

University of Groningen

Case Note: ECLI:NL:RBROT:2023:11165

Boschma, Hylda

Published in:
Jurisprudentie Onderneming & Recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2024

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Boschma, H. (2024). Case Note: ECLI:NL:RBROT:2023:11165. JOR 2024/192. Casenote over: Rechtbank Rotterdam, 29/11/2023, HA ZA 23-610, ECLI:NL:RBROT:2023:11165 *Jurisprudentie Onderneming & Recht*, 2024(9), 1996-1999.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

uit hoofde van art. 2:216 lid 3 BW, anders dan de rechtbank oordeelt in 4.25, *maximaal* het bedrag of de waarde van de uitkeringen, vermeerderd met de wettelijke rente (*Kamerstukken I 2011/12*, 31058, E, p. 15).

9. Het is jammer dat er in deze zaak geen aandacht is besteed aan de titel van de betaling, “dividend”. Omdat BV sinds haar oprichting verliesgevend was (r.o. 4.8.3), moet het een andere uitkering dan winst zijn geweest. De balanstest van art. 2:216 lid 1 BW is nergens ter sprake komen. Misschien had BV, hoewel het feitenrelaas het tegenovergestelde doet vermoeden, voldoende vrije reserves voor de uitkering en kon de curator er niets mee, maar anders het zou wel interessant zijn geweest om eens een gerechtelijk oordeel te lezen over een uitkering bij of die leidt tot een negatief eigen vermogen.

prof. mr. B. Bier
of counsel bij Stibbe en hoogleraar Corporate Governance Nyenrode Business University

192

Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurder wegens frustratie van verhaal

Rechtbank Rotterdam
29 november 2023, nr. HA ZA 23-610,
ECLI:NL:RBROT:2023:11165
(mr. Cremers)
Noot prof. mr. H.E. Boschma

Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurder. Tweede categorie Ontvanger/Roelofsen. Frustratie van verhaal. Bestuurder wist of had moeten voorzien dat dividenduitkering tot gevolg zou hebben dat vennootschap niet meer zou kunnen voldoen aan haar enige verplichting en ook geen verhaal zou bieden. Sprake van ernstig verwijt. Voor uitkeringstoets geldt in dit specifieke geval dat niet alleen periode van één jaar maar ook gehanteerde periode van drie jaar te beperkt is. Veroordeling van bestuurder tot betaling achterstand en tot betaling van periodiek maandelijks uitkering aan eiseres.

[BW art. 2:216 lid 3; 6:162]

Deze zaak gaat over de vraag of [persoon B] als bestuurder van Hermax Holding aansprakelijk is voor het vanaf februari 2023 onbetaald en onverhaalbaar blijven van de door Hermax Holding aan [persoon A] te betalen maandelijks uitkering. Als een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, geldt als uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is er, behalve voor aansprakelijkheid van de vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap. Dat zal zich, voor zover in deze zaak van belang, kunnen voordoen als de bestuurder wist of moest begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen (frustratie van verhaal) en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (vgl. HR

8 december 2006, «JOR» 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen)). In zo'n geval is vereist dat de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.

[Persoon B] is op 16 oktober 2019 als gevolg van het overlijden van haar moeder door vererving enig aandeelhouder geworden van Hermax Holding. Met ingang van 29 oktober 2019 is [persoon B] bestuurder van Hermax Holding. Al heel snel daarna, maar ruim vijf weken later, besluit [persoon B] als enig aandeelhouder tot het uitkeren van een bedrag van maar liefst € 1.967.988,00 aan dividend, aan welk besluit zij als bestuurder haar goedkeuring verleent en welk besluit zij als bestuurder vervolgens uitvoert. De dividenduitkeringen zijn in het geheel, direct of indirect, aan [persoon B] zelf ten goede gekomen.

In totaal is een bedrag van € 429.267 aan liquide middelen uit Hermax Holding gevloeid ten bate van [persoon B]. Daardoor bleef er van de liquide middelen van (afgerond) € 500.000 slechts een bedrag over van (afgerond) € 70.000, een afname van 86%. Er is dus geen sprake geweest van een "beperkte uitstroom van liquide middelen", zoals in het dividendbesluit als overweging van het bestuur is opgenomen. Als [persoon B] alleen al de uitkering aan haarzelf van € 218.000 achterwege had gelaten, en deze liquide middelen aangewend zouden zijn voor voldoening van de maandelijkse uitkering, dan zou Hermax Holding deze nog vele jaren langer aan [persoon A] hebben kunnen betalen. De maandelijkse uitkering komt immers jaarlijks neer op een betaling van (afgerond) € 15.000. Het staat vast dat de maandelijkse uitkering de enige verplichting is van Hermax Holding. Het is een zekere verplichting, die voortduurt totdat [persoon A] overlijdt. Het is daarmee alleen niet zeker hoelang de verplichting nog zal bestaan. Dat [persoon A] op het moment van de dividenduitkeringen 76 jaar was, betekent niet dat om die reden ervan uitgegaan zou mogen worden dat de verplichting in duur beperkt zou zijn. Verder heeft [persoon B] niet gesteld en is ook anderszins niet gebleken, dat het reëel was om te veronderstellen dat de verplichting na drie jaar zou eindigen. Er was dan ook geen enkele aanleiding om uit te gaan van deze termijn bij de verrichte uitkeringsstoets. Dat uit de wetsgeschiedenis van

art. 2:216 BW volgt dat het bestuur bij het uitkeren van dividend in de regel rekening moet houden met een periode van één jaar vanaf de uitkering, betekent niet dat dit in alle gevallen zo is. Uit de specifieke omstandigheden in deze zaak (het bestaan van een zekere verplichting waarvan alleen niet duidelijk is hoelang deze voortduurt, terwijl het de enige verplichting is van de vennootschap en het gaat om een vennootschap zonder activiteiten die als doel heeft het beheer van vermogen om de maandelijkse uitkering te voldoen) volgt dat niet alleen de periode van één jaar te beperkt is, maar ook de gehanteerde periode van drie jaar. Gelet op de specifieke omstandigheden in deze zaak, in onderlinge samenhang beoordeeld, is voldoende komen vast te staan dat [persoon B] wist of in ieder geval moest begrijpen dat de door haar bewerkstelligde en toegelaten handelswijze van Hermax Holding tot gevolg zou hebben dat Hermax Holding na drie jaar niet meer zou kunnen voldoen aan haar enige verplichting (het doen van de maandelijkse uitkering aan [persoon A]) en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Daar valt [persoon B] persoonlijk een ernstig verwijt van te maken. Zij heeft dan ook als bestuurder van Hermax Holding onrechtmatig gehandeld tegenover [persoon A] als crediteur van Hermax Holding. [Persoon B] is aansprakelijk voor de schade die [persoon A] daardoor lijdt.

