

## University of Groningen

### Case note: Fortis NV (bestuurdersaansprakelijkheid)

Willems, J.H.M.

**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.

*Publication date:*  
2012

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

*Citation for published version (APA):*

Willems, J. H. M., (2012). *Case note: Fortis NV (bestuurdersaansprakelijkheid): JOR 2012/243*, feb 15, 2012. (Jurisprudentie Onderneming & Recht; Vol. 2012, Nr. 9).

#### **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).

#### **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.*

Rechtbank Utrecht

15 februari 2012, rolnr. 274126 / HA ZA 09-2174

(Mr. Steenbergen, mr. Van Rens, mr. Van Driel)

Noot prof. mr. J.H.M. Willems

## **NOOT**

1. Het is een feit van algemene bekendheid: de enquêteprocedure wordt vaak aangewend voor het creëren van een opstapje voor een aansprakelijkheidsprocedure. De onderzoeker onderzoekt de feiten, de Ondernemingskamer velst het oordeel over het beleid en de gang van zaken en als daar aanleiding voor is spreekt zij het oordeel wanbeleid uit en wijst zij degenen, veelal bestuurders en commissarissen, aan die voor het wanbeleid verantwoordelijk zijn. Een enkele keer veroordeelt zij die verantwoordelijken tot betaling van schadevergoeding aan de vennootschap in de vorm van de veroordeling tot betaling van de kosten van het onderzoek, zoals zij onlangs deed in de Landis-beschikking (Ondernemingskamer 15 december 2011, ARO 2012, 9, JOR 2012, 76, noot J.F. Ouwehand). Vandaar recht door naar school en kantoor is wat te kort door de bocht gezegd, want in een daarop volgende aansprakelijkheidsprocedure moet de rechter zelfstandig beoordelen of de aangesproken bestuurder of commissaris aansprakelijk is en mag hij niet één op één het oordeel van de Ondernemingskamer overnemen. Ook staan de in de enquêteprocedure vastgestelde feiten niet vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs, ook al kan gezien het onderzoeksverslag, het daarover gevoerde debat en het oordeel van de Ondernemingskamer, de bestuurder of commissaris in een aansprakelijkheidsprocedure op de voet van artikel 2:9 BW op bewijsrechtelijke achterstand worden gezet doordat hij wordt vermoed zijn taak jegens de vennootschap niet te hebben vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris in de gegeven omstandigheden die taak had behoren te vervullen. Datzelfde geldt indien een derde een bestuurder of commissaris uit hoofde van onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW wenst aan te spreken. Dat alles staat te lezen in de Laurus-beschikking van de Hoge Raad (HR 8 april 2005, ARO 2005, 68, JOR 2005, 119, noot M. Brink, NJ 2006, 443, noot G. van Solinge).

2. Dat de werkelijkheid voor de verantwoordelijke bestuurder of commissaris rauwer is dan de theorie doet vermoeden, en dat het enquêterechtelijke oordeel de deur naar aansprakelijkheid wijd open zet, wordt het best gedemonstreerd door de gevallen waarin een vennootschap, die er belang bij heeft niet publiekelijk te kijk te worden gezet door een rechterlijke diskwalificaties van haar beleid, eieren voor haar geld kiest door na het uitgebracht zijn van het onderzoeksverslag een minnelijke regeling aan te gaan met haar aandeelhouders die beweren dat zij door dat (wan)beleid schade hebben ondervonden. De schikkingen die Unilever en Koninklijke Ahold met haar aandeelhouders troffen, zijn de bekende voorbeelden. Aan R.M. Hermans danken wij in dit verband het begrip inquisitoire enquête (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 72, p. 116 en 117).

