde van Advocaten waren [A] en [X] ingevolge de statuten van de Stichting Derdengelden uitsluitend gezamenlijk bevoegd de Stichting Derdengelden te vertegenwoordigen.

2.4. In juni 2011 heeft de Stichting Derdengelden een bankrekening geopend bij Rabobank (hierna: de derdengeldrekening). Het eerste bankafschrift dateert van 27 juli 2011. Op grond van de statuten was voor transacties via de Derdengeldrekening zowel een handtekening van [A] als van [X] vereist.

2.5. Bij faxbrieven van 17 oktober 2011, 25 oktober 2011 en 31 oktober 2011 heeft [A] opdracht gegeven aan Rabobank voor het uitvoeren van betalingen vanaf de derdengeldenrekening, welke opdrachten door [X] voor akkoord zijn ondertekend. De faxbrieven van 25 oktober en 31 oktober 2011 vermelden onder meer:

Naar aanleiding van de door mijn kantoor bij u aangehouden derdenrekening, waarvan de heer [X] nog niet over een online keypas beschikt (die wel is aangevraagd) verzoek ik u vandaag ten laste van de derdengeldrekening over te maken een bedrag van (...).

2.6. De in de faxbrieven genoemde keypas – de zogenaamde Rabo Online Keypas – is een bankpas waarmee, in combinatie met een pincode, digitaal goedkeuring kan worden gegeven aan betalingen. Betalingen van de derdengeldrekening dienden te worden geaccordeerd door bevestiging met twee keypassen en bijbehorende pincodes.

2.7. De keypas bedoeld voor [X] heeft Rabobank op enig moment aan het kantoor van de Stichting Derdengelden laten versturen. Dit was tevens het kantooradres van Case Advocaten. De pincode die bij de voor [X] bedoelde keypas hoorde, is eveneens naar dit adres verstuurd.

2.8. [A] heeft als advocaat onder meer werkzaamheden voor Ayuda Automatisering en Detachering B.V. (hierna: Ayuda) verricht. Enig aandeelhouder en enig bestuurder van Ayuda is Falcon Investment Group B.V. (hierna: Falcon). Enig aandeelhouder en enig bestuurder van Falcon is [Z] (hierna: [Z]).

2.9. Bij e-mail van 16 november 2012 om 11.27 uur heeft [Z] het volgende aan [A] meegedeeld: Hierbij bevestig ik hetgeen zojuist besproken en overeengekomen;

Per omgaande maak ik in privé een bedrag over naar de derdengeldrekening van Juriza Advocaten voor een bedrag van € 105.000,-. Dit is enkel en alleen bedoeld ter aanwending en voldoening van de crediteuren van Ayuda zoals in de bijlage vermeld. Andere crediteuren worden (logischerwijs!) nadrukkelijk uitgesloten. De regeling behelst dat iedere crediteur genoeg neemt met (ca.) 50% van de totale openstaande hoofdsom welke gelijk is aan het bedrag van € 105.000,- zoals door jou zojuist berekend ter afwending van een teloorgang van Ayuda.

Indien de regeling(en) komt te vervallen en/of crediteuren hiermee geen genoeg nemen waardoor Ayuda alsnog zal omvallen dan wel zou kunnen omvallen zal Juriza Advocaten dit bedrag per omgaande retour storten naar ondergetekende in privé.

Vandaag zullen de overgebleven crediteuren welke nog niet akkoord zijn wederom worden benaderd ten einde ook met hen bovenstaand akkoord te bereiken waarna Juriza Advocaten dit terstond aan crediteuren zal overmaken waarna het uiterlijk maandag 19 november 2012 zal zijn betaald aan desbetreffende crediteuren. (dit ter voorkoming van verdere ellende)

Gezien de administratieve afhandeling graag een bankoverzicht en eventuele overige vanuit Juriza Advocaten verstrekken zodat ik in privé alsmede Ayuda zaken op juiste wijze kan administreren, verwerken en afboeken.

(anders kan de administratie en de accountant er echt geen soep van maken)

Alle (derden) beslagen welke sommige van de in de bijlage vermelde crediteuren hebben gelegd zullen eveneens per omgaande worden opgeheven zodat ook de normale cashflow en/of liquiditeitsstroom van Ayuda weer op gang zal komen.