[Persoon B] heeft niet betwist dat Hermax Holding de maandelijkse uitkering zonder de dividenduitkeringen nog jaren langer aan [persoon A] had kunnen betalen. Nu wordt er niets meer betaald. Dat betekent dat de maandelijkse uitkering de hoogte van de schade van [persoon A] bepaalt. De verplichting van Hermax Holding is niet het afstorten van een bedrag ineens voor een pensioenvoorziening, maar het doen van een maandelijkse uitkering zolang [persoon A] leeft.

[Persoon A],
eiseres in de hoofdzaak,
eiseres in het incident,
advocaat: mr. H.F.A. Notenboom,
tegen

[persoon B],
gedaagde in de hoofdzaak,
gedaagde in het incident,
advocaat: mr. R.F. van Leeuwen.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. [persoon A] was getrouwd met de heer [persoon C] (hierna: [persoon C]). Op 1 januari 1997 hebben [persoon C] en [bedrijf C] hun aandelen in Bacteriologisch Onderzoeksbureau Biobeheer B.V. (hierna: Bio Beheer) en Thermisch Waterbeheer B.V. verkocht aan Hermax Holding B.V. (hierna: Hermax Holding). In dat kader hebben [bedrijf C] en Hermax Holding een “intentie-overeenkomst” gesloten, waarin afspraken zijn gemaakt over betaling van bepaalde vergoedingen, waaronder een vergoeding voor de aandelenoverdracht en een maandelijks vergoeding aan [persoon C] en (bij zijn overlijden) aan [persoon A] ten behoeve van een pensioenregeling. [persoon C] is in 2011 overleden.

2.2. In 2016 hebben Bio Beheer, Hermax Holding en [persoon A] een overeenkomst gesloten. In die overeenkomst is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

“Overwegende:

- dat Hermax met [bedrijf C] op 1 januari 1997 een Intentieovereenkomst (“Intentieovereenkomst”) is aangegaan voor de betaling van een pensioenuitkering aan de weduwe van de toenmalige DGA, de heer [persoon C];
- dat Bio Beheer op basis van de Intentieovereenkomst maandelijks pensioenuitkeringen verricht aan mevrouw [persoon A];
- dat Hermax met ingang van 1 februari 2016 de maandelijks betaling van pensioenuitkeringen aan mevrouw [persoon A] van Bio Beheer wil overnemen;
- dat mevrouw [persoon A] toestemming geeft aan deze wijziging;
- dat Partijen hun afspraken in deze overeenkomst wensen vast te leggen.

Komen overeen als volgt:

1. Bio Beheer draagt alle verplichtingen die zij jegens mevrouw [persoon A] heeft en nog zal krijgen uit hoofde van de Intentieovereenkomst jegens Bio Beheer (aangehecht als bijlage 1), te weten het betalen van een maandelijks pensioenuitkering van EUR 1363,08 met ingang van 1 februari 2016 over Hermax. Hermax aanvaardt hierbij deze verplichtingen.

2. Mevrouw [persoon A] verleent hierbij haar goedkeuring aan de overdracht als omschreven in artikel 1 van deze overeenkomst en verklaart per 1 februari 2016 niets meer te vorderen te hebben van Bio Beheer. Mevrouw [persoon A] verleent hierbij Bio Beheer finale kwijting.

[...]

2.3. In 2016 waren de heer [persoon D] en mevrouw [persoon E], de vader en moeder van [persoon B], de bestuurders van Hermax Holding. Zij zijn overleden op 14 december 2017 respectievelijk 16 oktober 2019. [persoon B] heeft met het overlijden van haar moeder door vererving alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Hermax Holding verkregen. Met ingang van 29 oktober 2019 is [persoon B] de enig bestuurder van Hermax Holding.

2.4. Op 5 december 2019 heeft Hermax Holding een dividendbesluit genomen. In de notulen van de Algemene Vergadering van Hermax Holding van deze datum is, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

“*DIVIDENDBESLUIT*

Hermax Holding B.V.

Notulen van de Algemene Vergadering van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Hermax Holding B.V. gehouden ten kantore van de vennootschap op 5 december 2019

Aanwezigen: [persoon B] (aandeelhouder en bestuurder)

[...]

Dividenduitkering

De aandeelhouder besluit tot de uitkering van een dividend ten laste van de overige reserves als volgt:

Dividend deel A € 1.749.988

Dividend deel B € 218.000

Totaal € 1.967.988

[persoon B] is tevens bestuurder van de vennootschap; dit besluit betreft derhalve ook de instemming van het bestuur met voornoemde dividenduitkering.

[...]

Bij de besluitvorming over de uitkering van het dividend zijn de volgende overwegingen in acht genomen:

- Uit de interne balans per 30 november 2019 (bijgevoegd) van de vennootschap blijkt dat de dividenduitkering het eigen vermogen van de vennootschap, verminderd met het gestorte aandelenkapitaal en de krachten de wet of statuten aan te houden reserves niet overschrijdt.

- Het bestuur heeft beoordeeld of de vennootschap na het doen van de dividenduitkering kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Het bestuur is niet bekend met feiten of redelijkerwijs te voorziene omstandigheden waardoor de vennootschap na het doen van

de dividenduitkering niet langer in staat is tot het betalen van haar opeisbare schulden. Het bestuur heeft daarbij in aanmerking genomen dat:

- De dividenduitkering (grotendeels) zal worden verrekend met de rekening courant, waardoor de uitstroom aan liquide middelen beperkt is;
- zij verwacht dat de onderneming de opeisbare schulden kan betalen;
- zij geen afwijkende ontwikkelingen voorziet; [...]"

2.5. Op het moment van de dividenduitkering had Hermax Holding een vordering op haar aandeelhouder op grond van een rekening-courantverhouding van € 1.538.721,00. Deze vordering is geheel verrekend met de uitkering Dividend deel A. Het restant van Dividend deel A van (€ 1.749.988,00 - € 1.538.721,00 =) € 211.267,00 ziet op de door Hermax Holding ten behoeve van [persoon B] betaalde inkomstenbelasting in verband met de verkrijging (door vererving) door [persoon B] van de aandelen in Hermax Holding van haar moeder.