3. De eisers in de hier te bespreken zaak hebben zelfs het verschijnen van het onderzoeksverslag in de enquêtezaak betreffende Fortis N.V. (thans Ageas N.V. geheten) niet afgewacht. De dagvaarding is uitgebracht in 2009, terwijl het verslag openbaar is gemaakt bij beschikking van de

Ondernemingskamer van 16 juni 2010. De reden daarvan is niet dat zij niet wisten dat er een verslag zat aan te komen, want het onderzoek is bevolen bij beschikking van de Ondernemingskamer van 24 november 2008. Blijkbaar zijn zij van opvatting geweest dat aansprakelijkheid van de aangesproken functionarissen zo voor de hand lag dat zij het genoemde opstapje niet nodig hadden. De Rechtbank beschikte wel over het verslag, maar zij heeft het niet nodig geoordeeld het oordeel van de Ondernemingskamer, dat nog geen twee maanden na haar vonnis werd geveld, af te wachten. Niettemin heeft zij zich bij de vaststelling van de feiten in deze zaak mede op dat verslag gebaseerd. Dat is niet alleen op diverse plaatsen in onderdeel 2 van het vonnis terug te vinden (bij wijze van voorbeeld zijn de nummers 22, 51 en 109 van dat onderdeel te noemen), de Rechtbank heeft in nummer 2.1 in algemene zin laten weten dat voor het "feitenrelaas" van dat verslag gebruik is gemaakt. En al is dat in slechts beperkte mate het geval geweest, de Rechtbank heeft het verslag ook gebezigd in het onderdeel van het vonnis, waarin haar oordeel over de feiten is te vinden (de nummers 4.20, 4.25, 4.28 en 4.63). Met dit alles is natuurlijk niets mis, maar in het licht van hetgeen hiervoor in 1 en 2 is opgemerkt, is het minst genomen opmerkelijk.

4. "De Fortis-zaak" is uiteraard een aangelegenheid van grote importantie in diverse opzichten. Toch is het goed voorop te stellen dat het vonnis van de Rechtbank Utrecht in die zaak maar een beperkt aantal thema's adresseert en geen schokkende beslissingen inhoudt.

5. Fortis N.V. (hierna veelal Fortis te noemen) was, gelijk haar Belgische tweelingzustersvennootschap Fortis N.V./S.A., als gevolg van haar statuten een vennootschap met een bestuur, waarvan bestuurders deel uitmaakten met en zonder uitvoerende bestuursfuncties en waarin - dus - bestuur en toezicht bij elkaar kwamen. Aan een lid van het bestuur die Chief Executive Officer (CEO) werd genoemd, was de dagelijkse leiding van de onderneming van Fortis toevertrouwd. Hij werd bijgestaan door een Deputy CEO, eveneens lid van het bestuur. De CEO werd in zijn taak bijgestaan door een statutair in het leven geroepen Executive Committee (EC), waarvan de CEO voorzitter was en waarvan personen met directiefuncties, onder wie de CEO's van de verschillende business units, de Chief Risk Officer (CRO), de Chief Operating Officer (COO) en de chief Financial Officer (CFO) deel uitmaakten. De CEO was eindverantwoordelijk voor de werkzaamheden van het EC en had voor zijn functioneren en het geven van leiding verantwoording af te leggen aan het bestuur van Fortis. Het bestuur van Fortis kende voorts een Risk and Capital Committee (RCC), waarvan vier niet-uitvoerende bestuurders deel uitmaakten en wiens vergaderingen plachten te worden bijgewoond door de CEO, de Deputy CEO, de CFO, de CRO en de CEO van Merchant Bank.

6. Aandelen in Fortis N.V. konden alleen worden uitgegeven, genomen, ingetrokken, overgenomen en bezwaard samen met een aandeel in Fortis N.V./S.A. en omgekeerd in de vorm van een 'unit', een aandeel in de beide vennootschappen.

7. Voor een goed begrip is het van belang te onderkennen dat de ook in Nederland in zwang geraakte en hiervoor genoemde Amerikaanse aanduidingen van functionarissen (en de daarbij behorende titelinflatie) niet een op een als vertaling van Nederlandse vennootschapsrechtelijke

begrippen en functies kunnen worden gezien. De Amerikaanse terminologie verwijst naar een functie in de onderneming van de vennootschap en niet naar een vennootschapsrechtelijke functie. Zoals in het Nederlandse recht de bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden ook bestuurder van de vennootschap die de onderneming in stand houdt kan zijn, hoeft hij dat niet te zijn. Op dezelfde wijze kan een CEO bestuurder van de vennootschap zijn, dat hoeft hij niet te zijn. Datzelfde geldt voor CFO's, COO's, CRO's en soortgelijke functionarissen. Indien en voor zover zulke leidinggevende functionarissen bestuurlijke bevoegdheden hebben, zijn zij of bestuurder of gemandateerd door het bestuur, in welk laatste geval zij zich ten hoogste directeur kunnen noemen, een aanduiding zonder vennootschapsrechtelijke inhoud.

