

**JOR 2019/100, Gerechtshof Amsterdam, 18-12-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4696,
200.201.717/01 (annotatie)**

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 18-12-2018
Publicatie: JOR 2019/100 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 5, 2019
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. M. Zilinsky
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:4696
Zaaknummer: 200.201.717/01
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHAMS:2018:4696 • NJF 2019/56 • RO 2019/16 • NTHR, 2019, afl.2/3, p. 165 met annotatie van https://www.uitgeverijparis.nl/scripts/read_editie_pdf?editie=205144 • JONDR 2019/19
Rechtsgebied: Ondernemingsrecht
Rubriek: Ondernemingsrecht
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Cortenraad • mr. Kingma • mr. Steenberghe
Partijen: Cancun Holding II BV te Amsterdam, appellante, advocaat: mr. G.J.G. Bolderman, tegen N, geïntimeerde, niet verschenen.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW - 2:9 • BW - 6:162 • BW - 7:401 • EEX-verordening - 7 • EEX-Verordening (oud) - 5

Inhoudsindicatie

IPR, Rechtsmacht Nederlandse rechter, Plaats van uitvoering verbintenis tot behoorlijke vervulling taak als bestuurder, Belang van statutaire zetel rechtspersoon, Bestuurdersaansprakelijkheid

Ga direct naar

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

Samenvatting

De vennootschap, Cancun Holding II BV, heeft geïntimeerde in rechte betrokken omdat hij als bestuurder van de vennootschap is tekortgeschoten in de behoorlijke vervulling van zijn taak zoals bedoeld in art. 2:9 BW, althans is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht tussen hem en appellante, althans jegens appellante onrechtmatig heeft gehandeld. Geïntimideerde heeft de Spaanse nationaliteit en is in Spanje woonachtig.

Voorop staat dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan. Wel hebben de vorderingen betrekking op de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking tussen partijen. Partijen zijn vrijwillig wederzijdse verbintenissen aangegaan, zodat de verbintenissen voortvloeiend uit hun rechtsbetrekking, waaronder de verbintenis van geïntimeerde tegenover de vennootschap tot een behoorlijke taakvervulling zoals bedoeld in art. 2:9 BW, moeten worden aangemerkt als “verbintenissen uit overeenkomst” in de zin van art. 5, punt 1, van de EEX-Verordening (oud).

De vragen of de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt ten aanzien van de vorderingen en of de Rechtbank Amsterdam bevoegd is daarvan kennis te nemen, moeten worden beantwoord aan de hand van het bepaalde in art. 5, aanhef en punt 1 onder a), van de EEX-Verordening (oud). Daartoe moet worden bepaald waar de verbintenis van geïntimeerde tot vervulling van de taak in zijn hoedanigheid van bestuurder op hem rustte, en hiermee zijn verbintenis tegenover de vennootschap tot een behoorlijke vervulling van zijn taak als bestuurder, is uitgevoerd of moest worden uitgevoerd.

In dit verband is allereerst van belang dat de vennootschap haar statutaire zetel heeft in Amsterdam en dus in Amsterdam is gevestigd, terwijl zij niet ook elders een kantoor of filiaal houdt. Van belang is verder dat de statuten niet bepalen, en ook geen aanwijzing bevatten, dat het bestuur zijn taak uitoefent in een andere plaats dan die waar de vennootschap is gevestigd. Wel bepalen de statuten dat de algemene vergaderingen worden gehouden in de plaats waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft, zodat dit de plaats is waar de bestuurders aan de algemene vergadering verantwoording afleggen. Hieruit volgt dat Amsterdam, als de plaats waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft en bij gebreke van een andersluidende bepaling in de statuten, overeenkomst of ander document, moet worden aangemerkt als de plaats waar geïntimeerde zijn vennootschapsrechtelijke taak als bestuurder heeft vervuld en, dus, als de plaats waar zijn verbintenis tegenover de vennootschap tot een behoorlijke taakvervulling zoals bedoeld in art. 2:9 BW moest worden uitgevoerd. De Nederlandse rechter heeft daarom rechtsmacht ten aanzien van en de Rechtbank Amsterdam is daarom bevoegd tot kennisneming van de vorderingen van appellante die zijn gegrond op het tekortschieten van geïntimeerde in de behoorlijke vervulling van zijn taak als bestuurder.

De vorderingen die zijn gegrond op het tekortschieten van geïntimeerde in de nakoming van de overeenkomst van opdracht tussen partijen, zien op de overeenkomst van opdracht. Amsterdam moet worden aangemerkt als de plaats waar de verleende opdracht is of moest worden uitgevoerd, zodat de Nederlandse rechter op grond van het bepaalde in art. 5, aanhef en punt 1 onder a), van de EEX-Verordening (oud) ook ten aanzien van die vorderingen rechtsmacht toekomt en de Rechtbank Amsterdam tot kennisneming daarvan bevoegd is.

De zaak wordt teruggewezen naar de Rechtbank Amsterdam om op de hoofdzaak te worden beslist.

