

via een elektronisch communicatiemiddel zijn uitgebracht, worden gelijkgesteld met stemmen die ten tijde van de vergadering worden uitgebracht. Om voorafgaand aan de vergadering elektronisch te kunnen stemmen is niet vereist dat de oproeping vermeldt dat dat kan. Dat geldt blijkens de statuten slechts voor elektronisch stemmen tijdens de vergadering (zie het in r.o. 2.3 aangehaalde art. 23 van de statuten). Ervan uitgaande dat de in r.o. 2.8 genoemde mededeling van B dat hij tegen het voorstel stemt via een elektronisch communicatiemiddel (bijvoorbeeld e-mail) is geschied, heeft B rechtsgeldig gestemd. Daardoor staken de stemmen en zou de conclusie moeten zijn dat het voorstel is verworpen (zie het in r.o. 2.3 aangehaalde art. 25 van de statuten). Bij dit alles geldt overigens als uitgangspunt dat sprake was van een algemene vergadering. Daarover kan worden getwist nu aan de oproeping door A geen (althans geen kenbaar) rechtsgeldig bijeenroepingsbesluit van het bestuur ten grondslag lijkt te liggen.

4. *Vertegenwoordiging.* Bij C komt de vertegenwoordigingsbevoegdheid toe aan (i) het bestuur (art. 2:240 lid 1 BW), en (ii) twee gezamenlijk handelende bestuurders (zie het onder 2.3 aangehaalde art. 17 van de statuten). Het debat spitst zich toe op de vraag of C rechtsgeldig door haar bestuur (dus het orgaan) wordt vertegenwoordigd. Daarvoor is, zo meent de voorzieningenrechter terecht, een geldig meerderheidsbesluit van het bestuur (of na de vermeend nodige escalatie de algemene vergadering) tot het aanhangig maken van het kort geding nodig. Dit is het leerstuk van de zogeheten vertegenwoordiging krachtens bestuursbesluit, zie daarover Asser/Kroeze 2-I 2021/327. Een dergelijk (rechtsgeldig) besluit is er niet en dus is C niet-ontvankelijk. In het kader van de ontvankelijkheidsvraag had A wellicht beter wat meer kunnen aansturen op een beoordeling van de vertegenwoordiging van C door hem als bestuurder. Op de "tweehandtekeningenclausule" kan immers alleen C en niet B een beroep doen (art. 2:240 lid 3 BW). Bovendien wordt wel aangenomen dat het in art. 2:240 BW vervatte richtlijnstelsel niet ziet op, kort gezegd, procesvertegenwoordiging en in een situatie zoals hier een beroep op de tweehandtekeningenclausule misbruik van vertegenwoordigings-(on)bevoegdheid zou opleveren, althans in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn. Zie r.o. 4.4 van Vznr. Rb. Limburg 28 april 2015,

ECLI:NL:RBLIM:2015:3601, «JIN» 2015/109 en de noot van Gepken-Jager daarbij en ook haar noot, met name punt 4 t/m 6, bij Vznr. Rb. Haarlem 9 december 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU7748, «JOR» 2012/102.

mr. E.-J. Breukink
universitair docent ondernemingsrecht aan de Radboud Universiteit en adviseur bij De Brauw Blackstone Westbroek NV

36

Aansprakelijkheid van feitelijk beleidsbepalers

Rechtbank Amsterdam
4 mei 2022, nr. HA ZA 21-392,
ECLI:NL:RBAMS:2022:2144
(mr. Van Eekeren)
Noot prof. dr. J. Roest

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad. Tweede categorie Ontvanger/Roelofsen. Rechtsmacht en toepasselijk recht. Feitelijk beleidsbepalers. Verwijzing naar uitspraak van College van Beroep voor het bedrijfsleven voor onderbouwing van kwalificatie. Feitelijk beleidsbepalers treft ernstig verwijt.

[BW art. 6:162]

Op de eerste plaats zijn aan de orde de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en de vraag naar het toepasselijke recht. [Eiser] had zijn woonplaats in Nederland. [Gedaagde 2] heeft zijn woonplaats in [woonplaats 2], in het buitenland. De zaak heeft daarmee een internationaal karakter. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter moet in beginsel worden vastgesteld aan de hand van art. 4 lid 1 EEX-Vo. Hierin is bepaald dat in het geval de verweerder geen woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, de bevoegdheid wordt geregeld door de wetgeving van die lidstaat. Dit betekent dat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in dit geval moet worden vastgesteld aan de hand van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De Nederlandse rechter is bevoegd om van de vordering tegen

[gedaagde 1] kennis te nemen. Dit brengt met zich dat hem ook ten aanzien van [gedaagde 2] rechtsmacht toekomt. [Gedaagde 1] en [gedaagde 2] zijn in hetzelfde geding als gedaagden betrokken en tussen de vorderingen tegen hen bestaat zodanige samenhang dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen (art. 7 lid 1 Rv).

Het toepasselijke recht moet worden vastgesteld aan de hand van de verordening Rome II. Het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad is het recht van het land waar de schade zich voordoet (art. 4 lid 1 Rome II). [Eiser] heeft onweersproken gesteld dat hij zijn schade in Nederland lijdt. Bij de beoordeling zal daarom Nederlands recht worden toegepast.

Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of [gedaagde 1] en [gedaagde 2] als feitelijk beleidsbepalers van Carigna aansprakelijk zijn te houden voor het feit dat de vordering van [eiser] onbetaald blijft en hij geen verhaal kan halen op vermogensbestanddelen van Carigna.

Uitgangspunt is dat een rechtspersoon zelf aansprakelijk is voor verbintenissen die op haar rusten. Wanneer een rechtspersoon tekortschiet in de nakoming van de op haar rustende verbintenis, kan onder bijzondere omstandigheden naast de rechtspersoon ook een bestuurder van die rechtspersoon aansprakelijk zijn voor de schade. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder van die benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als hiervoor bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Dat zal zich onder meer kunnen voordoen – voor zover hier van belang – als de bestuurder wist of heeft behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen)). Er kunnen zich daarnaast ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. In zijn uitspraak van 23 mei 2014, «JOR» 2014/229, m.nt. Van Bekkum (ECLI:NL:HR:2014:1204) heeft de Hoge Raad ge-

oordeeld dat deze maatstaf ook van toepassing is in het geval een feitelijk beleidsbepaler wordt aangesproken.

[Eiser] heeft voldoende aangedragen om [gedaagde 1] en [gedaagde 2] als feitelijk beleidsbepalers te kwalificeren. In dit verband is het volgende van belang.

Ten aanzien van [gedaagde 1] staat vast dat hij oprichter is van de [naam bedrijf]-groep. [Eiser] heeft onbetwist gesteld dat Carigna deel uitmaakt van de [naam bedrijf]-groep. [Gedaagde 1] hield kantoor in Londen (Engeland), waar het hoofdkantoor van de [naam bedrijf]-groep was gevestigd. Op ditzelfde adres ontving Carigna haar post, waaronder de aanschrijvingen tot betaling van [eiser].

[Eiser] heeft ook gewezen op verschillende uitspraken van (buitenlandse) rechters waarin [gedaagde 1] is aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler van de [naam bedrijf]-groep dan wel Carigna. In dit verband is ook de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 31 juli 2007, «JOR» 2007/38 (ECLI:NL:CBB:2007:BB3788) gewezen tussen Carigna (als appellante) en De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) van belang. Het CBB is tot het oordeel gekomen dat [gedaagde 1] als feitelijk beleidsbepaler kon worden aangemerkt.

Wat betreft [gedaagde 2] heeft [eiser] eveneens gewezen op de hiervoor genoemde uitspraak van het CBB. Het CBB heeft geoordeeld dat ook [gedaagde 2] als feitelijk beleidsbepaler kon worden aangemerkt. [Gedaagde 2] heeft aangevoerd dat de vraag of iemand beleidsbepaler is onder de Wet inzake de geldtransactiekantoren (hierna: Wgt), die in de uitspraak van het CBB aan de orde was, anders wordt getoetst dan in het civiele recht. Hij heeft daarbij erop gewezen dat onder de Wgt geen onderscheid werd gemaakt naar de mate van invloed die een persoon op het beleid heeft. In het kader van bestuurdersaansprakelijkheid gaat het om de concrete omstandigheden van het geval, aldus [gedaagde 2]. Dit verweer baat hem echter niet. In dit geval volgt uit de uitspraak van het CBB dat [gedaagde 2] tot het senior managementteam van de [naam bedrijf]-groep behoorde en dat hij medeverantwoordelijk was voor de “Finance” en “Operations” van de [naam bedrijf]-groep. Aangenomen wordt dat [gedaagde 2], gelet op deze posities en mede gelet op de omstandigheid dat hij deze posities samen met [gedaagde 1] vervulde, een aanzienlijke invloed had

op het beleid van de [naam bedrijf]-groep waarvan Carigna deel uitmaakte. Het lag op de weg van [gedaagde 2] inzichtelijk te maken waarom in dit geval zijn mate van invloed op het beleid zo verwaarloosbaar was, dat hij niet kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler als bedoeld in de rechtspraak van de Hoge Raad. Dat heeft hij niet gedaan.

Tegen de achtergrond van de door [eiser] naar voren gebrachte omstandigheden mocht van [gedaagde 2] worden verwacht dat hij duidelijk maakt wie, als hij niet zelf feitelijk beleidsbepaler was, volgens hem het beleid bepaalde. Dat heeft hij niet gedaan. De conclusie is dan dat ook [gedaagde 2] als feitelijk beleidsbepaler van Carigna moet worden aangemerkt.

Gelet op deze omstandigheden moet de conclusie zijn dat [gedaagde 1] en [gedaagde 2] als de feitelijk beleidsbepalers van Carigna wisten of behoorden te begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade van [eiser]. Hiervan kan hun persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. Zij zijn daarom aansprakelijk voor de schade die [eiser] als gevolg hiervan heeft geleden.

Wijlen [eiser],
eiser in conventie,
verweerder in reconventie,
verweerder in incident,
advocaat: mr. H.J. Bos,
tegen

1. wijlen [gedaagde 1],
gedaagde,
eiser in incident,
advocaat: (aanvankelijk mr. R.M.T. van den Bosch, thans:) zonder advocaat,
2. [gedaagde 2],
gedaagde in conventie,
eiser in reconventie,
advocaat: mr. R.M.T. van den Bosch.

(...; red.)

2. Inleiding

Deze zaak is een uitvloeisel van een geschil tussen (thans wijlen) [eiser] en Carigna Investments N.V. (hierna: Carigna). Carigna is veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan [eiser]. [eiser]

heeft geprobeerd de uitspraak waarbij Carigna is veroordeeld op vermogensbestanddelen van Carigna te executeren. Dit is hem niet gelukt. In deze procedure moet de vraag worden beantwoord of [eiser] (thans wijlen) [gedaagde 1] en [gedaagde 2] kan aanspreken tot vergoeding van door hem gestelde schade, als gevolg van het uitblijven van betaling door Carigna. De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend.