8. Van de drie naast Fortis gedaagde natuurlijke personen waren Lippens (tot september 2008) en Votron (tot 11 juli 2008) bestuurder van Fortis, de eerstgenoemde als bestuursvoorzitter zonder uitvoerende taak, de laatste als uitvoerend bestuurder en tevens CEO. Mittler, tot 1 januari 2008 CFO en daarna Chief Finance Risk en General Counsel, had geen bestuursfunctie. In de onderhavige zaak gaat het aldus om slechts twee vorderingen op basis van bestuurdersaansprakelijkheid, hoewel het ten aanzien van alle vier gedaagden een - gestelde - onrechtmatige daad betreft. Verder moet niet uit het oog worden verloren dat het wat de eventuele bestuurdersaansprakelijkheid betreft, in deze zaak niet gaat om de bestuurdersaansprakelijkheid in een - wettelijke - *one tier board* structuur. Hoewel zij er staat aan te komen, kent het Nederlandse recht die wettelijke structuur met het daarbij behorende bestuurdersaansprakelijkheid regime niet, terwijl het bovendien niet gaat om toepassing van - al of niet gewijzigd - artikel 2:9 BW in dat verband. De eisers vorderen een verklaring voor recht dat de gedaagden onrechtmatig hebben gehandeld en aansprakelijk zijn voor de door hen daardoor geleden en te lijden schade. De gestelde schade is hun schade als, kort gezegd, beleggers in aandelen Fortis. Uiteindelijk zijn in deze zaak dus, ook wat de bestuurders betreft, slechts vragen van klassiek commuun privaatrechtelijk wettelijk aansprakelijkheidsrecht aan de orde. Gedaagden wordt handelen in strijd met de wet verweten, een categorie die ook reeds voor 1919 tot schadevergoeding kon verplichten. De beslissing van de Rechtbank is zo beschouwd een van de vele en niet uitzonderlijk. Een enkele kanttekening ter nadere toelichting volstaat daarom.

9. Samengevat houdt het verwijt van eisers in (nummer 3.2 van het vonnis) dat Fortis in 2008 tot september van dat jaar (de uitbreiding van de eis eerst bij pleidooi tot ook 2007 heeft de Rechtbank strijdig met een goede procesorde geacht; in hoger beroep zou dienaangaande anders kunnen worden geoordeeld) na de overname van ABN AMRO Holding N.V. en de (financiële) gevolgen daarvan voor haar, in publieke mededelingen en in de financiële verslaggeving onjuiste informatie heeft verschaft inzake haar financiële toestand en heeft nagelaten koersgevoelige informatie bekend te maken. De in artikel 6:162 BW bedoelde onrechtmatigheid daarvan hebben zij gebaseerd op de normen die voortvloeien uit de artikelen 2:8, 2:9, 2:139 en 2:151 en 6:194 BW en 5:58 lid 1 aanhef en onder d (oud) en 5:59 (oud) Wet op het financieel toezicht (Wft). Deze waaier aan wettelijke bepalingen hebben eisers zonder twijfel in stelling gebracht om zowel hun stelling dat naast Fortis de gedaagde natuurlijke personen aansprakelijk zijn als dat zij dat hoofdelijk zijn, van grondslag te

voorzien.

10. Als belangrijkste onderdeel van het verwijt ziet de Rechtbank het beroep op de bepalingen van de Wft, onderscheidenlijk het verbod van marktmanipulatie en de verplichting tot openbaarmaking van koersgevoelige informatie (thans neergelegd in artikel 5:25i Wft) inhoudende. Haar beslissing dat die bepalingen zich - in ieder geval - richten tot Fortis als uitgevende instelling, spreekt voor zich. Hetzelfde geldt voor haar beslissing dat het eerstgenoemde verbod zich tot eenieder richt, het laatstgenoemde daarentegen slechts tot de uitgevende instelling. Dat heeft uiteraard gevolgen voor de beoordeling van de vordering voor zover zij zich richt tegen Lippens, Votron en Mittler. Het beroep op de artikelen 2:139 en 6:194 BW heeft de Rechtbank op onvoldoende substantie van de stellingen dienaangaande kort afgedaan. De thema's schade, causaliteit en hoofdelijkheid heeft zij al net zo kort verwezen naar de schadestaatprocedure. Aldus blijven naar de kern genomen naast de sterk feitelijke vraag of door of namens Fortis onjuiste informatie is verspreid dan wel voor de aandelenkoers relevante informatie niet op tijd is meegedeeld, en of in geval van bevestigende beantwoording daarvan Fortis onrechtmatig heeft gehandeld, de vragen over of de gedaagde natuurlijke personen daarin een aandeel hebben gehad en zo ja in welke hoedanigheid en welke maatstaven gelden voor persoonlijke aansprakelijkheid, *if any*, deswege.