Uitspraak

(...; *red.*)

2. Feiten

Tussen partijen staat, als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of niet voldoende betwist, daarbij mede in aanmerking genomen de stukken van het geding in eerste aanleg (Rb. Amsterdam 15 juni 2016, zaaknr. C/13/552215/HA ZA 13-1603; *red.*), het volgende vast.

2.1. Cancun is een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die haar statutaire zetel heeft in Amsterdam. Zij houdt deelnemingen in de vennootschappen Efesyde S.A. de C.V., hierna “Efesyde”, en Vesta Tours

N.V., hierna "Vesta", die respectievelijk in Mexico en op Curaçao zijn gevestigd.

2.2. Efesyde is eigenaar van het hotelcomplex "Secret Silversands" in Mexico. Vesta heeft tot 15 september 2009 de boekingen voor dat hotel verzorgd en de daaruit verkregen gelden geïnd. De winst die Vesta hierdoor behaalde, kwam ten goede aan Cancun.

2.3. Op 1 juli 2009 en op 3 november 2009 heeft Efesyde besloten tot uitgifte van nieuwe aandelen aan een ander dan Cancun. Als gevolg van de hiertoe strekkende besluiten is de deelneming van Cancun in Efesyde geslonken tot uiteindelijk 0,13%.

2.4. Op 27 oktober 2009 heeft het bestuur van Cancun besloten tot medewerking aan het ontslag van het toenmalige bestuur van Vesta. Het nieuwe bestuur van Vesta heeft vervolgens maatregelen genomen om te bewerkstelligen dat de onder 2.2 bedoelde boekingsgelden niet langer aan Vesta, maar aan Efesyde zouden worden voldaan.

2.5. [geïntimeerde] is van 18 juni 2009 tot en met 1 december 2009 bestuurder geweest van Cancun. Hij heeft de Spaanse nationaliteit en heeft, en had ook destijds, zijn woonplaats in Spanje. Naast [geïntimeerde] had Cancun twee andere bestuurders, te weten [X], hierna "[X]", en de rechtsvoorganger van TMF Netherlands B.V., hierna "TMF".

2.6. Gedurende de hierboven genoemde periode was [geïntimeerde] in loondienst van een in Spanje gevestigde derde. Tussen hem en Cancun heeft geen arbeidsovereenkomst bestaan. Cancun heeft aan [geïntimeerde] geen vergoeding voor zijn werkzaamheden als bestuurder betaald en partijen zijn deze evenmin overeengekomen.

2.7. Bij eindbeschikking van 19 juli 2012 heeft de ondernemingskamer van het hof geoordeeld dat gebleken is van wanbeleid bij Cancun en dat daarvoor, onder anderen, de onder 2.5 genoemde bestuurders verantwoordelijk zijn. Deze oordelen hebben onder meer betrekking op de onder 2.3 en 2.4 bedoelde besluiten en maatregelen.

2.8. Bij beschikkingen van 4 april 2014 heeft de Hoge Raad vier cassatieberoepen tegen de hierboven genoemde beschikking van de ondernemingskamer verworpen.

3. Beoordeling

3.1. Bij dagvaarding van 19 juli 2013 heeft Cancun [geïntimeerde] in rechte betrokken en gesteld, sterk verkort weergegeven, dat [geïntimeerde] als bestuurder van Cancun, in de periode waarin hij die hoedanigheid heeft gehad, is tekortgeschoten in de behoorlijke vervulling van zijn taak zoals bedoeld in artikel 2:9 BW, althans is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht tussen hem en Cancun, althans jegens Cancun onrechtmatig heeft gehandeld, alles in verband met zijn betrokkenheid bij de onder 2.3 en 2.4 bedoelde besluiten en maatregelen. Cancun vordert dat voor recht wordt verklaard overeenkomstig het door haar gestelde tekortschieten en dat [geïntimeerde] daardoor jegens haar aansprakelijk is, en dat [geïntimeerde] wordt veroordeeld om de schade te vergoeden die Cancun als gevolg van zijn tekortschieten heeft geleden.

3.2. In een andere procedure, die bij de rechtbank aanhangig is onder zaaknummer C/13/600364/HA ZA 16-12 (voorheen zaaknummer C/13/535781/HA ZA 13-182), heeft Cancun soortgelijke vorderingen ingesteld tegen de onder 2.5 genoemde andere voormalige bestuurders van Cancun in de betrokken periode, te weten [X] en TMF. Naast hetgeen hierboven is vermeld, vordert Cancun incidenteel dat de nu voorliggende zaak in eerste aanleg op grond van het bepaalde in artikel 222 Rv zal worden gevoegd met de procedure tegen [X] en TMF, omdat beide zaken met elkaar verknocht zijn.

3.3. [geïntimeerde] heeft zich in eerste aanleg, bij incidentele conclusie, vóór alle weren ten gronde beroepen op de onbevoegdheid van de rechtbank om van de vorderingen van Cancun tegen hem kennis te nemen, wegens het ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Bij tussenvonnis van 12 februari 2014 heeft de rechtbank het desbetreffende verweer verworpen en de zaak verwezen naar de in het dictum van dat vonnis genoemde roldatum voor het indienen van een conclusie van antwoord door [geïntimeerde] in de hoofdzaak. Bij daarop gevolgd tussenvonnis

van 12 maart 2014, voor zover van belang, heeft de rechtbank een verzoek van [geïntimeerde] om te bepalen dat van het eerdere vonnis zelfstandig, onafhankelijk van het tussen partijen te wijzen eindvonnis, hoger beroep kon worden ingesteld, afgewezen.