Het bedrag zal worden overgeboekt naar rekeningnummer [nummer] ten name van St. Derdengelden Juriza.

Graag je akkoord.

2.10. [Z] heeft op 16 november 2012 een bedrag van € 105.000,- gestort op de Derdengeldrekening onder vermelding van:

Betreft: Spoedoverboeking

Storting tbv aflossing cred. Ayuda zoals vermeld en overeenin email dd 16112012. [Z].

2.11. Bij e-mail van 16 november 2012 te 15.22 uur heeft [A] het volgende aan [Z] meegedeeld:

Drie dw dossiers nog geen toestemming. [B] maandagochtend is nu met zijn klant aan het stoeien. Bel zo.

2.12. [Z] heeft hierop dezelfde dag om 15.25 uur bij e-mailbericht als volgt gereageerd:

Wat nu dan? 3 geen toestemming maar met de rest wel de afspraak dat er vandaag zou worden betaald.

2.13. Blijkens een bankafschrift van de Stichting Derdengelden d.d. 30 november 2012 hebben op 20 november 2012 de volgende betalingen van de Derdengeldrekening plaatsgevonden:

- een bedrag van € 20.000 aan [Z] onder vermelding van: “Restant conform afspraak”;
- een bedrag van € 25.000 aan Case Advocaten onder vermelding van: “Verrekening nota’s Ayuda. Zie overzicht”;
- een bedrag van € 10.660,93 aan Hanemeyer de Boer en Partners;
- een bedrag van € 3.105,59 aan Goldstein;
- een bedrag van € 6.000 aan AGC;
- een bedrag van € 2.500 aan Advocatencollectief Oud Charlois;
- een bedrag van € 5.500 aan Moree Gelderblom Advocaten;
- een bedrag van € 12.791,11 aan GCM Advocaten;
- een bedrag van € 4.170,68 aan Sternrent;
- een bedrag van € 2.891,51 aan [C];
- een bedrag van € 8.550 aan Mr. [D];
- een bedrag van € 1.200 aan Korenhof en Partners;
- een bedrag van € 2.914,32 aan Graydon.

2.14. Bij wijzigingsformulier van 24 april 2013 heeft [X] bij de Kamer van Koophandel gemeld dat hij per 31 december 2012 is uitgetreden als bestuurder van de Stichting Derdengelden.

2.15. Bij vonnis van de rechtbank Amsterdam van 3 december 2013 is Case Advocaten failliet verklaard, met benoeming van mr. D. Sluis als curator (verder: de curator).

2.16. Bij brief van 12 februari 2014 heeft [X] aan Rabobank verzocht om hem in het bezit te stellen van de kopieën van alle bankmutaties over de periode dat hij als bestuurder van de Stichting Derdengelden stond ingeschreven.

2.17. Bij beslissing van 14 april 2014 is [A] door de Raad van Discipline te Amsterdam van het tableau geschrapt.

2.18. Ayuda is op 1 juli 2014 failliet verklaard.

2.19. [Z] heeft [X] in oktober 2014 voor het eerst aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade.

2.20. Bij beschikking van de rechtbank Amsterdam van 8 januari 2015 is de Stichting Derdengelden Case Advocaten op verzoek van de curator ontbonden, met aanstelling van de curator als vereffenaar.

2.21. Bij (ongedateerde) akte van cessie zijn [Z] en QLS overeengekomen dat [Z] "bij deze" zijn "vordering op partij C" (kennelijk is daarbij bedoeld op de onder 2.19 bedoelde vordering) overdraagt aan QLS.

2.22. Na daartoe verkregen verlof heeft QLS ter verzekering van een door QLS gestelde vordering van € 97.750 ten laste van [X] conservatoir derdenbeslag gelegd op de praktijkvennootschap van [X], onder de ABN AMRO Bank N.V. en onder ING Bank B.V. Daarnaast heeft QLS conservatoir beslag gelegd op het woonhuis van [X] te [woonplaats].