2.6. Hermax Holding heeft als Dividend deel B een bedrag van € 218.000,00 aan [persoon B] uitgekeerd.

2.7. Bij brief van 30 juni 2022 heeft Hermax Holding onder meer het volgende aan [persoon A] geschreven:
“[...]”

Op grond van een overeenkomst betaalt Hermax Holding B.V. sinds 2016 iedere maand een bedrag ad. EUR 1.288,11

Hermax Holding B.V. is verder geen actieve vennootschap en de gelden in de vennootschap zijn bijna op. Per 22 juni jl is er nog een bedrag ad. EUR 11.610,59 in kas. Dat betekent dat de vennootschap nog maximaal 9 maanden de maandelijkse uitkering kan voldoen. Daarna kan Hermax Holding helaas niet meer betalen. Er zijn verder geen activa of schulden in de vennootschap.

Ik wil u hierbij ook aanbieden om, zodat we dit volledig kunnen afronden, het voornoemde resterende bedrag uit de kas ineens te voldoen. Mocht u daar geen prijs opstellen, zal de vennootschap de maandelijkse betalingen blijven verrichten, totdat er geen geld meer in kas zit.
[...]"

2.8. Bij brief van 15 augustus 2022 heeft (de advocaat van) [persoon A] aan Hermax Holding geschreven het niet eens te zijn met de inhoud van de (hiervoor weergegeven) brief van Hermax Holding. Zij heeft Hermax Holding verzocht om

stukken te verstrekken van zowel Bio Beheer als Hermax Holding waaruit de activa en passiva blijken. Omdat Hermax Holding niet vrijwillig cijfers wilde verstrekken, heeft [persoon A] een daartoe strekkende vordering in kort geding tegen Hermax Holding ingesteld.

2.9. Bij vonnis van 28 april 2023 van de voorzieningenrechter van deze rechtbank (zaak- en rolnummer C/10/655258 KG ZA 23-258) is Hermax Holding veroordeeld om een afschrift van de aangiften vennootschapsbelasting van Hermax Holding over de jaren 2018 tot en met 2021 aan [persoon A] te verstrekken.

2.10. In januari 2023 heeft Hermax Holding voor het laatst de maandelijkse uitkering aan [persoon A] betaald.

3. *Het geschil in de hoofdzaak*

3.1. [persoon A] vordert – na wijziging van de eis – dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. voor recht verklaart dat [persoon B] hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort dat is ontstaan in de maandelijkse uitkering aan [persoon A] door de dividenduitkeringen die [persoon B] uit Hermax Holding heeft gedaan;

II. *primair*: [persoon B] veroordeelt om aan [persoon A] te betalen een bedrag van € 250.695,24, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW tot de dag van volledige betaling;

subsidiar: [persoon B] veroordeelt om aan [persoon A] te betalen een bedrag van € 220.000,00, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW tot de dag van volledige betaling;

meer subsidiar: [persoon B] veroordeelt tot betaling aan [persoon A] van een bedrag van € 1.247,24 netto per maand vanaf 1 februari 2023, tot het moment van haar overlijden, voor wat betreft de achterstallige betalingen vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW tot de dag van volledige betaling;

III. [persoon B] veroordeelt tot betaling van het salaris van de deskundige voor het berekenen van een pensioenvoorziening;

IV. [persoon B] veroordeelt in de kosten van de procedure, het salaris van de gemachtigde en nakosten daaronder begrepen.

3.2. [persoon A] legt aan haar vorderingen, kort samengevat, het volgende ten grondslag. Door goedkeuring te geven en mee te werken aan de

dividenduitkering op 5 december 2019 voor een bedrag van in totaal € 1.967.988,00 heeft [persoon B] als bestuurder van Hermax Holding bewerkstelligd dat Hermax Holding haar maandelijkse betalingsverplichting aan [persoon A] niet langer kan nakomen. [persoon B] heeft daarom als bestuurder onrechtmatig gehandeld ten opzichte van [persoon A] en zij is om die reden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die [persoon A] daardoor lijdt.

3.3. [persoon B] voert verweer. Haar verweer strekt tot afwijzing van de vorderingen van [persoon A], met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van [persoon A] in de kosten van deze procedure.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, nader ingegaan.

4. *Het geschil in het incident op grond van artikel 223 Rv*

4.1. [persoon A] vordert in het incident – na wijziging van de eis – dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. voor de duur van het geding [persoon B] veroordeelt tot betaling aan [persoon A] van een bedrag van € 1.247,24 netto per maand vanaf 1 februari 2023, tot het moment waarop in de hoofdzaak onherroepelijk is beslist, vermeerderd met de wettelijke rente over de achterstallige betalingen als bedoeld in artikel 6:119 BW tot de dag van volledige betaling;

II. *primair*: als deskundige benoemt Apple Tree Financieel Adviseurs, gevestigd aan de Beethovenstraat 59-1 te Amsterdam (1077 HN);

subsidiar: een deskundige benoemt op het gebied van het treffen van een pensioenvoorziening door middel van het storten van een bedrag ineens, welke vervolgens vanaf dat moment tot een maandelijkse uitkering van € 1.247,24 netto aan [persoon A] dient te leiden;

III. de deskundige verzoekt om antwoord te geven op de volgende vragen:

– welk bedrag ineens dient te worden gestort (inclusief polis en andere afsluitkosten) om tot een maandelijkse uitkering van € 1.247,24 netto aan [persoon A] te leiden?

– zijn er nog andere punten die u naar voren wilt brengen waarvan de rechter volgens u kennis dient te nemen bij de verdere beoordeling?

IV. [persoon B] veroordeelt tot betaling van een voorschot ter hoogte van € 695,00 op de kosten

van de deskundige voor het berekenen van een pensioenvoorziening;

V. [persoon B] veroordeelt in de kosten van de procedure in het incident, het salaris van de gemachtigde en nakosten daaronder begrepen.

4.2. Aan de vorderingen in het incident legt [persoon A] hetzelfde ten grondslag als in de hoofdzaak. Door het stopzetten van de maandelijkse uitkeringen is het maandinkomen van [persoon A] meer dan gehalveerd. Omdat een bodemprocedure nog vele maanden in beslag zal nemen, terwijl [persoon A] in die periode verstoken zal zijn van de helft van haar inkomen, moet [persoon B] bij wijze van voorziening voor de duur van de bodemprocedure de maandelijkse betalingen doen. Daarnaast moet er een deskundige benoemd worden die berekent welk bedrag er nodig is om in een pensioenpolis te storten om daaruit vervolgens de maandelijkse uitkering te kunnen ontvangen.