3. De feiten in conventie en in reconventie

3.1. [gedaagde 1] was de oprichter van [naam bedrijf], een internationale keten van grenswisselkantoren die wereldwijd onder verschillende namen hun diensten verlenen. [gedaagde 1] is in 2018 overleden. [gedaagde 2] is een zoon van [gedaagde 1].

3.2. [eiser] was de eigenaar van een hotel gelegen aan [locatie]. Hij is op 28 september 2021 overleden.

3.3. Carigna is een vennootschap naar het recht van Curaçao. Zij is in 1983 opgericht. Sinds haar oprichting wordt zij steeds bestuurd door de vennootschappen Ferry Close Ltd. en Secoren Ltd, beide gevestigd te [woonplaats 2]. Gelijktijdig met deze bestuurders zijn er in de loop van de tijd ook andere rechtspersonen bestuurder van Carigna geweest.

3.4. De aandelen van Ferry Close Ltd. en Secoren Ltd. worden voor 99% gehouden door de vennootschap Berkeley Nominees Inc., gevestigd te Panama. De aandelen in Berkeley Nominees Inc. worden gehouden door de vennootschap Inver Trust Corporation N.V. Inver Trust Corporation N.V. is de houdstermaatschappij van de activa van de trusts van de familie [gedaagde 1]. [gedaagde 1] was bestuurder van deze laatste vennootschap.

3.5. Carigna dreef tot 2004 in Amsterdam een grenswisselkantoor onder de naam [naam bedrijf]. Verder heeft zij filialen in zeven andere landen.

3.6. De kantonrechter van deze rechtbank heeft Carigna – in een tegen haar door [eiser] gevoerde schadestaatprocedure – bij vonnis van 12 mei 2010 veroordeeld om aan [eiser] schadevergoeding te betalen. Carigna is veroordeeld tot betaling van EUR 3.585.411,-, te vermeerderen met wettelijke handelsrente. Verder is zij veroordeeld tot vergoeding van kosten van EUR 23.942,80 en tot vergoeding van proceskosten van totaal

EUR 24.010,71. Carigna is van het vonnis in hoger beroep gegaan.

3.7. Het vonnis van 12 mei 2010 is op 9 juni 2010 aan Carigna betekend.

3.8. Carigna is per 7 maart 2012 uitgeschreven uit de Commercial Register of the Curaçao Chamber of Commerce & Industry (vergelijkbaar met het handelsregister van de Kamer van Koophandel in Nederland, hierna: het register). Uit een door [eiser] in de procedure ingebracht uittreksel uit het register blijkt dat Carigna in 2013 weer in het register als ingeschreven stond vermeld.

3.9. Bij arrest van 12 februari 2013 heeft het gerechtshof Amsterdam het tussen [eiser] en Carigna gewezen vonnis bekrachtigd. Het arrest is op 15 maart 2013 aan Carigna betekend. Het arrest is in kracht van gewijsde gegaan.

3.10. Op 17 mei 2013 heeft de krant Het Financieel Dagblad (hierna: het FD) een artikel geplaatst over [gedaagde 1] en [gedaagde 2]. De kop luidt “Nederlandse ondernemer jaagt op miljoenen van [naam bedrijf]-keten”, met als subkop “Britse eigenaar geldwisselkantoren zou verstoppertje spelen voor zijn schuldeiser”. In het artikel staat onder meer en voor zover hier van belang:

Advocaat Bos probeert nu een doorbraak te forceren. Komende week laat hij in Groot-Brittannië [gedaagde 1] en [gedaagde 2] persoonlijk dagvaarden om de verschuldigde € 12,5 mln aan zijn cliënt uit te betalen.

Het artikel bevat een aantal citaten van uitspraken van de advocaat van [eiser], mr. Bos, die hij tegenover de journalist heeft gedaan. [eiser] advocaat heeft het artikel op de website van zijn advocatenkantoor geplaatst. Het artikel was ten tijde van het instellen van de eis in reconventie nog op de website raadpleegbaar.

4. Het geschil

In conventie

4.1. [eiser] wil – samengevat – dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. voor recht verklaart dat [gedaagden] onrechtmatig tegenover hem heeft gehandeld;

2. [gedaagden] hoofdelijk veroordeelt tot betaling aan [eiser] van EUR 3.858.411,-, te vermeerderen met wettelijke handelsrente en totaal EUR 282.964,36 aan (proces)kosten;

3. [gedaagden] veroordeelt in de (na)kosten van deze procedure en tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten.

4.2. [eiser] baseert zijn vordering op het volgende. Carigna is met het vonnis van 12 mei 2010 veroordeeld aan [eiser] EUR 3.858.411,- te betalen, te vermeerderen met wettelijke handelsrente. Dit vonnis is na bekrachtiging door het gerechtshof in kracht van gewijsde gegaan. [eiser] heeft geprobeerd het vonnis tegen Carigna te executeren, maar dit lukt niet. De oorzaak hiervan ligt in het handelen en [gedaagde 1] en [gedaagde 2], die zijn aan te merken als de feitelijke beleidsbepalers van Carigna en [naam bedrijf], de groep vennootschappen waar Carigna deel van uitmaakt. Dat zij feitelijk beleidsbepalers van de [naam bedrijf]-groep en daarmee ook van Carigna zijn, volgt uit meerdere rechterlijke uitspraken waarbij [gedaagden], [gedaagde 1], [gedaagde 2] dan wel Carigna partij was. De formele bestuurders van Carigna zijn niet meer dan brievenbussen. Er gebeurt niets in de tot [naam bedrijf]-groep behorende vennootschappen zonder toestemming van [gedaagden] bewerkstelligt als feitelijk beleidsbepaler dat Carigna haar betalingsverplichtingen tegenover [eiser] niet nakomt. Van dit handelen kan [gedaagden] persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. [gedaagden] is persoonlijk aansprakelijk, omdat aannemelijk is dat hij Carigna heeft leeggehaald, althans het vermogen en/of de vennootschap over de wereld verschuift zodat executie van het vonnis niet kan plaatsvinden. Het valt [gedaagden] als feitelijk beleidsbepaler te verwijten dat hij Carigna wel laat bestaan, maar inmiddels alle activa uit de vennootschap heeft verwijderd. [gedaagden] handelt hiermee onrechtmatig tegenover [eiser]. [eiser] lijdt schade door het onrechtmatig handelen van [gedaagden] De schade bestaat uit het bedrag dat Carigna op grond van het vonnis van 12 mei 2010 aan [eiser] moest betalen: EUR 3.858.411,- te vermeerderen met wettelijke handelsrente, EUR 23.942,80 aan kosten en EUR 24.010,71 aan proceskosten. Verder bestaat de schade uit kosten die [eiser] heeft moeten maken voor het innen van zijn vordering. [eiser] begroot deze schade op EUR 220.777,28. [gedaagden] moet de schade aan [eiser] vergoeden.

4.3. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] voeren verweer.

4.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover voor de beoordeling van belang, (nader) ingegaan.

In reconventie

4.5. [gedaagde 2] wil – samengevat – dat de rechtbank bij zijn kennis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. voor recht verklaart dat [eiser] met het instellen van zijn vordering(en) tegen [gedaagde 2] misbruik van procesrecht maakt, althans onrechtmatig handelt;

2. voor recht verklaart dat [eiser] geen vordering(en) op [gedaagde 2] heeft en dat [gedaagde 2] aan [eiser] niets verschuldigd is;

3. voor recht verklaart dat [eiser] met het in het FD laten publiceren (en online beschikbaar laten maken en houden) van een artikel waarin door zijn advocaat wordt meegedeeld dat [eiser] een vordering op [gedaagde 2] persoonlijk had onrechtmatig tegenover [gedaagde 2] handelt en aansprakelijk is voor de door [gedaagde 2] als gevolg daarvan geleden en nog te lijden schade;

4. [eiser] veroordeelt tot vergoeding van de door [gedaagde 2] als gevolg van de onder 2 en 3 omschreven onrechtmatige gedragingen geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vermeerderen met wettelijke rente;

5. [eiser] veroordeelt in de werkelijke kosten van de procedure.

4.6. [gedaagde 2] baseert zijn vorderingen op het volgende. [eiser] heeft [gedaagde 2] zonder enige grond en rauwelijks in rechte betrokken. Hij wist, dan wel moest begrijpen, dat hij geen vordering op [gedaagde 2] heeft en dat zijn vordering geen kans van slagen heeft. [eiser] maakt misbruik van procesrecht en handelt hierdoor onrechtmatig tegenover [gedaagde 2].

Het in het FD gepubliceerde artikel bevatte de misleidende mededeling dat [eiser] een vordering van 12,5 miljoen euro heeft op [gedaagde 1] en [gedaagde 2]. Het artikel is tendentieus, bevat veel suggestieve en onjuiste informatie, verdachtmakingen en ernstige verwijten. De strekking van het artikel was dat [gedaagden] onbetrouwbaar is, vermogensbestanddelen voor schuldeisers verstopt en hen daarmee dupeert. [gedaagde 2] is daarmee in een kwaad daglicht gesteld en zijn reputatie is als gevolg van het artikel beschadigd. [eiser] advocaat heeft het artikel op zijn website geplaatst. Het is daar nog steeds te lezen. [eiser] heeft echter geen vordering op [gedaagde 2]. De mededeling dat [gedaagde 2] persoonlijk een schuld aan [eiser] heeft van 12,5 miljoen euro is onrechtmatig. Het doen, dan wel laten doen, van deze onrechtmatige mededeling is een onrecht-

matige daad van [eiser] als bedoeld in artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), dan wel van zijn advocaat. In het laatste geval is [eiser] op grond van artikel 6:172 BW hiervoor aansprakelijk. Ook het gepubliceerd houden van het artikel is onrechtmatig tegenover [gedaagde 2]. [gedaagde 2] lijdt als gevolg van het onrechtmatig handelen schade, die bij staat moet worden vastgesteld en door [eiser] moet worden vergoed.

4.7. [eiser] voert verweer.

4.8. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover voor de beoordeling van belang, (nader) ingegaan.

