

GESCHRIFTEN VANWEGE  
DE VERENIGING CORPORATE LITIGATION 2015-2016

SERIE VANWEGE HET  
VAN DER HEIJDEN INSTITUUT TE NIJMEGEN  
ONDER REDACTIE VAN  
PROF. MR. G. VAN SOLINGE  
PROF. MR. M. VAN OLFFEN  
PROF. MR. M.P. NIEUWE WEME  
PROF. MR. C.D.J. BULTEN

DEEL 134

GESCHRIFTEN VANWEGE  
DE VERENIGING CORPORATE LITIGATION  
2015-2016

*onder redactie van*

MR. M. HOLTZER

MR. D. STRIK

MR. D.J. ORANJE

 Wolters Kluwer

DEVENTER – 2016

Omslagontwerp: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 13781 1

ISBN 978 90 13 13782 8 (E-book)

NUR 827-715

© 2016, Van der Heijden Instituut, Nijmegen

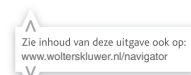
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Wolters Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op [www.wolterskluwer.nl](http://www.wolterskluwer.nl).



NAVIGATOR

## INHOUD

<i>Prof. mr. M.J. Kroeze</i>	
<b>Vijftien jaar Vereniging Corporate Litigation</b>	XV
<b>Deel I: Kronieken</b>	1
<i>Mr. drs. E.M. Soerjatin</i>	
<b>Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid: de hits van 2014-2015</b>	3
1 Inleiding	3
2 Wetgeving	3
3 Externe aansprakelijkheid	4
3.1 Bestuurdersaansprakelijkheid versus aansprakelijkheid voor handelen in persoon	4
3.2 Bevestiging van de bekende normen	6
3.3 Bestuurdersaansprakelijkheid, relativiteitseis en ‘eigen schuld’	7
3.4 Misleiding en causaal verband	8
3.5 Aansprakelijkheid jegens schuldeisers	10
3.6 Kennelijk onbehoorlijk bestuur – schending boekhoudplicht en publicatieplicht	13
3.7 Kennelijk onbehoorlijk bestuur met en zonder het weerlegbaar vermoeden van art. 2:138/248 lid 2 BW	18
4 Interne aansprakelijkheid – onbehoorlijk bestuur	21
4.1 In gevaar brengen van de onderneming	21
4.2 Disculpatie	22
4.3 De facto <i>claw back</i>	23
4.4 Bewijsaanbod en art. 21 Rv	23
4.5 Enkele overige voorbeelden van (on)behoorlijk bestuur	24
5 Interne aansprakelijkheid – toezicht	26
5.1 Behoorlijk toezicht	26
5.2 Onbehoorlijk toezicht	26
6 Samenhang met het enquêterecht	28
7 Semipublieke sector	30
8 Formele aspecten bestuurdersaansprakelijkheid	32
8.1 Verjaring	32
8.2 Klachtplicht art. 6:89 BW	35

9	Feitelijk bestuurder/feitelijk leidinggeven	35
9.1	Feitelijk bestuurder	35
9.2	Bestuurlijke boete voor feitelijk leidinggeven aan overtreding	36

*Prof. mr. B.F. Assink en prof. mr. M.J. Kroeze*

	<b>Kroniek enquêterecht 2015</b>	37
1	Inleiding	37
2	Kwantitatief overzicht	38
2.1	Beschikkingen Hoge Raad	38
2.2	Beschikkingen Ondernemingskamer	38
2.2.1	Enquêteverzoeken	38
2.2.2	Verzoeken tot treffen van onmiddellijke voorzieningen	39
2.2.3	Verzoeken tot vaststellen van wanbeleid en treffen van voorzieningen	40
3	Formeel enquêterecht	40
3.1	Type rechtspersoon	40
3.2	Type verzoeker en bevoegdheid	42
3.3	Kenbaar maken bezwaren ex art. 2:349 lid 1 BW	45
3.4	Geschillen van louter vermogensrechtelijke aard	46
3.5	Enquêtebevoegdheid	47
3.5.1	Concernenquête	47
3.5.2	Economische gerechtigdheid	48
3.5.3	Verandering, vermeerdering of intrekking verzoek	48
3.6	Ontvankelijkheid bij achterwege laten verzoek wanbeleid vast te stellen	49
3.7	Belanghebbenden	49
3.8	Onderzoek	50
3.8.1	Reikwijdte en onderwerpen onderzoek	50
3.8.2	Positie en werkwijze onderzoeker	52
3.8.3	Terinzagelegging onderzoeksverslag en machtiging ex art. 2:253 lid 3 BW	53
3.8.4	Raadsheer-commissaris	55
3.8.5	Beëindiging onderzoek en onmiddellijke voorzieningen	56
3.8.6	Kosten onderzoek	58
3.9	Onmiddellijke voorzieningen	61
3.9.1	Maatstaf onmiddellijke voorzieningen	61
3.9.2	Overzicht getroffen onmiddellijke voorzieningen	61
3.10	Tijdelijk benoemde functionarissen: taakuitoefening en kosten	63
3.11	Voorzieningen na wanbeleid	65

4	Materieel enquêterecht: gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen, die een onderzoek daarnaar rechtvaardigen	65
5	Materieel enquêterecht: wanbeleid en verantwoordelijkheid daarvoor	70
6	Afsluitende beschouwing	79

*Mr. I. Tillema*

	<b>Kroniek collectieve acties 2015</b>	81
1	Inleiding	81
2	Collectieve acties: ontvankelijkheidsperikelen	82
	2.1 Statutaire doelomschrijving, feitelijke werkzaamheden en voorafgaand overleg	82
	2.2 Adequate belangenbehartiging	85
	2.3 Gelijksoortige belangen	88
	2.4 Geen schadevergoeding in geld	94
	2.5 Algemeen belang, voldoende belang en eigen belang	95
3	Collectieve acties: buitengerechtelijke kosten en proceskosten	97
4	Uitsmijter (geen collectieve actie): stuiting van de verjaring	99

*Mr. J.J.M. van Mierlo*

	<b>Kroniek medezeggenschapsrecht 2015</b>	101
1	Inleiding	101
2	Instellings- en samenstellingsperikelen	101
3	Het adviesrecht van de ondernemingsraad	108
	3.1 Overdracht van de zeggenschap in de ondernemer	108
	3.2 Politiek primaat	110
	3.3 Medeondernemerschap en toerekening	112
	3.4 Gefaseerde besluitvorming en de (personele) gevolgen	114
	3.5 Weerbarstige besluitvorming	116
	3.6 Voorzieningen	118
4	Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad	119
	4.1 De termijn om een beroep op de nietigheid te doen	119
	4.2 Wel of geen instemmingsrecht?	120
	4.3 Vervangende toestemming	123
5	Overige uitspraken	126
6	Wetgeving	128

**Deel II: Bijdragen** 133

*Mr. drs. A.W. van der Veen*

<b>De groepsaansprakelijkheid ex artikel 6:166 BW in corporate litigation</b>	135
1 Inleiding	135
2 Art. 6:166 BW: the basics	136
3 Toepassing in de corporate litigation-context	139
4 Overzicht jurisprudentie	146
5 Analyse jurisprudentie per vereiste	149
1 Heeft ten minste één groepslid een onrechtmatige daad gepleegd?	149
2 Is gehandeld in groepsverband?	150
3 Had de kans op schade de deelnemers moeten weerhouden?	153
4 Kan het deelnemen worden toegerekend?	154
6 Conclusie	154

*Mr. F. Eikelboom*

<b>Het combineren van de enquêteprocedure met een andere procedure</b>	155
1 Inleiding	155
1.1 Het combineren van procedures voor verschillende rechterlijke colleges	155
1.2 De Ondernemingskamer en de enquêteprocedure	157
2 Gat in de absolute bevoegdheid van de Ondernemingskamer	158
2.1 Geen geschillen van vermogensrechtelijke aard	158
2.2 Geen (definitieve) scheiding van ruziënde aandeelhouders?	160
2.3 ‘Bindend advies’ door de Ondernemingskamer	161
3 Bevoegdheidskwesties in de gecombineerde procedure	163
3.1 Aard van de geschillen die kunnen worden voorgelegd	163
3.2 Partijen moeten kiezen voor art. 96 Rv en prorogatie	165
4 Het verloop van de procedure en het bewijsrecht	166
4.1 Het verloop van de art. 96 Rv-procedure en het bewijsrecht	166
4.2 Het verloop van de prorogatieprocedure en het bewijsrecht	167
5 Het entameren van de gecombineerde procedure	168
5.1 Het begin (en eind) van de gecombineerde procedure	168
5.2 Partijperikelen	169
6 Het afstemmen van beide procedures	170
6.1 De raadkamer	170
6.2 Het aanvullen van de enquêteprocedure	171
6.3 Een op de enquêteprocedure afgestemde geschillenregeling	172
6.4 Rechtsmiddelen	173
7 Tot slot	174



*Mr. T.C.A. Dijkhuizen MPhil*

<b>Het agenderingsrecht: toetssteen voor de positie van aandeelhouders in Nederlandse beursvennootschappen?</b>	177
1 Inleiding	177
2 De toenemende aandacht voor de positie van de aandeelhouder in beursvennootschappen	179
3 Het agenderingsrecht	181
4 Het agenderingsrecht onder druk: nationale reguleringsinitiatieven	185
5 Het agenderingsrecht onder druk: de Richtlijn Aandeelhoudersrechten	187
6 Geschillen rond de uitoefening van het agenderingsrecht	189
7 Boskalis/Fugro	194
8 Conclusie	196