3.4. Op 5 april 2016 heeft de rechtbank, onder verwijzing naar het arrest van 10 september 2015 van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak C-47/14 (**«JOR» 2015/288**, m.nt. Van der Plas; *red.*), (ECLI:EU:C:2015:574), partijen schriftelijk bericht dat zij naar aanleiding van een verzoek daartoe van [geïntimeerde] in het onder 3.2 bedoelde voegingsincident, zich erover beraadde terug te komen van de beslissing in het tussenvonnis van 12 februari 2014 waarbij het bevoegdheidsverweer van [geïntimeerde] was verworpen. Cancun, daartoe door de rechtbank in de gelegenheid gesteld, heeft vervolgens een akte ingediend waarbij zij zich heeft gekeerd tegen een mogelijke heroverweging van die beslissing.

3.5. Bij het bestreden vonnis van 15 juni 2016 is de rechtbank teruggekomen van de hierboven bedoelde beslissing in het tussenvonnis van 12 februari 2014 en heeft zij, in diametrale afwijking daarvan, onder aanhaling en uitleg van het hierboven genoemde arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie, bepaald dat zij geen rechtsmacht heeft ten aanzien van de vorderingen van Cancun tegen [geïntimeerde]. Tegen dit oordeel en de overwegingen waarop het berust, komt Cancun op met vijf grieven.

3.6. Met de *grievens 2 tot en met 4* betoogt Cancun dat de Nederlandse rechter op grond van het bepaalde in artikel 5, aanhef en punt 1 onder a), en artikel 5, aanhef en punt 3, van de EEX-Verordening zoals geldend vóór 10 januari 2015, hierna "de EEX-Verordening (oud)", wel degelijk rechtsmacht toekomt ten aanzien van de door Cancun tegen [geïntimeerde] ingestelde vorderingen en dat de rechtbank Amsterdam bevoegd is van die vorderingen kennis te nemen. Voor zover de vorderingen zijn gegrond op het gestelde tekortschieten van [geïntimeerde] als bestuurder van Cancun in de behoorlijke vervulling van zijn taak zoals bedoeld in artikel 2:9 BW, overweegt het hof daarover als volgt.

3.7. Voorop staat dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan, zodat de vorderingen geen betrekking hebben op de nakoming van verbintenissen uit een arbeidsovereenkomst en de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt, niet wordt beheerst door de artikelen 18 tot en met 21 van de EEX-Verordening (oud). Wel hebben de vorderingen betrekking op de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking tussen partijen, waarbij [geïntimeerde] zich heeft verbonden de functie van bestuurder van Cancun te vervullen en waarbij Cancun zich heeft verbonden [geïntimeerde] in die functie te benoemen en hem gelegenheid te geven de daaraan verbonden taken en bevoegdheden uit te oefenen. Partijen zijn in deze opzichten vrijwillig wederzijdse verbintenissen aangegaan, zodat de verbintenissen voortvloeiend uit hun rechtsbetrekking, waaronder de verbintenis van [geïntimeerde] tegenover Cancun tot een behoorlijke taakvervulling zoals bedoeld in artikel 2:9 BW, moeten worden aangemerkt als "verbintenissen uit overeenkomst" in de zin van artikel 5, punt 1, van de EEX-Verordening (oud). Voor zover de vorderingen van Cancun zijn gegrond op tekortschieten van [geïntimeerde] in de behoorlijke vervulling van zijn vennootschapsrechtelijke taak als bestuurder, betreffen zij dus "verbintenissen uit overeenkomst" in de zin van de genoemde bepaling.

3.8. [geïntimeerde] heeft voor zijn werkzaamheden als bestuurder geen vergoeding van Cancun ontvangen en partijen zijn deze ook niet overeengekomen. De verrichtingen van [geïntimeerde] als bestuurder vallen daarom niet onder het begrip "verstrekking van diensten" in de zin van artikel 5, punt 1 onder b), van de EEX-Verordening (oud). Dit brengt mee dat de vragen of de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt ten aanzien van de hierboven bedoelde vorderingen en of de rechtbank Amsterdam bevoegd is daarvan kennis te nemen, moeten worden beantwoord aan de hand van het bepaalde in artikel 5, aanhef en punt 1 onder a), van de EEX-Verordening (oud). Daartoe moet worden bepaald waar de verbintenis van [geïntimeerde] tot vervulling van de taak die in zijn hoedanigheid van bestuurder van Cancun op hem rustte, en hiermee zijn verbintenis tegenover Cancun tot een behoorlijke vervulling van zijn taak als bestuurder, is uitgevoerd of moest worden uitgevoerd.