*5. De beoordeling**Gevolgen overlijden [gedaagde 1] en [eiser] voor de procedure*

5.1. [eiser] heeft [gedaagde 1] en [gedaagde 2] bij exploit van 18 december 2014 gedagvaard om voor deze rechtbank te verschijnen. [gedaagde 1] is verschenen, heeft bevoegdheidsincidenten opgeworpen en voor antwoord geconcludeerd. Mr. Van den Bosch, toen nog advocaat voor [gedaagde 1], heeft bij rolbericht van 27 april 2021 aan de rechtbank laten weten dat [gedaagde 1] in 2018 is overleden en dat hij niet over een volmacht beschikte om de nalatenschap van [gedaagde 1] in de procedure te vertegenwoordigen. Mr. Van den Bosch heeft zich als advocaat van [gedaagde 1] aan de procedure onttrokken. Mr. Van den Bosch heeft tijdens de mondelinge behandeling, waarbij hij als advocaat van [gedaagde 2] optrad, nogmaals bevestigd dat hij niet over een volmacht beschikte om de erfgenamen van [gedaagde 1] te vertegenwoordigen.

5.2. De dood van een partij is grond voor schorsing van de procedure (artikel 225 lid 1 aanhef en onder a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, hierna: Rv). De schorsing vindt plaats doordat de ingeroepen grond van de schorsing aan de andere partij wordt betekend, dan wel door het op de rol nemen van een akte met die strekking (artikel 225 lid 2, eerste volzin, Rv). Als geen betekening plaatsvindt van de ingeroepen schorsingsgrond en op de rol ook geen akte met die strekking wordt genomen, wordt de procedure op naam van de oorspronkelijke partij voortgezet (artikel 225 lid 2, tweede volzin, Rv).

5.3. Uit het procesdossier blijkt niet dat de erfgenamen van [gedaagde 1] aan [eiser] bij exploit de schorsingsgrond hebben betekend. Ook blijkt uit

het procesdossier niet dat de erfgenamen op de rol een akte van die strekking hebben laten nemen. Dit betekent dat de schorsing van de procedure niet tot stand is gekomen. De procedure zal daarom op naam van [gedaagde 1], als de oorspronkelijke partij, worden hervat (zie hierna onder 5.9) en voortgezet.

5.4. Tijdens de mondelinge behandeling heeft mr. Bos verklaard dat [eiser] op 28 september 2021 is overleden. Hij heeft verder verklaard dat de weduwe van [eiser], mevrouw [naam weduwe], de procedure overneemt – naar de rechtbank begrijpt: als erfgenaam van [eiser] –. Dat wat hiervoor onder 5.2 en 5.3 is overwogen geldt ook ten aanzien van [eiser]. De procedure tegen [gedaagde 1] en [gedaagde 2] zal daarom op naam van [eiser], als de oorspronkelijke partij, worden hervat (zie hierna onder 5.9) en voortgezet.

In het incident

5.5. [gedaagde 1] heeft – na een eerder opgeworpen bevoegdheidsincident, dat is verworpen – incidenteel gevorderd dat de rechtbank zich onbevoegd verklaart om kennis te nemen van de vorderingen van [eiser], met veroordeling van [eiser] in de werkelijke kosten van de procedure. Bij tussenvonnis in incident van 7 september 2018 is geoordeeld dat de rechtbank Amsterdam bevoegd is om van het geschil tussen [eiser] en [gedaagde 1] kennis te nemen. De rechtbank blijft bij dit oordeel. Geoordeeld is verder dat, omdat in een andere lidstaat (Ierland) tussen dezelfde partijen een eerdere procedure aanhangig was betreffende hetzelfde onderwerp en berustend op dezelfde oorzaak, de uitspraak in de zaak voor de Nederlandse rechter (inclusief de eventuele kostenveroordeling in het incident) werd aangehouden. De procedure zou worden aangehouden totdat de meest gerede partij bij akte de uitspraak gewezen in de Ierse procedure in het geding had gebracht. Als de bevoegdheid van de Ierse rechter vaststond zou de rechtbank zich in beginsel onbevoegd verklaren. In het andere geval zou de rechtbank de vordering van [eiser] inhoudelijk beoordelen.

5.6. [eiser] heeft na het hiervoor genoemde tussenvonnis een uitspraak van de Ierse rechter in de procedure ingebracht en om vonnis gevraagd. Bij tussenvonnis in incident van 26 september 2018 is geoordeeld dat uit de door [eiser] ingebrachte Ierse uitspraak bleek dat de bevoegdheid van de Ierse rechter nog niet vaststond. De uitspraak in

de procedure voor de Nederlandse rechter is daarom opnieuw aangehouden totdat de meest gerede partij bij akte de uitspraak betreffende de bevoegdheid in de Ierse procedure in het geding zou hebben gebracht.

5.7. [eiser] is, na daartoe door de rechtbank verleend verlof, in hoger beroep gegaan van het vonnis van 7 september 2018 en 26 september 2018. Het gerechtshof Amsterdam heeft bij arrest van 29 september 2020 de tussenvonnissen bekrachtigd.

5.8. [eiser] heeft bij conclusie van antwoord in reïventie de uitspraak van de High Court te Dublin van 22 september 2020 (productie 58) in de procedure ingebracht, gewezen tussen hem en [gedaagde 1]. Deze uitspraak betreft de door [gedaagde 1] tegen [eiser] gestarte Ierse procedure, op grond waarvan de rechtbank de procedure voor de Nederlandse rechter heeft aangehouden. Uit de uitspraak van de High Court blijkt dat het zich – wat betreft het onderwerp dat voor de Nederlandse procedure van belang is – onbevoegd heeft verklaard. Dit is tijdens de mondelinge behandeling van 3 februari 2022 door mr. Van den Bosch bevestigd.

5.9. In het tussenvonnis van 26 september 2018 is bepaald dat de procedure werd aangehouden totdat de meest gerede partij bij akte de uitspraak betreffende de bevoegdheid in de Ierse procedure in het geding zou hebben gebracht. Hoewel de uitspraak door [eiser] is ingebracht bij zijn reactie op de reconventionele eis van [gedaagde 2], moet de voorwaarde voor het voortzetten van de procedure als vervuld worden beschouwd. [eiser] is de meest gerede partij en hij heeft de uitspraak waarbij de Ierse rechter over zijn bevoegdheid heeft beslist in de procedure ingebracht. De Ierse rechter heeft zich onbevoegd verklaard. Dit betekent dat de procedure tegen [gedaagde 1] wordt hervat. [eiser] vorderingen in de hoofdzaak zullen inhoudelijk worden beoordeeld.

5.10. Het oordeel dat de procedure voor de Nederlandse rechter wordt hervat, brengt ook met zich dat de vordering van [gedaagde 1] tot onbevoegdverklaring zal worden afgewezen. De Ierse rechter heeft zich immers onbevoegd verklaard, terwijl de Nederlandse rechter bevoegd is om van de vorderingen van [eiser] kennis te nemen. [gedaagde 1] zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de procedure in het incident aan de kant van [eiser]. Deze worden begroot EUR 563,- (1 punt x tarief EUR

563,-). [gedaagde 1] zal daarnaast worden veroordeeld in de nakosten van de procedure, als onder de beslissing vermeld.

In de hoofdzaak

5.11. [gedaagde 2] is aanvankelijk niet in de procedure verschenen. Er is verstek tegen hem verleend. Mr. Van den Bosch heeft op de rol van 21 april 2021 namens [gedaagde 2] het verstek gezuiverd. [gedaagde 2] is daarmee alsnog in de procedure verschenen. [eiser] heeft zich op het standpunt gesteld dat [gedaagde 2] aan alle tot dan toe gewezen vonnissen is gebonden en dat hij wordt geacht daarvan – naar de rechtbank begrijpt: van de inhoud van die vonnissen – op de hoogte te zijn (artikel 140 Rv).

5.12. Daargelaten dat [eiser] geen consequenties aan zijn standpunt heeft verbonden, gaat hij ten onrechte voorbij aan artikel 142 Rv. Op grond van dit artikel kan degene tegen wie verstek is verleend (in dit geval [gedaagde 2]) alsnog in de procedure verschijnen, zolang het eindvonnis nog niet is gewezen. Tot het moment dat [gedaagde 2] in de procedure verscheen is er geen eindvonnis gewezen. Doordat hij alsnog in de procedure is verschenen vervallen de gevolgen van het tegen hem verleende verstek. [gedaagde 2] kan dan ook in volle omvang verweer voeren.

Bevoegdheid Nederlandse rechter in conventie en in reconventie

5.13. In de zaak tegen [gedaagde 1] is geoordeeld dat de Nederlandse rechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen. Ook ten aanzien van [gedaagde 2] moet nu worden vastgesteld of de Nederlandse rechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen.

5.14. [eiser] had zijn woonplaats in Nederland. [gedaagde 2] heeft zijn woonplaats in [woonplaats 2]. De zaak heeft daarmee een internationaal karakter. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter moet in beginsel worden vastgesteld aan de hand van de EEX-Vo van 22 december 2000¹, die temporeel van toepassing is (artikel 66

lid 2 Brussel-bis²). Artikel 4 lid 1 EEX-Vo bepaalt dat, in het geval de verweerder geen woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, de bevoegdheid wordt geregeld door de wetgeving van die lidstaat. Dit betekent dat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in dit geval moet worden vastgesteld aan de hand van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De Nederlandse rechter is bevoegd om van de vordering tegen [gedaagde 1] kennis te nemen. Dit brengt met zich dat hem ook ten aanzien van [gedaagde 2] rechtsmacht toekomt. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] zijn in hetzelfde geding als gedaagden betrokken en tussen de vorderingen tegen hen bestaat zodanige samenhang dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen (artikel 7 lid 1 Rv).

5.15. Uit artikel 7 lid 2 Rv volgt dat de Nederlandse rechter, omdat die bevoegd is van de vordering in conventie kennis te nemen, ook bevoegd is van de vordering in reconventie kennis te nemen. Tussen de vorderingen in conventie en in reconventie bestaat voldoende samenhang.

Toepasselijk recht in conventie en in reconventie

5.16. [eiser] verwijt [gedaagden] in de kern dat hij als feitelijk beleidsbepaler verhindert dat Carigna de veroordeling tot het betalen van schadevergoeding aan [eiser] nakomt. Volgens [eiser] handelt [gedaagden] hiermee onrechtmatig tegenover hem en moet hij de door [eiser] als gevolg hiervan geleden schade vergoeden. In geschil is aan de hand van het recht van welk land de vordering van [eiser] moet worden beoordeeld.

5.17. Volgens [eiser] moet de vordering aan de hand van Nederlands recht worden beoordeeld, als zijnde het land waar de schade zich voordoet. [gedaagden] is van mening dat de vordering aan de hand van het recht van Curaçao moet worden beoordeeld, als zijnde het land waar Carigna is gevestigd.

5.18. Bij de beantwoording van de vraag naar het toepasselijk recht in conventie staat het volgende voorop. [eiser] woonde in Nederland, [gedaagde 1] had geen bekende woon- of verblijfplaats in

1 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.

2 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 (herschikking).