*Mr. R. Schellaars en mr. F.M.A. Potter*

<b>Arbitrale spoedbodemprocedures</b>	199
1 Inleiding	199
2 Twee voorvragen: dient arbitrage het ondernemingsbelang en zijn geschillen arbitabel?	200
2.1 Belangen van ondernemingen bij geschilbeslechting	201
2.2 Arbitrabiliteit – actualiteit	203
3 Arbitrale Spoedprocedures	205
3.1 Het arbitraal kort geding – een bruikbare en goede optie maar niet altijd met afdwingbaar resultaat	206
3.2 Arbitrale spoedbodemprocedure	207
3.2.1 Wanneer is een spoedbodemprocedure niet geïndiceerd?	208
3.2.2 Algemene kenmerken spoedbodemprocedures	211
4 Spoedbodemprocedure bij het NAI – voorstellen tot aanpassing	214
4.1 Overgangsregeling bij aanpassingen (art. 7 TGV-reglement)	215
4.2 Financieel belang (art. 1 TGV-reglement)	216
4.3 Nationaal/internationaal (art. 2 en 3 TGV-reglement)	216
4.4 Benoemingsregeling (art. 11 TGV-reglement)	217
4.5 Procesorde (art. 15 TGV-reglement) en voorlopige voorzieningen	218
4.6 Mondelinge behandeling (art. 15(d) TGV-reglement)	219
4.7 Vonnis (art. 15(m) TGV-reglement)	219
4.8 Toetsing vonnis (thans niet voorzien)	219
4.9 Kosten (art. 17-21 TGV-reglement)	221
5 Afronding	222

*Mr. H.J.M. van Dal, mr. D.J.C. Nuijten en mr. dr. F.A. van Tilburg*

<b>Het spanningsveld bij bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van de beoogd curator in de stille voorbereidingsfase</b>	223
1 Inleiding	223
2 Achtergronden, doelstellingen en hoofdlijnen wetsvoorstel WCO I	224
3 Aansprakelijkheid van de bestuurder	226
3.1 Huidige situatie	226
3.2 Na invoering van de WCO I	230
4 Aansprakelijkheid van de beoogd curator	232
4.1 Maatstaf voor aansprakelijkheid	232
4.2 De beoogd curator en de Beklamel-norm	236
5 Vergelijking met surseance van betaling	238
6 Maatstaf tijdens stille voorbereidingsfase	239
7 Conclusie	242

*Mr. J.R. Hurenkamp en mr. K. Rutten*

<b>De pre-pack bij beursvennootschappen; koersgevoelige informatie? over de spagaat tussen de WCO I en art. 5:25i Wft</b>	243
1 Inleiding	243
2 Wet Continuïteit Ondernemingen I	245
3 Specifieke verplichtingen voor beursvennootschappen	246
4 Koersgevoelige informatie	249
5 Uitstelmogelijkheid openbaarmaking	251
5.1 Rechtmatig belang	251
5.2 Geen misleiding van het publiek	255
5.3 Waarborgen vertrouwelijkheid	256
6 Toezicht AFM, sancties en aansprakelijkheid	257
7 Conclusie	258
<b>DEEL III: Verenigingsaangelegenheden</b>	259
<b>Samenstelling bestuur</b>	261
<b>Verslag van de secretaris</b>	263
1 Activiteiten van de vereniging	263
2 Werkzaamheden secretariaat	263

*Mr. E. Schmieman*

<b>De Wet Continuïteit Ondernemingen II: Achtergrond, inhoud van de procedure en een niet-uitputtende reactie op enkele punten naar voren gebracht tijdens de VCL-voorjaarsbijeenkomst 2015</b>	265
1 Inleiding	265
2 Doel en inhoud van de WCO II	265
3 Achtergrond van de WCO II	266
3.1 Schuldeisers zijn niet verplicht mee te werken aan een buitengerechtelijk akkoord	266
3.2 Ontbreken van verplichting mee te werken aan een buitengerechtelijk akkoord staat reorganisatie in de weg	267
3.3 Praktische oplossingen voor concrete problemen	268
4 De procedure	269
4.1 Aanbieden van het akkoord	269
4.2 Indeling in klassen	269
4.3 Totstandkoming van het akkoord	270
4.4 Stemming over het akkoord	271
4.5 Algemeen verbindendverklaring van het akkoord	271
5 Voorlopige indruk van de reacties op de consultatie	272
6 Reactie op de observaties van Strik en Te Winkel	273
6.1 Inleiding	273
6.2 De positie van de aandeelhouder onder de WCO II	274
6.2.1 Inleiding	274
6.2.2 Moeten de rechten van de aandeelhouder altijd worden gewijzigd?	275
6.2.3 Worden de rechten van de aandeelhouder gewijzigd in het geval van een debt for equity swap?	276
6.3 Wat als de schuldeiser geen equity wil?	276
6.4 Welke rechter moet bevoegd zijn?	277
7 Slot	277

*Mr. G. Te Winkel*

<b>WCO II en de positie van de aandeelhouders</b>	279
1 Chapter 11/scheme of arrangement	279
2 Positie aandeelhouders onder WCO II	281
3 Waardering	287

*Mr. drs. D.A.M.H.W. Strik*

**Litigation-aspecten van WCO II Voordracht Voorjaarsbijeenkomst 2015**

<b>Vereniging Corporate Litigation</b>	291
1 Inleiding	291
2 Het bevoegde gerechtelijke forum	291
3 Door schuldeiser te nemen conservatoire en executiemaatregelen	294
4 Noodzaak-criterium	298
5 Preliminare geschillen over waardering, klassenindeling en stemming	299
6 Geschillen in het kader van algemeen verbindendverklaring akkoord	301

*Mr. A.A.E. Dorsman*

<b>Netherlands Commercial Court</b>	305
1 Inleiding	305
2 Wat hebben we gedaan?	305
3 De verkenning van BCG	306
4 Organisatorische vormgeving	307
4.1 Flexibiliteit/ingroeimodel	308
4.2 Inbedding in de rechterlijke organisatie	308
4.3 Rechter en raadsheren	308
4.4 De ondersteuning	309
4.5 Rechtsingang	309
5 Processuele aspecten	310
5.1 Welke zaken kunnen bij de NCC worden aangebracht?	310
5.2 Contouren procesmodel	311
5.2.1 Engels als proces taal	311
5.2.2 Meervoudig	311
5.2.3 Digitaal	312
5.2.4 Procesvoering	312
6 Griffierechten en proceskosten	316
6.1 Griffierechten	316
6.2 Proceskosten	317
7 Hoe nu verder?	317
8 Tot slot	317

*Mr. S.H.M.A. Dumoulin*

<b>Het Netherlands Commercial Court vanuit de onderneming gezien</b>	319
1 Inleiding	319
2 De juridische functie binnen de (internationale) onderneming	320
3 Geschilbeslechting binnen de onderneming	321
4 De rol van de externe advocaat	322
5 Het zaaksbelang	322
6 Houding ten opzichte van geschillen en aantallen zaken	323
7 De ‘geschilbeslechtigingsindustrie’	324

		<i>Inhoud</i>
8	Het Netherlands Commercial Court	325
	8.1 Overheidsrechtspraak	325
	8.2 Gedingvoering in het Engels	326
	8.3 Rechterlijke regievoering en NCC procesvoering	327
	8.4 Bewijsvoering	328
9	NCC tegenover arbitrage	329
10	Toevoegingen?	330
11	NCC succesfactoren	330
<i>Mr. M. van Hooijdonk</i>		
<b>Internationale uitdagingen voor de Netherlands Commercial Court</b>		333
1	Inleiding	333
2	Internationaal bewijsrecht en bewijslevering	334
3	Zitting	336
4	Vonnis	336
5	Wie doet het goed en waarom?	337
<b>Ledenlijst VCL (maart 2016)</b>		339

Mr. drs. A.W. van der Veen<sup>1</sup>

## DE GROEPSAANSPRAKELIJKHEID EX ARTIKEL 6:166 BW IN CORPORATE LITIGATION

### 1 Inleiding

De groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW is, waar het gaat om corporate litigation – en daar gaat het hier om – een onderbelichte bepaling. Dit contrasteert met de gewone onrechtmatige daad van art. 6:162 BW, die ook in een corporate litigation-context veel wordt ingezet. Het spaarzame gebruik van art. 6:166 BW is verrassend gelet op de grote voordelen die dat artikel de eisende partij biedt, namelijk een hoofdelijke aansprakelijkheid van alle tot de groep behorende partijen zonder dat een causaal verband met de schade behoeft te worden aangetoond. Er lijkt geen principiële reden te zijn waarom het artikel niet kan worden toegepast op rechtspersonen en situaties uit het ondernemingsrecht. Tegelijkertijd brengt die toepassing wel een aantal complicaties mee. Over die toepassing en bijbehorende complicaties gaat deze bijdrage.

Van belang voor deze bijdrage is niet in de laatste plaats het Hoge Raad arrest van 2 oktober 2015.<sup>2</sup> Daarin heeft de Hoge Raad zich, pas voor het eerst, over de vereisten van art. 6:166 BW uitgelaten. In zijn arrest, waarover later meer, maakt de Hoge Raad duidelijk dat de groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW niet is beperkt tot klassieke *in turba*-situaties<sup>3</sup> en dat, met name, eenheid van tijd en plaats bij het groepshandelen niet zijn vereist. Dat is een belangrijke aanwijzing voor het toepassen van de groepsaansprakelijkheid in een ondernemingsrechtelijke context. Tegelijkertijd blijven er genoeg vragen onbeantwoord, zoals:

- Hoe verhoudt de groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW zich met het groepsbegrip uit Boek 2 en andere (vennootschappelijke) samenwerkingsverbanden?
- Hoe verhoudt de groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW zich tot de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel voor bestuurders en commissarissen?
- Hoe verhoudt de groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW zich tot de jurisprudentie inzake doorbraak en concernaansprakelijkheid?

---

1 Mr. drs. A.W. van der Veen is advocaat bij Houthoff Buruma.

2 HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2914, *RvdW* 2015/1043.

3 Een term die door de Hoge Raad in zijn recente arrest wordt omschreven als (r.o. 3.3): ‘*wanorde, gewoel, gedrang of verwarring van een menigte mensen*’.