3.9. In dit verband is allereerst van belang dat Cancun haar statutaire zetel heeft in Amsterdam en dus in Amsterdam is gevestigd, terwijl zij niet ook elders een kantoor of een filiaal houdt. Van belang is verder dat de statuten van Cancun niet bepalen, en ook geen aanwijzing bevatten, dat het bestuur zijn taak uitoefent in een andere plaats dan die waar Cancun is gevestigd. Hetzelfde geldt met betrekking tot de afzonderlijke bestuurders. Wel bepaalt artikel 20, vijfde lid, van de statuten dat de algemene vergaderingen van aandeelhouders worden gehouden in de plaats waar Cancun haar statutaire zetel heeft, zodat Amsterdam de plaats is waar de bestuurders aan de algemene vergadering verantwoording

afleggen. Niet gebleken is voorts dat in enig ander document dan de statuten is bepaald in welke plaats [geïntimeerde] zijn taak als bestuurder diende te vervullen, als dit niet in Amsterdam zou zijn. Evenmin is gebleken dat de vervulling door [geïntimeerde] van zijn taak als bestuurder in de plaats waar Cancun haar statutaire zetel heeft, indruist tegen de wil van partijen zoals blijkend uit hetgeen zij zijn overeengekomen in het kader van de onder 3.7 bedoelde, aan hun rechtsbetrekking ten grondslag liggende, verbintenissen. De enkele omstandigheden dat [geïntimeerde] de Spaanse nationaliteit heeft, in Spanje woonachtig was en is en gedurende de betrokken, onder 2.5 genoemde, periode in loondienst was van een in Spanje gevestigde derde, maken dat niet anders, ook niet als [geïntimeerde] in de praktijk met wederzijdse instemming van partijen feitelijk werkzaamheden als bestuurder zou hebben verricht vanuit Spanje.

3.10. Uit het bovenstaande volgt dat Amsterdam, als de plaats waar Cancun haar statutaire zetel heeft en bij gebreke van een andersluidende bepaling in statuten, overeenkomst of ander document, moet worden aangemerkt als de plaats waar [geïntimeerde] zijn vennootschapsrechtelijke taak als bestuurder heeft vervuld en, dus, als de plaats waar zijn verbintenis tegenover Cancun tot een behoorlijke taakvervulling zoals bedoeld in artikel 2:9 BW moest worden uitgevoerd. De Nederlandse rechter heeft daarom rechtsmacht ten aanzien van en de rechtbank Amsterdam is daarom bevoegd tot kennisneming van de vorderingen van Cancun die zijn gegrond op het gestelde tekortschieten van [geïntimeerde] in de behoorlijke vervulling van zijn taak als bestuurder. Anders dan [geïntimeerde] in eerste aanleg heeft betoogd en anders dan de rechtbank in het bestreden vonnis heeft aangenomen, noopt het onder 3.4 genoemde arrest van 10 september 2015 van het Hof van Justitie van de Europese Unie in samenhang met de omstandigheden van het voorliggende geval, niet tot een ander oordeel, al was het maar omdat het in de zaak waarop dat arrest betrekking heeft, ging om een bestuurder die zijn werkzaamheden tegen een vergoeding had verricht en wiens werkzaamheden in het geval dat geen arbeidsovereenkomst tussen hem en de vennootschap zou hebben bestaan, daarom wel vielen onder het begrip “verstrekking van diensten” in de zin van artikel 5, punt 1 onder b), van de EEX-Verordening (oud). In het genoemde arrest is de rechterlijke bevoegdheid buiten de context van een arbeidsovereenkomst daarom beoordeeld aan de hand van laatstbedoelde bepaling en niet aan de hand van het thans toepasselijke artikel 5, punt 1 onder a), van de EEX-Verordening (oud). Hierbij verdient nog aantekening dat ook als bij de beantwoording van de vraag waar de verbintenis van [geïntimeerde] tot vervulling van zijn taak als bestuurder is uitgevoerd of moest worden uitgevoerd, in aanmerking wordt genomen hetgeen het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn arrest van 10 september 2015 bij afwezigheid van een arbeidsovereenkomst heeft overwogen over de plaats waar de in dat arrest genoemde bestuurder zijn diensten verstreekte, dit niet zou leiden tot een ander antwoord op die vraag dan hierboven gegeven, om juist dezelfde redenen als hierboven overwogen.