2.23. Bij uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 6 november 2015 zijn de derdenbeslagen opgeheven, omdat – samengevat – het woonhuis van [X] voldoende overwaarde vertegenwoordigt om als zekerheid te dienen voor de gestelde vordering van QLS. Daarnaast heeft de voorzieningenrechter QLS op straffe van een dwangsom verboden om kantoorgenoten en medewerkers van het kantoor van [X] te benaderen en te informeren dan wel mededelingen te doen over het geschil tussen [X] en QLS.

2.24. [A] is door [X] in een afzonderlijke procedure eveneens in vrijwaring opgeroepen. Hij heeft in die vrijwaringsprocedure verstek laten gaan.

3. Beoordeling

3.1. QLS vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat [X] is tekortgeschoten in de vervulling van zijn bestuurstaak van de Stichting Derdengelden en daarom onrechtmatig jegens [Z] heeft gehandeld. Verder vordert hij veroordeling van [X] tot betaling van (in hoofdsom) € 85.000, met rente en kosten, waaronder beslag- en nakosten.

QLS betoogt daartoe het volgende. [A] heeft ongeoorloofde betalingsopdrachten gedaan van de derdengeldrekening aan onder meer schuldeisers van Ayuda en aan Case Advocaten. [X] heeft als bestuurder van de Stichting Derdengelden onvoldoende controle vooraf en achteraf uitgeoefend om te voorkomen dat deze betalingsopdrachten zouden worden gegeven. Daarmee heeft hij zijn taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld en onrechtmatig jegens [Z] gehandeld. QLS is aansprakelijk voor de hierdoor ontstane schade, begroot op € 85.000. [Z] heeft deze vordering aan QLS gecedeerd.

3.2. De rechtbank heeft de vorderingen van QLS jegens [Z] afgewezen op de volgende gronden. QLS heeft onvoldoende onderbouwd dat de betalingen door [A] aan de schuldeisers van Ayuda en aan [A] zelf zonder toestemming van [Z] zijn verricht (rov. 5.5). [Z] heeft vooraf dan wel achteraf met de door [A] verrichte betalingen ingestemd, aldus de rechtbank (rov. 5.6). De rechtbank heeft verworpen het betoog dat [Z] veronderstelde dat een crediteurenakkoord was tot stand gekomen en dat hij er pas later achter kwam dat dit niet het geval was. Uit het feit dat [Z] € 20.000 retour heeft ontvangen en het feit dat [A] nota's had verrekend ten bedrage van € 25.000 volgt dat na aftrek van deze bedragen hooguit € 60.000 resteerde voor voldoening van de crediteuren, zodat [Z] had moeten begrijpen dat het crediteurenakkoord niet tot stand gekomen was (rov. 5.7). Daarmee kan de vraag of [X] persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt in het midden blijven (rov. 5.8).

3.3. [X] heeft op zijn beurt gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat de door QLS ten laste van hem gelegde conservatoire beslagen onrechtmatig zijn gelegd en dat QLS jegens [X] aanspra-

kelijk is voor de hierdoor ontstane schade, op te maken bij staat. De rechtbank heeft deze vorderingen toegewezen.

3.4. [X] heeft Coöperatieve Rabobank U.A. (voorheen Coöperatieve Rabobank Bollenstreek U.A.) in vrijwaring opgeroepen. Nu [X] in de hoofdzaak niet is veroordeeld, heeft de rechtbank de vorderingen van [X] in de vrijwaringszaak afgewezen.

3.5. De grieven in hoger beroep zijn zowel gericht tegen de afwijzing van de vorderingen van QLS als tegen de toewijzing van de vorderingen van [X]. De vrijwaringszaak speelt thans geen rol.