Nederland en [gedaagde 2] woont in [woonplaats 2]. Carigna is gevestigd op Curaçao. [eiser] heeft onweersproken gesteld dat hij de schade als gevolg van het gestelde onrechtmatig handelen in Nederland lijdt. Anders dan [gedaagde 1] en [gedaagde 2] stellen gaat het in deze zaak niet om een doorbraak van aansprakelijkheid naar de (gesteld) feitelijk beleidsbepaler. [gedaagden] wordt een zelfstandig onrechtmatig handelen verweten. Het door [eiser] gestelde handelen door [gedaagden] behoort daarmee niet tot de verwijzingscategorie van het vennootschaps- en rechtspersonenrecht (zoals [gedaagden] lijken te stellen) maar tot die van de onrechtmatige daad.

5.19. Gelet op dat wat hiervoor is overwogen, moet het toepasselijk recht in conventie worden vastgesteld aan de hand van de verordening Rome II³. De verordening is op 11 januari 2009 in werking getreden en is op grond van artikel 31 Rome II van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan vanaf de inwerkingtreding van de verordening. Uit [eiser] stellingen volgt dat de schade zich ná januari 2009 heeft voorgedaan. Het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad, is het recht van het land waar de schade zich voordoet (artikel 4 lid 1 Rome II). [eiser] heeft onweersproken gesteld dat hij zijn schade in Nederland lijdt. Bij de beoordeling zal daarom Nederlands recht worden toegepast.

5.20. Ook de reconventionele vordering zal aan de hand van Nederlands recht worden beoordeeld. Partijen hebben de vordering respectievelijk het verweer gebaseerd op Nederlands recht. Geen van partijen heeft aangevoerd dat in reconventie een ander rechtsstelsel dan het Nederlandse van toepassing is. De rechtbank leidt daaruit af dat partijen impliciet een rechtskeuze voor de toepassing van Nederlands recht hebben gedaan als bedoeld in artikel 14 Rome II.

Verder in de hoofdzaak in conventie

5.21. In conventie moet de vraag worden beantwoord of [gedaagde 1] en [gedaagde 2] als feitelijk beleidsbepalers van Carigna aansprakelijk zijn te houden voor het feit dat de vordering van [eiser]

onbetaald blijft en hij geen verhaal kan halen op vermogensbestanddelen van Carigna.

5.22. Uitgangspunt is dat een rechtspersoon zelf aansprakelijk is voor verbintenissen die op haar rusten. Wanneer een rechtspersoon tekortschiet in de nakoming van de op haar rustende verbintenis, kan onder bijzondere omstandigheden naast de rechtspersoon ook een bestuurder van die rechtspersoon aansprakelijk zijn voor de schade. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder van die benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

5.23. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als hiervoor bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Dat zal zich onder meer kunnen voordoen – voor zover hier van belang – als de bestuurder wist of heeft behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (HR 8 december 2006 («JOR» 2007/38; *red.*), ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen)). Er kunnen zich daarnaast ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. In zijn uitspraak van 23 mei 2014 («JOR» 2014/229, m.nt. Van Bekkum; *red.*), (ECLI:NL:HR:2014:1204) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze maatstaf ook van toepassing is in het geval een feitelijk beleidsbepaler wordt aangesproken.

5.24. [gedaagde 1] heeft naar voren gebracht dat [eiser] misbruik van procesrecht heeft gemaakt, door in Nederland de onderhavige procedure te starten terwijl in Ierland al een procedure over hetzelfde onderwerp werd gevoerd. Uit de omstandigheid dat de Ierse rechter zich onbevoegd heeft verklaard volgt al dat dit verweer niet kan slagen. Ook inhoudelijk faalt het verweer, gelet op dat wat hierna zal worden overwogen.

Verjaring

5.25. Om tot aansprakelijkheid van [gedaagde 1] en [gedaagde 2] te kunnen komen moet worden onderzocht of zij feitelijk beleidsbepalers van Carigna zijn. Zowel [gedaagde 1] als [gedaagde 2] heeft echter naar voren gebracht dat [eiser]

3 Verordening (EG) nr. 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

rechtshandeling is verjaard. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] hebben allebei aangevoerd dat [eiser] al sinds 2001 tegen Carigna procedeert en dat [eiser] ervan op de hoogte was dat Carigna in 2004 haar onderneming – naar de rechtbank begrijpt: in Nederland – had gestaakt. Als het verweer slaagt hoeft geen verder onderzoek plaats te vinden. Omdat dit het meest verstrekkende verweer is zal het als eerste worden behandeld.

5.26. Het verjaringsverweer faalt. Eventuele bekendheid van [eiser] met het staken van Carigna's onderneming betekent zonder nadere toelichting – die van de kant van [gedaagden] ontbreekt – niet dat hij op dat moment er ook al mee bekend was dat (zoals [eiser] stelt) [gedaagde 1] en [gedaagde 2] verhinderden dat Carigna zijn vordering voldeed en dat het verhaal van zijn vordering op Carigna door [gedaagden] werd verhinderd. Er kan dus niet worden geoordeeld dat hij al sinds 2004 bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke personen, als bedoeld in artikel 3:310 lid 1 BW. Verder heeft [eiser] onweersproken naar voren gebracht dat hij pas in 2013 ermee bekend raakte dat Carigna geen vermogensbestanddelen meer had. Op dat moment is [eiser] bekend geworden met de schade die hij lijdt als gevolg van het gestelde onrechtmatig handelen en met de daarvoor volgens hem aansprakelijke personen. De verjaringsstermijn is op dat moment aangevangen. Met (in ieder geval ook) het uitbrengen van de dagvaarding voor deze procedure in 2014 heeft [eiser] de verjaring van zijn rechtshandeling gestuit (artikel 3:316 lid 1 BW). De stelling van [gedaagde 2] tijdens de mondelinge behandeling dat [eiser] bij akte in de schadeataatprocedure tegen Carigna in 2010 Carigna een “spookpartij” heeft genoemd baat hem niet. [eiser] heeft tegenover deze stelling naar voren gebracht dat hij met de aanduiding “spookpartij” tot uitdrukking bracht dat Carigna steeds wel en dan weer niet leek te bestaan. Om de haverklap was de bestuurder van Carigna onvindbaar, in dit verband is namens [eiser] gewezen op de eveneens gebruikte aanduiding “verstoppertje spelen”. De gebruikte term “spookpartij” zag dus niet op het ontbreken van financiële middelen in Carigna. [gedaagde 2] heeft dit niet weersproken.

Zijn [gedaagde 1] en [gedaagde 2] beleidsbepalers van Carigna?

5.27. [eiser] heeft voldoende aangedragen om [gedaagde 1] en [gedaagde 2] als feitelijk beleids-

bepalers te kwalificeren. In dit verband is het volgende van belang.

5.27.1. Ten aanzien van [gedaagde 1] staat vast dat hij oprichter is van de [naam bedrijf]-groep. [eiser] heeft onbetwist gesteld dat Carigna deel uitmaakt van de [naam bedrijf]-groep. [gedaagde 1] hield kantoor in Londen (Engeland), waar het hoofdkantoor van de [naam bedrijf]-groep was gevestigd. Op dit zelfde adres ontving Carigna haar post, waaronder de aanschrijvingen tot betaling van [eiser]. [eiser] heeft in dit verband onbetwist gesteld dat post gericht aan Carigna linea recta naar het adres van de [naam bedrijf]-groep in Londen werd gezonden. [eiser] heeft onbetwist gesteld dat de bestuurder-rechtspersonen van Carigna niet meer waren dan brievenbussen. Mr. Van den Bosch heeft als advocaat van [gedaagde 1] in het hoger beroep van de tussenvonnissen in incident van deze rechtbank verklaard dat hij zijn opdracht ontving van een jurist van het kantoor in Engeland. [eiser] heeft onbetwist gesteld dat dit het kantoor van de [naam bedrijf]-groep was.

5.27.2. Verder is van belang dat de aandelen van de vaste bestuurders van Carigna (Ferry Close Ltd. en Secoren Ltd.) voor 99% worden gehouden door de vennootschap Berkeley Nominees Inc. De aandelen van deze laatste vennootschap worden gehouden door de vennootschap Inver Trust Corporation N.V. Inver Trust Corporation N.V. is de houdstermaatschappij van de activa en trusts van de familie [gedaagde 1]. [gedaagde 1] was bestuurder van deze laatste vennootschap.

5.27.3. [eiser] heeft onbetwist naar voren gebracht dat de bestuurder van Carigna op Curaçao meerdere malen is vervangen. Dit heeft tot gevolg gehad dat Carigna, op grond van de Curaçaose wet, uit het register is uitgeschreven. Het postadres van Carigna werd dan het adres van het hoofdkantoor van de [naam bedrijf]-groep in Londen. Later is Carigna weer in het register ingeschreven.

5.27.4. [eiser] heeft ook gewezen op verschillende uitspraken van (buitenlandse) rechters waarin [gedaagde 1] is aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler van de [naam bedrijf]-groep dan wel Carigna. In dit verband is ook de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: het CBB) van 31 juli 2007 («JOR» 2007/273; red.), (ECLI:NL:CBB:2007:BB3788) gewezen tussen Carigna (als appellante) en De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) van belang. Een geanonimiseerde versie van deze uitspraak is door [eiser] als

productie in de procedure ingebracht. [eiser] heeft toegelicht dat de in de uitspraak als A. aangeduide partij Carigna is, de als B. aangeduide partij [naam bedrijf] is, de als C. sr. aangeduide partij [gedaagde 1] is en de als C. jr. aangeduide partij [gedaagde 2] is. [gedaagde 1] heeft dit niet weersproken.

In deze uitspraak heeft het CBB overwogen:

5.2.1 Uit artikel 2, derde lid, onder a, Wgt volgt dat het bij de beoordeling van beleidsbepalers gaat om personen die feitelijk het beleid en de beleidsuitgangspunten van de betreffende instelling bepalen of mede bepalen. Met betrekking tot de feitelijke situatie rond appellante stelt het College vast dat niet in geschil is dat C. sr., C. jr., D. en E. ten tijde hier van belang samen het senior managementteam vormden van de B. Group. Volgens een namens appellante overgelegde organogram van 13 oktober 2004 is Forex Holdings, “known as B. Goup”, de moedermaatschappij van appellante.

Voorts staat vast dat E. en C. jr. door appellante in 2001 als haar (mede) beleidsbepalers zijn aangemerkt in het kader van een verzoek tot verlenging van de ontheffing van het verbod van artikel 82 van de Wet toezicht kredietwezen 1992.