11. Wat de (onjuiste) informatie aan de markt betreft was vooral van belang dat Fortis aan bepaalde solvabiliteitseisen moest voldoen in verband met de integratie in 2009 van "haar deel" van ABN AMRO (de zogenaamde "*look through*" solvabiliteit), en dat daarbij de opbrengst van bedrijfsonderdelen die zij op last van de Europese Commissie van de hand moest doen een belangrijke rol speelde. In dat verband had Fortis aan de markt laten weten dat maatregelen met het oog op de actuele en toekomstige solvabiliteit niet zouden leiden tot verwatering van de aandeelhouders en dat in het dividendbeleid geen wijziging zou worden aangebracht. De Rechtbank heeft omstandig uitgelegd (en samengevat in nummer 4.31) welke factoren er de oorzaak van waren dat op enig moment gaten in de benodigde solvabiliteit werden geslagen en een koerswijziging noodzakelijk werd. Op basis van de door haar vastgestelde feiten kwam de Rechtbank tot het oordeel dat Fortis per 20 mei 2008 wist of had moeten weten dat het met haar *look through* solvabiliteitspositie niet meer in orde was, waarbij als belangrijke factor gold het zo goed als zeker tegenvallende resultaat van de - gedwongen - verkoop van bedrijfsonderdelen aan Deutsche Bank A.G. Dat laatste is overigens niet zo merkwaardig als een koper bekend is met de "noodtoestand" van de verkoper maar roept wel weer eens de vraag op naar de zorgvuldigheid van het optreden van marktmeesters, die misschien dan wel succesvol concentraties tegengaan maar zich niet veel lijken aan te trekken van de mogelijke schadelijke gevolgen daarvan.

12. In het licht van haar feitelijke vaststellingen is het niet vreemd dat de Rechtbank (in nummer 4.34) de - namens Fortis gedane - uitlatingen van Mittler en Votron op de Investor Day (22 mei 2008), van Votron in een voordracht (5 juni 2008) en in persberichten van Fortis (22 en 23 mei 2008) dat Fortis, ook wat haar solvabiliteitsdoelstellingen betrof, geheel op de uitgezette koers lag, onder het kopje "onjuiste en misleidende uitlatingen", vriendelijk kwalificeert als "niet te stroken met de werkelijkheid" en dat de aankondiging van Fortis op 26 juni 2008 dat zij was genoopt tot

het uitgeven van verwaterende aandelen en niet uitkeren van dividend, voor de aandeelhouders als een donderslag bij heldere hemel kwam. Van de gevolgtrekking door de Rechtbank (in nummer 4.39) dat aldus door Fortis in strijd was gehandeld met artikel 5:58 lid 1 aanhef en onder d (oud) Wft, en daarmee onrechtmatig, kan dat laatste niet worden gezegd.

