

3.39. De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partij- en de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

#### 4. De beslissing

Het hof:

4.1. vernietigt de beschikking van 17 maart 2022 van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen, maar slechts voor zover daarin de toekenning van een billijke vergoeding is afgewezen;

4.2. veroordeelt Svedex om aan [appellant] te voldoen een bedrag van € 20.000 bruto, onder overlegging binnen een maand na de datum van deze uitspraak van een deugdelijke bruto-netto specificatie, bij gebreke waarvan Svedex aan [appellant] verschuldigd is een dwangsom ad € 25 voor elke dag of deel daarvan, dat Svedex te laat is met het overleggen van de deugdelijke bruto-netto specificatie, met een maximum van € 750;

4.3. veroordeelt Svedex tot betaling van de volgende proceskosten van [appellant] in hoger beroep:

€ 343 aan griffierecht

€ 2.228 aan salaris van de advocaat van [appellant] (2 procespunten x hogerberoepstarief € 1.114)

€ 163 aan nakosten (kosten die ontstaan na deze uitspraak);

4.4. veroordeelt Svedex tot betaling van € 85,- aan extra nakosten als de kosten niet binnen 14 dagen nadat de deurwaarder deze uitspraak heeft betekend aan [appellant] zijn betaald. Als daarna niet is betaald, dan worden die kosten verder verhoogd met de wettelijke rente;

4.5. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

4.6. wijst af wat verder is verzocht.

## 52

### Bestuurder persoonlijk aansprakelijk voor opgelegde boete wegens kartelafspraken

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp  
Leeuwarden

6 december 2022, nr. 200.284.936/01,  
ECLI:NL:GHARL:2022:10497

(mr. Zandbergen, mr. Aksu, mr. Van Hees)  
Noot mr. drs. A.M. Helstone

### Bestuurdersaansprakelijkheid. Kartelafspraken. Schadevergoeding.

[BW art. 2:9; VWEU art. 101]

*De werknemer is als statutair bestuurder verbonden aan de werkgever, het Heiploegconcern; van 1996-2004 van Heiploeg Beheer en van 2000-2004 van HSI Holding. De werkgever handelt in noordzeegarnalen en overige zeevruchtproducten. De werkgever heeft tezamen met één specifieke concurrent 75-85% van de markt in handen. In maart 2009 start de Europese Commissie een onderzoek naar de werkgever vanwege het overtreden van de mededingingsregels. Dit resulteert in een besluit van 27 november 2013 tot oplegging van een boete van ruim € 27 miljoen aan Heiploeg Beheer en een boete van ruim € 12,8 miljoen aan Heiploeg Holding. Het Heiploegconcern gaat vervolgens in 2014 failliet, waarna de curatoren de werknemer aansprakelijk stellen voor de schade als gevolg van de opgelegde boete wegens onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW. De curatoren leggen aan deze aansprakelijkheid ten grondslag dat het de werknemer was die bewust de mededingingsregels overtrad door prijsafspraken met de enige grote concurrent te maken. De kantonrechter veroordeelt in eerste aanleg de werknemer tot betaling van ruim € 13 miljoen wegens onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW. Tegen dit oordeel komen zowel de werknemer als de curatoren in hoger beroep.*

*Het hof oordeelt dat het maken van prijsafspraken die met sancties zijn bedreigd valt onder ernstig verwijtbaar handelen en daarmee onder onbehoorlijke taakvervulling als bestuurder als bedoeld in art. 2:9 BW. De curatoren hebben na het*

*faillissement een regresvordering op de werknemer. Anders dan de werknemer betoogt, betekent deze regresvordering niet dat geen nuttig en doelmatig effect van art. 101 VWEU uitgaat, nu dit immers de boetelast van de werkgever jegens de Europese Commissie niet vermindert. Het belang van de schuldeisers brengt met zich dat de curatoren namens de failliete vennootschap de door de werknemer als bestuurder veroorzaakte schade door het maken van onrechtmatige prijsafspraken kunnen verhalen. Of het faillissement door de opgelegde boete is veroorzaakt is hierbij niet relevant, omdat de curatoren de vordering namens de vennootschap indienen en de vennootschap op grond van art. 2:9 BW een vordering op de werknemer heeft, ongeacht of er causaliteit met het faillissement bestaat. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter, met dien verstande dat in een schadestaatprocedure de daadwerkelijke omvang van de schade moet worden vastgesteld.*

*NB. Hoewel het oordeel dat het maken van kartelafspraken leidt tot onbehoorlijke taakvervulling wellicht niet onlogisch lijkt, kunnen wel vraagtekens worden geplaatst bij de effectiviteit van het mededingingsrecht indien het bedrijf dat jarenlang heeft geprofiteerd van de kartelafspraken, de schade hiervan kan verleggen naar de bestuurder. Uiteindelijk heeft het bedrijf immers voordeel genoten en is het juist dat voordeel dat volgens het Hof van Justitie moet worden gecompenseerd door de opgelegde boete (HvJ EU 20 september 2001, ECLI:EU:C:2001:465).*

[Appellant] te [woonplaats1],  
appellant,  
bij de rechtbank: gedaagde in conventie en eiser in reconventie,  
hierna: [appellant],  
advocaat: mr. P.P.R. Hoekstra, die kantoor houdt te Groningen,  
tegen

1. [geïntimeerde1] q.q. te [vestigingsplaats1],  
2. [geïntimeerde2] q.q. te [vestigingsplaats1],  
in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van besloten vennootschappen Heiploeg Beheer B.V., Heiploeg B.V., Goldfish B.V., alle voorheen gevestigd te [vestigingsplaats2] aan de [adres],  
geïntimeerden,

bij de rechtbank: eisers in conventie en verweerders in reconventie,  
hierna gezamenlijk te noemen: de curatoren,  
advocaat: mr. T. van Dijken, die kantoor houdt te Groningen.

1. *Het verdere verloop van de procedure bij het hof (...; red.)*

2. *De kern van de zaak*

De curatoren houden [appellant] aansprakelijk voor schade die twee concernvennootschappen hebben geleden als gevolg van een boete die is opgelegd wegens het maken van verboden kartelafspraken bij de handel in noordzeegarnalen. [appellant] was bestuurder van deze vennootschappen, die inmiddels zijn gefailleerd. De te beantwoorden vraag is in essentie of hem van de verboden gedragingen een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit geschil heeft de volgende achtergrond.

3. *De feiten*

3.1. Op 28 januari 2014 zijn de curatoren in die hoedanigheid benoemd in de faillissementen van de volgende besloten vennootschappen

Heiploeg Holding  
Heiploeg Beheer  
Heiploeg  
Goldfish  
Heiboer  
Heitrans  
Heiploeg Seafood  
Noord Zuid Beheer

3.2. Deze vennootschappen vormden met Heiploeg Shelfish International B.V. (HSI) en andere vennootschappen het zogenoemde Heiploegconcern (het concern). [appellant] is binnen dit concern bestuurder en aandeelhouder geweest.

3.3. Tot 6 september 2000 was HSI de topholding van het concern. Deze holding was volledig eigenaar van Heiploeg Beheer en van alle dochterondernemingen daarvan. Vanaf 6 september 2000 werden alle aandelen in HSI overgenomen door HSI Holding (N.V.). HSI werd een dochteronderneming van Heiploeg Beheer. De eigendom van deze laatste vennootschap werd op 3 februari 2006 door HSI Holding overgedragen aan Heiploeg Holding. Zodoende werd Heiploeg Holding volledig eigenaar van Heiploeg Beheer en al haar dochterondernemingen.

3.4. Vanaf 1 februari 1996 tot 2 augustus 2004 was [appellant] bestuurder van Heiploeg Beheer. Ook was hij (indirect) bestuurder van Heiploeg (1.2.1996-2.8.2004) en HSI Holding (5.9.2000-2.10.2004). Naast [appellant] als bestuurder zijn er ook anderen bestuurder en gevolmachtigde geweest binnen het concern.

3.5. Het concern handelde in noordzeegarnalen en andere zeevruchtproducten en leverde haar producten aan de detailhandel, supermarkten, groot- en kleinhandelaars in zeevruchtproducten en de levensmiddelenindustrie. Deze producten werden met name geleverd in Nederland, België, Duitsland, Denemarken en Frankrijk.

3.6. Tussen 2000 en 2009 waren het concern en haar grootste concurrent, het [naam1]-concern], de twee grootste handelaars in noordzeegarnalen op de markt, met een gezamenlijk geschat marktaandeel van 75 tot 85 procent. Het concern was oorspronkelijk de enige handelaar die in verschillende lidstaten van de EU aanzienlijke hoeveelheden noordzeegarnalen inkocht, maar dit veranderde toen [naam1] in 1999 een Duitse visserijcoöperatie overnam en hiermee directe toegang tot contractvisserij in Duitsland en Denemarken kreeg.