Beiden zijn ook in de onderhavige aanvragen die dateren van 2002 door appellante als (mede) beleidsbepalers van appellante aangemerkt. Met betrekking tot D. heeft DNB gewezen op het hiervoor onder 5.1.2 genoemde verslag van 2 juli 2003 van een gesprek tussen medewerkers van DNB met D. (in het verslag abusievelijk aangeduid als Santana) op 8 mei 2003, waaruit blijkt dat hij heeft verklaard naast C. sr. en C. jr. verantwoordelijk te zijn voor “Finance” en “Operations” van de gehele groep.

In het verweerschrift in beroep (onder 67) heeft DNB voorts gewezen op een aantal e-mailberichten van de accountant van appellante aan D. uit 2003 en op een concept-rapport van de belastingdienst van 23 oktober 2003 (waarin D. is aangeduid als de heer “[naam]”). Hieruit blijkt naar het oordeel van het College dat D. een belangrijke rol had bij lopende belastingzaken van appellante. Ten slotte blijkt uit meergenoemd verslag van 2 juli 2003 dat X. heeft verklaard dat C. sr., C. jr. en E. de beleidsbepalers waren bij appellante over de jaren 2000, 2001 en 2002.

Op basis van al deze feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang beschouwd heeft DNB terecht geconcludeerd dat C. sr., C. jr., D. en E. ten

tijde hier van belang feitelijk het beleid bij appellante (mede) bepaalden.

Het CBB is tot het oordeel gekomen dat [gedaagde 1] als feitelijk beleidsbepaler kon worden aangemerkt.

5.27.5. [eiser] heeft tot slot nog gewezen op een internetbron waarin meerdere ex-werknemers van de [naam bedrijf]-groep toelichten dat [gedaagde 1] een leidende rol in [naam bedrijf]-groep heeft. Deze personen schrijven – voor zover hier van belang – dat [gedaagde 1] de feitelijke eigenaar van de [naam bedrijf]-groep is. Verder schrijven zij dat [gedaagde 1] regelmatig in Londen op kantoor is, dat hij persoonlijk werknemers ontslaat en dat het management rechtstreeks aan [gedaagde 1] rapporteerde.

5.28. [gedaagde 1] heeft onvoldoende ingebracht tegen dat wat [eiser] ter onderbouwing van zijn stelling naar voren heeft gebracht. [gedaagde 1] heeft zich voornamelijk op het standpunt gesteld dat, omdat de Ierse rechter al had geoordeeld over de vraag of [gedaagde 1] in persoon een schuld had aan [eiser], de Nederlandse rechter niet meer aan een beoordeling van die vraag toekomt. Gelet op het feit dat de Ierse rechter zich onbevoegd heeft verklaard daarover te oordelen, kan dit verweer echter niet slagen. [gedaagde 1] heeft ook naar voren gebracht dat hij geen enkele rol heeft binnen Carigna. Dit verweer is echter, in het licht van de [eiser] aangevoerde omstandigheden, onvoldoende gemotiveerd. Zo mocht bijvoorbeeld van [gedaagde 1] worden verwacht dat hij inzichtelijk maakte wie dan wel het beleid binnen Carigna bepaalde.

5.28.1. Wat betreft [gedaagde 2] heeft [eiser] eveneens gewezen op de hiervoor genoemde uitspraak van het CBB. Het CBB heeft geoordeeld dat ook [gedaagde 2] als feitelijk beleidsbepaler kon worden aangemerkt. [gedaagde 2] heeft tegen deze onderbouwing van zijn stelling door [eiser] aangevoerd dat de beslissing van het CBB is gegeven in een zaak waarbij hij geen partij was. Volgens [gedaagde 2] is de uitspraak om die reden niet relevant voor deze procedure. Weliswaar is juist dat de beslissing van het CBB is gegeven in een procedure tussen Carigna en DNB, maar dat neemt niet weg dat de (feitelijke motivering van de) uitspraak van het CBB gewicht in de schaal kan leggen bij de beantwoording van de vraag of [gedaagde 2] als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Het verweer op dit punt treft dan ook geen doel.

5.28.2. Ook [gedaagde 2] heeft de door [eiser] gegeven toelichting op de in de uitspraak van het CBB geanonimiseerde partijen niet weersproken. Het CBB heeft overwogen (zie hiervoor onder 5.27.4) dat [gedaagde 2] met anderen (waaronder ook [gedaagde 1]) het senior managementteam van de [naam bedrijf]-groep vormde. Verder heeft het CBB overwogen dat Carigna zelf bij het doen van aanvragen [gedaagde 2] heeft aangemerkt als (mede) beleidsbepaler. Uit de uitspraak blijkt verder dat in gesprekken tussen DNB en een ander lid van het senior managementteam naar voren is gekomen dat dit lid samen met [gedaagde 2] en [gedaagde 1] verantwoordelijk was voor de “Finance” en “Operations” van de gehele groep. Ook uit gesprekken van DNB met een andere medewerker is naar voren gekomen dat [gedaagde 2] en [gedaagde 1], samen met een derde persoon, de beleidsbepalers waren bij Carigna over de periode van 2000 tot en met 2002.

[gedaagde 2] heeft naar voren gebracht dat hij niet beschikt over de verklaringen en verslagen waarop het CBB zijn uitspraak heeft gebaseerd en dat hij niet betrokken is geweest bij de totstandkoming van de verklaringen en onbekend is met de inhoud daarvan. [gedaagde 2] heeft echter de juistheid van de verklaringen waarnaar het CBB verwijst en de daaruit volgende feitelijk vaststelling van het CBB inhoudelijk niet weersproken.

5.28.3. [gedaagde 2] heeft – samengevat – aangevoerd dat de vraag of iemand beleidsbepaler is onder de Wet inzake de geldtransactiekantoren (hierna: Wgt), die in de uitspraak van het CBB aan de orde was, anders wordt getoetst dan in het civiele recht. Hij heeft daarbij erop gewezen dat onder de Wgt geen onderscheid werd gemaakt naar de mate van invloed die een persoon op het beleid heeft. In het kader van bestuurdersaansprakelijkheid gaat het om de concrete omstandigheden van het geval, aldus [gedaagde 2]. Dit verweer baat hem echter niet. In dit geval volgt uit de uitspraak van het CBB dat [gedaagde 2] tot het senior managementteam van de [naam bedrijf]-groep behoorde en dat hij medeverantwoordelijk was voor de “Finance” en “Operations” van de [naam bedrijf]-groep. Aangenomen wordt dat [gedaagde 2], gelet op deze posities en mede gelet op de omstandigheid dat hij deze posities samen met [gedaagde 1] vervulde, een aanzienlijke invloed had op het beleid van de [naam bedrijf]-groep waarvan Carigna deel uitmaakte. Het lag op de weg van [gedaagde 2] inzichtelijk te maken waar-

om in dit geval zijn mate van invloed op het beleid zo verwaarloosbaar was, dat hij niet kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler als bedoeld in de rechtspraak van de Hoge Raad. Dat heeft hij niet gedaan.

5.29. Tegen de achtergrond van de door [eiser] naar voren gebrachte omstandigheden mocht van [gedaagde 2] worden verwacht dat hij duidelijk maakt wie, als hij niet zelf feitelijk beleidsbepaler was, volgens hem het beleid bepaalde. Dat heeft hij niet gedaan. De conclusie is dan dat ook [gedaagde 2] als feitelijk beleidsbepaler van Carigna moet worden aangemerkt. Gesteld noch gebleken is dat deze situatie na 2002 is veranderd, zodat moet worden aangenomen dat hij ook daarna feitelijk beleidsbepaler is geweest.

Aansprakelijkheid van [gedaagde 1] en [gedaagde 2]

5.30. Tussen partijen staat vast dat Carigna de vordering van [eiser], die in rechte is vastgesteld en waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat, niet voldoet en ook geen verhaal biedt. De vraag of [gedaagden] aansprakelijk zijn voor de schade die [eiser] hierdoor lijdt wordt bevestigend beantwoord. Hiertoe is het volgende van belang.

5.30.1. [eiser] is de procedure tegen Carigna, die uiteindelijk tot de schadestaatprocedure heeft geleid, in 1999 aangevangen. De vordering is in eerste aanleg toegewezen. Het toewijzende vonnis is in hoger beroep bekrachtigd. Bij arrest van 24 juni 2005 heeft de Hoge Raad het daartegen ingestelde cassatieberoep verworpen. [eiser] is vervolgens bij exploit van 3 oktober 2005 de schadestaatprocedure aangevangen. Bij eindvonnis van 12 mei 2010 heeft de kantonrechter in die procedure het schadebedrag vastgesteld. [eiser] heeft vervolgens Carigna aangesproken tot betaling van het bedrag waartoe zij was veroordeeld. [eiser] heeft onweersproken gesteld dat het door hem betekende vonnis is doorgezonden aan het kantoor in Londen. Het vonnis van de kantonrechter is bij arrest van 12 februari 2013 in hoger beroep bekrachtigd en in kracht van gewijsde gegaan. Ook het arrest van het gerechtshof is aan Carigna betekend. Carigna heeft ook nadat het arrest van het gerechtshof in kracht van gewijsde was gegaan [eiser] vordering niet voldaan. [eiser] heeft het faillissement van Carigna aangevraagd, maar dat is – doordat Carigna alsnog een steunvordering betaalde die mede aan de faillisse-

mentsaanvraag ten grondslag was gelegd – niet uitgesproken.

5.30.2. [eiser] heeft onweersproken naar voren gebracht dat de wijze waarop Carigna procedeert een patroon vertoont. [eiser] heeft in dit verband onweersproken gesteld dat Carigna, wanneer zij in rechte wordt aangesproken, stelt geen vermogen te hebben. Wanneer Carigna zelf als eiseres optreedt lijkt zij echter eendeloos te kunnen procederen en maakt zij gebruik van vertragingstactieken. Uit de door [eiser] gestelde feiten en omstandigheden volgt dat Carigna moeilijk is aan te spreken omdat zij bij tijd en wijle uit het register wordt uitgeschreven, niet op aanschrijvingen van [eiser] reageert en dat er – naar [eiser] onweersproken heeft gesteld – geen bekende verhaalsmogelijkheden zijn.

5.30.3. [eiser] heeft onweersproken naar voren gebracht dat [gedaagden] vanaf het begin op de hoogte was van [eiser] vordering op Carigna. Gelet op het oordeel dat [gedaagde 1] en [gedaagde 2] als feitelijk beleidsbepalers van Carigna moeten worden aangemerkt moet worden aangenomen dat zij het in hun macht hebben de wijze waarop Carigna omgaat met [eiser] vordering te bepalen. Van [gedaagde 1] en [gedaagde 2] mocht worden verwacht dat zij voorzieningen zouden treffen om bij een eventueel veroordelende uitspraak Carigna de vordering te laten voldoen. Dit geldt te meer toen duidelijk was dat de vordering was vastgesteld bij een uitspraak die in kracht van gewijsde was gegaan. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] hebben dit echter niet gedaan, terwijl andere partijen – zoals [eiser] onbetwist naar voren heeft gebracht – wel worden betaald.