3.6. Aan haar vorderingen legt QLS samengevat het volgende ten grondslag. Op [X] als bestuurder van de Stichting Derdengelden rustte de taak ervoor te zorgen dat het tijdelijk beheren en betalen van derdengelden op de juiste wijze plaatsvond. Daartoe diende hij de betalingen aan en door de Stichting Derdengelden te controleren door periodiek rekeningafschriften te controleren en betalingen te autoriseren. Dat volgt ook uit (de strekking van) de Boekhoudverordening van de Nederlandse Orde van Advocaten, op grond waarvan de Stichting Derdengelden wordt vertegenwoordigd door twee gezamenlijk handelende bestuursleden, van wie er ten minste een advocaat is. [X] is tekortgeschoten in de vervulling van zijn bestuurstaak door geen toezicht te houden op betalingen aan en door de Stichting Derdengelden, hetgeen hem persoonlijk ernstig valt te verwijten, aldus QLS. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

3.7. Indien een stichting tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de stichting aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van de stichting, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de stichting. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

3.8. In dit geval verwijt QLS [X] dat hij als bestuurder van Stichting Derdengelden onvoldoende toezicht heeft gehouden op de uitoefening van de taak door medebestuurder [A]. Het antwoord op de vraag of de bestuurder van het houden van onvoldoende toezicht persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.

3.9. Niet in geschil is dat [X] op en kort na de onder 2.13 bedoelde ongeoorloofde betalingsopdrachten geen weet heeft gehad van het feit dat deze betalingsopdrachten waren gedaan. Voor zover [X] wordt verweten zélf te hebben gehandeld in strijd met het tweehandtekeningsstelsel, loopt de vordering reeds hierop stuk. QLS verwijt [X] verder dat hij onvoldoende controle heeft gehouden op zijn medebestuurder [A], als gevolg waarvan deze betalingsopdrachten zonder zijn goedkeuring konden worden gegeven. Ter comparitie is in dit verband van de zijde van QLS aangevoerd dat [X] periodiek bankafschriften had moeten controleren. Voor zover deze stelling betrekking heeft op de periode vóór de litigieuze betalingsopdrachten, heeft QLS evenwel niet uiteengezet dat [X] had kunnen ontdekken dat reeds voordien ongeoorloofde betalingen waren gedaan. Gesteld noch gebleken is immers dat [A] al eerder ongeoorloofde betalingsopdrachten had gegeven. Voor zover deze stelling ziet op de periode erna, heeft QLS niet toegelicht dat het in de macht van [X] had gelegen om de betalingsopdrachten ongedaan te maken. Op deze gronden kunnen de vorderingen daarom niet worden toegewezen, zodat in zoverre in het midden kan blijven of [X] persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

3.10. Voor zover QLS [X] verwijt dat hij wist dat het systeem was gewijzigd in een keycard-systeem en dat [X] onvoldoende erop heeft toegezien dat door middel van het keycard-systeem misbruik werd gemaakt door [A] (uit het proces-verbaal van comparitie lijkt een dergelijk verwijt af te leiden), overweegt het hof als volgt.

De Stichting Derdengelden fungeerde als stichting derdengelden ten behoeve van de door [A] zelfstandig gevoerde advocatenpraktijk. Het kantoor van [X] was gevestigd op een ander adres dan dat van [A] en van de Stichting Derdengelden. [X] heeft onweersproken aangevoerd dat hij was getreden tot de aan het kantoor van [A] verbonden Stichting Derdengelden onder de verzekering dat [A] de Stichting Derdengelden niet of nauwelijks zou gebruiken. Daarmee strookt dat pas ongeveer anderhalf jaar na de oprichting van de Stichting Derdengelden een bankrekening is geopend en dat [X] pas enkele maanden na het openen van de rekening enkele betalingsopdrachten heeft moeten autoriseren. Voorts heeft [X] onweersproken aangevoerd dat de overboekingen die hij wel heeft geautoriseerd geschieden door het handmatig plaatsen van een tweede handteke-

ning onder een betalingsopdracht. Weliswaar staat vast dat Rabobank twee keypassen heeft verzonden naar het kantooradres van de Stichting Derdengelden, tevens kantooradres van [A], ook staat vast dat [X] nooit een keypas heeft ontvangen. QLS heeft niet weersproken de stelling van [X] dat deze niet wist dat het keypassysteem inmiddels was ingevoerd doordat beide keypassen waren verzonden naar het kantooradres van de Stichting Derdengelden, tevens kantooradres van [A].