3.7. Op 14 januari 2003 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), aan Heiploeg en Goldfish geldboetes van respectievelijk (afgerond) € 5 miljoen en € 1 miljoen opgelegd, onder meer wegens overtreding van minimumprijzen en vangstbeperkingen in de periode tussen 1 januari 1998 en 30 januari 2000. Na het doorlopen van een bezwaarprocedure daartegen en een daarop volgend beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, zijn de aan Heiploeg opgelegde geldboetes verminderd.<sup>1</sup>

3.8. Op 13 januari 2009 heeft [naam1] de Europese Commissie geïnformeerd over een geheim kartel in de noordzeegarnalenindustrie en zijn intentie kenbaar gemaakt om een aanvraag in te dienen voor immuniteit tegen geldboetes op basis van de zogenoemde clementieregeling. Op 26 januari 2009 heeft [naam1] daadwerkelijk een immuniteitsverzoek bij de Europese Commissie in-

gediend. Op 17 maart 2009 heeft de Europese Commissie [naam1] immuniteit tegen geldboetes verleend.

3.9. In maart 2009 is de Europese Commissie een onderzoek gestart naar de vraag of Heiploeg, [naam1] en een aantal andere ondernemingen overeenkomsten hebben gesloten en onderling feitelijke gedragingen hebben afgestemd die ertoe strekken of als gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt.<sup>2</sup> Dit onderzoek heeft ertoe geleid dat de Europese Commissie op 27 november 2013 boetes van in totaal € 27.082.000,00 gezamenlijk en hoofdelijk heeft opgelegd aan Heiploeg Beheer, Heiploeg en Goldfish. Daarnaast is ook een boete ten bedrage van € 12.820.000,00 opgelegd aan Heiploeg Holding. Het besluit is op 8 september 2016 door het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Unie bekrachtigd. Tegen dat arrest is geen hoger beroep ingesteld.

3.10. In het besluit staat onder meer het volgende:

#### 1. INLEIDING

(1) Dit besluit heeft betrekking op een enkele, voortdurende en complexe inbreuk op artikel 101 (...) VWEU. De inbreuk die duurde van juni 2000 tot januari 2009 bestond uit prijsafspraken, marktverdeling en uitwisseling van gevoelige commerciële informatie tussen leveranciers van noordzeegarnalen, waardoor het handelsverkeer in de (...) [EU] ongunstig werd beïnvloed.

(...)

(3) De betrokken ondernemingen, en met name Heiploeg en [naam1], hadden langlopende en frequente contacten waar ze hun handel bespraken, inclusief de prijzen die aan leveranciers moesten worden betaald, de prijzen die aan de afnemer moesten worden berekend en de toewijzing van afnemers. Door de gesprekken en de samenwerking is de mededinging belemmerd.

(...)

#### 4. BESCHRIJVING VAN DE GEBEURTENISSEN

4.1. Organisatorische basisbeginselen van het kartel

(40) De sector van de noordzeegarnalen wordt gekenmerkt door langlopende zakelijke en persoonlijke relaties met frequente bilaterale contacten, meestal persoonlijk of over de telefoon. De algemeen directeur van [naam1] verklaarde:

“Ik heb 20 jaar lang iedere avond, en dat meen ik letterlijk, [appellant] van Heiploeg aan de telefoon

1 Een beschikking op basis van de Nederlandse Mededingingswet en van artikel 81 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (thans artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, VWEU).

2 Overtreding van artikel 101 VWEU.

gehad. Dat eindigde bij zijn vertrek bij Heiploeg. De gesprekken met Heiploeg en andere concurrenten werden overigens wel voortgezet. (...) De gesprekken met [appellant] duurden destijds regelmatig meer dan een uur. Iedere avond wisselden wij informatie uit”.

(41) Het in dit besluit beschreven kartel opereerde voornamelijk via bilaterale contacten. Verschillende vertegenwoordigers van Heiploeg en [naam1] spraken elkaar regelmatig, soms wekelijks, telefonisch of direct in vergaderingen.

(...)

(68) Alle aspecten van de markt konden worden besproken in deze bilaterale contacten. Voor een goede weergave zijn de gebeurtenissen echter afzonderlijk weergegeven in dit besluit, voor 1) afstemming van verkoopprijzen, 2), marktverdeling en toewijzing van afnemers, 3) afstemming van inkooprijzen en 4) gedrag ten opzichte van andere handelaars (...).

(69) In een hotel in Wieringerwerf vond op 21 juni 2000 een bijeenkomst plaats tussen het management van Heiploeg en [naam1]. [Hof: in voetnoot 127:] De deelnemers namens Heiploeg waren [appellant], [naam2], [naam3] en [naam4].

(...)

(73) Het doel van de bijeenkomst was “de toekomst in en het verleden te laten rusten”. Heiploeg en [naam1] kwamen een prijsverhoging overeen voor referentieafnemer Aldi, die ook van toepassing was op andere verkopen van gepelde noordzeegarnalen. De notitie luidt als volgt: “Aldi – Een prijsverhoging van nlg 3,- – Dit geldt overigens voor alle hollandse gepelde garnalen.” Daarnaast kwamen Heiploeg en [naam1] een prijs overeen voor industrieel afnemer [naam5] in Nederland, die door beide ondernemingen werd beleverd, bespraken contracten met vissers van noordzeegarnalen en bespraken de supermarkten Lidl, Colruyt en Cora.

(74) Na 21 juni 2000 bleven Heiploeg en [naam1] de prijzen van de aan Aldi verkochte noordzeegarnalen op deze wijze coördineren. [naam1] verwees naar een geschat aantal van 40 afspraken. Heiploeg en [naam1] hadden regelmatig contact of kwamen regelmatig bijeen om een brede verscheidenheid aan marktgerelateerde zaken te bespreken, van de inkoop van ‘upstream’ producten tot de ‘downstream’ verkoopprijzen. Bij deze ontmoetingen werd Heiploeg regelmatig vertegenwoordigd door de algemeen directeuren [appellant] en [naam6], de inkoop- en logistiek manager [naam2],

verkoopmedewerker [naam4] en directeur [naam7] van dochteronderneming Goldfish.

(...)

(78) Zoals blijkt uit een intern bericht dat de algemeen directeur van Heiploeg, [appellant], op 26 januari 2001 aan de directeur van dochteronderneming Goldfish [[naam7]] zond, volgde het topmanagement de uitvoering van de op de bijeenkomsten tussen Heiploeg en [naam1] overeengekomen prijzen op. In dit document, waar Heiploeg geen verklaring voor heeft, wordt aangegeven dat Heiploeg en [naam1] eerder op een bijeenkomst in Harlingen een minimumprijs voor noordzeegarnalen waren overeengekomen:

Heiploeg [[appellant]]: “Je neefje [[naam8]] heeft ons weer eens een streek gelapt. [naam4] heeft hierover al met [naam9] [[naam9]] gesproken en die denkt dat dit aan hun aandacht is ontsnapt. [naam4] kwam nl. die prijzen ook tegen, terwijl wij duidelijk in Harlingen hebben afgesproken dat de minimumprijs hfl 17,50 zou zijn. (Ij was daar ook bij).”

(79) Deze verklaring leert ook dat de situatie tussen Heiploeg en [naam1] gespannen was in 2001. [naam1] had de markt in Duitsland betreden en had ook Aldi in België als afnemer binnen gehaald. De directeur van [naam1] [[naam8]] verklaarde in dit verband:

“Ongeveer drie maanden nadat Aldi België was binnengehaald was ik aan het winkelen met mijn vrouw in het noorden van Friesland. Ik werd gebeld door [appellant] dat de prijzen aan alle afnemers omhoog moesten. Wij “moesten verder”. Dit betekende een einde aan de “oorlogssituatie”. Vanaf dat moment gingen de prijzen weer omhoog.”

(80) Dat wordt ook bevestigd door andere managers van [naam1]. De exportmanager [[naam9]] verklaarde dat:

“(…) Heiploeg heeft echter moeten accepteren dat we bij Aldi België binnen waren en sindsdien heb ik regelmatig met mensen van Heiploeg ([appellant] tot 2004, [naam6] en soms ook [naam4]) contact gehad over de prijzen die we aan Aldi België zouden bieden.”

(...)

(82) Twee dagen voor haar offerte in te dienen, besprak [naam1] met Heiploeg de prijs die de drie aanbieders van Aldi België zouden bieden. Hiertoe nam Heiploeg [[appellant] en daarna [naam6]] telefonisch contact op met [naam1] [[naam9]].

(...)

(98) Op 18 april 2005 maakte een vertegenwoordiger van UBS Capital BV, de belangrijkste investeerder achter Heiploeg in die tijd, zich zorgen en stelde hij in een intern bericht aan het management van Heiploeg vragen over beweringen van de voormalige algemeen directeur van Heiploeg, [appellant], met betrekking tot het bestaan van onrechtmatige prijsafspraken met [naam1] en deed hij de aanbeveling om alle kanalen van deze vroegere directeur naar 'inside'-informatie af te sluiten.

(...)