3.11. Voor zover de vorderingen van Cancun zijn gegrond op tekortschieten van [geïntimeerde] in de nakoming van de overeenkomst van opdracht tussen partijen, heeft Cancun het oog op de overeenkomst waarbij aan [geïntimeerde] de opdracht is verleend werkzaamheden als bestuurder van Cancun te verrichten en waarbij deze die opdracht heeft aanvaard. Op de onder 3.9 reeds vermelde gronden moet Amsterdam worden aangemerkt als de plaats waar de verleende opdracht is of moest worden uitgevoerd, zodat de Nederlandse rechter op grond van het bepaalde in artikel 5, aanhef en punt 1 onder a), van de EEX-Verordening (oud) ook ten aanzien van die vorderingen rechtsmacht toekomt en de rechtbank Amsterdam tot kennisneming daarvan bevoegd is. Op grond van het bepaalde in artikel 5, aanhef en punt 3, van de EEX-Verordening (oud) geldt dat ook voor zover Cancun zich beroept op onrechtmatig handelen van [geïntimeerde] jegens haar, alleen al omdat de aan [geïntimeerde] verweten gedragingen zo al niet in het kader van, dan toch in zeer nauwe samenhang met de uitoefening van diens taak en verantwoordelijkheden als bestuurder en dus in Amsterdam hebben plaatsgehad, en wat betreft de gestelde betrokkenheid van [geïntimeerde] bij de onder 2.3 bedoelde besluiten tot uitgifte van nieuwe aandelen voorts omdat de vermogensschade die Cancun als gevolg van die besluiten stelt te hebben geleden, is ingetreden in de plaats waar zij is gevestigd, dus eveneens in Amsterdam. Dit brengt mee dat het schadebrengende feit zoals bedoeld in artikel 5, punt 3, van de EEX-Verordening (oud) zich heeft voorgedaan in Amsterdam, zodat de rechtbank Amsterdam ook ten aanzien van het gestelde onrechtmatig handelen bevoegd is van de zaak kennis te nemen.

3.12. De slotsom uit het bovenstaande is dat de *grievens 2 tot en met 4* slagen. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en de zaak zal op grond van het bepaalde in artikel 76 Rv worden teruggewezen naar de rechtbank Amsterdam om op de hoofdzaak te worden beslist, nu partijen niet eenparig hebben verklaard te verlangen dat het hof de zaak aan zich houdt. Bij deze uitkomst behoeven de hierboven niet besproken *grievens 1 en 5* van Cancun, wegens het ontbreken van voldoende belang, geen bespreking meer. Na terugwijzing zal de rechtbank tevens dienen te beslissen over de onder 3.2 genoemde incidentele vordering van Cancun tot voeging, aangezien de beslissing over

een dergelijke vordering krachtens artikel 222 Rv moet worden genomen door dezelfde rechter als waarbij de verschillende zaken waarvan de voeging wordt gevorderd, aanhangig zijn, zodat de desbetreffende beslissing is voorbehouden aan de rechtbank en het hof de vordering tot voeging dus niet dadelijk mag toewijzen. [geïntimeerde] zal, als de vrijwel geheel in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van het bevoegdheidsincident in eerste aanleg en in de kosten van het geding in hoger beroep.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en,

opnieuw rechtdoende:

wijst de zaak terug naar de rechtbank Amsterdam om op de hoofdzaak te worden beslist;

bepaalt dat de rechtbank tevens dient te beslissen over de onder 3.2 genoemde incidentele vordering tot voeging;

veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van het bevoegdheidsincident in eerste aanleg en in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. In de onderhavige zaak staat de vraag centraal of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft met betrekking tot een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid, zoals bedoeld in art. 2:9 BW, ingesteld door een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap met een statutaire zetel te Amsterdam, Cancun Holding II BV (hierna Cancun), tegen de door haar gewezen bestuurder N, die in Spanje woonachtig is. In deze procedure heeft de Rechtbank Amsterdam zich twee keer en het Hof Amsterdam zich een keer over deze vraag moeten uitlaten. Deze noot heeft voornamelijk betrekking op het arrest van het hof. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de Nederlandse rechter op grond van art. 5 sub 1 onder a EEX-Verordening zoals geldend voor 10 januari 2015 (Vo. (EG) 44/2001; hierna EEX-Vo (oud)) bevoegd is tot kennisneming van de door Cancun ingestelde vordering. Art. 5 sub 1 onder a EEX-Vo (oud) (thans art. 7 sub 1 onder a EEX-Vo II (Vo. (EU) 1215/2012)) bepaalt dat ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, de rechter van de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, bevoegd is. In het bijzonder komt de vraag aan bod of Amsterdam de plaats is waar N als bestuurder van Cancun zijn bestuurstaken heeft uitgevoerd.

2. Bij tussenvonnis van 12 februari 2014 (**ECLI:NL:RBAMS:2014:688**) verklaarde de rechtbank zich bevoegd. De rechtbank overwoog dat gezien de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna HvJ) de verhouding tussen de vennootschap en haar bestuurder als een contractuele relatie in de zin van de voornoemde bepaling kwalificeert. Het HvJ heeft immers in het Peters/ZNAV-arrest (HvJ 22 maart 1983, *NJ* 1983/644, m.nt. J.C. Schultsz) beslist dat de lidmaatschapsverhouding tussen een naar Nederlands recht opgerichte vereniging en haar leden onder het toepassingsbereik van art. 5 sub 1 EEX-Verdrag (thans art. 7 sub 1 onder a EEX-Vo II) valt. In navolging hiervan werd in de Nederlandse rechtspraak aangenomen dat dit tot gevolg heeft dat ook de rechtsverhouding tussen de vennootschap en haar bestuurder onder het toepassingsbereik van deze bepaling valt (zie Hof Amsterdam 16 september 2008, **«JOR» 2008/330**, m.nt. Wessels (*Jomed*)). De Rechtbank Amsterdam oordeelde vervolgens dat de plaats van uitvoering van de verbintenis Amsterdam is, omdat de vennootschap in Amsterdam is gevestigd. De rechtbank is aldus bevoegd van de ingestelde vordering kennis te nemen. De rechtbank specificeerde niet waarom Amsterdam als de plaats van vestiging van de vennootschap moet worden aangemerkt. Uit het vonnis – alsmede uit de daaropvolgende uitspraken – blijkt dat slechts de statutaire zetel van de vennootschap in Amsterdam is gelegen. Waar de werkelijke zetel resp. bestuurszetel – zo deze al aan te wijzen resp. te bepalen is – zich bevindt, is niet duidelijk. In afwachting van de beantwoording van de door de Hoge Raad op 24 januari 2014 aan het HvJ gestelde prejudiciële vragen over de rechtsmacht in bestuurdersaansprakelijkheidszaken onder de EEX-Vo (HR 24 januari 2014, **«JOR»**