De schaarse lagere jurisprudentie en eveneens schaarse literatuur geven hierover geen uitsluitel. Zo stipt de monografie over art. 6:166 BW van Boonekamp wel aan dat ook rechtspersonen aangesproken kunnen worden op basis van art. 6:166 BW maar wordt daar verder nauwelijks aandacht aan besteed.<sup>4</sup> Uitzondering vormt het artikel van Peters en Goorts,<sup>5</sup> die wel expliciet de vraag hebben gesteld naar de toepasselijkheid van art. 6:166 BW op ondernemingsrechtelijke casus, dit naar aanleiding van een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in een fraudezaak.<sup>6</sup> De bevindingen in dat artikel zullen hierna uitgebreider aan bod komen. Wat betreft de lagere jurisprudentie is de laatste jaren ontegenzeggelijk een trend waarneembaar, waarin art. 6:166 BW vaker wordt ingezet in diverse gebieden buiten de klassieke *in turba*-gevallen, waaronder ook ondernemingsrechtelijke casus. Die lagere jurisprudentie zal ik in dit artikel analyseren.

Hierna ga ik eerst in op een aantal basisaspecten van art. 6:166 BW (par. 2). Vervolgens sta ik stil bij de reikwijdte van de groepsaansprakelijkheid en de toepassing in een corporate litigation-context (par. 3). Daarna geef ik een cijfermatig overzicht van de jurisprudentie tot op heden met een aantal trends (par. 4), op basis waarvan per vereiste van art. 6:166 BW de toepassing op corporate litigation-situaties wordt onderzocht (par. 5). Ik concludeer (par. 6) dat, ondanks de nodige obstakels en open vragen, het artikel nuttig ingezet kan worden in een corporate litigation context.

## 2 Art. 6:166 BW: the basics

Art. 6:166 BW luidt:

‘Lid 1: Indien één van tot een groep behorende personen onrechtmatig schade toebrengt en de kans op het aldus toebrengen van schade deze personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk indien deze gedragingen hun kunnen worden toegerekend.

Lid 2: Zij moeten onderling voor gelijke delen in de schadevergoeding bijdragen, tenzij in de omstandigheden van het geval de billijkheid een andere verdeling vordert.’

Het gaat bij de onrechtmatige daad in groepsverband in feite om een uitwerking van de algemene zorgvuldigheidsnorm, als neergelegd in art. 6:162 BW, toegepast op situaties waar het optreden in groepen kan leiden tot toebrengen van schade.<sup>7</sup>

---

4 R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband* (R&P nr. CA10) 2013.

5 N. Peters en M. Goorts, ‘Art. 6:166 BW: onbekend maakt onbemind?’, *AV&S* 2012/6, p. 203 e.v.

6 Rb. Rotterdam 30 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN4213 en Rb. Rotterdam 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR6484 (*KvK/Kantoor voor Klanten*).

7 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\** 2015/127; *GS Onrechtmatige daad* (Boonekamp), art. 6:166 BW, aantekening 3.

Direct iets over de terminologie. Het is niet geheel juist om van groepsaansprakelijkheid te spreken. Het is namelijk niet zo dat de groep – als af te bakenen entiteit – aansprakelijk kan zijn, waaruit vervolgens de aansprakelijkheid van de individuele leden wordt afgeleid. De eiser kan zich dan ook niet verhalen op de ‘groep’. In plaats daarvan gaat het om een individuele aansprakelijkheid voor *eigen* gedrag, in casu het verwijtbare deelnemen aan de gedragingen in groepsverband. Vandaar dat Boonekamp in zijn monografie ook consequent van de onrechtmatige daad in groepsverband spreekt.

#### *Vereisten*

Uit de wettekst blijken de volgende vier cumulatieve vereisten voor aansprakelijkheid ex art. 6:166 BW:

1. Er is onrechtmatig gehandeld jegens de gelaedeerde. Dit is in feite een randvoorwaarde: indien niet onrechtmatig is gehandeld en daardoor geen schade is ontstaan, kan aansprakelijkheid van groepsleden ook niet aan de orde zijn.<sup>8</sup> Wel van belang is op te merken dat, hoewel het hier conceptueel om een separate onrechtmatige daad gaat die moet worden onderscheiden van de onrechtmatigheid van het handelen in groepsverband (het derde vereiste), dit onderscheid in de praktijk niet altijd goed is te maken.
2. Er moet sprake zijn van handelen in groepsverband. Dit vereiste kent een objectieve en een subjectieve component.<sup>9</sup> Objectief moet iedere deelnemer ten minste een bijdrage hebben geleverd aan het groepshandelen. Subjectief geldt dat de deelnemers ten minste een gedeeld besef moeten hebben gehad van het handelen in groepsverband. Dat subjectief besef hoeft echter niet in te houden dat er een gedeelde opzet tot het toebrengen van schade bestond.
3. De kans op het toebrengen van schade had de aangesprokene behoren te weerhouden van zijn deelname aan het handelen in groepsverband. Dit is de eigenlijke onrechtmatige daad van art. 6:166 BW. Het gaat om een geobjectiveerd kennisvereiste: wist of had men behoren te beseffen dat de kans op schade voldoende groot was, dan is verdere deelname aan het groepshandelen onrechtmatig.
4. Het handelen in groepsverband is toerekenbaar in de zin van art. 6:162 lid 3 BW.

In par. 5 ga ik meer uitgebreid in op deze vereisten en dan toegepast op de ondernemingsrechtelijke context aan de hand van de bestaande jurisprudentie.

---

<sup>8</sup> Anders dan de letterlijke wettekst doet vermoeden kan het natuurlijk ook zo zijn dat meer dan een van de groepsleden onrechtmatig schade heeft toegebracht. Zie ook Boonekamp, op. cit., p. 45.

<sup>9</sup> Boonekamp, op. cit., p. 74-88, deels geïnspireerd op buitenlands (Frans en Duits) recht vanwege het gebrek aan houvast binnen de schaarse Nederlandse rechtsbronnen.



### *Parlementaire geschiedenis*

De parlementaire geschiedenis van art. 6:166 BW is kort en geeft weinig houvast voor interpretatie.<sup>10</sup> De wetgever heeft niet lang bij de bepaling stil gestaan, zo lijkt het. Dit maakt dat bij de hierna te bespreken toepassing op de ondernemingsrechtelijke context niet op de parlementaire geschiedenis gevaren kan worden. Sterker, duidelijk is dat de wetgever bij de groepsaansprakelijkheid (ik blijf de term kortheidshalve hanteren) met name het oog heeft gehad op klassieke *in turba*-situaties. De vechtpartij is daarvan het standaardvoorbeeld, dat dan ook in de parlementaire geschiedenis prominent naar voren komt. In een vechtpartij hebben niet alle deelnemers dezelfde rol en hetzelfde aandeel gehad en zal het voor het slachtoffer achteraf vaak moeilijk of zelfs überhaupt niet te bewijzen zijn wie uiteindelijk de klap gaf die letsel (of zaakschade) heeft veroorzaakt. Het doel van art. 6:166 BW is de gelaedeerde in die bewijsnood tegemoet te komen door het optreden in groepsverband zelf onrechtmatig te verklaren indien daarmee een (te hoge) kans op het toebrengen van schade voor lief is genomen.

### *De voordelen van art. 6:166 BW*

De voordelen van het inzetten van art. 6:166 BW liggen als gezegd (i) in het niet hoeven bewijzen van een causaal verband tussen het onrechtmatig handelen in groepsverband en de opgetreden schade; en (ii) in de hoofdelijke aansprakelijkheid van alle leden van de groep. Deze voordelen zijn niet te onderschatten. Zij gelden niet alleen in de situatie dat – bijvoorbeeld vanwege het *in turba*-karakter – onduidelijk is wie precies de schade heeft veroorzaakt en art. 6:166 BW ingezet kan worden om de gelaedeerde in zijn bewijslast tegemoet te komen. De voordelen gelden ook wanneer wel degelijk duidelijk is wie (direct) de schade heeft veroorzaakt. Ook in dat geval geldt immers dat, wanneer aan de vereisten van art. 6:166 BW is voldaan, alle groepsleden een verwijt kan worden gemaakt. Zij hebben, ook al veroorzaakten zij niet zelf de schade, een eigen onrechtmatige daad gepleegd namelijk het deelnemen aan handelingen in groepsverband, die de kans op schade in het leven riepen. De eiser is dan dus in de positie dat hij alle groepsleden kan aanspreken. Hij kan ook simpelweg diegene(n) aanspreken waarvan hij inschat dat de kansen op een succesvolle procedure hoog zijn én die verhaal bieden voor de vordering.

### *Interne draagplicht*

Tot slot kort de interne draagplicht van lid 2. Uitgangspunt is daar een interne aansprakelijkheid voor gelijke delen, dit vanwege de veronderstelde lastigheid om de individuele (causale) bijdrage van elk groepslid aan de schade te bepalen. Indien de omstandigheden van het geval en de billijkheid daar echter aanleiding toe geven, kan ook een andere verdeling geïndiceerd zijn. Art. 6:166 lid 2 BW vormt daarmee een uitwerking van art. 6:102 lid 1 jo. 6:101 BW, in gevallen waarin twee of meer partijen ieder aansprakelijk zijn ter zake dezelfde onrechtmatige daad (zonder dat

---

10 PG Boek 6, p. 662-665 (TM). PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1354-1356.

zij een groep vormen in de zin van art. 6:166 BW).<sup>11</sup> Indien het mogelijk is de interne verantwoordelijkheid op basis van art. 6:102 jo. 6:101 BW vast te stellen, lijkt mij dit in beginsel ook als billijk gelden in de zin van art. 6:166 BW.<sup>12</sup>

### **3 Toepassing in de corporate litigation-context**

#### *In beginsel geen beperking reikwijdte*

Afgaande op de parlementaire geschiedenis zou men kunnen menen dat art. 6:166 BW enkel is geschreven voor *in turba*-gevallen, althans beperkt is tot gevallen van fysieke groepsgedragingen. Dat zijn immers de enige voorbeelden die worden gegeven. Op een bredere toepassing – bijvoorbeeld moeder- en dochtermaatschappijen en bij de rechtspersoon betrokken bestuurders en commissarissen – lijkt ook anderszins niet te zijn geanticipeerd. Dat het artikel aldus beperkt moet worden uitgelegd oordeelde de Rechtbank Almelo in een zaak uit 2006.<sup>13</sup> Dat betrof een omvangrijk fraudegeval, waarvoor het slachtoffer (Aegon) en verzekeraar AIG samen verhaal zochten op de dader, die bij zijn frauderen van meerdere rechtspersonen gebruik had gemaakt. De rechtbank kwam tot de vaststelling dat elk van de aangesproken rechtspersonen (en de betrokken bestuurders) aansprakelijk waren voor de door de betreffende rechtspersoon verzonden valse facturen, maar oordeelde tevens dat, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, van groepsaansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:166 BW geen sprake was. Dit artikel zou beperkt zijn tot een zogenaamd fysieke onrechtmatige daad.