(240) Heiploeg en [naam1] hebben meerdere malen ingestemd met afstemming van hun verkoopsprijseilen. Dat was reeds het geval bij de besluiten die door [naam1] en Heiploeg zijn genomen tijdens een bijeenkomst op 21 juni 2000. Uit de bewoordingen van de aantekeningen van de leidinggevende van [naam1] die de bijeenkomst bijwoonde, blijkt dat er sprake is van overeenstemming tussen Heiploeg en [naam1] over meerdere onderwerpen, met inbegrip van het verhogen van de Aldi-referentieprijis en de prijszetting voor [naam5] in Nederland. Vergelijkbare bijeenkomsten en overgenomen gedragingen ten aanzien van dezelfde en andere afnemers volgden gedurende de volledige, in dit besluit weerhouden periode van de inbreuk. (...).

(...)

(242) Heiploeg en [naam1] coördineerden niet alleen hun verkoopprijspeil, maar coördineerden eveneens hun aan contactvisser betaalde upstreamprijzen en/of wisselden deze uit. Al in de notities van de vergadering tussen Heiploeg en [naam1] van 21 juni 2000 is er sprake van een gegarandeerde jaareindloyaliteitsbetaling voor 2000 en de afschaffing van deze betaling in 2001.

(243) Uitwisseling van informatie en afgesproken gedrag met betrekking tot de inkoop van noordzeegarnalen komen voortdurend voor gedurende de hele periode van de inbreuk. Uit de tijd daterende documenten verwijzen expliciet naar 'afspraken' tussen deze ondernemingen of bevatten bewijs van voorafgaand overleg tussen hen in dit verband.

(...)

(335) Heiploeg geeft alleen toe dat er enkele gevallen zijn waar zij mogelijk betrokken is geweest bij de afstemming van verkoop- of inkooprijzen en waarvoor zij geen verklaring heeft gegeven. Dit betreft de gebeurtenissen op 26 januari 2001, 31 juli 2003, 6 april 2006, 13 januari 2006 en 27 februari 2009.

(336) Heiploeg stelt dat dit beperkte incidenten waren die te kort duurden en qua tijd en inhoud te

ver uit elkaar liggen om de conclusie te ondersteunen dat Heiploeg deelnam aan een prijszettings- en marktverdelingskartel gedurende de periode 2000 tot 2009.

(...)

(401) Heiploeg nam deel en was op de hoogte van alle aspecten van het kartel. (...) Heiploeg stond in contact met alle andere deelnemers aan het kartel en was zich ten volle bewust van de rol die alle deelnemers speelden in het geheel van mededingingsbeperkende overeenkomsten.

(...)

(409) Zoals vermeld (...) erkent Heiploeg haar betrokkenheid voor enkele gevallen waar zij geen verklaring voor heeft en stelt zij dat dit beperkte incidenten waren die te kort duurden en qua tijd en inhoud te ver uit elkaar lagen om de conclusie te ondersteunen dat Heiploeg deelnam aan één enkel kartel voor prijszetting en marktverdeling gedurende de periode 2000 tot 2009.

(410) Er is echter al eerder toegelicht dat de theorie van Heiploeg over enkele beperkte en ongerelateerde mededingingsbeperkende gevallen niet slaagt, aangezien kan worden aangetoond dat de betrokkenheid van Heiploeg veel verder ging dan deze paar gevallen.

(...)

(441) De totale duur van de deelname van Heiploeg aan het kartel bedraagt 8 jaar en 9 maanden. De deelname begon op 21 juni 2000 tijdens de bijeenkomst met [naam1] in Wieringerwerf en moet in principe geëindigd zijn op 13 januari 2009, de dag waarop [naam1] het kartel beëindigde door de Commissie te benaderen en zijn verdere deelneming in het kartel stop te zetten.

(...)

(459) De Commissie houdt Heiploeg BV, Goldfish BV, Heiploeg Beheer BV en Heiploeg Holding BV aansprakelijk voor de door Heiploeg gepleegde inbreuk.

(460) Zoals in deel 4 is vastgesteld, waren Heiploeg BV en Goldfish BV de voor Heiploeg belangrijkste deelnemers aan de inbreuk, door middel van de betrokkenheid van verschillende werknemers en/of leidinggevenden, in het bijzonder [appellant], [naam6], [naam2], [naam7] en [naam4].

(461) Aangezien de meesten van hen ook een functie hadden bij Heiploeg Beheer BV ([appellant], [naam6], [naam2] en [naam7]) en Heiploeg Holding BV ([naam6]), wordt er voor deze ondernemingen ook van uitgegaan dat zij rechtstreeks hebben deelgenomen aan de inbreuk.

(462) Heiploeg Beheer BV en Heiploeg Holding BV worden tevens gezamenlijk en hoofdelijk met Heiploeg BV en Goldfish BV aansprakelijk gesteld, aangezien zij beslissende invloed uitoefenden op de gedragingen van deze dochterondernemingen op de markt ten tijde van de inbreuk.

(...)

(485) Het basisbedrag bestaat uit een bedrag tussen 0% en 30% van de desbetreffende verkopen van een bedrijf, afhankelijk van de ernst van de inbreuk en vermenigvuldigd met het aantal jaar dat de deelname van de onderneming in de inbreuk heeft geduurd en een toeslag van tussen 15% en 25% van de waarde van de verkopen van een bedrijf, ongeacht de duur.

(...)

(545) In artikel 23, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 wordt bepaald dat voor elke onderneming de geldboete in ieder geval niet hoger zal liggen dan 10% van de totale omzet van die onderneming in het boekjaar voorafgaand aan het besluit van de Commissie.

(554) In overeenstemming met punt 35 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten (...) kan de Commissie op verzoek, in een bijzondere of sociale en economische context, rekening houden met het onvermogen van een onderneming om te betalen. Een verlaging van de boete in dit verband zal echter nooit uitsluitend op basis van een ongunstige of deficitaire financiële positie worden toegekend. Een verlaging kan slechts worden toegekend indien wordt aangetoond aan de hand van objectief bewijs dat het opleggen van een boete onder de in de onderhavige richtsnoeren vastgestelde voorwaarden, de levensvatbaarheid van de betrokken onderneming onherroepelijk in gevaar zou brengen en haar activa volledig van hun waarde zou beroven.”

(...)

(556) Heiploeg heeft in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en tijdens de hoorzitting een beroep gedaan op punt 35 van de richtsnoeren voor de berekening van de geldboete.

(...)

(562) De claim van Heiploeg dat zij niet in staat is om de geldboete te betalen moet worden verworpen om de volgende redenen.

(563) De financiële gegevens die door Heiploeg werden voorgelegd tonen aan dat de onderneming zich momenteel in financiële moeilijkheden bevindt, omwille van structurele problemen in de externe financiering en de cash flow situatie, met een schuld

die meer financiële middelen nodig heeft dan de operationele activiteiten toestaan. Op basis van haar operationele activiteiten heeft Heiploeg geen goede vooruitzichten om in de nabije toekomst haar solvabiliteit en liquiditeit te herstellen. Heiploeg is volledig afhankelijk van externe financiering door banken, en heeft er voortdurend moeite mee haar betalingsverplichtingen na te komen. De hoge schuldgraad vindt haar grondslag in het plaatsen van een schuld uit de overname van Heiploeg door de private-equity investeerder Gilde in 2006 bij Heiploeg. Deze transactie heeft de reeds bestaande schuld verhoogd tot EUR 200 miljoen, wat neerkomt op een verdrievoudiging. De financierende banken namen Heiploeg over in augustus 2012 voor EUR 1. Het is momenteel onmogelijk om een voorspelling te maken van de verdere ontwikkeling van Heiploeg's financiële toestand en de houding van de banken/aandeelhouders ten aanzien van een mogelijke verdere ondersteuning. De banken bevinden zich blijkbaar in een situatie waar zij enige tijd geleden al de steun aan Heiploeg hadden kunnen intrekken, en met name in het voorjaar van 2012 toen zij er ook voor hadden kunnen kiezen de onderneming niet over te nemen. De boete van Heiploeg lijkt dus geen belangrijke invloed te hebben gehad op de keuze van de banken, gelet op Heiploeg's op dat moment reeds problematische winstgevendheid, solvabiliteit en liquiditeit. Mochten de aandeelhouders de ondersteuning van Heiploeg verderzetten en er van uitgaan dat zij de ter beschikking gestelde financiële middelen alsnog kunnen terugverdienen op lange of middellange termijn, dan zijn de voorwaarden van punt 35 van de boeterichtsnoeren niet vervuld.

(564) Mochten Heiploeg's banken/aandeelhouders echter besluiten om Heiploeg niet langer te ondersteunen, dan zou het opleggen van de geldboete de aanleiding voor het faillissement van Heiploeg kunnen versnellen, maar een dergelijk faillissement zou zich wellicht ook kunnen voordoen zonder de geldboete. Het is aannemelijk dat Heiploeg in dergelijk geval een faillissement zou aanvragen, zelfs zonder de geldboete, wat er op neerkomt dat een verlaging van de geldboete, zelfs in zijn totaliteit, het risico op een faillissement niet zou verminderen. De oorzaak hiervoor bevindt zich zowel in de uitstaande schuld die voornamelijk voortkomt uit de financiering van de aankoop van de groep door Gilde, en in de tot op heden zwakke ontwikkeling van de winstgevendheid en de zwakke vooruitzichten om de solvabili-

teit en de liquiditeitspositie binnen redelijke termijn te herstellen.