2014/191, m.nt. Veder) had de rechtbank mijns inziens de beantwoording van de vraag naar haar bevoegdheid moeten aanhouden.

3. Naar aanleiding van deze prejudiciële vragen heeft het HvJ zich in zijn arrest van 10 september 2015 («JOR» 2015/288, m.nt. Van der Plas (*Holterman Ferho/Spies*)) moeten uitspreken over de vraag of art. 5 sub 1 EEX-Vo (oud) ook geschillen tussen een vennootschap en haar bestuurder op basis van art. 2:9 BW omvat. Het HvJ overwoog dat indien komt vast te staan dat de rechtsverhouding tussen een vennootschap en haar bestuurder als een arbeidsovereenkomst kwalificeert, de rechtsmacht van de rechter niet op basis van art. 5 sub 1 EEX-Vo (oud) moet worden bepaald, maar ingevolge de autonome bepalingen inzake geschillen uit arbeidsovereenkomsten (art. 18 e.v. EEX-Vo (oud), thans art. 20 EEX-Vo II e.v.). Van een arbeidsovereenkomst is volgens het HvJ sprake als een persoon gedurende bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties tegen beloning verricht. Wordt aan dit criterium niet voldaan, dan kan de bestuurder niet als een werknemer worden aangemerkt. In zo'n geval moet de rechtsverhouding als een overeenkomst in de zin van art. 5 sub 1 EEX-Vo (oud) worden aangemerkt. Er is sprake van een vrijwillig aangegane verbintenis van de ene partij jegens een andere. De activiteit van een bestuurder creëert nauwe banden die vergelijkbaar zijn met de banden die tussen partijen bij een overeenkomst ontstaan, zodat de vordering die de vennootschap tegen haar voormalige bestuurder indient op grond dat deze niet zou hebben voldaan aan zijn verplichting tot behoorlijke vervulling van zijn vennootschapsrechtelijke taak, onder het begrip "verbintenissen uit overeenkomst" in de zin van art. 5 sub 1 EEX-Vo (oud) valt, aldus het HvJ. Aanvullend heeft het HvJ overwogen dat de rechter zijn bevoegdheid slechts op art. 5 sub 3 EEX-Vo (oud) (thans art. 7 sub 2 EEX-Vo II) mag baseren indien het aan de bestuurder verweten handelen niet kan worden beschouwd als niet-nakoming van de vennootschapsrechtelijke verplichtingen van de bestuurder. Overeenkomstig deze bepaling is, ten aanzien van vorderingen uit hoofde van onrechtmatig handelen, de rechter van de plaats bevoegd waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan.

4. In zijn arrest na verwijzing (HR 3 februari 2017, «JOR» 2017/190, m.nt. Van der Schrieck) stelde de Hoge Raad op basis van de feiten en omstandigheden vast dat de bestuurder gedurende bepaalde tijd voor en onder het gezag van de vennootschap werkzaamheden tegen beloning heeft verricht. Er was dus sprake van een arbeidsovereenkomst. Dit bracht mee dat de rechtsmacht aan de hand van art. 18 e.v. EEX-Vo (oud) moest worden bepaald en als gevolg daarvan de Nederlandse rechter onbevoegd was, nu de bestuurder als werknemer in de zin van de voornoemde bepalingen kwalificeerde en geen woonplaats in Nederland had.

5. Het arrest van het HvJ in de zaak *Holterman Ferho/Spies* was in de hier te bespreken zaak voor de Rechtbank Amsterdam aanleiding om op haar tussenvonnissen terug te komen (Rb. Amsterdam 15 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3597). De rechtbank verklaarde zich op grond van art. 5 sub 1 onder a EEX-Vo (oud) alsnog onbevoegd om van de vordering van Cancun tegen N kennis te nemen. Het staat vast dat N niet als werknemer van Cancun in de zin van de in het *Holterman Ferho/Spies*-arrest gegeven definitie kan worden aangemerkt, aangezien hij een onbezoldigd bestuurder is geweest. Dit brengt dan ook, gezien de grondslag van de vordering (art. 2:9 BW), mee dat de rechtbank slechts bevoegd is indien Amsterdam als de plaats kwalificeert waar de werkzaamheden volgens de overeenkomst tussen partijen hoofdzakelijk hadden moeten worden verstrekt en, bij gebreke van een dergelijke afspraak, werden verstrekt. De rechtbank stelde vast dat een dergelijke afspraak in de statuten of andere documenten ontbreekt. Ook blijkt N vanuit Spanje te hebben gehandeld. Zijn taak was namelijk zich het belang van een bepaalde aandeelhouder aan te trekken. De rechtbank concludeerde dat N zijn verbintenis als bestuurder van Cancun niet in Nederland had uitgevoerd. Evenmin moest hij deze verbintenis in Nederland verrichten. Hieruit vloeit voort dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is van de vordering van Cancun (vennootschap) tegen N (bestuurder van de vennootschap) kennis te nemen.