Tegen deze uitleg pleit dat de wettekst zelf niet een dergelijke beperking van de reikwijdte kent. Indien de bedoeling inderdaad was geweest art. 6:166 BW alleen op fysieke gedragingen in groepsverband te laten zien had dit natuurlijk gemakkelijk opgeschreven kunnen worden. Nu dat niet het geval is, geldt volgens het systeem van de wet de schakelbepaling van art. 2:5 BW, die voorschrijft dat regels voor natuurlijke personen ook van toepassing zijn op rechtspersonen, tenzij het tegendeel voortvloeit uit de wet. Dat laatste blijkt in het geval van art. 6:166 BW niet (ook niet uit de parlementaire geschiedenis).

De uitspraak van de Rechtbank Almelo staat redelijk op zichzelf, hoewel ook in andere uitspraken geoordeeld is dat art. 6:166 BW niet past in de situatie die daar aan de orde is. Zie bijvoorbeeld de Rechtbank Amsterdam in VBO/Funda,<sup>14</sup> een

---

11 Waarbij de regel van art. 6:102 lid 1 jo. 6:101 BW weer een uitwerking vormt van art. 6:10 BW, zie Lindenbergh, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, art. 6:166 BW, aant. 3.

12 Met dien verstande dat dan de interne causale verdeling via de billijkheid wordt opgelost waar die in art. 6:101 BW nu juist een correctie is op de causale verdeling.

13 Rb. Almelo 22 februari 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AX8890, *NJF* 2006/610 (*Aegon c.s./T. c.s.*), p. 5.

14 Rb. Amsterdam 25 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:897.

zaak over misbruik van een dominante marktpositie. De rechtbank overwoog (enigszins apodictisch): *'Deze gestelde gedragingen betreffen geen situatie waarvoor artikel 6:166 BW is geschreven.'*<sup>15</sup>

Tegenover deze beperking van de reikwijdte staat een arrest van het Hof Arnhem uit 2003,<sup>16</sup> waarin naast een natuurlijke persoon ook, bij mijn weten voor het eerst, verschillende (Nederlandse en buitenlandse) rechtspersonen werden veroordeeld op basis van art. 6:166 BW. Dat betrof een kort geding over het *spammen* van de Nederlandse staat. Daarna is in jurisprudentie een aantal keer expliciet bevestigd dat art. 6:166 BW ook op rechtspersonen van toepassing kan zijn. Zie meest recent de zaak tegen de ex-bestuurder van woningstichting Patrimonium, waarin het hof expliciet opmerkt: *'Dat geen sprake is van fysieke schadetoebrenging staat niet in de weg aan toepassing van het leerstuk van groepsaansprakelijkheid. Noch de tekst, noch de parlementaire geschiedenis van artikel 6:166 BW bieden steun aan de opvatting dat het wetsartikel uitsluitend ziet op fysieke schade, toegebracht in groepsverband.'*<sup>17</sup> Zie ook de zaak *EWT/Staat*,<sup>18</sup> waarin werd overwogen dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen op basis van art. 6:166 BW aangesproken kunnen worden (in casu wegens vermeende staatssteun). Dat ook rechtspersonen en de bij rechtspersonen betrokken natuurlijke personen onrechtmatig kunnen handelen in groepsverband wordt ook in de literatuur aangenomen.<sup>19</sup>

In zijn recente arrest heeft de Hoge Raad bevestigd dat een beperking van de reikwijdte van art. 6:166 BW tot *in turba*-gevallen niet aan de orde is:<sup>20</sup> *'Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat de in art. 6:166 lid 1 BW neergelegde aansprakelijkheid niet is beperkt tot gedragingen in turba en dat eenheid van tijd en plaats van de gedragingen niet is vereist om aansprakelijkheid op grond van die bepaling aan te nemen.'* Het arrest betrof de vraag of personen die reeds waren veroordeeld wegens deelneming aan een criminele organisatie (art. 140 Sr) met als oogmerk het plegen van ladingdiefstallen daarmee ook onrechtmatig hebben gehandeld in de zin van art. 6:166 BW. Die vraag beantwoordde de Hoge Raad ontkennend. Voor schadeplechtigheid op grond van art. 6:166 BW is vereist dat per onrechtmatige gedraging, hier per ladingdiefstal, een groepsverband wordt aangetoond. In casu

---

15 Dit betrof een tussenvonnis; de rechtbank zal nog onderzoeken of beide aangesproken entiteiten ieder voor zich een onrechtmatige daad hebben gepleegd.

16 Hof Arnhem 4 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AO2189, *NJ* 2004/54 (*Rath/Staat*).

17 Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3515, r.o. 21.

18 Rb. Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837, *NJF* 2013/145, r.o. 6.1-6.3.

19 Boonekamp, op. cit., p. 59 en 101; Peters en Goorts, op. cit., p. 4.

20 HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2914, r.o. 3.5.1 Zie ook de bespreking van het arrest door Boonekamp: Boonekamp, 'De onrechtmatige daad in groepsverband bij de Hoge Raad: HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2914', *AV&S* 2016/7.

was daarvoor onvoldoende gesteld. Dit had anders gelegen indien een zodanig verband had bestaan dat alle ladingdiefstallen als één groepsgedraging konden worden aangemerkt, maar ook daarvoor was kennelijk te weinig gesteld. Van belang is echter met name de principiële overweging dat eenheid van tijd en plaats niet zijn vereist. Wanneer de Hoge Raad hier anders over geoordeeld had, zou aansprakelijkheid van rechtspersonen en toepassing op corporate litigation-situaties minder gemakkelijk voorstelbaar zijn geweest. Het arrest vormt daarmee een belangrijke stap richting de toepassing van art. 6:166 BW in corporate litigation-situaties.

#### *Inpassing in het ondernemingsrechtelijke systeem*

Als de stap eenmaal is gezet dat ook rechtspersonen (en daarbij betrokken natuurlijke personen) in principe aansprakelijk kunnen zijn op basis van art. 6:166 BW – en die stap lijkt gelet op de jurisprudentie, art. 2:5 BW en de literatuur nu wel definitief gezet – dan is daarmee niet zonder meer de weg vrij voor een probleemloze toepassing in het ondernemingsrecht. Zo'n toepassing vergt ook een inpassing. Immers, over de aansprakelijkheid van rechtspersonen en daarbij betrokken partijen bestaat een geheel van wet, jurisprudentie en literatuur dat weliswaar op punten flink in beweging is, maar op veel terreinen ook bijzonder fijn is uitgewerkt. De groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW zal daarin moeten passen en zich moeten verhouden tot de gevestigde leerstukken, temeer nu toepassing in ondernemingsrechtelijke situaties de wetgever niet (kenbaar) voor ogen heeft gestaan.

Zonder pretentie van volledigheid passeren hierbij een aantal gezichtspunten en observaties kort de revue. Op basis van de hierna te bespreken jurisprudentie wordt vervolgens in par. 5 dieper op de inpassing van art. 6:166 BW in een corporate litigation-context ingegaan.

Een belangrijk verschil dat daarbij steeds voor ogen moet worden gehouden is dat, waar bij *in turba*-gevallen onduidelijkheid bestaat over de precieze (causale) toedracht en art. 6:166 BW daarvoor een oplossing aandraagt, de feitelijke toedracht bij corporate litigation-zaken en betrokkenheid van rechtspersonen in beginsel te reconstrueren valt. Wie wat wanneer gedaan heeft en met welke kennis kunnen ook daar lastige vragen zijn, maar vaak is voldoende *paper trail* voorhanden of kan dat, al dan niet afgedwongen via art. 843a Rv, boven water komen. De situatie is daarmee kwalitatief anders dan in een klassiek *in turba*-geval.

Allereerst *toerekening*. Dat wil zeggen: toerekening van (al dan niet onrechtmatige) handelingen aan rechtspersonen, niet de toerekeningsvraag van art. 6:162 lid 3 BW. De vraag of een handeling (tevens) geldt als verricht namens de rechtspersoon is, buiten de vertegenwoordiging, niet in de wet geregeld. De toepasselijke norm volgt uit

het bekende arrest Kleuterschool Babel<sup>21</sup> en luidt dat toerekening plaatsvindt wanneer op basis van verkeersopvattingen een handeling als verricht namens de rechtspersoon te gelden heeft.<sup>22</sup> De vraag is nu: bestaat er ruimte en noodzaak voor een aansprakelijkheid van rechtspersonen op grond van art. 6:166 BW, daar waar mogelijk hetzelfde resultaat via toerekening bereikt kan worden? Het antwoord is mijns inziens dat die ruimte en noodzaak er zijn. Het lijkt mij onjuist en onpraktisch bij het bepalen van aansprakelijkheid op grond van art. 6:166 BW eerst en enkel te kijken naar het individuele handelen van natuurlijke personen, vervolgens op basis daarvan de vier vereisten af te lopen en (al dan niet) te concluderen dat sprake is van groepsaansprakelijkheid en pas daarna op basis van de toerekeningsmaatstaf de gedragingen en onrechtmatigheid (al dan niet) ook voor rekening van de betrokken rechtspersonen te laten komen. Juister en praktischer lijkt mij om direct bij het feitelijk beoordelen van het handelen in groepsverband na te gaan in hoeverre ook rechtspersonen aan dat groepshandelen hebben deelgenomen. Zulk handelen kan verschillende vormen aannemen (zie ook de analyse van jurisprudentie hierna), waarbij het niet per se zo hoeft te zijn dat individuen steeds centraal staan. Het zou geforceerd zijn in die gevallen eerst groepsaansprakelijkheid van natuurlijke personen te moeten aantonen om die vervolgens toe te rekenen aan de betrokken rechtspersonen.