(...)

De geldboeten dienen binnen drie maanden vanaf de datum van kennisgeving van dit besluit in euro te worden betaald op de volgende bankrekening op naam van de Europese Commissie: (...)

3.11. Op 27 mei 2014 schreven de curatoren aan [appellant] het volgende.

(...) Uit onderzoek is gebleken dat u gedurende uw (in)directe bestuursfunctie bij voornoemde vennootschappen een belangrijke rol heeft gespeeld in het kartel dat tot het besluit van de Europese Commissie van 27 november 2013 (...) heeft geleid, waarbij Heiploeg Holding (...), Heiploeg Beheer, Heiploeg en Goldfish een boete van € 27.082.000,00 is opgelegd wegens overtreding van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het besluit). Deze overtreding duurde van 21 juni 2000 tot 13 januari 2009 en bestond uit prijsafspraken, marktverdeling en uitwisseling van gevoelige commerciële informatie tussen leveranciers van Noordzeegarnalen, waardoor het handelsverkeer in de Europese Unie ongunstig werd beïnvloed. Zo heeft onder meer u in uw hoedanigheid van (indirect) bestuurder gedurende de periode 2000 - 2004 namens Heiploeg Holding, Heiploeg Beheer, Heiploeg en Goldfish, doelbewust langlopende en frequente contacten gehad met brancheleden (...) met wie u de handel besprak, inclusief de prijzen die aan leveranciers moesten worden betaald, de prijzen die aan de afnemers moesten worden berekend en de toewijzing van afnemers. U bent aldus nauw betrokken geweest bij het ontplooiën van activiteiten die de wettelijke mededingingsregels schonden. Dat u op de hoogte was van het overtreden van deze regels, blijkt onder anderen uit de gevoerde telefoongesprekken en verklaringen behorend bij het Besluit.

Als gevolg van voornoemde handelwijze bent u jegens Heiploeg Holding, Heiploeg Beheer, Heiploeg en Goldfish tekortgeschoten in de vervulling van uw bestuurstaak wegens onder meer het handelen in strijd met de wettelijke mededingingsregels die deze vennootschappen beogen te beschermen. Van deze onbehoorlijke taakvervulling treft u volgens ons dan ook een (persoonlijk) ernstig verwijt.

Uw handelen dient eveneens te worden gekwalificeerd als opzettelijk en ernstig onzorgvuldig bestuurlijk gedrag, dat niet kan worden gerekend tot het nemen van een normaal ondernemersrisico en is derhalve tevens onrechtmatig jegens de gezamen-

lijke schuldeisers van Heiploeg Holding, Heiploeg Beheer, Heiploeg en Goldfish. U wist, althans had redelijkerwijs behoren te begrijpen dat de bewerkstelligde en toegelaten activiteiten in strijd met de mededingingsregels tot gevolg zouden hebben dat uw handelwijze tot een omvangrijke boete van de Europese Commissie zou leiden met als gevolg het faillissement van (alle) vennootschappen en benadeling van hun gezamenlijke schuldeisers. Van dit gedrag kan u eveneens een (persoonlijk) ernstig verwijt worden gemaakt.

Op grond van het bovenstaande zijn wij vooralsnog van oordeel dat u uw bestuurstaak op grond van artikel 2:9 BW jegens Heiploeg Holding, Heiploeg Beheer, Heiploeg en Goldfish onbehoorlijk heeft vervuld en dat u op grond van artikel 6:162 BW jegens de gezamenlijke schuldeisers van (...) onrechtmatig heeft gehandeld. Als gevolg daarvan zijn wij voornemens om u hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de schade die daaruit voortvloeit. Voor dat wij dat definitief gaan doen, willen wij u in de gelegenheid stellen om op het bovenstaande te reageren. (...).

3.12. [appellant] heeft de aansprakelijkheid op 20 juni 2014 van de hand gewezen. Ruim een jaar later, op 16 oktober 2015, schreven de curatoren aan zijn advocaat het volgende.

Uit onze voorlopige bevindingen volgt reeds dat [appellant] tijdens zijn bestuursperiode bij Heiploeg actief en doelbewust heeft deelgenomen aan het kartel gedurende de periode 21 juni 2000 - 2 augustus 2004. Op basis daarvan kunnen wij dan ook reeds concluderen dat [appellant] achtereenvolgens zijn taak als bestuurder bij Heiploeg onbehoorlijk heeft vervuld (...). Deze conclusie hebben wij gebaseerd op het voorlopige bewijsmateriaal dat als bijlage 1 is bijgevoegd. (...) Het bewijsmateriaal steunt op diverse bronnen, transcripties van telefoongesprekken met [naam10] van Kok Seafood, digitale data van Heiploeg (apollo), verklaringen van andere garnalendhandelaren, en de cd-rom van de Europese Commissie (EC), welke inmiddels in uw bezit is.

Het voorlopige bewijsmateriaal laat zien dat [appellant] actief betrokken was bij de handelingen die Heiploeg welbewust deed in strijd met de mededingingsregels. Zo blijkt dat [appellant] onder meer actief betrokken was bij:

1. de contacten tussen de deelnemers aan het kartel, in het bijzonder de contacten tussen Heiploeg en [naam1] en de contacten tussen Heiploeg en Kok Seafood;

2. het sluiten van de overeenkomst tussen Kok Seafood en Heiploeg in 2000, de zogenaamde 'strategische alliantie', welke overeenkomst uitsluitend tot doel had om Kok Seafood te beletten om een concurrent van Heiploeg te worden;

3. het afstemmen en coördineren van verkoopprijzen (met name prijsoffertes) aan supermarkten, groothandelaren en kleine afnemers, welke afstemming plaatsvond tussen Heiploeg en [naam1];

4. het maken van afspraken tussen Heiploeg en [naam1] over de verdeling van leveringen aan de supermarkten (...), groothandelaren en kleine afnemers;

5. het maken van afspraken en het wekelijks afstemmen van de inkooprijzen tussen Heiploeg en [naam1];

6. het maken van afspraken tussen Heiploeg en [naam1] over de verdeling van de inkoopmarkt, zoals onder meer het overeenkomen van een gentlemen's agreement en de marktverdelingsovereenkomst voor inkopen op de visafslagen.

Deze handelingen hadden maar één doel: de concurrentie beperken/voorkomen. [appellant] was daar, net als alle andere aspecten van het kartel, op de hoogte. Hij was juist de drijvende kracht. [appellant] was zich terdege bewust van de mededingingsrechtelijke overtredingen. Een redelijk denkend en ervaren bestuurder had onder dezelfde omstandigheden van deze overtredingen afgezien dan wel ingegrepen om dit te voorkomen. Een bestuurder die doelbewust de wet overtreedt en daarmee de vennootschap schade berokkent, handelt ernstig verwijtbaar en is verplicht om de schade van de vennootschap c.q. de gezamenlijke schuldeisers te vergoeden.

Als gevolg van deze handelingen van [appellant] heeft de EC aan Heiploeg een boete ten bedrage van € 27.082.000,00 opgelegd wegens schending van de Europese mededingingsregels. Deze boete heeft ertoe geleid dat Heiploeg failliet ging.

Op grond van het bovenstaande stellen wij [appellant] namens Heiploeg c.q. de gezamenlijke schuldeisers hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort in het faillissement van Heiploeg. Op 6 oktober 2015 bedroeg dit tekort € 111.896.310,78. Wij laten daarbij direct weten dat wij bereid zijn om hieromtrent buiten rechte een schikking te treffen. In dit verband verzoeken c.q. sommeren wij [appellant] om binnen 8 weken na dagtekening van dit schrijven aansprakelijkheid te erkennen én te berichten dat hij buiten rechte een schikking wenst te treffen.

Bij gebreke zijn wij genoodzaakt een procedure jegens [appellant] aanhangig te maken.

Deze brief dient uitdrukkelijk te worden beschouwd als een handeling om de (eventuele) verjaring van deze aansprakelijkheidsstelling te stuiten.

(...).

3.13. In de 52 pagina's tellende bijlage bij de brief (de bewijsbijlage) staat het volgende.

Tussen 21 januari 2000 en 13 januari 2009 heeft Heiploeg actief en voortdurend deelgenomen aan het kartel. De volgende bestuurders waren voor Heiploeg actief betrokken bij dit kartel:

- [appellant] (hierna tevens: [appellant])

- [naam6] (hierna tevens: [naam6])

- [naam2] (hierna tevens: [naam2])

- [naam7] (hierna tevens: [naam7])

De betrokkenheid van deze bestuurders blijkt uit het volgende bewijsmateriaal dat betrekking heeft op de volgende (A) data en (B) gedragingen:

A DATA

24 maart 2000

Garnalenhedelaar Van Belzen geeft in zijn verklaring van 24 maart 2000, in het kader van het eerdere NMa-onderzoek, onder meer het volgende aan over de afstemming tussen de garnalenhedelaars:

"Die afspraken zijn kennelijk ook in overleg met de garnalenhandel gemaakt. Wanneer je die daar niet bij zou betrekken hebben dergelijke afspraken natuurlijk geen enkele zin. Het is logisch dat de vissers, wanneer zij dergelijke afspraken met de handel zouden willen maken, daarvoor de grote handelaren aanspreken. Zij nemen immers de bulk van de aanvoer af. Ikzelf ben nooit aanwezig geweest op een bijeenkomst waar afspraken met de vissers zijn gemaakt. Ik ben daartoe wel eens uitgenodigd, maar ik ben op die uitnodiging niet ingegaan. Ondanks het feit dat ik nooit bij een dergelijke bijeenkomst aanwezig ben geweest, worden wij in de praktijk wel met de gevolgen van die afspraken geconfronteerd. Ik ben ook niet gelukkig met de gemaakte afspraken, omdat als gevolg van de afspraken over de te vangen hoeveelheden de kwaliteit van de vangst veel minder belangrijk is geworden. (...)