5.30.4. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] hebben elk naar voren gebracht dat Carigna in 2004 haar activiteiten heeft moeten staken en sindsdien geen omzet meer genereert. Deze stelling verhoudt zich echter slecht met het feit dat Carigna ook na 2004 in diverse procedures als eisende partij heeft opgetreden, wat de nodige kosten met zich meebrengt. [gedaagde 1] noch [gedaagde 2] heeft een deugdelijke verklaring gegeven waarom Carigna deze procedures wel kon voeren, terwijl zij volgens hen niet over inkomsten beschikte. Dit wijst erop – zoals ook [eiser] stelt – dat Carigna ook na 2004 over financiële middelen beschikte of kon beschikken. [gedaagde 2] heeft nog een jaarrekening van Carigna over 2003 in de procedure ingebracht. Maar hieruit volgt niet dat Carigna na

2004 niet over voldoende vermogen beschikte om de vordering van [eiser] te kunnen voldoen.

5.31. Gelet op de hiervoor weergegeven omstandigheden moet de conclusie zijn dat [gedaagde 1] en [gedaagde 2] als de feitelijk beleidsbepalers van Carigna wisten of behoorden te begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade van [eiser]. Hiervan kan hen persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. Zij zijn daarom aansprakelijk voor de schade die [eiser] als gevolg hiervan heeft geleden.

Schade

5.32. [eiser] heeft gesteld dat de door hem als gevolg van het onrechtmatig handelen van [gedaagde 1] en [gedaagde 2] geleden schade uit de volgende posten bestaat:

– EUR 3.858.411,-, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 5 februari 1999, het schadebedrag waartoe Carigna is veroordeeld bij het vonnis van 12 mei 2010;

– EUR 23.942,80, de in het vonnis van 12 mei 2010 ten laste van Carigna vastgestelde kosten;

– EUR 24.010,71 aan griffierechten, dagvaardingskosten, salaris van de gemachtigde en de kosten van een deskundige;

– EUR 220.777, 28 (inclusief BTW) ter zake van door [eiser] gemaakte kosten voor het innen van zijn vordering. Deze bestaan volgens [eiser] uit correspondentie met Carigna, haar bestuurders en haar advocaten, de faillissementsaanvraag in Curaçao, het onderzoek door Hoffmann Bedrijfsrecherche om [gedaagden] te traceren, de kosten van een door [eiser] gestarte procedure tot een voorlopig getuigenverhoor, de kosten van de dagvaarding van [gedaagden] voor het voorlopig getuigenverhoor, de kosten van de tolk, de kosten voor het dagvaarden van de overige getuigen (die volgens [eiser] als gevolg van dreigementen van [gedaagden] niet vrijwillig durfden te verschijnen) en, de kosten van een detectivebureau om getuigen op te sporen.

5.33. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] hebben de omvang van de door [eiser] gestelde schade niet weersproken, zodat hiervan kan worden uitgegaan.

5.34. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] hebben naar voren gebracht dat er geen causaal verband is tus-

sen een onrechtmatig handelen van hun kant en de door [eiser] gestelde schade. Hierin worden zij niet gevolgd. Als gevolg van hun handelen wordt [eiser] vordering niet door Carigna betaald en heeft hij de – verder niet door [gedaagden] weersproken – kosten moeten maken. Dit zou niet het geval zijn geweest als [gedaagde 1] en [gedaagde 2] Carigna niet onrechtmatig hadden gehandeld. Daarmee is het causaal verband gegeven.

5.35. De door [eiser] gevorderde schade is dus toewijsbaar. Met dien verstande dat [eiser] in zijn petitum ook de kosten van de procedure in hoger beroep van (...; *red.*) vordert. Deze kosten zijn in het lichaam van de dagvaarding niet als schade aangemerkt, terwijl voor deze bedragen ook geen andere grondslag is gesteld, en kunnen om die reden dan ook niet worden toegewezen.

5.36. [eiser] heeft naast de gevorderde vergoeding voor de inning van zijn vordering vergoeding van buitengerechtelijke kosten gevorderd. Deze zijn niet toewijsbaar. [eiser] heeft niet gesteld welke buitengerechtelijke werkzaamheden (in aanvulling op de door hem gestelde werkzaamheden voor inning van zijn vordering, zie onder 5.32) zijn verricht.

Proceskosten

5.37. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] zullen, als de in het ongelijk gestelde partijen, worden veroordeeld in de kosten van de procedure aan de zijde van [eiser]. (...; *red.*).

[gedaagde 1] en [gedaagde 2] zullen verder ieder worden veroordeeld tot betaling van EUR 5.998,50 (1,5 punten x tarief EUR 3.999,-) aan salaris advocaat. Hiertoe wordt overwogen dat [gedaagde 1] en [gedaagde 2] bij dezelfde dagvaarding zijn gedagvaard, terwijl de stellingen ten aanzien elk van hen gelijkloidend waren. Dit rechtvaardigt de toekenning van 0,5 punt ten aanzien van elk van hen. [eiser] advocaten hebben voor zowel [gedaagde 1] als [gedaagde 2] een separate mondelinge behandeling moeten bijwonen. Dit rechtvaardigt de toekenning van 1 punt ten aanzien van elk van hen.

5.38. De door [eiser] gevorderde nakosten zijn toewijsbaar als hierna onder de beslissing vermeld.

In reconventie

5.39. In reconventie moet de vraag worden beantwoord of [eiser] misbruik van procesrecht heeft gemaakt door het instellen van zijn vorderingen

tegen [gedaagde 2]. [gedaagde 2] heeft gesteld dat dit het geval is, omdat [eiser] hem rauwelijks heeft gedagvaard. Verder wist, dan wel behoorde [eiser] te weten dat zijn vorderingen geen kans van slagen hadden, omdat een feitelijke en juridische onderbouwing ontbrak, aldus [gedaagde 2]. Uit dat wat in conventie is overwogen en geoordeeld volgt echter dat de vordering van [eiser] slaagt. Het beroep van [gedaagde 2] op misbruik van procesrecht faalt al om die reden. De op misbruik van procesrecht gegronde vorderingen zullen daarom worden afgewezen.

5.40. Verder moet de vraag worden beantwoord of het artikel in het FD van 17 mei 2013 een aan [eiser] toe te rekenen onrechtmatige daad vormt. [gedaagde 2] heeft in dit verband gesteld dat de mededeling dat hij persoonlijk een schuld aan [eiser] heeft van 12,5 miljoen euro onrechtmatig is. Volgens [gedaagde 2] is het doen, dan wel laten doen, van deze onrechtmatige mededeling een onrechtmatige daad van [eiser] als bedoeld in artikel 6:162 BW. Vast staat dat [eiser] de mededeling niet zelf heeft gedaan. [gedaagde 2] heeft niet gesteld waarom de mededeling in de krant desalniettemin is aan te merken als een onrechtmatige daad van [eiser] zelf. [gedaagde 2] heeft daarmee niet aan zijn stelplicht voldaan, zodat de vordering op deze grond niet toewijsbaar is.

5.41. [gedaagde 2] heeft verder aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat de mededeling door de advocaat van [eiser] (mr. Bos) is gedaan en dat hij de belangen van [eiser] in het geschil met Carigna behartigde. Om die reden is volgens [gedaagde 2] de mededeling op grond van artikel 6:172 BW aan [eiser] toe te rekenen.

5.42. Ook deze grondslag leidt niet tot toewijzing van de vordering. Wanneer een gedraging van een vertegenwoordiger ter uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden een fout tegenover een derde inhoudt, is ook de vertegenwoordigde jegens de derde aansprakelijk (artikel 6:172 BW). Voor een succesvol beroep op artikel 6:172 BW is dus nodig dat de vertegenwoordiger bij de uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden tegenover een derde een fout begaat. Dat mr. Bos zijn uitlating in het artikel deed bij de uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden heeft [gedaagde 2] niet gesteld. De stelling dat mr. Bos [eiser] al geruime tijd in het geschil met Carigna vertegenwoordigde is hiertoe onvoldoende.

5.43. De conclusie is dat de vorderingen in reconventie zullen worden afgewezen.

5.44. [gedaagde 2] zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de procedure. [eiser] heeft gevorderd dat [gedaagde 2] wordt veroordeeld in de werkelijke kosten van de procedure. Hij heeft hiertoe naar voren gebracht dat [gedaagde 2] zijn vordering in reconventie heeft ingesteld met het enkele doel om de procedure te vertragen en [eiser] onnodig op kosten te jagen. Een concrete onderbouwing van deze stelling heeft [eiser] echter niet gegeven. Er zal daarom bij de berekening van de proceskosten worden uitgegaan van de gebruikelijke liquidatietarieven. (...; *red.*).

5.45. De door [eiser] gevorderde nakosten zijn toewijsbaar als hierna onder de beslissing vermeld.

6. De beslissing

De rechtbank
in het incident

6.1. wijst de vordering af;

6.2. veroordeelt [gedaagde 1] in de kosten van de procedure (...; *red.*);

6.3. veroordeelt [gedaagde 1] in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*);

6.4. verklaart de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

in de hoofdzak
in conventie

6.5. verklaart voor recht dat [gedaagde 1] en [gedaagde 2] onrechtmatig tegenover [eiser] hebben gehandeld;

6.6. veroordeelt [gedaagde 1] en [gedaagde 2] hoofdelijk tot betaling aan [eiser] van EUR 3.858.411,- te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 5 februari 1999 tot aan de dag van de volledige betaling, EUR 23.942,80, EUR 24.010,71 en EUR 220.777,28, waarbij door betaling door de een de ander bevrijd zal zijn;

6.7. veroordeelt [gedaagde 1] en [gedaagde 2] gezamenlijk in de kosten van deze procedure (...; *red.*);

6.8. veroordeelt [gedaagde 1] en [gedaagde 2] ieder in de kosten van deze procedure (...; *red.*);

6.9. veroordeelt [gedaagde 1] en [gedaagde 2] gezamenlijk in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*);

6.10. wijst af het meer of anders gevorderde;

in reconventie

6.11. wijst de vorderingen af;

6.12. veroordeelt [gedaagde 2] in de kosten van deze procedure (...; *red.*);

6.13. veroordeelt [gedaagde 2] in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*);
in conventie en in reconventie