Wat van de positie van de *bestuurder*? Dat die als natuurlijk persoon in principe aansprakelijk kan zijn voor een onrechtmatige daad gepleegd in groepsverband is duidelijk, maar geldt dan ook de hoge drempel van het ernstig verwijt? Het antwoord daarop is 'ja', zo volgt uit meerdere uitspraken.<sup>23</sup> Dat is ook logisch en goed verdedigbaar: de groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW is weliswaar te onderscheiden van de aansprakelijkheid van art. 6:162 BW, maar betreft evengoed de eis van onrechtmatig handelen in een context van externe aansprakelijkheid. Daarvoor geldt dezelfde maatstaf als in de interne situatie van art. 2:9 BW: het ernstig verwijt.<sup>24</sup> De veronderstelling is dan wel dat is gehandeld in hoedanigheid van bestuurder. Is dat niet het geval, dan geldt niet de ernstig verwijt-maatstaf en daarmee de 'gewone' maatstaf van, in casu, art. 6:166 BW.<sup>25</sup> Het is hier niet de plaats om in te gaan op het debat dat het Spaanse Villa-arrest heeft losgemaakt over de vraag wanneer in hoedanigheid wordt gehandeld. Wel merk ik op dat een aantal art. 6:166 BW-zaken

---

21 HR 6 april 1979, NJ 1980/34 m.nt. Brunner (*Kleuterschool Babel*).

22 Zie ook het recente artikel van Westenbroek, 'Ondernemingsrecht, Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24.

23 Zie toegepast op art. 6:166 BW onder meer Hof Amsterdam 17 november 2009, *JOR* 2010/89 m.nt. Olden (*Nutsbedrijf Westland*) en Rb. Almelo 22 februari 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AX8890, *NJF* 2006/610, (*Aegon/T.*). Zie ook Peter & Goorts, op. cit., p. 6.

24 HR 2 maart 2007, *JOR* 2007/137 m.nt. Olden (*Nutsbedrijf Westland*).

25 HR 23 november 2012, NJ 2013/302 m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2013/40 m.nt. Van Andel en Rutten (*Spaanse villa*) en HR 5 september 2014, NJ 2015/21 m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2014/296 m.nt. Kroeze (*Hezemans Air*).

voorbeelden bevat, met name in fraudezaken, van natuurlijke personen die ook bestuurder zijn, maar buiten die hoedanigheid onrechtmatig handelen.<sup>26</sup>

Wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid geldt verder dat de hoofdregel van art. 2:9 BW voorziet in een hoofdelijke aansprakelijkheid, die is gebaseerd op het uitgangspunt dat het bestuur als orgaan een collectieve verantwoordelijkheid heeft. Daarmee verschilt deze hoofdelijke aansprakelijkheid dus van die van art. 6:166 BW.<sup>27</sup> Voor die laatste geldt dat aansprakelijkheid alleen geldt voor diegenen die daadwerkelijk hebben deelgenomen aan handelen in groepsverband waarbij de kans op het toebrengen van schade voor lief is genomen. Dat is natuurlijk niet het geval bij het enkel zitting nemen in een bestuur.<sup>28</sup> Voor hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van art. 6:166 BW zal dus betrokkenheid van elke individuele bestuurder gesteld en (bij betwisting) bewezen moeten worden.<sup>29</sup> Als tegenhanger van de automatische hoofdelijkheid kent art. 2:9 BW in lid 2 een disculpatiemogelijkheid, wanneer de bestuurder kan aantonen dat het verwijt ziet op een specifiek terrein dat aan een andere bestuurder is toebedeeld én de eerste bestuurder kan aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.<sup>30</sup> Bij groepsaansprakelijkheid zijn dit omstandigheden die natuurlijk ook meewegen. Ten eerste zal voldaan moeten zijn aan het vereiste dat is gehandeld in groepsverband, hetgeen mogelijk niet het geval is in dezelfde omstandigheden die bij art. 2:9 lid 2 BW leiden tot disculpatie. Is voldaan aan dat vereiste dan is een disculpatieberoep nog steeds mogelijk via het vereiste dat het onrechtmatig handelen in groepsverband toegerekend moet kunnen worden. Dezelfde observaties met betrekking tot hoofdelijkheid en disculpatie gelden voor de bestuurdersaansprakelijkheid

26 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 10 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ7002 en Rb. Rotterdam 30 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN4213 (*KvK/Kantoor voor Klanten*). Peters & Goorts (op cit., p. 8) menen overigens dat de rechtbank in die laatste zaak wel aan art. 2:9 BW had moeten toetsen. De vraag is dan (vergelijkbaar met Spaanse Villa) of gezegd kan worden dat de bestuurders in hoedanigheid handelden. Wanneer, zoals in de zaak die Peters en Goorts bespreken, het doel van de operatie het plegen van fraude is en natuurlijke personen daartoe ook rechtspersonen hebben opgericht en ingezet, kan men aanvoeren dat de ernstig verwijt-maatstaf toch wel gehaald wordt. Dat zal inderdaad het geval zijn. Juister lijkt mij niettemin in zulke gevallen te concluderen dat op wezenlijke punten niet in hoedanigheid is gehandeld en de natuurlijke persoon als primair dader geldt waarmee sprake is van een 'gewone' onrechtmatige daad, althans een onrechtmatige daad ex art. 6:166 BW.

27 Zie voor een vergelijking tussen de hoofdelijkheid van art. 2:9 en 6:166 BW ook Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss.), Deventer: Kluwer 2010, p. 94-97.

28 Zie ook de noot van Olden onder Hof Amsterdam 17 november 2009, *JOR* 2010/89 (*Nutsbedrijf Westland*).

29 Een aardige variatie biedt Rb. Zwolle-Lelystad 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ5138 (*Sanctiebesluit Irak*), waar de rechter de formele bestuurder (een B.V.) en de materiële bestuurder hoofdelijk veroordeelt met (kennelijk ambtshalve) gebruikmaking van art. 2:11 en 6:166 BW.

30 Daarbij geldt dat het financieel beleid behoort tot de algemene gang van zaken, waar elke bestuurder verantwoordelijkheid voor draagt.

op grond van art. 2:138/2:248 BW. Ook daar is uitgangspunt dat het bestuur collectief verantwoordelijk is behoudens disculpatie op grond van lid 3. Dit artikel kent voorts wettelijke vermoedens wat betreft onrechtmatigheid en causaliteit. Wanneer aan de vereisten daarvoor (niet tijdig publiceren jaarrekening en/of verzaken boekhouding) is voldaan, biedt dit de curator een sterkere basis voor zijn vordering dan overige grondslagen, inclusief art. 6:166 BW. Voor de feitelijk bestuurder van art. 2:138/2:248 lid 7 BW liggen de zaken niet wezenlijk anders.

Voor de *commissaris* geldt mutatis mutandis hetzelfde als voor de bestuurder. Dat ook commissarissen in functie een onrechtmatige daad kunnen plegen staat vast.<sup>31</sup> Dit komt echter zelden voor. Bij de aansprakelijkheid op grond van art. 6:166 BW zal dat niet anders zijn, nu commissarissen gelet op hun controlerende en adviseerende taak in beginsel niet deelnemen aan *groepshandelen*.<sup>32</sup> De enige mij bekende zaak waar commissarissen op grond van art. 6:166 BW aansprakelijk werden gesteld is Cargill/KPNQwest,<sup>33</sup> waar de vordering echter strandde bij gebrek aan een onrechtmatige daad. Dat neemt niet weg dat, waar wel sprake is van een rol van de commissarissen in het groepshandelen, in combinatie met een ernstige verwaarlozing van de controlerende taak, er geen principiële obstakels bestaan voor een aansprakelijkheid van commissarissen.

Tot slot de leerstukken van *concern/aandeelhoudersaansprakelijkheid*. Eerste observatie in dat kader is dat het opmerkelijk is hoe in Boek 2 van een ‘groep’ wordt gesproken – in art. 2:24b BW, met als vereisten organisatorische verbondenheid, economische eenheid en centrale leiding<sup>34</sup> – terwijl geen enkel verband bestaat met het groepsbegrip uit art. 166 van Boek 6. Bartman en Dorrestein merken in *Van het concern* op dat deze mogelijke verwarring mede de reden vormt dat gesproken wordt van concernrecht in plaats van groepsrecht.<sup>35</sup> Na deze afbakenende opmerking besteden zij geen enkele aandacht aan art. 6:166 BW. De vraag die hier voorligt is,

---

31 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, *JOR* 2008/10 (*Ceteco*); Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, *JOR* 2013/237 (*Landis*).

32 Rutten, ‘Intensief toezicht maakt van Raad van Commissarissen geen feitelijk beleidsbepaler’, *TOP* 2012/1 verdedigt de stelling dat ook handelend optreden in crisissituaties een commissaris nog niet tot feitelijk beleidsbepaler maakt.

33 Rb. Amsterdam 7 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3790, *JOR* 2012/177 m.nt. Olden (*KPNQWest*).

34 Centrale leiding wordt niet als element genoemd, maar volgt uit de parlementaire geschiedenis en wordt algemeen geaccepteerd. Zie MvT 16 326, nr. 3, p. 42; MvA 19 813, nr. 14. Zie ook Asser/*Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/816 en *GS Rechtspersonen* (Dorrestein), art. 2:24b BW, aantekening 3.

35 Bartman/Dorrestein, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 4, waar zij stellen dat het groepsbegrip van art. 6:166 BW een ‘geheel andere betekenis heeft (...) zonder enige relatie met de concern problematiek’.

opnieuw, of ruimte en noodzaak bestaat voor het toevoegen van groepsaansprakelijkheid aan de bestaande leerstukken. Leerstukken om tot aansprakelijkheid van een aandeelhouder te komen zijn doorbraak en vereenzelviging. Vereenzelviging<sup>36</sup> wordt wel beschouwd als een ultimum remedium, alleen toe te passen indien misbruik is gemaakt van het identiteitsverschil van rechtspersonen.<sup>37</sup> Is aan de hoge eisen van vereenzelviging voldaan, dan is vanzelfsprekend geen rol meer weggelegd voor het optreden in groepsverband tussen de beide rechtspersonen.