Ik denk dat namens de handel daar altijd de dominante leden bij zijn geweest; de anderen leggen immers geen gewicht in de schaal. Wij worden telefonisch in kennis gesteld van eventuele afspraken die door hen zijn gemaakt."

21 juni 2000



In een hotel in Wieringerwerf vond op 21 juni 2000 een bijeenkomst plaats tussen het management van Heiploeg en het management [naam1] (garnalen-handelaar uit Volendam). De deelnemers namens Heiploeg waren [appellant] (algemeen directeur), [naam2] (inkoopdirecteur), [naam3] (directeur algemene zaken) en [naam4] (verkoopmedewerker). De deelnemers namens [naam1] waren [naam8] (directeur), [naam9], [naam11] (financieel directeur) en [naam12] (hoofd verkoper België). Het doel van deze bijeenkomst was 'de toekomst in en het verleden laten rusten'. (i) Heiploeg en [naam1] kwamen een prijsverhoging overeen voor referentiafnehmer Aldi, die ook van toepassing was op andere verkopen van gepelde noordzeegarnalen: "Aldi - Een prijsverhoging van nlg 3,- - Dit geldt overigens voor alle hollandse gepelde garnalen". Daarnaast (ii) kwamen Heiploeg en [naam1] een prijs overeen voor industrieel afnehmer [naam5] in Nederland, die door beide ondernemingen werd beleverd, (iii) bespraken zij contracten met vissers van noordzeegarnalen en (iv) bespraken zij de supermarkten Lidl, Colruyt en Cora. Een en ander volgt uit de vertrouwelijke versie van het openbare boetebesluit van de EC van 27 november 2013 (hierna: het Besluit) en een notitie van [naam11]. Na 21 juni 2000

Na 21 juni 2000 werden voornoemde onderwerpen nog veelvuldig besproken tussen Heiploeg en [naam1]. Er hebben nadien nog circa 40 soortgelijke afspraken plaatsgevonden tussen Heiploeg en [naam1]. Daarbij waren namens Heiploeg regelmatig [appellant], [naam6], [naam2], [naam4] en [naam7] betrokken. Dit volgt uit het Besluit.

12 oktober 2000

Op 12 oktober 2000 sloot [appellant] namens Heiploeg een eerste langetermijncontract (vijf jaar) met [naam10] van Kok Seafood voor een "strategische alliantie", welke is hernieuwd op 11 februari 2005 en 16 april 2009. De hernieuwde vaststellings-overeenkomst van 11 februari 2005 en 16 april 2009 is getekend door [naam2] en [naam6]. (...).

26 januari 2001

Op 26 januari 2001 stuurde [appellant] een intern bericht aan [naam7], waaruit blijkt dat het management van Heiploeg, bestaande uit onder meer [appellant] en [naam2], de uitvoering van de op de bijeenkomsten tussen Heiploeg en [naam1] overeengekomen prijzen volgde. In dit bericht wordt aangegeven dat het management van Heiploeg en [naam1] eerder op een bijeenkomst in Harlingen een minimumprijs voor noordzeegarna-

len waren overeengekomen: 'Je neefje [[naam8]] heeft ons weer eens een streek gelapt. [naam4] heeft hierover al met [naam9] [[naam9]] gesproken en die denkt dat dit aan hun aandacht is ontsnapt. [naam4] kwam nl. die prijzen ook tegen, terwijl wij duidelijk in Harlingen hebben afgesproken dat de minimumprijs hf1 17,50 zou zijn. (Jij was daar ook bij).', aldus [appellant] tegen [naam7].

2001

Nadat [naam1] in 2001 - in strijd met de tussen Heiploeg en [naam1] geldende afspraak - aan Aldi België is gaan leveren, hadden [appellant] tot 2004 en [naam6] en [naam4] na het vertrek van [appellant] regelmatig contact met [naam9] van [naam1] om te bespreken welke prijzen zij aan Aldi België zouden gaan bieden. 'In de periode rond 2001 was de situatie tussen Heiploeg en [naam1] zeer gespannen. [naam1] was actief geworden in Duitsland en had ook Aldi België als klant binnengehaald. Ongeveer drie maanden nadat Aldi België was binnengehaald was ik aan het winkelen met mijn vrouw in het noorden van Friesland. Ik werd gebeld door [appellant] dat de prijzen aan alle afnemers omhoog moesten. Wij 'moesten verder'. Dit betekende een einde aan de 'oorlogssituatie'. Vanaf dat moment gingen de prijzen weer omhoog,' aldus [naam8] van [naam1].

'Ik kan mij nog herinneren dat [naam8] mij in 2001 in de auto belde. "Het is nu echt oorlog", zei hij, "ze (Heiploeg) weten dat we(..) nu gaan leveren" en "de prijzen zouden naar beneden geslagen worden". Dit sloeg op het feit dat [naam1] in 2001 aan drie van de zeven distributiecentrales van Aldi in België is gaan leveren. Voorheen bestond er de (stilzwijgende) afspraak dat [naam1] niet aan Aldi België zou leveren. [...]. Uit onvrede hiermee heeft Heiploeg in eerste instantie scherpe prijsdalingen ingezet (niet marktconform). Heiploeg heeft echter moeten accepteren dat we bij Aldi België binnen waren en sindsdien heb ik regelmatig met mensen van Heiploeg ([appellant] tot 2004, [naam6] en soms ook [naam4]) contact gehad over de prijzen die we aan Aldi België zouden bieden,' aldus [naam9] van [naam1].

Vanaf 2001

Vanaf 2001 werden er prijsafspraken gemaakt tussen [naam1] en Heiploeg ten aanzien van de prijzen voor Aldi België, die maatgevend waren voor de prijzen op de Belgische afzetmarkt. Het contact vond plaats tussen [naam9] ([naam1]) en [appellant] in de periode 2001 -2003, tussen [naam9] en Luit in de periode vanaf 2003 en tussen [naam9] en

[naam7] vanaf 2007. Logghe [naam1]) maakte ook wel prijsafspraken met Luit.

11 maart 2003

Uit een interne notitie van [naam11] (de financiële directeur bij [naam1]) van 11 maart 2003 blijkt dat er sprake is van bijeenkomsten in Harlingen tussen Heiploeg en [naam1], waarbij onder meer het contract met [naam10] en de inkooprijzen van noordzeegarnalen is besproken. Bij deze bijeenkomst waren in ieder geval [appellant] en [naam2] aanwezig.

14 maart 2003

Op 14 maart 2003 informeerde [naam6] van Heiploeg [naam13] van Stührk (een Duitse garnalenhandelaar) over prijzen die Heiploeg op 17 maart 2003 aan afnemer Aldi (Duitsland) zou afgeven. Dit blijkt uit een intern-Stührk-bericht: "Heiploeg [naam6] > Aanbod van één maand van max. 1,70 - 1,75 EUR/st. Op 17.3 doet hij een aanbod. Voor België heeft hij nog geen prijs meegedeeld... Vóór ons aanbod moeten wij nog concreet met HP spreken...", aldus [naam6] aan [naam13].

26 maart 2003

Op 26 maart 2003 heeft er een interne bijeenkomst tussen Goldfish en Heiploeg plaatsgevonden, waarbij aanwezig waren de heren [appellant] en [naam6] namens Heiploeg en de heren [naam7] en [naam14] namens Goldfish. In een notitie van Goldfish over deze bijeenkomst staat: "– Den Duik Scheveningen: M.a.w. Geen positie kunnen/moeten innemen. Om vervolgens de klant bij K.p. [[naam1]] te laten kopen." Deze notitie geeft aan dat Heiploeg soms vrijwillig afzag van het leveren aan klanten van [naam1].

28 april 2003

Op 28 april 2003 heeft [naam13], de verkoopdirecteur van Stührk, informatie van [naam6] ontvangen over het prijspeil van de door Heiploeg geboden inkooprijzen en over het prijspeil dat Heiploeg toepaste voor de 'Vrije markt' (voor de visafslagen). Stührk merkte in dat verband op dat zij haar eigen inkooprijzen zou moeten verlagen indien het voorgenomen gecoördineerde prijsaanbod voor Aldi (Duitsland) van 1,20 EUR, dat vanaf mei 2003 zou gaan gelden, zou worden gehandhaafd.