13. De (in nummer 4.48 samengevat weergegeven) beslissing inzake het niet verstrekt hebben door Fortis van koersgevoelige informatie en het daarmee gehandeld zijn in strijd met artikel 5:59 (oud) Wft, ligt rechtstreeks in het verlengde van het voorafgaande. De Rechtbank verwijt Fortis niet uiterlijk op 22 mei 2008 tijdens de Investment Day, in plaats van eerst op 26 juni 2008, informatie te hebben verstrekt over de (tegenvallende) stand van zaken met betrekking tot de verkoop van bedrijfsonderdelen. De Rechtbank kwam tot de feitelijke - en mij dunkt niet onbegrijpelijke - vaststelling (in nummer 4.20) dat Fortis op 20 mei 2008 wist of had moeten weten dat, hoezeer een overeenkomst nog niet was gesloten en - in theorie - met anderen kon worden onderhandeld, een betere verkoop van die bedrijfsonderdelen dan op basis van het, door Fortis als *"not favourable to us"* gekenschetste door Deutsche Bank A.G. uitgebrachte *take it or leave it offer*, niet kon worden gerealiseerd. Dat bod lag € 0,3 miljard onder de nettovermogenswaarde van de bedrijfsonderdelen, terwijl Fortis bovendien een garantie moest verstrekken voor eventueel in de toekomst te lijden verliezen op de tot het verkochte object behorende financiële producten voor een bedrag van € 10 miljard. Voor haar oordeel dat dit gegeven koersgevoelig was, de solvabiliteitsdoelstellingen ondermijnde en had moeten worden meegedeeld aan de markt, kon de Rechtbank bovendien overvloedig putten uit raadgevingen van *compliance officers* van Fortis, welke heren blijkbaar door de leiding van Fortis niet erg serieus werden genomen. Zo had de General Counsel Quaetaert op 7 juni 2008 aan Mittler laten weten (nummer 2.84) dat *"(f)rom a legal and compliance point of view, you cannot wait until August 4, to announce a deal, which is virtually being made these days, and of which the main terms and conditions have been known for weeks now. (...) Consciously and artificially waiting until August 4, is misleading the public/the market and not disclosing price sensitive information, which is known by tens of persons within Fortis (...). I dare to draw your attention to the responsibility you and the Board would incur in this respect"*. Zo mogelijk in nog sterkere bewoordingen had Goris, werkzaam bij Fortis Legal, reeds op 9 mei 2008 aan het Executive Risk and Capital Committee laten weten (nummer 2.56) dat *"... we will have a hard case claiming that we did not know already something today. This could expose Fortis and the persons participating in the call of allegations of deliberately misrepresenting the facts (exposing all concerned to civil and criminal sanctions, not at least in the US)"*.

14. Met betrekking tot de persoonlijke aansprakelijkheid van Lippens, Votron en Mittler stelt de Rechtbank, mede gezien het processuele debat, mij dunkt terecht voorop dat de beoordeling daarvan beperkt is tot de feiten en gedragingen en de (gelimiteerde) periode waaromtrent onrechtmatig handelen van Fortis door haar is vastgesteld. Ook hier gaat het dus om een beperkte vraagstelling. De Rechtbank schetst eerst (in de nummers 4.49-4.56) het juridische beoordelingskader in het algemeen en herhaalt het onderscheid tussen de rechtstreekse eigen