Doorbraak van aansprakelijkheid wordt vaker aangenomen en kent een rijke casuïstiek.<sup>38</sup> Waar het gaat om het door de aandeelhouder onrechtmatig onttrekken van activa uit de vennootschap kort voordat deze faillieert,<sup>39</sup> zal weinig noodzaak bestaan voor de grondslag van art. 6:166 BW; het is dan immers duidelijk dat de pijlen enkel op de aandeelhouder gericht worden. Dat ligt mogelijk anders indien meer (natuurlijke en) rechtspersonen zijn betrokken. Een interessante casus in dat verband vormt Comsys.<sup>40</sup> Daar was sprake van een concern waarbinnen, kort gezegd, de kosten in de ene dochter (Services) zaten en de baten in de andere dochter (Comsys). Na faillissement van de ‘kostendochter’ Services komt de curator op tegen de moeder (Holding, succesvol) en Comsys (niet succesvol). Ten aanzien van Comsys overwoog de Hoge Raad (r.o. 5.5) dat *‘slechts een beroep [is] gedaan op de medewerking die Comsys heeft verleend aan de hiervóór in 3.1 beschreven verdeling van taken, werkzaamheden en inkomstenbronnen. Het enkele medewerken daaraan kan echter niet als onrechtmatig worden aangemerkt. Het enkele feit dat Holding zowel bestuurder van Comsys als van Services was, brengt voorts niet mee dat handelingen van Holding, verricht in een andere hoedanigheid dan die van bestuurder van Comsys, aan Comsys kunnen worden toegerekend’*. Wat nu als de curator een beroep op art. 6:166 BW had gedaan? Dat een onrechtmatige daad is gepleegd staat vast (de Holding wordt veroordeeld), dat sprake is van handelen in groepsverband mijns inziens ook, gelet op zowel de aard van deze formele groepsstructuur als het ‘medewerken’ aan handelingen. De onrechtmatigheid aan de kant van Comsys, in de zin van art. 6:166 BW, zou dan moeten volgen uit het ten onrechte accepteren van de kans dat anderen (crediteuren van Services) worden benadeeld. Dit zal in het algemeen afhangen van de (geobjectiveerde) kennis bij de aangesproken partij en de concrete kans op schade die

---

36 HR 9 juni 1995, NJ 1996/213 (*Krijger/Citco*); HR 13 oktober 2000, NJ 2000/698 m.nt. Maeijer (*Rainbow*).

37 Timmerman, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Deventer: Kluwer 2015, p. 15; Assink | Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 115.3.

38 Zie onder meer de uitgebreide samenvatting in Assink | Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 115, waar de rechtspraak in vier typen wordt opgedeeld.

39 HR 8 november 1991, NJ 1992/174 (*Nimox/Van den Endt q.q.*).

40 HR 11 september 2009, NJ 2009/565 m.nt. Van Schilfgaarde (*Comsys*).



bestond. In casu lijkt mij echter dat de vereiste kennis bestond, nu het bestuur van Comsys identiek was aan dat van de Holding. Waar die kennis voldoende was voor het aannemen van een onrechtmatige daad op het niveau van de Holding zie ik niet hoe dat anders kan liggen op het niveau van de zuster. Aanknopingspunten voor een verweer op het toerekeningsvereiste zie ik evenmin.<sup>41</sup> Hiermee is dan een voorbeeld gegeven van een nuttige en wellicht noodzakelijke toepassing van art. 6:166 BW. Uiteraard zijn andere situaties ook denkbaar.

#### 4 Overzicht jurisprudentie

##### *Criteria*

Voor dit artikel is gepoogd een compleet overzicht te geven van de jurisprudentie over art. 6:166 BW voor zover die zich uitstrekt tot corporate litigation-zaken in de (zeer) brede zin van het woord. Dat wil hier zeggen: zaken waar rechtspersonen worden aangesproken of waarin bestuurders of andere bij de rechtspersoon betrokkenen worden aangesproken. Ik kom met die ruime definitie op 36 uitspraken. Daarbij past echter een aantal relativerende opmerkingen. Niet altijd is via zoektermen goed te achterhalen wanneer groepsaansprakelijkheid aan de orde komt. Verder is jurisprudentie van recenter datum vaker en beter gepubliceerd, hetgeen mogelijk een *bias* oplevert. Ook is van belang dat rechters vaak eerst beoordelen of sprake is van een onrechtmatige daad van een of meer groepsleden en wanneer dat niet het geval blijkt, geen toetsing meer volgt aan de overige vereisten – en dus het eigenlijke art. 6:166 BW buiten beschouwing blijft. Voorts wordt een beroep op art. 6:166 BW vaak subsidiair gedaan voor het geval een gewone onrechtmatige daad niet hard gemaakt kan worden. Indien de primaire vordering dan wel slaagt, gaat de rechter niet meer in op de toetsing aan art. 6:166 BW, of slechts zeer kort.<sup>42</sup>

##### *Onderverdeling en trends*

In de 37 uitspraken die aan de (ruime) criteria van deze bijdrage voldoen is een aantal trends waarneembaar. Allereerst is een duidelijke stijging te zien door de jaren, met maar liefst 13 van de 37 uitspraken in het afgelopen jaar.

---

41 Een dochter zal zich niet gemakkelijk kunnen verdedigen met het argument dat zij heeft gehandeld op instructie van de moeder. Art. 6:166 BW vereist immers dat de aangesprokene zich onthoudt van het groepsgedrag.

42 Om helemaal compleet te zijn: zaken waarin twee of meer uitspraken zijn gedaan heb ik als één geteld. Voor één uitspraak geldt dat deze niet is gepubliceerd. Voor het relatief geringe aantal zaken van voor 2012 geldt dat deze ook gedekt worden door de monografie van Boonekamp en het artikel van Peter en Goorts. Tot slot: voor een aantal zaken geldt dat deze door (het kantoor van) de auteur zijn/worden behandeld.

Jaar	Aantal	Jaar	Aantal
2016 <sup>43</sup>	1	2008	1
2015	13	2007	0
2014	5	2006	1
2013	6	2005	0
2012	5	2004	0
2011	1	2003	1
2010	1	2002	0
2009	3	2001 en eerder <sup>44</sup>	0

Deze jurisprudentie kan als volgt worden onderverdeeld in een aantal categorieën:

- A. *Fraudezaken*. Deze categorie komt relatief het vaakst voor en kan onderverdeeld worden in gevallen waarin de vennootschap ex-bestuurders aanspreekt, alsmede natuurlijke en rechtspersonen die bij de fraude betrokken waren (Aegon/T.<sup>45</sup>, Nutsbedrijf Westland<sup>46</sup>, Haags Kerkgenootschap<sup>47</sup>, Patrimoniums Woningstichting<sup>48</sup>) of de fraude van buitenaf kwam (Kantoor voor klanten<sup>49</sup>, PostNL<sup>50</sup>), al dan niet met hulp van werknemers van binnen (Eurotank<sup>51</sup>), en de vennootschap daartegen ageert.
- B. *Benadeling crediteuren*. Hier is het de crediteur, dan wel de curator die ageert tegen eenieder die bij de gestelde benadeling is betrokken, waarbij opvalt dat steeds ook de bestuurder wordt aangesproken. Scenario's zijn gebrek aan verhaal in faillissement (*Mr. X/Van der Zwan q.q.*<sup>52</sup>, KPNQwest<sup>53</sup>, Taxivervoer<sup>54</sup>, *Huizer*

43 Voor zover gepubliceerd ultimo februari 2016.

44 Voor zover auteur bekend.

45 Rb. Almelo 22 februari 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AX8890, *NJF* 2006/610 (*Aegon/T.*).

46 Hof Amsterdam 17 november 2009, *JOR* 2010/89 m.nt. Olden (*Nutsbedrijf Westland*). Vervolg op HR 2 maart 2007, *JOR* 2007/137 m.nt. Olden.

47 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8773.

48 Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3515.

49 Rb. Rotterdam 30 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN4213 en Rb. Rotterdam 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR6484 (*KvK/Kantoor voor Klanten*).

50 Rb. Amsterdam 10 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ7002.

51 Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4756.

52 Hof Arnhem 9 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH6938.

53 Rb. Amsterdam 7 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3790, *JOR* 2012/177 m.nt. Olden (*KPNQWest*).

54 Rb. Zwolle 16 november 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BV2030.

- q.q./Hoogervorst*<sup>55</sup>), maar ook benadeling van een pandhouder door een aandelenemissie (*SHS/II Primo*<sup>56</sup>) en benadeling bij een doorstart (MF International<sup>57</sup>).
- C. *Zorgplichtschendingen*. Ook de steeds verder uitbreidende jurisprudentie over financiële zorgplichtschendingen laat voorbeelden zien van de toepassing van art.6:166 BW (Sprangers<sup>58</sup>, Solplaya<sup>59</sup>, Selectica Fund<sup>60</sup>, Zonne-energie<sup>61</sup>, Hof van Saksen<sup>62</sup> en Attica<sup>63</sup>).
- D. *Mededinging*. Binnen mededinging vormen kartelzaken een significante toepassing van art. 6:166 BW, waarbij de leden van het kartel geacht worden als groep in de zin van art. 6:166 BW te hebben geopereerd en een van de vragen is in hoeverre binnen het concern van de kartellist verschillende vennootschappen aangesproken kunnen worden (*TenneT/ABB*<sup>64</sup>, *TenneT/Alstom*<sup>65</sup>, Stichting Elevator Kartel Claim<sup>66</sup>, East West Debt<sup>67</sup>). Verder valt in de categorie mededinging een zaak over staatssteun (*EWT/Staat*<sup>68</sup>) en een over misbruik van dominante marktpositie (*VBO/Funda*<sup>69</sup>).
- E. *Onrechtmatige concurrentie/ontnemen corporate opportunities*. In deze categorie vallen twee zaken: Sator<sup>70</sup> en Ventilex<sup>71</sup>. In feite gaat het om een subspecies van fraude/benadeling van de vennootschap, zij het dat het meer voor de hand ligt dat ook rechtspersonen deel uitmaken van de betrokken groep.
- F. *Samenwerkingsverband*. Twee uitspraken gaan in op het verschil tussen een samenwerkingsverband en groepshandelen in de zin van art. 6:166 BW (Schijnprocedures<sup>72</sup> en *VEB/Deloitte*<sup>73</sup>).