Een interne e-mail van Stührk van 28 april 2003 omvat inkooprijzen van concurrenten van Stührk, te weten Heiploeg, Bremer, Toben en Rentel, die betrekking hebben op zowel de week daarvoor als deze week en waarbij eveneens wordt verwezen naar een fax van Heiploeg. Ook wordt verwezen naar een bezoek van [naam2] aan Toben.

30 juli 2003

Op 30 juli 2003 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen [naam15] (een medewerker van Heiploeg-dochter BFG) en de heer [naam13] van Stührk, waarin zij overlegden over een verzoek tot prijsverlaging vanwege de klant Metro in Duitsland. Beiden kwamen overeen de door hen geboden prijs niet te verlagen. Zij beschouwden dit voorval ook als een 'test' voor vergelijkbare afstemming met betrekking tot Aldi. Een en ander volgt uit een interne email van Stührk van 31 juli 2003.

12 januari 2004

Op 12 januari 2004 deed Ole Ritters (inkoopmanager bij Stührk) in een intern e-mailbericht verslag van een recent telefoongesprek met [naam2] van Heiploeg over de inkooprijzen en offertes met betrekking tot een voorgenomen prijsaanbod van Aldi (Duitsland). Dit bericht noemt de prijzen voor noordzeegarnalen die zowel Heiploeg als [naam1] afgaven en die in wezen binnen dezelfde bandbreedte lagen als de prijsvoornemens van Stührk: "1) Producentenprijs

[...]

[naam2] wilde terugbellen – heeft dit nog niet gedaan; is ons door hem echter als idee meegedeeld... heeft inmiddels wel gebeld.

[...]

2) Prijsaanbod Aldi

Uitgaande van ons idee de prijs hoe dan ook aan te houden, moeten wij wat hoger vertrekken.

Dat valt te verdedigen: EUR 2,10

Rest gaat akkoord

KP>2,10

HP>2,08

Sdi>2,07-2,08

Aanbod gaat vandaag of morgen uit."

12 januari 2004

Na contact en het uitwisselen van prijzen met Heiploeg deelde de heer [naam12] van [naam1] bij faxbericht van 12 januari 2004 de nieuwe prijzen voor haar klanten in Frankrijk vanaf 16 februari 2004 mee aan haar exclusieve tussenhandelaar in Frankrijk CIPAL. Dit blijkt eveneens uit een interne notitie van [naam1]. Soortgelijke notities zijn eveneens aangetroffen voor de prijzen aan CIPAL vanaf 12 juli 2004, 1 november 2004, 2 februari 2005, 6 juni 2005, 30 september 2005, 31 oktober 2005 en 9 november 2007. In deze notities staat naast de prijs die aan CIPAL werd meegedeeld, uitdrukkelijk vermeld "HPL doorgegeven" en "opgegeven aan Heiploeg". Volgens deze zogenaamde 'schaduw'-boekhouding van [naam1], gaf Heiploeg

prijsinformatie door aan [naam1], die [naam1] gebruikte om de prijzen te bepalen die werden afgegeven aan haar klanten, met name Carrefour. Deze uitwisseling van informatie volgt eveneens uit vergelijkende prijzentabellen met betrekking tot prijzen van [naam1] en Heiploeg vanaf 10 februari 2004, 23 april 2004, 11 juni 2004, 1 november 2004, 13 juni 2005, 14 juni 2006, 2 oktober 2006, 9 juli 2007, 21 augustus 2007, 18 november 2007, 18 februari 2008, 10 maart 2008, 7 april 2008, 8 juli 2008 en 1 september 2008.

25 februari 2004

Op 25 februari 2004 heeft er een vergadering in Harlingen plaatsgevonden tussen [naam1] (heren [naam8], [naam9], [naam16], [naam12]) en Heiploeg ([appellant], [naam2], [naam6] en [naam7]). In een naar aanleiding daarvan opgemaakte notitie door [naam1] staat onder meer: 'Er is gesproken over niqita [Nikita - De Korenbloem NV; een leverancier van salades en snacks (met garnalen) aan supermarkten zoals Aldi en Carrefour in België] [naam1] moet zijn afspraken respecteren, wat overigens gebeurt'. Uit deze notitie blijkt eveneens dat er een overeenkomst bestond over de verdeling van de productie van noordzeegarnalen afkomstig van visbedrijf De Roussant en er overeenstemming bestond om dit later in maart verder te bespreken. Daarnaast laat de notitie zien dat [naam1] en Heiploeg toen nog een prijsverhoging voor noordzeegarnalen overeenkwamen die vanaf 15 maart 2004 zou gaan gelden: "Afspraak gemaakt: - 15 maart prijsaanpassing gepelde garnalen met ongeveer € 2,- (...)"

(...)

18 april 2005

Op 18 april 2005 maakte een vertegenwoordiger van UBS Capital B.V. (de belangrijkste investeerder achter Heiploeg in die tijd) zich zorgen en stelde in een intern bericht aan o.a. [naam6], [naam17], [naam18] en [naam7], vragen over beweringen van de voormalige directeur van Heiploeg, [appellant], met betrekking tot het bestaan van onrechtmatige prijsafspraken tussen Heiploeg en [naam1] en deed hij de aanbeveling om alle kanalen van deze vroege directeur naar 'inside'-informatie af te sluiten.

"(...) zorgen baart is de insinuatie van [appellant] dat wij prijsafspraken (illegaal) hebben met [naam1] [...] Ik weet dat [[appellant]] veel spreekt. Wij moeten dus al zijn kanalen met toegang tot 'inside'-informatie stevig afsluiten."

18 april 2005

Op 18 april 2005 schreef [appellant] aan Goran een brief over de verkoop van Heiploeg aan [naam19]. In de desbetreffende brief geeft hij aan dat hij eerlijk aan de koper heeft verteld dat er op dat moment problemen waren met hun grootste concurrent. Ook geeft hij aan dat de helft van de winst van Heiploeg is gebaseerd op prijsafspraken met [naam1].

"(...) For instance when I sold Heiploeg to [naam19] I told him honestly that we were just in a fight with our biggest competitor, [naam1], (you and me know that half of our profit is based on (...) the price agreements with that company) (...)"

(...)

10 september 2005

Uit de e-mail van 10 september 2005 van [appellant] aan [naam6] volgt dat zij op de hoogte waren van de mededingingsbeperkende strekking van het contract met Kok Seafood en het feit dat het een verboden afspraak betrof, zijnde dat Kok Seafood de markt niet zou betreden.

(...)

12 november 2006

Op 12 november 2006 had [naam10] contact met [appellant], waarin [naam10] aangaf dat hij met [naam2] had afgesproken niet meer dan € 2,80 - € 3,00 inkoopprijs te betalen voor de garnalen van [naam20]. Daarop gaf [appellant] aan dat dit niet mag en in strijd was met de NMA.

(...)

21 & 23 november 2007

Op 21 en 23 november 2007 heeft [naam2] met [appellant] overleg gehad over de inkopen op de visafslag om er voor te zorgen dat Heiploeg voldoende volume zou krijgen en dat de prijs geen druk zou zetten op de aan de contractvisseren betaalde inkooprijzen. Toen de inkoper van de visafslag zich weinig discreet toonde ten aanzien van deze deal, beklaagde [naam2] zich bij [naam10] van Kok Seafood, ervoor waarschuwend dat de mededingingsautoriteiten er lucht van konden krijgen, en vroeg [naam2] aan [naam10] om deze boodschap door te geven aan de inkopers op de visafslag. Dit wordt bevestigd door de opnames van [naam10].

(...)

14 januari 2008

Op 14 januari 2008 heeft [appellant] een email gestuurd aan de heren [naam10] en [naam21], waaruit blijkt dat [appellant] in 2008 nog direct betrokken was bij het afstemmen van de prijsafspraken in de markt:

“(…) Wat staat hier tegenover van jullie kant? Tot nu toe niet al te veel, behalve dat we natuurlijk alle marktgegevens uitwisselen en dat jullie wat garnalen bij ons hebben laten pellen. Daarom het volgende voorstel: [naam10] moet aan Heiploeg 10 ton pit per week leveren. [naam21] gaat ook tussen de 4 a 5 ton verkopen (...)”

(...)

31 januari 2008

Op 31 januari 2008 hebben [naam22] van Roem van Yerseke en [appellant] van Telson mailcontact over de rol van de Aldi-prijs die al jarenlang hoog wordt gehouden door Heiploeg en [naam1], die de garnalenmarkt domineren:

“(…) Het geval Aldi zit me hoog. We moeten inderdaad de anderen scherp aanbieden. Dat is het ene spoor, maar het andere spoor is dat we denk ik een advocaat in moeten schakelen die gespecialiseerd is in Kartel zaken. Zou je dit met [naam23] willen overleggen? Die advocaat moet dan een brief opstellen waarin staat dat het algemeen bekend is dat de Grote Twee, die al jaren de garnalenmarkt domineren, een politiek hebben bij Aldi dat deze prijs hoog wordt gehouden, teneinde bij de andere warenhuizen een redelijke prijs te kunnen maken. Dat kunnen ze doen omdat ze de enige aanbieders zijn. ([naam1] rechtstreeks en Heiploeg via Goldfish en Pieters). Bij iedere ronde doen de genoemde firmas mee met minieme prijsverschillen. (...)”