6. Het Hof Amsterdam vernietigt het vonnis van de Rechtbank Amsterdam en verklaart de Rechtbank Amsterdam alsnog bevoegd van het geschil kennis te nemen. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat N als bestuurder van Cancun zijn bestuurswerkzaamheden in Nederland heeft verricht dan wel diende te verrichten. Cancun heeft haar statutaire zetel in Amsterdam, zodat zij aldaar is gevestigd. Niet gebleken is dat zij ook een kantoor of filiaal elders heeft. De statuten van Cancun bepalen dat de ava in de plaats van de statutaire zetel van Cancun wordt gehouden. In deze plaats dienen de bestuurders van Cancun verantwoording aan de ava af te leggen. Andere afwijkende afspraken over de uitvoering van de werkzaamheden bestaan niet. Volgens het hof druist de vervulling door N van zijn taak als bestuurder in de plaats van de statutaire zetel van Cancun niet in tegen de wil van partijen, zoals blijkt uit hetgeen

partijen zijn overeengekomen. Dat N in Spanje woonachtig was en is en aldaar werkzaamheden voor een derde verrichtte, maakt dit niet anders, ook niet indien N in de praktijk feitelijk werkzaamheden als bestuurder vanuit Spanje zou hebben verricht (zie ook het onder punt 2 aangehaalde Jomed-arrest van het Hof Amsterdam alsmede Hof Amsterdam 20 november 2011, «**JOR**» **2012/174**, m.nt. Veder). Amsterdam als de plaats van statutaire zetel van Cancun is volgens het hof dus de plaats waar N als bestuurder zijn vennootschapsrechtelijke taak als bestuurder diende te verrichten, zodat de Rechtbank Amsterdam haar bevoegdheid wel aan art. 5 sub 1 EEX-Vo (oud) kan ontlenen.

7. Uit praktisch oogpunt en in het bijzonder vanuit de positie van Cancun als een naar Nederlands recht opgerichte en statutair in Amsterdam gevestigde vennootschap is het oordeel van het Hof Amsterdam toe te juichen. Of het oordeel in het licht van het Holterman Ferho/Spies-arrest van het HvJ standhoudt, vraag ik me af. Volgens het hof noopt dit arrest niet tot een ander oordeel. Het arrest van het HvJ moet volgens het hof worden gezien in het licht van de omstandigheden van het geval, in dat geval was namelijk wel sprake van een arbeidsovereenkomst. Gezien het feit dat Spies werkzaamheden tegen beloning verrichtte, zou in het geval dat de rechtsverhouding tussen de vennootschap en Spies niet als arbeidsovereenkomst zou kwalificeren, sprake zijn van een overeenkomst tot verstrekking van diensten in de zin van art. 5 sub 1 onder b EEX-Vo (oud). Dit is echter volgens het hof in de onderhavige zaak niet het geval. N trad immers op als onbezoldigd bestuurder van Cancun, zodat de overeenkomst niet als een overeenkomst tot verstrekking van diensten kan worden aangemerkt. De rechtsmacht van de Nederlandse rechter dient aan de hand van art. 5 sub 1 onder a EEX-Vo (oud) te worden bepaald, welke bepaling in het Holterman Ferho/Spies-arrest niet aan de orde is geweest. Aldus het Hof Amsterdam in r.o. 3.10. Het hof is blijkbaar van oordeel dat de uitleg van het HvJ over de plaats van uitvoering van de vennootschapsrechtelijke taken van een bestuurder onder art. 5 sub 1 onder b EEX-Vo (oud) niet toegepast kan worden bij het bepalen van deze plaats onder art. 5 sub 1 onder a EEX-Vo (oud). Waarom zou dit niet mogelijk zijn? Een dergelijke interpretatie van het genoemde arrest van het HvJ lijkt mij te beperkt. Het gaat immers om dezelfde werkzaamheden. Ook onder art. 5 sub 1 onder a EEX-vo (oud) geldt dat de afgesproken plaats voorop staat. Uit het feitenrelaas van de rechtbank en van het hof vloeit voort dat er geen afspraak tussen de vennootschap en haar bestuurder bestaat waar (of misschien beter waar vanuit?) de bestuurder zijn taken moet verrichten. Het koppelen van deze taken aan de plaats waar de statutaire zetel van de vennootschap is gelegen en waar de bestuurder verantwoording aan de ava moet afleggen, is mijns inziens niet juist. De werkzaamheden van een bestuurder omvatten meer dan alleen verantwoording afleggen. De benadering van het HvJ in het Holterman Ferho/Spies-arrest spreekt mij meer aan. Het HvJ overweegt dat bij gebreke van enige precisering van zo'n plaats in de statuten of andere documenten de plaats waar de bestuurder zijn werkzaamheden voor de vennootschap overwegend heeft verricht, als de plaats van verstrekking van diensten moet worden aangemerkt. Ik vermag niet in te zien waarom deze benadering in het onderhavige geval niet moet gelden om het enkele feit dat geen sprake van is van overeenkomst tot verstrekking van diensten. Het HvJ wijst erop dat bij het bepalen van de plaats van uitvoering van de vennootschapsrechtelijke taken van de bestuurder rekening moet worden gehouden met de op die plaats doorgebrachte tijd en het belang van de verrichte werkzaamheden, hetgeen de nationale rechter moet beoordelen aan de hand van de aan hem voorgelegde bewijsmiddelen. In de appelprocedure is N niet verschenen, zodat van zijn zijde geen feiten en omstandigheden zijn aangevoerd over de plaats waar hij feitelijk zijn taken als bestuurder heeft verricht. In het licht van het feitenrelaas van de rechtbank en het hof, namelijk dat N woonachtig was in Spanje waar hij ook voor een derde heeft gewerkt en dat hij voor de belangen van een bepaalde niet-Nederlandse aandeelhouder optrad, is deze plaats naar mijn mening niet in Nederland gelegen. Dat er naast N ook nog twee bestuurders van Cancun waren die in Nederland woonachtig waren resp. uit fiscale motieven hier te lande waren gevestigd, maakt dit niet anders. Tegenwoordig is het niet noodzakelijk dat de bestuurders fysiek op een plaats aanwezig zijn om te vergaderen. De bestaande technische middelen (telefoon of computer) maken vergaderen op afstand mogelijk.