4.3. [persoon B] voert verweer. Haar verweer strekt tot afwijzing van de vorderingen van [persoon A] in het incident, met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van [persoon A] in de kosten van de procedure in het incident.

4.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, nader ingegaan.

5. *De beoordeling*

Eiswijziging

5.1. Tegen de eiswijziging van [persoon A], zowel in de hoofdzaak als in het incident, heeft [persoon B] geen bezwaar gemaakt en de rechtbank vindt deze ook niet in strijd met de goede procesorde. De rechtbank zal dan ook de hiervoor onder 3.1 en 4.1 weergegeven vorderingen van [persoon A] beoordelen.

Waar gaat deze zaak over?

5.2. Deze zaak gaat over de vraag of [persoon B] als bestuurder van Hermax Holding aansprakelijk is voor het vanaf februari 2023 onbetaald en onverhaalbaar blijven van de door Hermax Holding aan [persoon A] te betalen maandelijkse uitkering (hierna: de maandelijkse uitkering). De rechtbank is van oordeel dat dit het geval is. Dit oordeel wordt hierna uitgewerkt. Eerst wordt het toetsingskader gegeven, waarna de dividenduitkeringen van 5 december 2019 onder de loep worden genomen. Vervolgens beoordeelt de

rechtbank de door [persoon A] gevorderde schade.

Juridisch kader

5.3. Bij de beoordeling van de vorderingen van [persoon A] stelt de rechtbank het volgende voorop. Als een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, dan is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is er, naast aansprakelijkheid van de vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap. Dat zal zich, voor zover in deze zaak van belang, kunnen voordoen als de bestuurder wist of moest begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen (frustratie van verhaal) en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (vgl. HR 8 december 2006 («JOR» 2007/38; red.), ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, Ontvanger/Roelofsen). In zo'n geval is vereist dat de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.

Dividenduitkeringen

5.4. [persoon A] stelt ter onderbouwing van de aansprakelijkheid van [persoon B] als bestuurder van Hermax Holding het volgende. [persoon B] wist dat Hermax Holding door de dividenduitkeringen van 5 december 2019 (hierna: de dividenduitkeringen) vanaf begin 2023 niet meer de maandelijkse uitkering kon voldoen en dat Hermax Holding ook geen verhaal meer zou bieden voor de schade. Er was geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat de betalingsverplichting aan [persoon A] na drie jaar zou eindigen. Het is een voortdurende verplichting. Bovendien is het de enige verplichting van Hermax Holding. De vennootschap is geen actieve vennootschap en is als gevolg van de dividenduitkeringen praktisch leeggehaald.

5.5. [persoon B] heeft als verweer tegen de vorderingen het volgende aangevoerd. Voorafgaand aan de dividenduitkeringen heeft [persoon B] overleg gevoerd met de accountant van de ven-

nootschap. Uitgangspunt is geweest dat Hermax Holding na de dividenduitkeringen nog ten minste drie jaar aan haar financiële verplichtingen zou kunnen voldoen. Bij het doen van een uitkeringstoets op grond van artikel 2:216 lid 3 BW moet een bestuur van een vennootschap nagaan of de vennootschap vanaf de uitkering nog één jaar aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen. Er is dus ruimschoots aan deze verplichting voldaan. Hermax Holding heeft ook tot en met januari 2023 netjes de maandelijkse uitkering aan [persoon A] betaald. De uitgevoerde toets blijkt dan ook correct te zijn geweest. Het vooruitzicht van drie jaar aan kasgeld om aan de lopende verplichtingen te voldoen was reëel, met het oog op het plan van [persoon B] om haar activiteiten als beeldend kunstenaar in Hermax Holding onder te brengen. Op die wijze zou Hermax Holding inkomsten kunnen genereren, waarmee de berekende buffer van drie jaar meer dan genoeg zou zijn om de maandelijkse uitkering te blijven betalen.

5.6. De rechtbank is van oordeel dat de dividenduitkeringen niet door de beugel kunnen. De motivering van dat oordeel is als volgt.

5.7. [persoon B] is op 16 oktober 2019 als gevolg van het overlijden van haar moeder door vererving enig aandeelhouder geworden van Hermax Holding. Met ingang van 29 oktober 2019 is [persoon B] bestuurder van Hermax Holding. Al heel snel daarna, maar ruim vijf weken later, besluit [persoon B] als enig aandeelhouder tot het uitkeren van een bedrag van maar liefst € 1.967.988,00 aan dividend, aan welk besluit zij als bestuurder haar goedkeuring verleent en welk besluit zij als bestuurder vervolgens uitvoert. De dividenduitkeringen zijn in het geheel, direct of indirect, aan [persoon B] zelf ten goede gekomen.

5.7.1. Met de uitkering van Dividend deel A is de forse vordering die Hermax Holding had op grond van een rekening courant verhouding met de moeder van [persoon B] (€ 1.538.721,00) geheel door verrekening teniet gegaan. Ook is met dit deel van de dividenduitkering de inkomstenbelasting betaald (€ 211.267,00) die [persoon B] moest betalen in verband met de verkrijging (door vererving) van de aandelen in Hermax Holding van haar moeder (randnummer 2.5). [persoon B] heeft bij de mondelinge behandeling (bij monde van haar echtgenoot, zij was zelf niet aanwezig) bevestigd dat zij enig erfgenaam was van haar moeder. In de nalatenschap bevond zich in

ieder geval een appartement, zoals ook op de mondelinge behandeling door de echtgenoot van [persoon B] is bevestigd. Dat betekent dat aangenomen moet worden dat Hermax Holding de vordering op haar aandeelhouder, in ieder geval gedeeltelijk, had kunnen verhalen op de nalatenschap van de moeder van [persoon B], in feite dus op [persoon B] zelf. Er is door [persoon B] niet aangevoerd en ook anderszins is niet gebleken dat de nalatenschap geen verhaal zou bieden.