15 februari 2008

Op 15 februari 2008 vond er een MSC-vergadering plaats in Zuidbroek tussen [naam1] en Heiploeg, waarbij onder meer [naam6], [naam2] en [appellant] aanwezig waren. Er werd onder meer over een verhoging van de visprijzen en de prijs van gepelde garnalen gesproken.

Telefoongesprek tussen [naam10] en [naam20], een andere handelaar in garnalen:

‘ze hebben vanmiddag besprekingen vandaag over de prijs van de contract vissers en over de prijs van de gepelde en dan ging hij mij terug opbellen hebben ze daar vanmiddag besprekingen over ja zegt [naam20] ik zeg ja dat klopt want ze zijn daar vanmiddag met zijn allen in Zuidbroek.’

(...)

MEI 2008

In mei 2008 vond er een telefoongesprek plaats tussen [naam24] van De Rousant en [naam10]:

[naam10]: “Ik zeg maar [naam2] is altijd uitvoerend orgaan geweest hoor!”

[naam24]: “Ja dat klopt. Maar [appellant] is natuurlijk wel de man geweest van echt alles dwingen

en jij mag niet dit en jij mag niet dat en je moet zus en zo.”

(...)

[naam24]: “[appellant] kennende dan denk ik dat het weer echt weer terror wordt en dat er gewoon weer gezegd wordt jij moet dit en jij moet dat en jij mag dat niet want anders doen we dit of dat.”

[naam10]: “Weet je wat het is normaal gesproken maakt dat niet zo veel uit want wij hebben toch wel ook een paar jaar een leuk leven gehad met elkaar. (...) maar dan moet het geen een richting verkeer zijn.”

[naam10]: “Ik heb overal bandjes van en [naam2] heeft het toegegeven en [naam6] heeft het toegegeven [appellant] heeft het toegegeven (...)”

(...)

16 juli 2008

Op 16 juli 2008 vond er een telefoongesprek plaats tussen [appellant] en [naam10], waarbij zij onder meer (het doel van) de overeenkomst tussen Heiploeg en Kok Seafood bespraken:

[appellant]: “Nou ja laten we even wel wezen (...) zo is het natuurlijk maar dat staat niet in het contract de bedoeling van Heiploeg is altijd geweest dat jij niet de vrije markt opging om je van de vrije markt te houden maar dat mocht niet in het contract staat vanwege de NMA”. (...)

JULI-AUGUSTUS 2008

In juli-augustus 2008 heeft een parallelle aanpassing van de afmetingen van de te gebruiken zeefmaat plaatsgevonden van 6,5 mm naar 6,8 mm om de aanvoer van contractvissers te sorteren naar productgrootte. Dit is door onder meer [naam2] van Heiploeg en [appellant], met andere handelaars en de branche-organisatie, in juli-augustus 2008 geregeld. Op deze wijze oefenden zij indirect druk uit op de inkoopprijs. Door de zeefmaten te wijzigen konden de aangelande volumes en daarmee indirect de prijzen worden beïnvloed.

(...)

SEPTEMBER 2008

In september 2008 vond er een conversatie plaats tussen [appellant] en [naam10] van Kok Seafood, waaruit duidelijk blijkt dat het onderliggende doel van de samenwerkingsovereenkomst tussen Kok en Heiploeg was dat Kok Seafood van de markt zou wegblijven als concurrent van Heiploeg:

[appellant]: ‘(...) de bedoeling van het eerste en het tweede contract was dat [naam10] niet op de markt zou komen.

[appellant]: ‘Ja, jij hebt er wel voor gekozen. Je hebt ervoor gekozen. Natuurlijk heb je ervoor gekozen.

Ik zal maar zeggen je hebt toch voor deze gang van zaken gekozen. Hij [Heiploeg] heeft toch duidelijk gezegd dat ie het uit heeft gerekend, volgens de letter van het contract. Dan ben je, dan is het toch over? Ik bedoel dan kun jij wel zeggen...., en die dingen die jij er allemaal bijhaalt, [naam10], die staan nergens in het contract over gewicht en toestanden. En dat eerste contract dat is zoals je steeds heb gezegd. Ik speelde daar een beetje mee. Jij had 6 [ton] pitten, en weken dus naar de Aldi prijs en we keken naar [naam21] prijs. En als het teveel was, dan gaf ik je een beetje minder, als het niks was dan gaf ik je toch nog een beetje. Je kreeg tussen de 500.000 en de 1 miljoen in het jaar, en daar was je mee van de markt. Nou, punt uit! Nou, het tweede contract heb ik ten stelligste aan die mensen ontrafden om die te tekenen, dat weet jij ook. Dat heb ik vaak verteld. Dat moet je niet doe, gezien de NMa, enzovoort, enzovoort. Nou goed daar zijn volgens mij geen wijzigingen in, dus hoe Willem dat verder met jou heeft gedaan, dat weet ik natuurlijk ook niet. Toen was ik er niet meer, toen was ik er gewoon niet meer.'

(...)

23 september 2008

Op 23 september 2008 vond er een bijeenkomst plaats tussen [naam9] van [naam1] en [appellant] om de markt voor noordzeegarnalen te bespreken. [appellant] vermeldde dat hij in de praktijk controle heeft over de nieuwkomers op de markt. De nieuwe handel pelt onder contract van [appellant], ook De Beer (garnalendhandelaar uit Duitsland). Dit betekent bij zijn eventuele terugkeer bij Heiploeg, dat Heiploeg de handel weer onder controle heeft, aldus [appellant]. Hij gaf daarbij aan (hieromtrent) regelmatig contact te hebben met [naam25]. Kort na deze bespreking heeft [appellant] telefonisch contact opgenomen met [naam8] van [naam1], waarin [appellant] [naam8] uitdrukkelijk verzoekt om [naam24] van De Rousant onder druk te zetten om de rechtszaak tegen [appellant] te stoppen.

(...)

9 februari 2009

Op 9 februari 2009 heeft [naam1] een verklaring afgelegd, waarin onder meer staat: 'Namens [naam1] heeft [naam8] gedurende een periode van circa 20 jaar (tot 2004) vrijwel iedere avond telefonisch contact gehad met [appellant], destijds bestuurder van Heiploeg. Vrijwel altijd belde [appellant]. De gesprekken met [appellant] duurden regelmatig meer dan een uur. Iedere avond wisselden [naam8] en [appellant] informatie uit.

Deze informatie betrof aanvankelijk, tot ongeveer 1997, alleen de verkoopprijzen van noordzeegarnalen aan de groothandel en industriële afnemers, met name Nederland en België. Vanaf 1997 werden ook afspraken gemaakt over de inkoop van noordzeegarnalen via de visafslag.'

(...)

27 maart 2009

Op 27 maart 2009 stuurde [appellant] een sms-bericht aan [naam8] van [naam1]: 'Ik zou maar niet bezorgd zijn, ik heb ze bij me gehad, ze hebben volgens mij niets. Zou je toch nog graag eens spreken. Gr. [appellant]'

(...)

3.14. [appellant] heeft op 21 december 2015 op de brief van de curatoren van 16 oktober 2015 gereageerd:

(...) Ik stel ten eerste vast dat u in uw brief van 16 oktober 2015 niet inhoudelijk heeft gereageerd op mijn brief d.d. 20 juni 2014, noch de informatie heeft verstrekt die ik daarin heb verzocht.

Ten tweede kan ik u mededelen dat naar aanleiding van uw (impliciete) stellingen, aan onze zijde thans enig eigen onderzoek wordt uitgevoerd. Mede in verband daarmee laat mijn inhoudelijke reactie op uw laatste brief nog even op zich wachten. Ik hoop in januari 2016 met mijn eerste nadere reactie te komen. (...)

3.15. [appellant] heeft in verband met zijn eigen onderzoek de curatoren op 2 mei 2016 verzoekt het 'karteldossier' aan hem te verstrekken. Aan dat verzoek is door de curatoren gehoor gegeven.

3.16. Op 9 mei 2016 is er telefonisch contact geweest tussen de curatoren en (de advocaat van) [appellant] om de mogelijkheden van een schikking te onderzoeken. Er is toen geen schikking tot stand gekomen.

3.17. Op 7 februari 2019 hebben de curatoren met oud-bestuurders en commissarissen van het concern een vaststellingsovereenkomst gesloten. Partij bij deze overeenkomst waren [naam25], [naam6], [naam7] en [naam2] (bestuurders Heiploeg Beheer) en [naam26], [naam27], [naam28] en [naam29] (commissarissen Heiploeg Holding). In die vaststellingsovereenkomst staat het volgende:

OVERWEGENDE:

(...)