6.14. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. De feiten van de zaak zijn als volgt. Eiser (A) heeft de Curaçaose vennootschap Carigna Investments NV (Carigna), in 1999 in rechte betrokken. A vordert schadevergoeding omdat Carigna een beding uit een tussen hen gesloten huurovereenkomst geschonden zou hebben. Nadat de vordering door de Rechtbank Amsterdam is toegewezen, deze in hoger beroep is bekrachtigd en het cassatieberoep daartegen is verworpen, is een schadestaatprocedure gevoerd. In mei 2010 is Carigna in eerste aanleg veroordeeld tot betaling van ruim € 3,8 miljoen. Het Hof Amsterdam heeft dit vonnis in februari 2013 bekrachtigd. Vervolgens heeft A tevergeefs getracht zich op de vermogensbestanddelen van Carigna te verhalen zodat de toegekende schadevergoeding onbetaald is gebleven. Carigna wordt bestuurd door twee in Hong Kong gevestigde vennootschappen waarvan 99% van de aandelen wordt gehouden door Berkeley Nominees Inc. (gevestigd te Panama); haar enig aandeelhouder InverTrust Corporation NV wordt bestuurd door X (gedaagde 1). Omdat verhaal op Carigna onsuccesvol was, heeft A zijn pijlen gericht op gedaagden in de onderhavige procedure: X en zijn zoon Y (gedaagde 2). De Rechtbank Amsterdam heeft in maart 2014 het verzoek een voorlopig getuigengehoor te gelasten over de positie van X en Y als feitelijk beleidsbepalers van Carigna toegewezen, waarna zij in juni 2014 in een Nederlands en een tweetal Engelse dagbladen zijn opgeroepen om als getuigen te worden gehoord. In reactie hierop heeft X in augustus 2014 een procedure tegen A gestart bij de High Court in Dublin. In december 2014 heeft A X en Y gedagvaard. A vordert een verklaring voor recht dat X en Y onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld omdat zij als feitelijk beleidsbepalers van Carigna en de Chequepoint-groep hebben bewerkstelligd dat Carigna haar betalingsverplichtingen jegens A

niet nakomt. Tevens vordert A een hoofdelijke veroordeling tot betaling van schadevergoeding. Het feitelijk verloop van de procedure is ingewikkeld en langdurig doordat X een aantal bevoegdheidsincidenten heeft opgeworpen en de procedure voor de Ierse High Court is gestart; hiernaast vormt een complicerende factor dat zowel A als X tijdens de procedure zijn overleden. De procedure is op naam van A en X voortgezet (r.o. 5.3 en 5.4).

2. In deze annotatie richt ik mij primair op het oordeel dat X en Y als feitelijk beleidsbepalers van Carigna aangemerkt kunnen worden en besteed ik kort aandacht aan de IPR-aspecten. Hierna gebruik ik de formulering feitelijk beleidsbepaler en feitelijk bestuurder door elkaar.

3. *Rechtsmacht en toepasselijk recht.* Door X zijn diverse bevoegdheidsincidenten opgeworpen. De rechtbank heeft in een tussenvonnis (ECLI:NL:RBAMS:2016:5719, in hoger beroep bekrachtigd, ECLI:NL:GHAMS:2020:2572) geoordeeld dat zij bevoegd is van de vordering van A kennis te nemen aangezien het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan in Amsterdam, waar A ten tijde van de oproeping woonplaats had (art. 5 aanhef en sub 3 EEX-Vo (oud), thans art. 7 sub 2 Brussel I-bis). A verwijt de feitelijk beleidsbepalers dat zij hebben bewerkstelligd dat Carigna haar betalingsverplichtingen jegens hem niet nakwam. Uit de feiten is niet zonder meer duidelijk of het niet betalen van A/de verhaalsfrustratie (de veroorzakende gebeurtenis) in de internationaal opererende Chequepoint-groep zich in Amsterdam heeft voltrokken (*Handlungsort*) zodat de rechtbank aansluiting lijkt te zoeken bij het *Erfolgsort* (de plaats waar de schade is ingetreden), vgl. HvJ 30 november 1976, NJ 1977/494 (*Kalimijnen*). Het tussenvonnis van de rechtbank is op dit punt uiterst summier gemotiveerd (verwezen wordt slechts naar de woonplaats van eiser). Zie nader over het schadebrengende feit, *Handlungsort* en *Erfolgsort* (en zuivere vermogensschade): P. Vlas, *Rechtspersonen*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2017, nr. 198-199 en R.B. van Hees, 'Internationale en interregionale bevoegdheid van de Nederlandse rechter in geschillen over de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 29, § 5.3.

Omdat X in Ierland reeds een procedure aanhangig had gemaakt, heeft de rechtbank de zaak ambtshalve aangehouden wegens litispensentie (art. 27 sub 1 EEX-Vo (oud), thans (enigszins gewijzigd) art. 29 sub 1 Brussel I-bis). Omdat het Ierse High Court zich wat betreft het onderwerp van de Nederlandse procedure inmiddels onbevoegd heeft verklaard, acht de rechtbank zich in het onderhavige geschil – zoals hierboven besproken – kennelijk op grond van art. 5 aanhef en sub 3 EEX-Vo (oud) bevoegd. Complicerende factor is dat tegen Y oorspronkelijk verstek was verleend en dat hij dat verstek heeft gezuiverd zodat de rechtbank dient vast te stellen of zij ook rechtsmacht heeft in het geschil jegens hem. Omdat Y woonplaats heeft in Hong Kong (dus niet op het grondgebied van een lidstaat) moet de bevoegdheid van de Nederlandse rechter worden vastgesteld aan de hand van algemeen IPR, vgl. art. 4 sub 1 EEX-Vo (oud), thans art. 6 sub 1 Brussel I-bis. De rechtbank acht zich, nu er sprake is van samenhangende vorderingen, op grond van art. 7 lid 1 Rv tevens bevoegd kennis te nemen van de vordering jegens Y. Ik constateer dat de rechtbank haar bevoegdheid niet baseert op art. 6 sub e Rv (de 'parallelbepaling' van art. 7 sub 2 Brussel I-bis) terwijl de vordering jegens Y dezelfde schade betreft.

4. Omdat A onweersproken heeft gesteld dat hij zijn schade als gevolg van het gestelde onrechtmatige handelen in Nederland lijdt, komt de rechtbank met toepassing van art. 4 sub 1 Rome II (*lex loci damni*) tot het oordeel dat Nederlands recht moet worden toegepast. De grondslag van deze vordering vindt volgens de rechtbank haar oorsprong in het onrechtmatigedaadrecht en niet in het rechtspersonenrecht. Zie Vlas, *Rechtspersonen*, nr. 305 en L.P. Kortmann, 'Het toepasselijk recht op de vordering uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder: keuzevrijheid versus rechtszekerheid?', *Aansprakelijkheid van bestuurders*, hoofdstuk 30, § 2.2-2.3.

5. *Feitelijk beleiderbepaler?* A verwijt gedaagden dat zij als feitelijk beleidsbepalers onrechtmatig hebben gehandeld. Een eerste vraag die de rechtbank moet beoordelen is of X en Y als feitelijk beleidsbepaler aangemerkt kunnen worden. Zoals Schutte-Veenstra terecht constateert ('Formeel of feitelijk bestuurder: maakt het verschil?', *Aansprakelijkheid van bestuurders*, hoofdstuk 8, § 6.2) is er voor de invulling van het begrip feitelijk bestuurder bij een op onrechtmatige daad

gebaseerde vordering geen wetsgeschiedenis waarop kan worden teruggevallen terwijl er ook weinig literatuur voorhanden is. Dat ligt uiteraard anders bij de aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers ex art. 2:138/248 lid 7 BW en art. 2:216 lid 4 BW. Op basis van deze artikelen worden bestuurders en (mede)beleidsbepalers gelijkgesteld en is iedere bestuurder (en dus ook beleidsbepaler) hoofdelijk aansprakelijk in geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:138/248 lid 1 BW) en bij "lichtzinnige" dividenduitkeringen (art. 2:216 lid 3 BW). Deze regelingen bieden een disculpatiemogelijkheid voor de bestuurder/beleidsbepaler die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling/dividenduitkering niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Uiteraard is de systematiek bij een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad een andere: aansprakelijkheid van een bestuurder ex art. 6:162 BW heeft niet tot automatisch gevolg dat ook de beleidsbepaler aansprakelijk is. Hiervoor is vereist dat uit de feiten en omstandigheden van het geval blijkt dat hij onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiser (vergelijk Schutte-Veenstra, p. 148). Uit het door Schutte-Veenstra uitgevoerde jurisprudentieonderzoek blijkt dat een persoon die bestuurstaken uitoefent op zodanige wijze dat hij het te voeren beleid bepaalt en uiteindelijk de bestuursmacht heeft zonder dat hij hierbij door de formele bestuurders wordt gehinderd, aangemerkt wordt als feitelijk bestuurder (Schutte-Veenstra, p. 150, 156).

6. Opvallend is dat de rechtbank in de onderhavige zaak geen toetsingskader formuleert op basis waarvan zij oordeelt dat X en Y worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepalers; in r.o. 5.28.3 wordt ten aanzien van Y geoordeeld dat het op zijn weg lag inzichtelijk te maken waarom "zijn mate van invloed op het beleid zo verwaarloosbaar was, dat hij niet kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de rechtspraak van de Hoge Raad", maar de rechtbank expliciteert niet op welke uitspraak zij doelt en welk (toetsings) kader daarin is geformuleerd (het in r.o. 5.23 genoemde arrest («JOR» 2014/229, m.nt. Van Bekkum) ziet op toepassing van de maatstaf ernstig verwijt op een indirect bestuurder en biedt geen toetsingskader voor het begrip feitelijk beleidsbepaler).

A heeft ter onderbouwing van zijn stelling dat X en Y als feitelijk beleidsbepalers van Carigna aangemerkt kunnen worden een aantal feitelijke omstandigheden aangevoerd (r.o. 5.27.1-5.27.3) die betrekking hebben op de structuur en werkwijze van de Chequepoint-groep. Zo is onweersproken dat X kantoor hield op het hoofdkantoor van de Chequepoint-groep in Londen en dat Carigna aldaar haar post ontving (waaronder de aanschrijvingen tot betaling van A op basis van de rechterlijke veroordeling), dat de vennootschappen die Carigna bestuurden "niet meer dan brievenbussen" waren terwijl hun aandelen indirect werden gehouden door een vennootschap waarvan X bestuurder was. Ook is door A een uitspraak van het CbB in het geding gebracht («JOR» 2007/273, ECLI:NL:CBB:2007:BB3788) geweest tussen DNB en Carigna waarin is geoordeeld dat X en Y in 2002 kwalificeerden als feitelijk beleidsbepalers in de zin van de destijds geldende Wet op de geldtransactiekantoren (Wgt). Het CbB baseert zijn oordeel op een aantal feitelijke omstandigheden waaronder het gegeven dat X en Y (tezamen met twee anderen) het senior managementteam van de Chequepoint-groep vormden terwijl tevens uit door DNB overlegde gespreksverslagen blijkt dat X en Y verantwoordelijk zijn voor de "Finance" en "Operations" van de gehele Chequepointgroep.