5.7.2. Met de uitkering van Dividend deel B heeft [persoon B] als bestuurder van Hermax Holding daarnaast een bedrag van € 218.000,00 aan zichzelf betaald (randnummer 2.6). Door deze betaling en de betaling van de verschuldigde inkomstenbelasting in verband met de verkrijging van de aandelen (randnummer 2.5) is er als gevolg van de dividenduitkeringen een bedrag van (€ 211.267,00 + € 218.000,00 =) € 429.267,00 aan liquide middelen uit Hermax Holding gevloeid ten bate van [persoon B]. Daardoor bleef er van de liquide middelen van (afgerond) € 500.000,00 slechts een bedrag over van (afgerond) € 70.000,00, een afname van 86%. Er is dus geen sprake geweest van een “beperkte uitstroom van liquide middelen”, zoals in het dividendbesluit als overweging van het bestuur is opgenomen (vgl. randnummer 2.4). Als [persoon B] alleen al de uitkering aan haarzelf van € 218.000,00 achterwege had gelaten, en deze liquide middelen aangewend zouden zijn voor voldoening van de maandelijkse uitkering, dan zou Hermax Holding deze nog vele jaren langer aan [persoon A] hebben kunnen betalen. De maandelijkse uitkering komt immers jaarlijks neer op een betaling van (afgerond) € 15.000,00.

5.8. Het staat vast dat de maandelijkse uitkering de enige verplichting is van Hermax Holding. Het is een zekere verplichting, die voortduurt totdat [persoon A] overlijdt. Het is daarmee alleen niet zeker hoelang de verplichting nog zal bestaan. Dat [persoon A] op het moment van de dividenduitkeringen 76 jaar was, betekent niet dat om die reden ervan uitgegaan zou mogen worden dat de verplichting in duur beperkt zou zijn. Verder heeft [persoon B] niet gesteld en is ook anderszins niet gebleken, dat het reëel was om te veronderstellen dat de verplichting na drie jaar zou eindigen. Er was dan ook geen enkele aanleiding om uit te gaan van deze termijn bij de verrichte uitkeringstoets. Dat uit de wetgeschiedenis van artikel 2:216 BW volgt dat het bestuur bij het uitkeren

van dividend in de regel rekening moet houden met een periode van één jaar vanaf de uitkering, betekent niet dat dit in alle gevallen zo is. Uit de specifieke omstandigheden in deze zaak (het bestaan van een zekere verplichting waarvan alleen niet duidelijk is hoelang deze voortduurt, terwijl het de enige verplichting is van de vennootschap, en het gaat om een vennootschap zonder activiteiten die als doel heeft het beheer van vermogen om de maandelijkse uitkering te voldoen) volgt niet alleen dat de periode van één jaar te beperkt is, maar ook de gehanteerde periode van drie jaar.

5.9. [persoon B] had er voor moeten zorgen dat Hermax Holding nog vele jaren de maandelijkse uitkering aan [persoon A] zou kunnen betalen. [persoon B] heeft aangevoerd dat zij van plan was om haar activiteiten als beeldend kunstenaar vanuit Hermax Holding te gaan verrichten, waardoor de vennootschap inkomsten zou genereren. Dit plan is alleen niet van de grond gekomen. Als gevolg van de coronapandemie kon [persoon B] haar kunst niet op exposities verkopen en kon haar atelier niet worden opengesteld voor klanten. Ook een terugkerend herniaprobleem heeft een negatieve invloed op het ontplooiën van de kunstactiviteiten gehad, aldus [persoon B]. De rechtbank overweegt hierover dat [persoon B] het door haar geschetste plan onvoldoende concreet heeft onderbouwd. Er blijkt nergens uit dat [persoon B] daadwerkelijk het voornemen had om haar activiteiten in Hermax Holding onder te brengen. Het plan is ook niet opgenomen in de notulen van het dividendbesluit bij de overwegingen van het bestuur bij de goedkeuring van dit besluit. Als het een concreet plan zou zijn geweest, waarmee de in acht genomen periode van drie jaar nader onderbouwd had kunnen worden, dan had het voor de hand gelegen om dat wel te doen. Bij de mondelinge behandeling is namens [persoon B] nog aangevoerd dat de plannen voor het ontplooiën van de activiteiten er nog steeds zijn, alleen dat deze nog niet concreet zijn. De rechtbank kan dit niet rijmen met de brief van [persoon B] aan [persoon A] van 30 juni 2022 (randnummer 2.7), waarin [persoon B] met zoveel woorden schrijft dat Hermax Holding geen actieve vennootschap is en daarom na negen maanden zal ophouden met betalen. De rechtbank zal met dit verweer dan ook geen rekening houden bij de beoordeling van het gestelde onrechtmatig handelen van [persoon B]. Het staat [persoon B] uiteraard vrij om binnen Hermax Holding activi-

teiten te gaan ontplooiën, waardoor Hermax Holding de maandelijkse uitkering weer aan [persoon A] kan gaan betalen, maar dat betekent niet dat daarmee haar onrechtmatig handelen wordt weggenomen.

5.10. Gelet op de hiervoor besproken specifieke omstandigheden in deze zaak, in onderlinge samenhang beoordeeld, is voldoende komen vast te staan dat [persoon B] wist of in ieder geval moest begrijpen dat de door haar bewerkstelligde en toegelaten handelswijze van Hermax Holding tot gevolg zou hebben dat Hermax Holding na drie jaar niet meer zou kunnen voldoen aan haar enige verplichting (het doen van de maandelijkse uitkering aan [persoon A]) en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Daar valt [persoon B] persoonlijk een ernstig verwijt van te maken. Zij heeft dan ook als bestuurder van Hermax Holding onrechtmatig gehandeld tegenover [persoon A] als crediteur van Hermax Holding. [persoon B] is aansprakelijk voor de schade die [persoon A] daardoor lijdt.

Schade

5.11. Bij de begroting van de schade van [persoon A] moet de feitelijke situatie met het onrechtmatig handelen van [persoon B] worden vergeleken met de hypothetische situatie dat het onrechtmatig handelen achterwege was gebleven. Met andere woorden: wat zou de situatie zijn geweest zonder de dividenduitkeringen. De begroting van nog niet ingetreden schade kan met afweging van goede en kwade kansen bij voorbaat geschieden. In dat geval kan de rechter de schuldenaar veroordelen hetzij tot een betaling ineens hetzij tot betaling van een periodiek uit te keren bedrag (artikel 6:105 BW).

5.12. [persoon A] vordert primair en subsidiair betaling van een bedrag ineens, om daarmee een pensioenverzekering te kunnen afsluiten, waaruit zij vervolgens de maandelijkse uitkering kan ontvangen. Meer subsidiair vordert zij dat [persoon B] vanaf 1 februari 2023 de maandelijkse uitkering moet betalen. De rechtbank overweegt als volgt. [persoon B] heeft niet betwist dat Hermax Holding de maandelijkse uitkering zonder de dividenduitkeringen nog jaren langer aan [persoon A] had kunnen betalen. Nu wordt er niets meer betaald. Dat betekent dat de maandelijkse uitkering de hoogte van de schade van [persoon A] bepaalt. De verplichting van Hermax Holding is niet het afstorten van een bedrag in-

eens voor een pensioenvoorziening, maar haar verplichting is het doen van een maandelijkse uitkering zolang [persoon A] leeft. De rechtbank zal dan ook de primaire en subsidiaire vordering afwijzen en de meer subsidiaire vordering toewijzen. Dat betekent dat [persoon B] gedeeltelijk al door [persoon A] geleden schade moet vergoeden (de achterstallige maanden vanaf februari 2023 tot en met november 2023) en dat gedeeltelijk sprake is van betaling van een periodiek (iedere maand) uit te keren bedrag (vanaf de maand december 2023 tot het overlijden van [persoon A]).