aansprakelijkheid voor misleidende mededelingen als bedoeld in artikel 5:58 lid 1 aanhef en onder d (oud) Wft en de "afgeleide" aansprakelijkheid voor het niet tijdig openbaar maken van koersgevoelige informatie door Fortis als bedoeld in artikel 5:59 (oud) Wft. Ik vind die algemene uiteenzettingen van de Rechtbank enigszins slordig. Met betrekking tot artikel 5:59 (oud) Wft omschrijft zij (in nummer 4.49) het, aan de doorwerking van artikel 2:9 BW in delictuele verhoudingen te danken criterium dat van ernstig verwijt sprake moet zijn wil een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden. Zij laat daar echter achterwege het aansprakelijkheids criterium van artikel 5:58 lid 1 aanhef en onder d (oud) Wft te omschrijven en wekt - daardoor - de indruk dat in beide gevallen hetzelfde criterium geldt. Dat lijkt mij overigens niet juist. Zij laat in dat verband verder onbesproken of wat artikel 5:59 (oud) Wft betreft, onderscheid valt te maken tussen bestuurders en andere functionarissen, nu zij Lippens, Votron en Mittler in een adem noemt. Overigens dunkt mij dat voor een vennootschapsfunctionaris die geen bestuurder is, voor de "afgeleide" aansprakelijkheid van artikel 6:162 BW geen lichter criterium zou dienen te gelden dan voor een bestuurder. De Rechtbank stelt verder (in nummer 4.51) de vraag "of Lippens, Votron en Mittler formeel of feitelijk bestuurder waren". Dat is ietwat merkwaardig omdat - zoals hiervoor in 8 is vermeld - over de vraag wie formeel bestuurder waren geen onduidelijkheid bestond, terwijl de Rechtbank niet duidelijk maakt in welk perspectief de hoogstens ten aanzien van Mittler te stellen vraag of hij feitelijk bestuurder was van belang is. De Rechtbank lijkt Mittler rechtstreeks onder de norm van artikel 2:9 BW te scharen, maar dat spreekt niet voor zich. Het begrip feitelijk bestuurder, synoniem voor de medebeleidsbepaler die op dezelfde voet als de - formele - bestuurder aansprakelijk is, is aan te treffen in lid 7 van de artikelen 2:138 en 2:248 BW. Of dat begrip ook buiten die bepalingen toepassing vindt, behoeft motivering. In ieder geval heeft de Hoge Raad (HR 28 april 2000, NJ 2000, 411, JOR 2000, 128) van toepassing van dit begrip in artikel 2:11 BW niet willen weten. Overigens maakt het in de onderhavige zaak niet uit omdat de Rechtbank, nadat zij (in nummer 4.56) het gangbare criterium (Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009. nr. 465) had uiteengezet, tot de slotsom komt (in nummer 4.73) dat Mittler niet als feitelijk bestuurder kan worden aangemerkt, zodat wat hem betreft "afgeleide" aansprakelijkheid niet aan de orde is. Na de algemene uiteenzetting betreffende de normen inzake bestuurdersaansprakelijkheid, laat de Rechtbank (in nummer 4.53) een aparte overweging volgen over die normen in het algemeen in geval van een *one tier board*. Dat is in die zin merkwaardig dat, zoals hiervoor in 8 vermeld, naar staand recht dat geen aparte categorie is en de te beoordelen casus naar dat recht dient te worden beoordeeld. De Rechtbank lijkt aan te willen sluiten bij de komende wettelijke regeling van de *one tier board* in de Wet bestuur en toezicht. In ieder geval zijn in haar overweging geen formuleringen terug te vinden van de huidige regeling, die geen wettelijk onderscheid kent in de soort bestuurders en die uitgaat van collectieve aansprakelijkheid met individuele disculpatiemogelijkheid. En ook hier is niet zonder meer duidelijk of die uiteenzetting betrekking heeft op het huidige of het toekomstige artikel 2:9 BW (welke bepaling rechtstreeks in ieder geval niet aan de orde is) dan wel - ook, al of niet bij wijze van doorwerking - op de aansprakelijkheid op de voet van artikel 6:162 BW.

15. Wat de aansprakelijkheid van ieder van de drie gedaagde natuurlijke personen betreft ligt de beslissing (in nummer 4.68) dat Votron rechtstreeks aansprakelijk is voor de door hem gedane, hiervoor in 12 vermelde misleidende mededelingen, voor de hand. Hoewel de Rechtbank dat niet met zoveel woorden zegt, lijkt zij overigens het commune schuldcriterium van artikel 6:162 BW aan te leggen, hetgeen mij juist voorkomt. Gelet op haar feitelijke vaststellingen, is haar beslissing dat Votron voorts een ernstig verwijt treft ter zake van de eerder vermelde uitlatingen van Mittler, (de inhoud van) de eerder genoemde persberichten en het niet aanstonds openbaar maken van de genoemde koersgevoelige informatie, ook niet verrassend. Evenmin is, gelet op haar feitelijke - en geenszins onbegrijpelijke - vaststellingen, opmerkelijk dat de Rechtbank Mittler aansprakelijk heeft gehouden voor zijn eigen misleidende mededelingen inzake de solvabiliteit van Fortis en ook hier geldt dat ervan kan worden uitgegaan dat de Rechtbank het genoemde criterium van artikel 6:162 BW heeft toegepast.