3.11. Kennelijk refererend aan de onder 2.5 bedoelde faxbrieven heeft [X] ter comparitie aangevoerd dat hij ervan uitging dat een keypas niet kon worden geactiveerd zonder dat persoonlijk met hem contact zou worden opgenomen om te verifiëren wie hij was. Uit het proces-verbaal van de comparitie blijkt niet dat QLS dit verweer heeft weersproken; ook in hoger beroep heeft QLS zich niet over dit verweer uitgelaten. Evenmin heeft QLS onderbouwd waarom [X] niet van deze veronderstelling – die het hof op voorhand ook niet onaannemelijk voorkomt – heeft mogen uitgaan. Tegen deze achtergrond behoefde [X] redelijkerwijs geen rekening te houden met de mogelijkheid dat [A] misbruik zou maken van zijn keycard. Voor zover van [X] in het licht van de onder 2.5 bedoelde faxbrieven mocht worden verwacht dat hij bij Rabobank of [A] navraag zou doen wanneer hij de kennelijk aangevraagde keypas zou ontvangen, valt hem dat persoonlijk niet zodanig aan te rekenen dat kan worden gesproken van een *ernstig* verwijt.

3.12. Gelet op het voorgaande behoeven de *grievens 1 tot en met 4* verder geen behandeling. Voorts kan bij deze stand van zaken in het midden blijven of QLS wel krachtens cessie rechthebbende is geworden van de (gepretendeerde) vorderingen op [X].

3.13. *Grief 5* is gericht tegen rov. 5.14 en betreft de toewijzing door de rechtbank van de vorderingen van [X] in verband met de door QLS gelegde beslagen.

3.14. Voor zover de grief voortbouwt op de voorgaande grieven, deelt zij in het lot ervan. De grief faalt eveneens, voor zover zij betoogt dat de mogelijkheid van schade niet aannemelijk is geworden. Het enkele feit dat een kort geding noodzakelijk was om enkele van de beslagen op te heffen maakt de mogelijkheid van schade aannemelijk.

3.15. *Grief 6* mist zelfstandige betekenis en kan daarom verder onbesproken blijven.

3.16. De bewijsaanbiedingen hebben geen betrekking op feiten en omstandigheden die, indien bewezen, tot een andere beslissing in deze zaak kunnen leiden en worden daarom als niet ter zake dienend gepasseerd. Andere weren, waaronder de betwisting door [X] van de geldigheid van de cessie, kunnen bij deze stand van zaken eveneens onbesproken blijven.

3.17. De grieven kunnen niet tot vernietiging leiden. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. QLS zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

4. Beslissing

Het hof:

- 4.1. bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
- 4.2. veroordeelt QLS in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);
- 4.3. verklaart de onder 4.2 bedoelde veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. In bovenstaande beslissing staat de externe aansprakelijkheid van bestuurders van een stichting centraal. Zie daarover mijn eerdere noot bij Rb. Rotterdam 9 augustus 2017, «JOR» 2018/89 (*Stichting HvH*). In dit geval ging het om een bestuurder van een stichting derdengelden.
2. Het was en is niet ongebruikelijk dat advocaten van verschillende kantoren gebruikmaken van een gezamenlijke stichting derdengelden. Een dergelijke stichting hoeft evenwel niet een bankrekening aan te houden en als deze er wel een aanhoudt, kan het zo zijn dat deze nauwelijks wordt gebruikt. Dat was ook het geval in deze zaak. X en A hadden ieder een eigen advocatenkantoor en maakten gebruik van dezelfde stichting. Zij waren beiden bestuurder, maar waren krachtens de statuten alleen gezamenlijk bevoegd de stichting te vertegenwoordigen. Die gezamenlijke bevoegdheid werd voorgeschreven door de toen voor advocaten geldende Boekhoudverordening. De stichting hield kantoor aan het kantooradres van A. X en A maakten geen, althans nauwelijks gebruik van de stichting. Pas anderhalf jaar na de oprichting heeft de stichting in juni 2011 een bankrekening geopend en vervolgens hebben in oktober 2011 in opdracht van A drie betalingen plaatsgevonden waar X als

medebestuurder zijn akkoord voor had verleend. Ruim een jaar later ging het mis. In november 2012 maakte A kennelijk misbruik van de stichting door derdengelden die hij van Z had ontvangen te gebruiken voor een ander doel dan waarvoor deze bestemd waren. Het kantoor van A is kort daarna gefailleerd en A is door de raad van discipline geroyeerd. Z heeft X vervolgens voor de verloren gelden aansprakelijk gesteld op grond van zogenoemde externe bestuurdersaansprakelijkheid en heeft zijn vordering op X later gecedeerd aan de eisende partij in deze procedure, QLS.