5.13. [persoon A] vordert over de achterstallige maanden vergoeding van de wettelijke rente. Volgens artikel 6:119 lid 1 BW bestaat de schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom (hier: de verplichting om vanaf februari 2023 de achterstallige termijnen te betalen), in de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar (hier: [persoon B]) met de voldoening daarvan in verzuim is geweest. Bij een schadevergoedingsverbintenis op grond van onrechtmatige daad, zoals in deze zaak aan de orde, treedt het verzuim in zonder ingebrekestelling (artikel 6:83 aanhef en onder b BW), zodat de wettelijke rente vanaf het ontstaan van de schade verschuldigd is. In dit geval is met het verstrijken van iedere maand een gedeelte van de schade ontstaan. Over iedere verstreken maand vanaf februari 2023 tot en met november 2023 wordt de wettelijke rente dus toegewezen met ingang van het verstrijken van de betreffende maand tot de dag van volledige betaling.

5.14. [persoon A] heeft ook nog gevorderd dat [persoon B] wordt veroordeeld tot betaling van het salaris van de deskundige voor het berekenen van een pensioenvoorziening. Bij de mondelinge behandeling heeft zij aangegeven dat deze vordering wordt ingetrokken als één van haar schadevorderingen wordt toegewezen. Nu dat laatste het geval is, hoeft deze vordering dus niet meer beoordeeld te worden.

Slotsom en proceskosten

5.15. Slotsom is dat de gevorderde verklaring voor recht wordt toegewezen. [persoon B] is naast Hermax Holding hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat is ontstaan in de maandelijkse uitkering aan [persoon A]. Daarnaast wordt [persoon B] veroordeeld om aan [persoon A] te betalen de maandelijkse uitkering van € 1.247,24 netto, vanaf 1 februari 2023 tot de datum van het overlijden

van [persoon A]. Over iedere verstreken achterstallige maand moet de wettelijke rente worden betaald.

5.16. [persoon B] is de partij die ongelijk krijgt en zij zal daarom in de proceskosten worden veroordeeld. Tot aan dit vonnis worden de proceskosten van [persoon A] als volgt vastgesteld:

(...; *red.*)

Hier kan nog een bedrag bijkomen in verband met nakosten. In dit vonnis hoeft hierover geen aparte beslissing te worden genomen (ECLI:NL:HR:2022:853).

Beoordeling van de incidentele vordering op grond van artikel 223 Rv

5.17. In het incident is gevorderd op de voet van artikel 223 Rv, dus slechts voor de duur van deze zaak. Omdat de rechtbank met dit vonnis in de hoofdzaak een eindvonnis wijst, hoeft op de incidentele vordering niet verder te worden beslist. De rechtbank ziet onder deze omstandigheden geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling in het incident. Zij verstaat dat deze kosten worden gecompenseerd.

6. De beslissing

De rechtbank

6.1. verklaart voor recht dat [persoon B] hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort dat is ontstaan in de maandelijkse uitkering aan [persoon A] door de dividenduitkeringen die [persoon B] uit Hermax Holding heeft gedaan,

6.2. veroordeelt [persoon B] tot betaling aan [persoon A] van een bedrag van € 1.247,24 netto per maand vanaf 1 februari 2023 tot de datum van het overlijden van [persoon A], voor wat betreft de al verstreken maanden te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf de dag van het verstrijken van betreffende maand tot de dag van volledige betaling,

6.3. veroordeelt [persoon B] in de proceskosten van [persoon C] (...; *red.*),

6.4. verklaart de veroordelingen onder 6.2 en 6.3 uitvoerbaar bij voorraad,

6.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Aanleiding voor deze procedure is de niet-nakoming door Hermax Holding BV (hierna: Hermax) van haar verplichting voortvloeiend uit een

door haar in 2016 overgenomen overeenkomst om, in het kader van een pensioenregeling, maandelijks een bedrag van ruim € 1.200 aan persoon A uit te keren tot het moment van haar overlijden. Hermax heeft bij brief van 30 juni 2022 aan persoon A laten weten dat zij nog maximaal negen maanden de maandelijkse uitkering kan voldoen. In dezelfde brief laat Hermax weten dat er verder geen activa of schulden in de vennootschap zijn.

Rode draad in de procedure is dat Hermax in december 2019 een omvangrijke dividenduitkering heeft gedaan aan persoon B, die met het overlijden van haar moeder op 16 oktober 2019 door vererving enig aandeelhouder van Hermax is geworden. Persoon B vervult een dubbelrol, nu zij per 29 oktober 2019 ook tot (enig) bestuurder van Hermax is benoemd. Bij het op 5 december 2019 door de ava van Hermax genomen besluit tot dividenduitkering van in totaal € 1.967.988 is persoon B in twee hoedanigheden betrokken. Zij neemt in haar hoedanigheid van enig aandeelhouder het ava-besluit tot dividenduitkering, waaraan zij vervolgens, na het uitvoeren van de in art. 2:216 lid 2 BW bedoelde uitkeringstest, in hoedanigheid van enig bestuurder goedkeuring verleent. Bij het uitvoeren van de uitkeringstest heeft Hermax als uitgangspunt genomen dat zij na het doen van de dividenduitkering nog ten minste drie jaar aan haar financiële verplichtingen zou kunnen voldoen.

2. Persoon A, die vanaf begin 2023 niet langer maandelijks een pensioenuitkering ontvangt van Hermax, stelt een vordering uit onrechtmatige daad in tegen persoon B als bestuurder van Hermax. Ter onderbouwing van haar vordering stelt persoon A dat, door goedkeuring te geven en mee te werken aan de dividenduitkering op 5 december 2019 voor een bedrag van in totaal € 1.967.988, persoon B als bestuurder van Hermax heeft bewerkstelligd dat Hermax haar maandelijkse betalingsverplichting jegens haar niet langer kon nakomen. Persoon B verweert zich met de stelling dat het bestuur bij het doen van de uitkeringstoets van art. 2:216 lid 2 BW moet nagaan of de vennootschap vanaf de uitkering nog één jaar aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen en dat door een periode van drie jaar tot uitgangspunt te nemen ruimschoots aan deze verplichting is voldaan.