16. De meest opmerkelijke is uiteraard de beslissing dat Lippens niet persoonlijk aansprakelijk is. Heel kort samengevat is die beslissing gebaseerd op de vaststellingen dat Lippens niet was betrokken bij de dagelijkse gang van zaken, dat zijn feitelijke werkzaamheden in hoofdzaak inhielden het houden van toezicht op Votron en dat hij van de in deze zaak relevante feiten en omstandigheden die de grondslag vormen voor de aansprakelijkheid van Fortis en van Votron en Mittler, afhankelijk als hij als niet uitvoerend bestuurder (blijkbaar op grote afstand, voeg ik eraan toe) was van informatie van anderen, eerst op de hoogte raakte nadat die zich al hadden voorgedaan. Bij die, relatief summier toegelichte overwegingen valt wel een enkele opmerking te maken. De eerste is de vraag of de aangelegenheden waar het hier om gaat, uitvloeisel van de grootste overname in de bancaire wereld ooit en van de problemen die zich in steeds toenemende mate gingen voordoen om die overname tot een goed eind te brengen, zijn te rangschikken onder "de dagelijkse gang van zaken" waarvan een bestuursvoorzitter, ook die van een *one tier board*, afstand kan en mag houden. Dat Lippens zich in feite op - grote - afstand bevond, is trouwens ook niet het beeld dat destijds bestond. Hij was immers regelmatig in beeld, niet alleen figuurlijk. Wat "houden van toezicht op Votron" inhoudt, licht de Rechtbank verder niet toe. En wat de genoemde informatieachterstand in de door de Rechtbank als relevant geachte periode betreft, vermeldt de Rechtbank (in nummer 4.59) dat hij in ieder geval op 6 juni 2008 ermee bekend werd dat sprake was van ernstige problemen inzake de - *look through* - solvabiliteit van Fortis. Het is bovendien de vraag of Lippens niet zou behoren tot de hiervoor in 13 genoemde "*tens of persons within Fortis*" die zich moesten realiseren dat de verkoop van bedrijfsonderdelen zeker niet zou opleveren wat ervan werd verwacht en wat nodig was om de ingezette koers te kunnen blijven vervolgen. De Rechtbank maakt ook niet echt duidelijk (in nummer 4.61) waarom Lippens niet zou kunnen beoordelen of een - beter - alternatief bestond voor het bod van Deutsche Bank A.G. En de - op zichzelf uiteraard niet tegen te spreken - overweging van de Rechtbank (in nummer 4.60) dat op 6 juni 2008 de onrechtmatige mededelingen al waren gedaan en dus door Lippens niet meer konden worden tegengehouden, laat onverlet de vraag of hij dan niet aanstonds had dienen te bewerkstelligen dat die mededelingen zouden worden rechtgezet. Wat het bijstellen van het



dividendbeleid en het uitgeven van verwaterende aandelen betreft, overweegt de Rechtbank (in nummer 4.63) dat voor haar niet valt te beoordelen of uitstel van bekendmaking van de dienaangaande in het bestuur van Fortis op 18 en 19 juni 2008 genomen besluiten al of niet aanvaardbaar was, hetgeen tot het *in dubio abstine*-oordeel leidde. De vraag is interessant, mede gezien hetgeen hiervoor in 1 is opgemerkt, hoe de Rechtbank daaromtrent zou hebben geoordeeld indien zij bekend zou zijn geweest met het oordeel van de Ondernemingskamer dienaangaande (in rechtsoverweging 6.112 van haar eerder genoemde beschikking van 5 april 2012) dat dit uitstel als wanbeleid van Fortis heeft te gelden. Kortom, het laat zich aanzien dat over het hier besproken oordeel van de Rechtbank in hoger beroep nog wel het nodige zal zijn te doen.

17. Ten slotte, wat het allemaal gaat betekenen is nog zeer de vraag. En dan bedoel ik niet (alleen) of het Hof in hoger beroep tot hetzelfde oordeel komt als de Rechtbank en dat instellen van beroep in cassatie hoe dan ook op voorhand voor de hand lijkt te liggen. Want de moeizame discussie wie nu wel precies welke schade heeft geleden door welke oorzaak en wie nu wel of niet met welke oorzaak in verband valt te brengen, moet nog geheel worden gevoerd. En als het dan al komt tot een in euro's luidend veroordelend definitief dictum, kan ook de vraag welke kip nog op gouden (verzekerings)eieren broedt, en welke als kaal heeft te gelden nog interessant worden. Kortom, het vonnis van de Rechtbank te Utrecht is slechts stap één in een lange reis. Maar de Chinezen weten dat ook een reis van 1000 mijlen begint met de eerste voetstap.

Huub Willems