3. In de procedure voor de rechtbank stelde QLS dat X aansprakelijk is omdat hij als bestuurder van de stichting onvoldoende controle zou hebben uitgeoefend om te voorkomen dat de betalingsopdrachten in november 2012 zijn uitgevoerd. Daarmee zou hij zijn taak als bestuurder onbehoorlijk hebben vervuld en onrechtmatig jegens Z hebben gehandeld. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen en ook bij het hof vangt QLS bot. Het hof wijst de vordering af met toepassing van een vereenvoudigde en verkorte versie van de standaardoverweging uit HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*) (r.o. 3.7). Dit arrest maakt onderscheid tussen twee varianten van externe bestuurdersaansprakelijkheid, namelijk (i) het geval dat de bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld en (ii) het geval dat de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. De Hoge Raad overwoog dat in beide gevallen in het algemeen alleen dan mag worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een “voldoende ernstig verwijt” kan worden gemaakt.

4. Het gaat hier om variant (ii) uit *Ontvanger/Roelofsen*. X wordt in feite verweten te hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de stichting haar wettelijke en contractuele verplichtingen niet is nagekomen. Er is hier sprake geweest van “toelaten” doordat X, aldus QLS, onvoldoende toezicht op medebestuurder A zou hebben gehouden. In de zaak HR 30 maart 2018, «JOR» 2018/234, m.nt. Kraaijpoel (*X c.s./TMF*) overwoog de Hoge Raad in dit verband: “Op

zichzelf is juist dat ook het houden van onvoldoende toezicht op de uitoefening van een taak door een medebestuurder onder omstandigheden persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder kan meebrengen.” De Hoge Raad achtte die omstandigheden in die zaak echter niet aanwezig (zie kritisch hierover P. van Schilfgaarde in *NJ* 2018/330, R.A. Wolf in «JIN» 2018/95, E. van Wechem en J. Rinkes in *NJB* 2018/35, p 2587-2597 en W.A. Westenbroek, ‘Het trustkantoor als bestuurder en “omgaan” in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht’ in *O&F* 2018/3, p. 14-32).

5. In de onderhavige zaak ziet het hof evenmin aanleiding voor persoonlijke aansprakelijkheid. Het overweegt daartoe in r.o. 3.8 dat “het antwoord op de vraag of de bestuurder van het houden van onvoldoende toezicht persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, afhankelijk [is] van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval”. Deze overweging komt mij wat ingewikkeld voor: de vraag is immers simpelweg of X de norm als bedoeld in art. 6:162 BW heeft geschonden jegens Z door na te laten voldoende toezicht te houden op zijn medebestuurder als gevolg waarvan hij heeft toegelaten dat de stichting haar wettelijke en contractuele verplichtingen niet is nagekomen. Het hof had in lijn met r.o. 3.5.2 van voormeld arrest *X c.s./TMF* wellicht beter kunnen overwegen dat “het antwoord op de vraag of de bestuurder onvoldoende toezicht heeft gehouden en daarom op basis van onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW aansprakelijk is jegens Z, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval”. Ik heb in dit verband al vaker betoogd dat het door de Hoge Raad in HR 23 november 2012, «JOR» 2013/40, m.nt. Van Andel en Rutten (*Spaanse Villa*) gemaakte onderscheid tussen de “gewone” onrechtmatige daad en externe bestuurdersaansprakelijkheid waarvoor de “ernstig verwijt”-maatstaf zou gelden niet bestaat en dat voor het gebruik van de “ernstig verwijt”-maatstaf geen noodzaak noch rechtvaardiging bestaat. Zie W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), IVOR nr. 108, 2017, par. 10.2 en 10.3. Het bedoelde onderscheid is door Verstijlen dan ook terecht als “kunstmatig” bestempeld (F.M.J. Verstijlen, ‘Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid’, *NJB* 2013/551, afl. 11, p. 664-670).