- 
- 55 Rb. Rotterdam 22 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV6745, *JOR* 2013/20.
- 56 Rb. Oost-Brabant 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5797, *JOR* 2016/4 m.nt. Verburgt.
- 57 Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4517, *RI* 2015/117.
- 58 Hof 's-Gravenhage 24 maart 2009, *JIN* 2009/400 m.nt. Bleeker.
- 59 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ8906.
- 60 Rb. Rotterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4501.
- 61 Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4351, *JIN* 2014/218 m.nt. Baghery.
- 62 Rb. Noord-Holland 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7302.
- 63 Rb. Amsterdam 23 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6457.
- 64 Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, *JOR* 2013/129 m.nt. Katan; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, *JOR* 2014/265 m.nt. Katan en Kortmann (*TenneT/ABB*).
- 65 Rb. Gelderland 24 september 2014, ECLI:RBGEL:2014:6118, *RO* 2015/5.
- 66 Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5504, *NJF* 2013/414.
- 67 Rb. Midden-Nederland 27 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5978.
- 68 Rb. Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837, *NJF* 2013/145.
- 69 Rb. Amsterdam 25 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:897.
- 70 Dit betreft uitspraken in twee procedures: Rb. Utrecht 25 april 2012 (niet gepubliceerd) en Rb. Midden-Nederland 19 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:457, *JOR* 2014/124 m.nt. Ph.W. Schreurs en L.A. van Driel (*Sator*).
- 71 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9798.
- 72 Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW03214.
- 73 Rb. Amsterdam 14 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:153.

- G. *Intellectuele Eigendom*. Inbreuk op auteursrechten waarbij een groep van (rechts)personen was betrokken speelde in twee zaken (Converse<sup>74</sup> en Tommy Hilfiger<sup>75</sup>).
- H. *Overig*. Tot slot zijn er zaken die niet goed binnen voornoemde categorieën vallen. Het gaat om spammen (*Rath/Staat*<sup>76</sup>), handelen in strijd met wet (Sanc-tiebeleid Irak<sup>77</sup>, VV Young Boys<sup>78</sup>), manipuleren van de Euribor (Rabobank<sup>79</sup>) en een Yukos-zaak<sup>80</sup>.

In 23 van de 37 gevallen is de (ex-)bestuurder aangesproken als deel van de ver-onderstelde groep. In 17 van de 37 gevallen werd de aandeelhouder aangesproken.<sup>81</sup> In 13 gevallen kwam het tot een veroordeling (mede) op basis van art. 6:166 BW. In 9 gevallen werd het beroep op groepsaansprakelijkheid afgewezen, maar volgde wel een veroordeling van (de meeste) gedaagden op basis van onrechtmatige daad. In de overige gevallen werd de vordering op alle grondslagen afgewezen of is nog geen einduitspraak gedaan.

## 5 Analyse jurisprudentie per vereiste

Wat leert ons deze (diverse) jurisprudentie over de toepassing van art. 6:166 BW in een corporate litigation-context? Daarvoor gaan we de vier vereisten van het artikel langs.

### 1 Heeft ten minste één groepslid een onrechtmatige daad gepleegd?

Dit eerste vereiste is relatief het minst interessant. Zonder onrechtmatige daad begaan door ten minste één van de groepsleden is een groepsaansprakelijkheid niet aan de orde. Voor de toepassing van de groepsaansprakelijkheid op zaken in een corporate litigation-context zie ik niet hoe dit vereiste een probleem zou kunnen vormen;<sup>82</sup> in de geanalyseerde jurisprudentie is daarvan ook niet gebleken. Wel is gebleken dat in een flink aantal zaken de beoordeling zo verloopt dat eerst wordt bekeken of alle gedaagden een eigen onrechtmatige daad (in de zin van art. 6:162

74 Rb. Den Haag 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16829.

75 Rb. Den Haag 17 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1029. Zie ook het eerdere kort geding: Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2027.

76 Hof Arnhem 4 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AO2189, NJ 2004/54 (*Rath/Staat*).

77 Rb. Zwolle-Lelystad 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ5138.

78 Rb. Noord-Holland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7539.

79 Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9174.

80 Rb. Amsterdam 11 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:651.

81 Soms is deze dezelfde als de bestuurder.

82 In gelijke zin Peter & Goorts, op. cit., p. 7.

BW) hebben gepleegd en daarna, min of meer als *afterthought*, ook een beoordeling aan de hand van art. 6:166 BW volgt.<sup>83</sup> Dit kan natuurlijk ingegeven zijn door de insteek van de vordering. Een uitzondering hierop vormt de Yukos-zaak, waarin de rechtbank eerst de groepsaansprakelijkheid behandelde en, na het oordeel dat van een groep geen sprake was, toetste aan art. 6:162 BW.<sup>84</sup>

## 2 *Is gehandeld in groepsverband?*

Het vereiste dat sprake moet zijn van handelingen verricht in groepsverband is tegelijkertijd het meest afhankelijk van de omstandigheden van het geval en het vereiste dat de meeste inpassing behoeft in een corporate litigation-context. In de onderzochte jurisprudentie over art. 6:166 BW is een groot aantal casusposities te vinden. Het blijkt dat rechters niet steeds dezelfde aanpak hanteren.

Nuttig is eerst opnieuw te memoreren wat de Hoge Raad over het handelen in groepsverband oordeelde: eenheid van tijd en plaats is niet vereist en (dus) ook geen *in turba*-karakter. De weg is daarmee in principe vrij voor allerlei vormen van groepshandelen, zolang maar is voldaan aan het objectieve vereiste dat elke deelnemer een bijdrage heeft geleverd en tussen de deelnemers een subjectief besef bestaat van het optreden als groep. In het kort daarna gewezen arrest over de fraude bij Patrimoniums Woningstichting verwoordde het Hof Den Haag dit als volgt:<sup>85</sup> *‘Om van een groep in de zin van genoemde bepaling te kunnen spreken, is nodig dat sprake is van bewustzijn bij de individuele (rechts)personen dat hun eigen handelen niet op zichzelf staat, maar plaatsvindt in een groter geheel van gedragingen van anderen met hetzelfde bewustzijn. Tevens is vereist dat er bij de leden van de groep enig bewustzijn bestaat van de omvang van de groep.’*

Een goede illustratie van het onrechtmatig optreden als groep, zonder eenheid van tijd of plaats, vormt de zaak Kantoor voor klanten – een zaak die door Peter en Goorts uitvoerig is besproken.<sup>86</sup> Het ging daar om het verzenden van valse facturen, die de indruk wekten van de Kamer van Koophandel afkomstig te zijn. De rechtbank werkt het onderlinge afstemmen van gedragingen gedetailleerd uit en benoemt in r.o. 5.48 op fraaie wijze hoe alle gedaagden, inclusief beide rechtspersonen, hun rol hadden in het overkoepelende plan en zich daarvan ook bewust waren. Dat deze

---

83 Zie Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4756, r.o. 6.71; Rb. Noord-Holland 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7302, r.o. 4.21-4.22; Rb. Oost-Brabant 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5797, *JOR* 2016/4 m.nt. Verburgt, r.o. 4.11.

84 Rb. Amsterdam 11 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:651, r.o. 4.2.

85 Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3515, r.o. 21.

86 Rb. Rotterdam 30 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN4213 en Rb. Rotterdam 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR6484 (*KvK/Kantoor voor Klanten*).

zaak mede in de sfeer van het strafrecht ligt, doet mijns inziens niet af aan toepasselijkheid van deze benadering voor zaken met een meer ‘puur’ corporate litigation-karakter. Waar het gaat om een dergelijk onderling afgestemd plan, is aan het vereiste dat in groepsverband is gehandeld voldaan. Niet juist lijkt mij dan ook de overweging van het Hof Arnhem in een van de eerste uitspraken over art. 6:166 BW:<sup>87</sup> *‘Voor zover de curator daartoe een beroep doet op de groepsaansprakelijkheid van artikel 6:166 BW (...) is dat vergeefs omdat hetgeen de curator aanvoert (te weten het feit dat de diverse betrokken partijen ieder in hun eigen rol hebben deelgenomen aan onderhandelingen en hebben overlegd over transacties die uiteindelijk hebben geleid tot de ontmanteling van ...) onvoldoende is om te kunnen spreken van een groep zoals in die bepaling bedoeld.’* In die zaak speelde dat de aangesproken partij (slechts) adviseur was, hetgeen hoge eisen zal stellen aan het bewijs voor betrokkenheid, maar onjuist lijkt mij in het algemeen aan te nemen dat alle deelnemers ook bij de uitvoering betrokken moeten zijn. Het groepshandelen zal vaak immers meer omvatten dan enkel uitvoeringshandelingen.

Uit de geanalyseerde jurisprudentie blijkt dat de (door Boonekamp benoemde) elementen van objectief en subjectief handelen in groepsverband vrij consequent als maatstaf worden gehanteerd. Over de vraag hoe het groepsvereiste zich verhoudt tot de wijze waarop ‘groepen’ in het vennootschapsrecht zijn vormgegeven, is (helaas) nog geen bepalende jurisprudentie verschenen. In ieder geval geldt, uiteraard terecht, dat een vennootschappelijk samenwerkingsverband *an sich* nog geen groepshandelen in de zin van art. 6:166 BW inhoudt (net zomin als deelname aan een criminele organisatie voldoende *an sich* voldoende is, zo leert de Hoge Raad).<sup>88</sup> Zoals de rechtbank het uitdrukt in VEB/Deloitte: *‘daarvoor is minst genomen enige mate van gezamenlijk feitelijk handelen rond het schadetoebrengende handelen noodzakelijk.’*<sup>89</sup> Ook geldt dat verschillende werknemers binnen dezelfde onderneming die zijn betrokken bij (gesteld) schenden van een financiële zorgplicht, niet per se als groep opereren in de zin van art. 6:166 BW.<sup>90</sup> Ook dat lijkt mij juist, gelet op het verwijt en het in casu vaststaan dat de werknemers in de uitoefening van hun opdracht hadden gehandeld. In fraudegevallen kan dit overigens wel anders liggen.<sup>91</sup>

87 Hof Arnhem 9 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH6938, r.o. 4.5.

88 Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW03214 en Rb. Amsterdam 14 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:153.