3. De Rechtbank Rotterdam beoordeelt de door persoon A ingestelde onrechtmatigedaadvorde-

ring aan de hand van het wetenschaps criterium dat de Hoge Raad in zijn arrest *Ontvanger/Roelofs* (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38) heeft geformuleerd voor het geval van frustratie van verhaal: wist of had de bestuurder behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de schade? Hierbij betreft de rechtbank de uitkeringstoets van art. 2:216 BW die het bestuur bij de dividenduitkering heeft verricht. Gelet op de specifieke omstandigheden in deze zaak, in onderlinge samenhang beoordeeld, komt de rechtbank tot de slotsom dat voldoende is komen vast te staan dat persoon B als bestuurder wist of moest begrijpen dat de door haar bewerkstelligde en toegelaten handelwijze van Hermax tot gevolg zou hebben dat deze na drie jaar niet meer zou kunnen voldoen aan haar enige verplichting (het doen van de maandelijkse uitkering aan persoon A) en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Daar valt persoon B persoonlijk een ernstig verwijt van te maken. Zij heeft dan ook als bestuurder van Hermax onrechtmatig gehandeld tegenover persoon A als crediteur van Hermax en is aansprakelijk voor de schade die persoon A daarvoor lijdt. Persoon B wordt veroordeeld om aan persoon A te betalen de maandelijkse uitkering van € 1.247,24 netto, vanaf 1 februari 2023 tot de datum van het overlijden van persoon A. Naar aanleiding van voormelde uitspraak ga ik hierna in op enkele interessante aspecten.

4. Allereerst de verhouding tussen de vennootschapsrechtelijke normering van dividenduitkeringen in art. 2:216 BW en de door een vennootschapscrediteur tegen een bestuurder ingestelde aansprakelijkheidsvordering ex art. 6:162 BW. Kort samengevat zijn bij een bv besluiten tot dividenduitkering ingevolge art. 2:216 lid 2 BW onderworpen aan goedkeuring door het bestuur. In dit verband verricht het bestuur een uitkeringstest. Het bestuur dient zijn goedkeuring aan het besluit tot uitkering te weigeren indien het “weet of redelijkerwijs behoort te voorzien” dat de bv na de uitkering niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Wordt de goedkeuring ondanks de voorzienbare betalingsonmacht toch verleend, dan kan een bestuurder door de bv op grond van art. 2:216 lid 3 BW aansprakelijk worden gesteld

voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Zie over de voorzienbare betalingsonmacht en de aspecten die de bestuurder bij zijn beoordeling dient te betrekken nader: B. Bier, *Uitkeringen aan aandeelhouders* 2023/8.2.2.

Ik merk op dat hoewel de regeling van art. 2:216 BW inzake de door het bestuur te verrichten uitkeringstest en de daarmee samenhangende specifieke bestuurdersaansprakelijkheidsbepaling van lid 3 met het oogmerk van crediteurenbescherming in het leven zijn geroepen, het niet mogelijk is voor een in zijn (verhaals)belangen getroffen vennootschapscrediteur hiervan direct gebruik te maken (vgl. Boschma & Schutte-Veenstra, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 2:216 BW aant. 6). Deze zaak laat echter zien dat een vennootschapscrediteur die door een onverantwoorde dividenduitkering wordt benadeeld niet met lege handen staat. Hij kan een vordering uit onrechtmatige daad tegen de bestuurder instellen wegens verhaalsfrustratie. Bij de beoordeling of voldaan is aan het hiervoor vereiste wetenschaps criterium (zie onder 3) betreft de Rechtbank Rotterdam de uitkeringstest die het bestuur destijds in het kader van art. 2:216 BW heeft verricht. Op deze wijze bewerkstelligt de rechtbank dat bij de beoordeling van de externe aansprakelijkheid van de bestuurder *jegens een vennootschapscrediteur* ex art. 6:162 BW, ter zake van de dividenduitkering wat betreft de voorzienbaarheid van de betalingsonmacht dezelfde uitkeringstoets wordt aangelegd als die geldt voor de interne aansprakelijkheid van de bestuurder *jegens de bv* ex art. 2:216 lid 3 BW. Dit lijkt mij juist, nu het bij de verhaalsfrustratie van art. 6:162 BW en bij art. 2:216 lid 3 BW gaat om vergelijkbare normen (vgl. H.E. Boschma & J.B. Wezeman, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid bij BV’s tien jaar later’, *WPNR* 2022/7390, p. 795).

5. Ten tweede de vraag welke voorziene periode de bestuurder dient te hanteren bij de uitkeringstest ex art. 2:216 lid 2 BW. Bij het uitvoeren van de uitkeringstest wordt van het bestuur verwacht dat het beoordeelt of de bv na het doen van de uitkering zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Het bestuur moet derhalve een inschatting maken van de betalingscapaciteit van de bv, over een zekere termijn in de toekomst. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:216 BW blijkt: “Uit de formulering ‘redelijkerwijs behoort te voorzien’ volgt dat het oordeel van de bestuurders in de

tijd beperkt zal zijn tot een redelijke periode vanaf de uitkering. In het algemeen zal de wetenschap zich niet langer dan een jaar na de uitkering kunnen uitstrekken. Dit kan in bepaalde gevallen echter anders zijn, bijvoorbeeld als het bestuur weet dat de vennootschap over anderhalf jaar een grote som aan belastingschulden moet aflossen." Vgl. *Kamerstukken II 2006/07*, 31058, nr. 3, p. 71. In de onderhavige zaak spelen volgens de Rechtbank Rotterdam *specifieke* omstandigheden die meebrengen dat niet alleen de periode van één jaar te beperkt is, maar ook de door het bestuur van Hermax gehanteerde periode van drie jaar. Het verbaast niet dat de rechtbank tot dit oordeel komt, gelet op de bijzondere situatie: Hermax was een vennootschap zonder activiteiten, met als (enige) doel het beheer van vermogen om aan haar enige verplichting, het maandelijks uitkeren van een bedrag van € 1.247,24 aan persoon A tot haar overlijden, te voldoen.