6. Waar het bij de beoordeling van externe aansprakelijkheid om gaat, is dat de dwingendrechtelijke (in beginsel interne) norm van art. 2:9 BW (die tevens collegiaal toezicht behelst) ook een maatschappelijke functie heeft en daarom art. 6:162 BW kan invullen. B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium voor het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1106 stelde dan ook terecht dat het in de rede ligt de maatman evenzeer tot uitgangspunt te nemen in de externe aansprakelijkheidsanalyse op de voet van art. 6:162 BW. In Westenbroek 2017, par. 10.8 spreek ik in dit verband van de bewaarnemersrol van de bestuurder omdat de bestuurder op grond van art. 2:9 BW een – mede door het rechtspersonenrecht bepaalde – maatschappelijke positie bekleedt waarbij hij een “trusteefunctie”, een bewakers- of bewaarnemersrol vervult ten opzichte van de hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen (Asser/Maeijer/VanSolinge & NieuweWeme 2-II* 2009/482 en Asser/Maeijer 2-III, 2000/ 321). Die belangen omvatten mede de belangen van werknemers en crediteuren (T.T. van Zanten & B.F. Assink, ‘Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!’, *TvI* 2008/4, p. 165-167). Dat een bestuurder van een stichting derdengelden een bewaarnemersrol heeft ten opzichte van derden wiens gelden door de stichting worden beheerd behoeft volgens mij geen nadere toelichting.

7. Ter beantwoording van de vraag of X de voornoemde bewaarnemersrol die voortvloeit uit art. 2:9 BW heeft geschonden door onvoldoende toezicht op medebestuurder A te hebben gehouden, moet eerst worden vastgesteld dat art. 2:9 BW een verplichting legt op bestuurders om toezicht te houden op elkaar en om zo nodig in te grijpen. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28, item 4 en *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 6 en 15. Deze verplichting om de taak “collegiaal behoorlijk te vervullen” (zie Westenbroek diss. 2017, par. 3.6.3) strekt ook ter bescherming van derden, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij art. 2:138/248 BW, welke bepaling het belang van crediteuren dient: “Een bestuurder die zich niet op de hoogte laat (of wil) stellen gaat dus niet vrijuit” (*Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 4 en 6). Het is verder een verplichting waar het “bange bestuurders”-argument dat heeft geleid

tot de rechtvaardiging van de “ernstig verwijt”-maatstaf in HR 5 september 2014, «JOR» 2014/296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air*) en HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (*RCI/Kastrop*) als “hoge drempel” voor aansprakelijkheid wegens een “maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen” niet opgaat. Zie Westenbroek 2017, par. 10.6 en mijn noot bij «JOR» 2018/89. Bij een stichting derdengelden die per definitie niet “onderneemt” maar gelden van derden beheert, gaat dat argument vanzelfsprekend al helemaal niet op.

8. Uit mijn opmerkingen in punt 6 en 7 volgt dat het niet naleven van de verplichting om de taak collegiaal behoorlijk te vervullen ex art. 2:9 BW kan worden gekwalificeerd als “een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt” als bedoeld in art. 6:162 BW. Als deze normschending tot schade bij Z heeft geleid, zou X op grond van art. 6:162 BW dus aansprakelijk kunnen zijn voor de daaruit voortvloeiende schade. De vraag is echter wanneer sprake is van collegiaal onbehoorlijke taakvervulling. De verplichting om toezicht te houden op elkaar en zo nodig in te grijpen betekent namelijk niet dat de bestuurder niet tevens mag vertrouwen op zijn medebestuurder. Bij zijn collegiale taakvervulling mag de bestuurder voor een groot deel afgaan op de juistheid van hetgeen aan hem door zijn medebestuurders wordt gerapporteerd. Zie M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling* (diss. Rotterdam), *IVOR* nr. 83, 2011/4.2 en Hof Amsterdam 21 september 2010, «JOR» 2011/40, m.nt. Wezeman (*Stichting Freule Lauta van Aysma*), r.o. 4.31 en 4.32. Bestuurders moeten elkaar in beginsel kunnen vertrouwen; hun moet niet achteraf een verwijt kunnen worden gemaakt voor een gerechtvaardigd vertrouwen op de achteraf gebleken onjuiste of gebrekkige informatie van hun medebestuurders (Y. Borrius, *Jaarboek Corporate Governance 2012*, Deventer: Kluwer 2012, par. 8.5.3). De bestuurder kan ook geen verwijt worden gemaakt als er geen aanleiding bestond zelfstandig onderzoek te doen naar de wijze waarop een medebestuurder de aan hem toebedeelde taken heeft vervuld. Zie ook Rb. Oost-