89 Rb. Amsterdam 14 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:153. De rechtbank voegt hier nog droogjes aan toe: *‘Bovendien roept het enkele uitoefenen van het beroep van accountant in maatschapsverband niet een kans op het toebrengen van schade in het leven.’*

90 Hof 's-Gravenhage 24 maart 2009, JIN 2009/400 m.nt. Bleeker.

91 Hof Amsterdam 17 november 2009, JOR 2010/89 m.nt. Olden (*Nutsbedrijf Westland*); Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4756.

Opvallend zijn verder de uitspraken over kartelschade (twee zaken in het gasgeïsoleerd schakelmateriaalkartel<sup>92</sup> en twee zaken, nog in het beginstadium, in het liftenkartel<sup>93</sup>). Daarin gaat de rechtspraak ervan uit dat met het bestaan van een kartel ook het onrechtmatig handelen in groepsverband vaststaat. Dat lijkt inderdaad moeilijk te ontkennen.<sup>94</sup> Vanwege de hoofdelijkheid kan art. 6:166 BW dan een grote dynamiek ontketenen via zogenaamde *follow-on litigation*. Een ongewenste uitkomst daarvan kan zijn dat de ‘klikkende’ karteldeelnemer, die daardoor immuniteit verkrijgt en een boete ontloopt, alsnog hoofdelijk voor de volledige schade wordt aangesproken. Het is de vraag of dit lang zo blijft. Inmiddels is een nieuwe Europese richtlijn op dit terrein aangenomen.<sup>95</sup> Het Voorontwerp tot implementatie voorziet, conform de richtlijn, in beperking van de hoofdelijkheid, zowel voor partijen die immuniteit hebben verkregen als voor ‘MKB-overtreders’.<sup>96</sup>

Wellicht de belangrijkste les uit de rechtspraak is evenwel dat – in lijn met het recente Hoge Raad-arrest over de individuele ladingdiefstallen – bij verschillende van elkaar te onderscheiden onrechtmatige handelingen in principe steeds opnieuw vastgesteld moet worden of in groepsverband is gehandeld en wat de omvang van de groep was.<sup>97</sup> Rechters zijn met andere woorden terughoudend met het aannemen van een groepsverband dat zich uitstrekt tot meer dan één onrechtmatige handeling, waarbij sommige deelnemers niet steeds betrokken waren maar wel rekening hadden moeten houden met de mogelijkheid van vergelijkbare onrechtmatige handelingen.

92 Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, *JOR* 2013/129 m.nt. Katan; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, *JOR* 2014/265 m.nt. Katan en Kortmann (*TenneT/ABB*); Rb. Gelderland 24 september 2014, ECLI:RBGEL:2014:6118, *RO* 2015/5.

93 Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5504, *NJF* 2013/414 en Rb. Midden-Nederland 27 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5978.

94 Boonekamp, op. cit., p. 190-191; Glerum-van Aalst en Brand, ‘Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: recente ontwikkelingen’, *MvV* 2014, p. 227-239; Zippo en Meijer, ‘Lang verwacht, stil gezwegen, nooit gedacht, toch gekregen: de definitieve richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken’, *MvV* 2015, p. 114-126.

95 Richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie.

96 Zie [www.internetconsultatie.nl/implementatiewet\\_richtlijn\\_privatrechtelijke\\_handhaving\\_mededingingsrecht](http://www.internetconsultatie.nl/implementatiewet_richtlijn_privatrechtelijke_handhaving_mededingingsrecht). Overigens reppen het Voorontwerp en de MvT niet van de toepassing van art. 6:166 BW.

97 Hof Arnhem 4 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AO2189, *NJ* 2004/54 (*Rath/Staat*); Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3515; Rb. Den Haag 17 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1029; Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4756; Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8773.

3 *Had de kans op schade de deelnemers moeten weerhouden?*

In zijn recente arrest benadrukt de Hoge Raad dat de individuele aansprakelijkheid van art. 6:166 BW haar rechtvaardiging vindt in de kans op schade die mede als gevolg van de eigen bijdrage aan het groepshandelen ontstaat. De grens voor aansprakelijkheid ligt daar waar die kans zo groot wordt dat deze de deelnemers had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband.

Het bepalen van de hoegroetheid van de kans op schade, en daarmee de mogelijke onrechtmatigheid, komt in de praktijk in belangrijke mate neer op een geobjectiveerd kennisvereiste. Wist of behoorde de aangesproken partij te weten dat de kans op het toebrengen van schade een bepaalde grens overschreed, dan is het (verder) deelnemen aan de gedragingen in groepsverband onrechtmatig. Kritisch hierover is Boonekamp, die pleit voor een ‘objectief collectieve benadering’, waarbij het geheel aan groeps-handelingen centraal staat en op basis daarvan de kans op schade wordt bepaald.<sup>98</sup> Voor situaties in een corporate litigation-context lijkt mij dit verschil minder groot. Zoals hiervoor opgemerkt, brengt het gebrek aan een *in turba*-karakter mee dat zaken feitelijk in principe goed uitgewerkt kunnen worden en de vragen naar de grens van onrechtmatig gedrag meer juridisch-normatief van aard zijn.

De voor deze bijdrage geanalyseerde jurisprudentie laat een grote variëteit zien aan het soort onrechtmatige groepsgedragingen dat door art. 6:166 BW bestreken wordt. Voor wat betreft het kennisvereiste ligt het vrij simpel in die zaken waar een bewust plan tot toebrengen van schade voor eigen gewin werd voorbereid en uitgevoerd: de hiervoor aangeduide fraudezaken en de kartelzaken. Voor zorgplichtschendingen daarentegen zal de voorzienbaarheid een lastig punt zijn, zeker voor die aangesproken partijen die wellicht wel deel vormden van de groep maar zelf niet nauw betrokken waren bij de directe onrechtmatigheid. Zie hiertoe bijvoorbeeld de *Selectica Fund* en *Hof van Saksen-zaken*.<sup>99</sup>

Van de zaken over benadeling van crediteuren verdient met name *SHS/II Primo* nadere aandacht.<sup>100</sup> In die zaak werden een vennootschap, twee aandeelhouders en een bestuurder als groep op basis van art. 6:166 BW aansprakelijk gesteld door een crediteur met een pandrecht op aandelen van de ene aandeelhouder. De onrechtmatigheid zat in het doen van een aandelenemissie aan de nieuwe aandeelhouder, waardoor het belang waarop het pandrecht rustte verwaterde. De rechtbank oordeelde dat dit onzorgvuldig handelen voorzienbaar was voor elk van de groepsleden. Deze uitspraak

---

98 Boonekamp, op. cit., p. 116-120.

99 Rb. Rotterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4501 en Rb. Noord-Holland 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7302.

100 Rb. Oost-Brabant 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5797, *JOR* 2016/4 m.nt. Verburgt.



vormt daarmee een fraaie illustratie van de wijze waarop art. 6:166 BW in een corporate litigation-context ingezet kan worden.

#### 4 *Kan het deelnemen worden toegerekend?*

Tot slot moet het onrechtmatig in groepsverband handelen aan de individuele deelnemers kunnen worden toegerekend. Over toepassing van dit vierde vereiste is weinig te vinden in de rechtspraak. In het relatief kleine aantal zaken waar de toets van art. 6:166 BW volledig doorlopen is, ontbrak het aan verweren op dit punt. Hiervoor is al besproken dat voor externe aansprakelijkheid van bestuurders de ernstig verwijt-maatstaf van art. 2:9 BW geldt. Hoewel dit verwijt-criterium doet vermoeden dat het gaat om toerekening, zal de toets voor een belangrijk deel al hebben plaatsgevonden bij het bepalen of is voldaan aan het kennisvereiste, dus de onrechtmatigheid zelf. Vaak zal dan de toerekenbaarheid voorshands bewezen gelden, behoudens tegenbewijs.<sup>101</sup> Waar voor bestuurders aan het vereiste van toerekenbaarheid is voldaan, lijkt weinig ruimte te resteren voor de rechtspersoon nog een verweer op dit punt te voeren. Met Boonekamp kan tot slot gezegd worden dat de aard van art. 6:166 BW maakt dat een element van risicoaansprakelijkheid (voor gedrag van de andere groepsleden) meespeelt in de toerekeningsvraag.

## 6 **Conclusie**

Deze bijdrage begon ik met de vaststelling dat art. 6:166 BW een relatief onderbelichte bepaling is waar het gaat om corporate litigation. Het cijfermatig onderzoek laat zien dat dit mogelijk aan het veranderen is. Een parallel dringt zich op met de klachtplicht van art. 6:89 BW, die vele jaren ongebruikt op de plank heeft gelegen en na het 'ontdekken' opeens een grote vlucht nam (en inmiddels door de Hoge Raad alweer van de scherpe randjes is ontdaan). Of datzelfde lot ook de groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW wacht, valt te bezien. Natuurlijk is het niet zo dat opeens blijkt dat grote aantallen onrechtmatige daden in groepsverband zijn gepleegd en de deelnemers daaraan succesvol aangesproken kunnen worden op basis van art. 6:166 BW, waar dat op basis van art. 6:162 BW niet kon. Niettemin geeft de aansprakelijkheidsgrondslag van 6:166 BW, wanneer goed ingezet, de eisende partij ook in een corporate litigation-context mogelijkheden. Zaak is dan wel de vereisten van art. 6:166 BW goed in te bedden in de bestaande jurisprudentie en literatuur over, onder meer, bestuurders- en concernaansprakelijkheid. Afgaande op het aantal zaken in 2015 vallen verdere ontwikkelingen op dit terrein zeker te verwachten.

---

<sup>101</sup> Boonekamp, op. cit., p. 150; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\* 2011/107.