X heeft zich in de onderhavige procedure verweerd met de stelling dat hij binnen Carigna geen enkele rol heeft. Dit verweer acht de rechtbank in het licht van de door A aangevoerde omstandigheden onvoldoende gemotiveerd: van hem mocht verwacht worden dat hij inzichtelijk maakte wie dan wel het beleid binnen Carigna bepaalde (r.o. 5.28).

Y heeft zich erop beroepen dat hij in de CbB-procedure geen partij was, maar de rechtbank oordeelt dat de feitelijke motivering van de CbB-uitspraak van betekenis is bij beantwoording van de vraag of hij feitelijk beleidsbepaler is. De rechtbank constateert dat Y de feitelijke vaststellingen van het CbB inhoudelijk niet heeft weerproken en dat hij niet inzichtelijk heeft gemaakt wie, als hij niet zelf feitelijk beleidsbepaler was, volgens hem het beleid bepaalde. Omdat gesteld noch gebleken was dat deze situatie na 2002 is veranderd, neemt de rechtbank aan dat hij ook daarna feitelijk beleidsbepaler is geweest.

7. De rechtbank baseert haar oordeel dus mede op de feiten die zijn vastgesteld in een bestuurs-

rechtelijke uitspraak van het CBb. De vraag is of het toetsingskader voor feitelijke beleidsbepaling en (mede)beleidsbepaling in de Wft afwijkt van het civielrechtelijke kader dat de rechter aanlegt om te beoordelen of sprake is van feitelijke beleidsbepaling in de context van een vordering gebaseerd op art. 6:162 BW. Over de vraag wie in de toezichtwetgeving als beleidsbepalers aangemerkt worden, is weinig literatuur voorhanden terwijl ook de websites van AFM en DNB niet scheutig zijn met informatie: vermeld wordt dat dagelijks beleidsbepalers, commissarissen en medebeleidsbepalers worden getoetst (afhankelijk van het type onderneming door AFM of DNB). Dagelijks beleidsbepalers worden getoetst op geschiktheid (art. 4:9 Wft) en betrouwbaarheid (art. 4:10 Wft). Onder dagelijks beleid wordt blijkens de wetsgeschiedenis verstaan “*de beleids- en besluitvorming gericht op het dagelijkse daadwerkelijke uitoefenen van het bedrijf van de financiële onderneming*” (Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19 (4^e NvW), p. 498). (Mede) beleidsbepalers worden onderworpen aan betrouwbaarheidstoetsing (art. 4:10 Wft); blijkens de website van AFM gaat het om “*meerderheids-aandeelhouders en andere personen die grote invloed kunnen uitoefenen op de (dagelijkse) leiding van de onderneming*”. In de wetsgeschiedenis wordt toegelicht dat het: “*personen betreft die feitelijk substantiële invloed uitoefenen op het beleid of de besluitvorming gericht op de langetermijnstrategie van de financiële onderneming*” (Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 499-500) en S.N. Hooghiemstra, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Deel III*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 197-198. Houd ik de door Schutte-Veenstra gegeven omschrijving van het civielrechtelijke begrip feitelijke beleidsbepaler aan tegen het begrip dagelijks beleidsbepaler uit de toezichtwetgeving, dan lijkt mij dat dit laatste begrip de “civielrechtelijke beleidsbepalers” omvat. Het bestuursrechtelijke begrip (mede)beleidsbepaler lijkt ruimer omdat hieronder tevens het *kunnen* uitoefenen van zeggenschap wordt begrepen terwijl deze primair de langetermijnstrategie betreft.

8. Terug naar de onderhavige zaak. Uit de door het CBb vastgestelde feiten, met name het gegeven dat X en Y deel uitmaakten van het managementteam en hun verantwoordelijkheid voor “Finance” en “Control”, volgt dat zij indertijd (2002) ook civielrechtelijk als feitelijke bestuurders had-

den te gelden. Uiteraard is voor de onderhavige zaak van belang of zij die rol ook ten tijde van de verweten gedragingen (2014) vervulden. Op dat punt hebben X en Y geen inhoudelijk verweer gevoerd. Het oordeel van de rechtbank dat het gezien de uitgebreide stellingen van eiser op hun weg lag zulks gemotiveerd te betwisten, kan ik goed volgen.

9. *Onrechtmatige daad beleidsbepaler: verzwaarde maatstaf?* De rechtbank formuleert het toetsingskader ter beantwoording van de vraag of X en Y als feitelijk bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld in r.o. 5.22-5.23 conform de vaste jurisprudentie (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*) en HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325 (*RCI/Kastrop*). In deze rechtspraak worden twee *Fallgruppen* van onrechtmatig handelen onderscheiden terwijl als toerekeningsmaatstaf geldt dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Over de wenselijkheid van deze verzwaarde maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW bestaat discussie (zie Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 en L. Timmerman ‘Ernstige verwijten over ernstig verwijt’, *Ondernemingsrecht* 2019/45).

Uit rechtspraak en literatuur blijkt dat ook voor de feitelijke bestuurder de verzwaarde maatstaf geldt, zie Schutte-Veenstra, p. 148, die constateert dat de norm ernstig verwijt in de door haar geanalyseerde rechtspraak wordt toegepast (p. 154). Zie de dissertaties van J.E. van Nuland, *Beleidsbepaling en aansprakelijkheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, § 4.3.4.2 en K. Frielink, *De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, § 4.9.

In deze uitspraak overweegt de rechtbank met verwijzing naar HR 23 mei 2014, «JOR» 2014/220 dat de verzwaarde maatstaf van toepassing is indien een feitelijke beleidsbepaler wordt aangesproken (r.o. 5.23). Mij lijkt verwijzing naar dit arrest niet zuiver omdat het hier een indirect bestuurder betreft. Het ligt meer voor de hand aan te sluiten bij HR 17 juni 2005, «JOR» 2005/234, m.nt. Bartman (*De Berghorst/Maas*), (vgl. Schutte-Veenstra, p. 148).

10. De rechtbank komt uiteindelijk tot het oordeel dat X en Y als feitelijke beleidsbepalers jegens A onrechtmatig hebben gehandeld door toe te laten of te bewerkstelligen dat Carigna niet aan haar (betalings)verplichtingen jegens A heeft vol-

daan. De rechtbank baseert dit oordeel op het gegeven dat X en Y wetenschap hadden van de veroordeling van Carigna terwijl tevens vaststaat dat zij al vanaf het begin van de procedure tussen A en Carigna op de hoogte waren. Gezien die wetenschap hadden zij voorzieningen moeten treffen opdat Carigna aan een eventuele veroordeling kon voldoen. In haar oordeel betreft de rechtbank dat onweersproken vaststaat dat andere partijen wel zijn betaald. Ook dit oordeel is gezien de summiere betwistingen door X en Y van de feitelijke gang van zaken binnen de Chequepoint-groep, goed te volgen. Tot slot constateer ik dat hoger beroep is ingesteld zodat deze langlopende kwestie nog niet tot een einde is gekomen.

prof. dr. J. Roest
hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit van Amsterdam

37

Schending van blokkeringsregeling en derdenbescherming

Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten
7 oktober 2022, zaaknr. SXM202200990,
ECLI:NL:OGEAM:2022:63
(mr. Lautenbach)
Noot prof. dr. S. Perrick

Caribische zaak. Ongeldige overdracht van aandelen. Blokkeringsregeling vormt wettelijke beperking van overdraagbaarheid. Aandelen zijn niet eerst aangeboden aan SunResorts. Beroep op algemene derdenbescherming van art. 3:36 BWSM slaagt. Gerechtvaardigd vertrouwen op gedragingen van SunResorts dat vennootschap aandelen niet zelf wilde verkrijgen en aanbiederingsregeling daarmee in acht is genomen.

[BWSM art. 3:36, 3:88, 2:111 en 2:211 lid 2]

Vaststaat dat er diverse koopovereenkomsten tussen de vennootschappen Parman, ECH, BdC en ECI zijn gesloten en leveringsakten zijn gepasseerd om de aandelen in SunResorts op ECI over te doen gaan. Wat eveneens vaststaat, is dat de

blokkeringsregeling niet strikt in acht is genomen omdat de aandelen niet eerst te koop zijn aangeboden aan SunResorts.

Een blokkeringsregeling ziet slechts op overdracht van aandelen in de zin van art. 3:84 BWSM (Sint Maarten), en niet op verkrijging onder algemene titel (overgang), uitgifte of verjaring. De titel waaronder de overdracht plaatsvindt, is niet relevant. De blokkeringsregeling behoeft pas bij de levering in acht genomen te worden; op de geldigheid van de titel heeft de blokkeringsregeling geen effect. In casu is in de statuten gekozen voor een aanbiederingsregeling. Overdracht in strijd met de statutaire blokkeringsregeling is ongeldig. Naar het oordeel van het Gerecht is deze ongeldigheid gebaseerd op het systeem van de wet. De blokkeringsregeling in art. 2:87/2:195 BWSM vormt een wettelijke beperking op de overdraagbaarheid. De beperkte overdraagbaarheid is een uit art. 3:83 BWSM voortvloeiende eigenschap van het aandeel (met als gevolg dat ook derden aan de blokkeringsregeling zijn gebonden) en in dat geval wordt niet toegekomen aan de vraag of de overdrager beschikkingsonbevoegd is. Hierbij kan een parallel worden getrokken met de goederenrechtelijke werking van een niet-overdraagbaarheidsclausule ten aanzien van een vordering (HR 21 maart 2014, «JOR» 2014/151, m.nt. Schuijling, ECLI:NL:HR:2014:682 (Coface/Intergamma)). De conclusie luidt dat de goederenrechtelijke werking meebrengt dat de levering van de aandelen SunResorts aan ECI gebrekkig en dus ongeldig is geweest. De aandelen zijn immers niet eerst aangeboden aan SunResorts terwijl dat wel had moeten om de levering te kunnen voltooien. ECI komt gelet op de beperkte overdraagbaarheid geen bescherming op basis van art. 3:88 BWSM toe. Deze bepaling ziet immers op de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, waarbij de onbevoegdheid moet zijn ontstaan door de ongeldigheid van een vroegere overdracht die niet het gevolg is van de beschikkingsonbevoegdheid van de toenmalige vervreemder. Met andere woorden, indien de overdracht niet is geslaagd vanwege de beperkte overdraagbaarheid dan wel onoverdraagbaarheid, kan een derde verkrijger geen beroep doen op art. 3:88 BW. Wel zou een derde – in casu ECI en ECH – bescherming kunnen ontlenen aan de algemene derdenbescherming van art. 3:36 BWSM. En daarop hebben ECI c.s. inderdaad een beroep gedaan. Art. 3:36 BWSM bepaalt dat tegen hem