Brabant 17 december 2014, «JOR» 2015/129, m.nt. SCJJK (*Stichting Bureau Jeugdzorg*), r.o. 3.5 en 3.6.

9. Over de toepassing van het voorgaande op het in de onderhavige zaak gemaakte verwijt dat X onvoldoende toezicht op zijn medebestuurder zou hebben gehouden kan ik kort zijn. Uit de behandeling van de omstandigheden van het geval (lees: de feiten) in r.o. 3.9 t/m r.o. 3.11 valt duidelijk op te maken dat X bewust in het ongewisse is gelaten door A. A heeft misbruik gemaakt van de keypas en pincode van X. A heeft in strijd met de statuten zelfstandig betalingen verricht zonder X daarin te betrekken. X had geen aanleiding om zelfstandig onderzoek te doen naar de wijze waarop A zijn taken verrichtte want de eerste transacties in oktober 2011 waren gewoon met toestemming van X verricht en daarna heeft de stichting tot de bewuste betalingen in november 2012 helemaal geen betalingen verricht. Dat X door het hof niet aansprakelijk wordt gehouden acht ik dan ook volkomen terecht. Niet omdat X geen ernstig verwijt valt te maken, maar omdat X gelet op de omstandigheden van het geval geen gewoon verwijt van (collegiaal) onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW valt te maken en dus, bij gebreke van enige ander gesteld feit dat tot toepassing van art. 6:162 BW kan leiden, evenmin een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW heeft begaan.

W.A. Westenbroek,
advocaat bij Westlegal te Amsterdam en verbonden aan Erasmus School of Law

56

Rechtbank Midden-Nederland
19 december 2018, nr. HA RK 18-283,
ECLI:NL:RBMNE:2018:6261
(mr. Verschoof)
Noot mr. drs. M.E.N. van Haren

Civielrechtelijk bestuursverbod op verzoek van Openbaar Ministerie. Schorsing van bestuurder voor duur van geding.

[Fw art. 106a, 106b, 106c]

[Belanghebbende] kan een persoonlijk verwijt worden gemaakt van de faillissementen van [rechtspersoon 1], [rechtspersoon 3] en [rechtspersoon 2], die na de inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod (1 juli 2016) zijn uitgesproken. Dat is op grond van art. 106a lid 1 sub d Fw reden om een bestuursverbod op te leggen.

De rechtbank kan [belanghebbende] schorsen voor "ten hoogste de duur van het geding" (art. 106c lid 4 en 5 Fw) en gaat ervan uit dat daarmee wordt bedoeld dat de schorsing kan voortduren tot de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan of door een andere rechterlijke uitspraak terzijde is gesteld. Als dat niet zo was, zou dat namelijk betekenen dat [belanghebbende] zijn bestuursbevoegdheden ondanks de schorsing opnieuw kan uitoefenen, zolang de beschikking nog niet in kracht van gewijsde is. Dat gaat in tegen de bedoeling van de wetgever om faillissementsfraude te bestrijden. De rechtbank schorst [belanghebbende] als bestuurder en legt [belanghebbende] een bestuursverbod op.

Openbaar Ministerie te Zwolle,
verzoekster,
gemachtigde: mr. J.C.G. van der Wulp (officier van justitie),
tegen
[belanghebbende],
niet verschenen.

(...; red.)

2. Het verzoek en de beoordeling

2.1. [belanghebbende] is de afgelopen jaren als bestuurder en/of aandeelhouder betrokken geweest bij 109 rechtspersonen, waarvan een groot