Bij de inactieve vennootschap Hermax was derhalve sprake van een min of meer gefixeerde, bijzondere situatie waarbij geen inkomsten uit ondernemingsactiviteiten meer werden gegeneerd en er één periodieke pensioenverplichting bestond. Bij het verrichten van de uitkeringstest in 2019 diende het bestuur na te gaan of Hermax na het doen van de dividenduitkering maandelijks een bedrag van € 1.247,24 netto zou kunnen uitkeren aan persoon A, tot haar overlijden. Van belang is dat na het doen van de dividenduitkering van € 1.967.988 Hermax nog slechts over een bedrag van afgerond € 70.000 beschikte om aan de maandelijks pensioenverplichting jegens persoon A, die op dat moment 76 jaar was, te voldoen. De Rechtbank Rotterdam overweegt dat er sprake is van een zekere verplichting die voortduurt totdat persoon A overlijdt en dat niet is gebleken dat het reëel was te veronderstellen dat deze verplichting na drie jaar zou eindigen. Hoewel dit niet in de onderhavige procedure aan de orde komt, rijst de vraag in hoeverre het bestuur bij de inschatting van de omvang van de pensioenverplichting jegens persoon A zich had kunnen verlaten op de statistische levensverwachting van vrouwen in Nederland die volgens het CBS in 2019 83,6 jaar was (zie ook M.C. Hoeba, *RO 2024/37*). Ik meen dat de statistische (objectieve) levensverwachting slechts een indicatie voor het bestuur vormt en dat het bij zijn oordeelsvorming vooral rekening dient te houden

met de omstandigheid dat de daadwerkelijke door persoon A (subjectief) te bereiken leeftijd hoger kan zijn. Ook de rechtbank gaat in zijn dictum uit van een subjectieve levensduur door persoon B te veroordelen tot het betalen van de maandelijks uitkering aan persoon A tot het tijdstip van haar overlijden.

6. Tot slot wijs ik erop dat de Rechtbank Rotterdam op grond van art. 6:105 lid 1 BW de nog niet ingetreden schade bij voorbaat begroot en persoon B veroordeelt om periodiek bedragen te betalen aan persoon A tot haar overlijden. Hierbij moet worden bedacht dat persoon A het risico loopt dat persoon B in de toekomst financieel in slechte doen raakt en niet meer in staat is aan haar betalingsverplichting te voldoen. De vraag rijst of de rechtbank bij de veroordeling van persoon B om periodiek bedragen te betalen aan persoon A ambtshalve gebruik had kunnen maken van de aan haar in art. 6:105 lid 1 BW toegekende discretionaire bevoegdheid om persoon B tot zekerheidstelling te verplichten. Hierover verschillen de meningen. Spier lijkt ervan uit te gaan dat de rechter bij de toepassing van de aan hem in art. 6:105 BW toegekende bevoegdheden niet lijdelijk is: "Wat de overige bevoegdheden (*van art. 6:105 BW waaronder de bevoegdheid het stellen van zekerheid te bevelen, toevoeging HEB*) betreft is niet zonder meer evident of de rechter lijdelijk zou moeten zijn of niet. De wetgever heeft beoogd de rechter ten deze grote vrijheid te laten; hij is niet gebonden aan de vordering of aan eventuele desiderata van gedaagde." Vgl. J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, Mon. Nieuw BW B-36, 1992, nr. 45, p. 81. Bolt stelt, zonder nadere motivering, dat de zekerheidstelling door de schuldeiser moet worden gevorderd: "Ook voor de in art. 6:105 lid 1 geregelde mogelijkheid van zekerheidstelling en de in lid 2 geregelde mogelijkheid van wijziging van een veroordeling tot betaling van een periodieke uitkering geldt dat deze slechts door de rechter zullen worden toegewezen als ze zijn gevorderd." Vgl. A.T. Bolt, in: *GS Schadevergoeding*, commentaar op art. 6:105 BW, A10 Bijzondere procedurele aspecten.

Gelet op de bestaande onzekerheid op dit punt komt het mij raadzaam voor om als schuldeiser bij het instellen van een vordering tot schadevergoeding bestaande uit periodiek door de schuldenaar te betalen bedragen expliciet te vorderen

dat de schuldenaar tot zekerheidstelling wordt verplicht.

Nog beter is het natuurlijk dat de begunstigde van een pensioenregeling niet in de situatie terecht komt waarin hij of zij bij niet-nakoming door de vennootschap een onrechtmatigedaadactie tegen een bestuurder van die vennootschap moet instellen. Indachtig het adagium "voorkomen is beter dan genezen" doet een begunstigde bij het tot stand komen van een pensioenvoorziening er goed aan erop aan te dringen dat deze niet wordt "ondergebracht" in de vennootschap, maar in een pensioenstichting of bij een pensioenverzekeraar. Hiermee wordt de kans verhoogd dat de pensioenbedragen ook daadwerkelijk aan de begunstigde worden uitgekeerd.

prof. mr. H.E. Boschma
hoogleraar Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen.

193

Instelling van gemeenschappelijke ondernemingsraad

Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland zp Zaanstad
15 april 2024, nr. EJ VERZ 24-1,
ECLI:NL:RBNHO:2024:3709
(mr. Jansen)
Noot mr. J. Kloostera

Medezeggenschapsprocedure. Ondernemer heeft in redelijkheid kunnen besluiten om de medezeggenschapsstructuur te wijzigen. De betrokken ondernemingen vertonen samenhang in structuur en management en voeren een gemeenschappelijk financieel, strategisch en sociaal beleid. Voldoende aannemelijk is geworden dat de instelling van een gemeenschappelijke ondernemingsraad (GemOR) bevorderlijk is voor goede toepassing van de WOR en medezeggenschap in de betrokken onderneming(en).

[WOR art. 3 lid 1]

Bij de beoordeling van het besluit van Albert Heijn tot instelling van een GemOR gaat het om de vraag of dat besluit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR en de medezeggenschap. Die vraag moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij spelen met name de volgende omstandigheden een rol.

In ieder geval is van belang of de verschillende ondernemingen een zodanige samenhang vertonen in aard, structuur en management dat instelling van een GemOR gerechtvaardigd is. Daarbij weegt mee of die ondernemingen verwantschap vertonen en een gemeenschappelijk financieel, strategisch en sociaal beleid voeren, en of de feitelijke en juridische zeggenschap in dezelfde handen is.

Ook is van belang dat de medezeggenschapsstructuur zo veel mogelijk moet aansluiten bij de zeggenschapsstructuur ten aanzien van de betrokken ondernemingen. De uitoefening van de medezeggenschapsrechten moet plaatsvinden op