8. Het Hof Amsterdam lijkt veel waarde te hechten aan het feit dat Cancun in Amsterdam haar statutaire zetel heeft en dat hier de ava van Cancun bijeen diende te komen. Dat laatste brengt volgens het HvJ mee dat in deze plaats ook verantwoording door de bestuurders van Cancun moet worden afgelegd. Bij dat laatste geldt ook dat deze verantwoording eveneens met behulp van diverse technische middelen op afstand kan geschieden. Ook gaat dit mijns inziens voorbij aan het karakter van Cancun als in Nederland gevestigde houdstermaatschappij waarvan de vestiging in Nederland slechts door fiscale motieven is ingegeven. Cancun voert

– het tegendeel blijkt niet uit de uitspraken in deze zaak – geen daadwerkelijke activiteiten in Nederland uit.

9. In r.o. 3.11 overweegt het Hof Amsterdam dat de Rechtbank Amsterdam ook bevoegd is tot kennisneming van de vordering van Cancun jegens N voor zover deze op onrechtmatig handelen van N is gebaseerd. Cancun verwijt N immers betrokken te zijn geweest bij besluiten tot uitgifte van nieuwe aandelen in een vennootschap waarvan Cancun aandeelhouder is. Door deze uitgifte is de deelneming van Cancun radicaal geslonken waardoor Cancun schade heeft geleden die in de plaats van vestiging, Amsterdam, is geleden. Dit leidt volgens het hof ertoe dat de rechtbank op grond van art. 5 sub 3 EEX-Vo (oud) als de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, bevoegd is tot kennisneming van deze vordering. Het arrest van het hof noch de vonnissen van de rechtbank geven uitsluitel over de vordering uit hoofde van onrechtmatig handelen van N. In beide vonnissen van de rechtbank wordt gesproken van vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW en art. 6:74 BW. Het is vaste rechtspraak van het HvJ dat de vordering onder art. 5 sub 3 EEX-Vo (oud) valt indien het verweten handelen niet kan worden beschouwd als niet-nakoming van contractuele verplichtingen van de ene partij jegens de andere (HvJ 13 maart 2014, *NJ* 2015/1, m.nt. L. Strikwerda). Dit betekent dat art. 5 sub 3 EEX-Vo (oud) pas in aanmerking komt als grondslag voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, nadat komt vast te staan dat de aan N verweten gedragingen niet als niet-nakoming van zijn taken en verantwoordelijkheden als bestuurder kunnen worden beschouwd (zie ook HvJ in het *Holterman Ferho/Spies*-arrest). Hiervan is mijns inziens bijvoorbeeld sprake indien N als persoon en niet als bestuurder van Cancun betrokken is geweest bij schadebrengende handelingen. Ik vraag me echter af of de aan N verweten gedragingen toch niet onder art. 2:9 BW vallen, hem wordt namelijk verweten zijn taak als bestuurder van Cancun niet behoorlijk te hebben vervuld. Er is dus sprake van een verplichting uit een overeenkomst in de zin van art. 5 sub 1 EEX-Vo (oud).

mr. M. Zilinsky, universitair docent internationaal privaatrecht, Vrije Universiteit Amsterdam, tevens verbonden aan Houthoff, Amsterdam