(B) Tussen 24 en 26 maart 2009 heeft de Europese Commissie een inval uitgevoerd bij Heiploeg vanwege het vermoeden dat er sprake was van schendingen van art. 101 van het Verdrag betreffende de

werking van de Europese Unie. Uiteindelijk is op 27 november 2013 een boete ad EUR 27.082.000,00 opgelegd aan Heiploeg wegens mededingingsbeperkende activiteiten in de periode van 2000 tot 2009 (de "Boete"). (...)

(E) De Curatoren hebben naar aanleiding van de Boete diverse oud-bestuurders aansprakelijk gesteld vanwege hun vermeende betrokkenheid bij het aangaan van mededingingsbeperkende afspraken die door de Europese Commissie zijn beoet. Daarnaast hebben de Curatoren een voornemen geuit tot het aansprakelijk stellen van de RvC-leden. Curatoren hebben daartoe gesteld dat de RvC-leden op de hoogte waren, of hadden behoren te zijn, van de mededingingsbeperkende afspraken en onvoldoende hebben gedaan om de schadelijke gevolgen daarvan te mitigeren. Dit wordt met klem ontkend door RvC-leden, die stellen dat zij onjuist en onvolledig zijn voorgelicht door de RvB-leden. Dit wordt ten stelligste betwist door de RvB-leden. Zowel de beweerdelijke vordering op de RvB-leden als op de RvC-leden wordt thans gestold op een onbehoorlijke taakvervulling door de RvB-leden en de RvC-leden (de "Onbehoorlijke Taakvervulling").

(F) Zowel tussen de RvB-leden enerzijds als de RvC-leden anderzijds, als tussen de RvB-leden en de RvC-leden enerzijds en de Curatoren anderzijds bestaat een geschil over (onder meer) hun beweerdelijke betrokkenheid bij het aangaan en/of kennis van de mededingingsbeperkende afspraken, of de Boete een belangrijke oorzaak van het faillissement van Heiploeg is geweest en hun mogelijke aansprakelijkheid uit welke hoofde dan ook jegens de boedel en/of de gezamenlijke crediteuren (het "Geschil").

(G) Partijen wensen het Geschil te beëindigen en middels onderhavige overeenkomst hun rechtsverhouding ter zake vast te stellen. Partijen zijn daartoe een schikking overeengekomen, in samenspraak met de D&O verzekeraars. Ter uitvoering van die schikking zal een bedrag van EUR 3.000.000 (zegge: drie miljoen euro, het "Schikkingsbedrag") aan de boedel van Heiploeg Holding B.V. worden betaald, welk bedrag naar het oordeel van de Curatoren voldoende recht doet aan het aandeel van de RvB-leden en RvC-leden in de vermeende Onbehoorlijke Taakvervulling en de als gevolg daarvan ontstane schade voor de gezamenlijke crediteuren van Heiploeg.

(...)

KOMEN OVEREEN ALS VOLGT:

## 1. SCHIKKING

(...)

### 1.5.

Voor zover op enig RvB-lid en/of RvC-lid hoofdelijke aansprakelijkheid zou rusten, verbinden de Curatoren zich hierbij om dit RvB-lid of RvC-lid te ontslaan van zijn verplichting tot bijdragen uit hoofde van de interne draagplicht. Tevens verminderen de Curatoren enige mogelijke vordering ten opzichte van alle andere mogelijke hoofdelijke aansprakelijken met het bedrag dat die andere mogelijke hoofdelijke aansprakelijke(n) van de RvB-leden en de RvC-leden zouden hebben kunnen vorderen, zoals bedoeld in art. 6:14 BW.

(...)

## 3. GEHEIMHOUDING

### 3.1.

Partijen verbinden zich ertoe over en weer geen mededelingen aan of tegenover derden te doen omtrent het bestaan of de inhoud van deze Vaststellingsovereenkomst, zulks met uitzondering van de in de onderling overleg vastgelegde verslaglegging als bedoeld in artikel 1.5 van de Vaststellingsovereenkomst, de verantwoording aan de rechter-commissaris.

(...)

3.18. In een tweede vaststellingsovereenkomst tussen (de verzekeraars van) [naam25], [naam6], [naam7], [naam2], [naam26], [naam27], [naam28] en [naam29] is vastgelegd wie wat bijdraagt aan het schikkingsbedrag.

3.19. Op 28 mei 2019 hebben de curatoren voor afgerond € 107,5 miljoen conservatoir beslag gelegd ten laste van [appellant]. Op 19 juli 2019 hebben zij [appellant] te kennen gegeven geen informatie te kunnen verstrekken over de minnelijke regeling met de andere (oud-)bestuurders en commissarissen van het concern in verband met een overeengekomen geheimhouding. De verzekeraars hebben de eerste vaststellingsovereenkomst daarna op 24 juli 2019 wel aan [appellant] verstrekt. Op 22 augustus 2019 heeft de voorzieningenrechter de verzekeraars veroordeeld om ook de tweede vaststellingsovereenkomst aan hem te verstrekken, met dien verstande dat de daarin genoemde namen van de bestuurders en commissarissen en de door hen betaalde bedragen zijn weggelakt.

3.20. Op 5 september 2019 heeft [appellant] de curatoren aansprakelijk gesteld voor (i) het uitsluiten van [appellant] van de minnelijke regeling die de curatoren met de andere (voormalig) be-

stuurders en commissarissen hebben gesloten en (ii) het voor € 107,5 miljoen euro beslag leggen ten laste van [appellant], terwijl de vordering volgens hem veel lager was.

#### 4. De beslissing van de rechtbank en de vorderingen in het hoger beroep

4.1. De rechtbank heeft op vordering van de curatoren 'voor recht' verklaard dat [appellant] zijn taak als bestuurder van Heiploeg Beheer en Heiploeg onbehoorlijk heeft vervuld zoals bedoeld in artikel 2:9 BW en dat hij gehouden is tot de vergoeding van de daardoor ontstane schade. [appellant] is veroordeeld om aan de curatoren € 13.012.901 te betalen, verminderd met 'een bedrag gelijk aan het bedrag dat [appellant] op basis van een bijdrageplicht op grond van artikel 6:10 BW, 6:13 BW of op welke grond dan ook ter zake de vordering van de curatoren in deze procedure had kunnen vorderen van de voormalig bestuurders en commissarissen die partij zijn bij de vaststellingsovereenkomst met de curatoren d.d. 7 februari 2019', te vermeerderen met wettelijke rente.

4.2. De overige vorderingen van de curatoren zijn afgewezen, net als de vorderingen die [appellant] zelf had ingesteld. Hij had een verklaring 'voor recht' gevorderd dat de curatoren onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld en aansprakelijk zijn voor de daaruit voortvloeiende schade. Daarnaast vorderde hij een veroordeling van de curatoren tot betaling van een in een afzonderlijke 'staatprocedure' op te maken schadevergoeding.

4.3. De bedoeling van het hoger beroep van [appellant] is dat de toegewezen vorderingen alsnog worden afgewezen, onder toewijzing van zijn eigen vordering.

4.4. De curatoren zijn ook in hoger beroep gekomen. Daarbij hebben zij hun eis gewijzigd. Deze nieuwe eis – waar op zichzelf geen bezwaar tegen is gemaakt en die het hof ook toelaatbaar acht – strekt ertoe dat ten aanzien van de vordering op grond van artikel 2:9 BW voor recht wordt verklaard dat [appellant] zijn taak als bestuurder van Heiploeg Beheer en Heiploeg onbehoorlijk heeft vervuld en gehouden is tot vergoeding van de daardoor ontstane schade van € 27.082.000, verminderd met het bedrag dat [appellant] op basis van een bijdrageplicht op grond van artikelen 6:10 BW, 6:13 BW of op welke grond dan ook, ter zake de vordering van de curatoren in deze procedure, had kunnen vorderen van de voormalig bestuurders en commissarissen die partij zijn

bij de eerste vaststellingsovereenkomst (door de curatoren berekend op € 7.041.320), en [appellant] dus te veroordelen om aan de curatoren € 20.040.680 te voldoen, te vermeerderen met wettelijke rente. Als 'subsidiair' vangnet hebben de curatoren gevorderd dat [appellant] wordt veroordeeld om aan hen € 20.040.680 te voldoen, te vermeerderen met wettelijke rente. Daarnaast vorderen zij verwijzing naar een afzonderlijke procedure om de overige schade vast te stellen die zij hebben geleden.

4.5. Een andere, door de rechtbank afgewezen schadevordering op grond van het leerstuk onrechtmatige daad<sup>3</sup>, is in dit hoger beroep niet meer aan de orde.

#### 5. Het standpunt van de curatoren in het kort

5.1. Zoals gezegd, vorderen de curatoren op grond van artikel 2:9 BW vergoeding van schade van Heiploeg Beheer en Heiploeg. Het gaat bij deze benadering om een interne aansprakelijkheid van [appellant] als bestuurder tegenover die rechtspersonen. Daarbij wordt hem verweten dat hij zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld.

5.2. In de ogen van de curatoren heeft [appellant] in zijn hoedanigheid van bestuurder van Heiploeg Beheer en dochtervennootschap Heiploeg tussen 2000 en 2004 mededingingsbeperkende prijsafspraken gemaakt die hebben geleid tot de oplegging van de kartelboete. Die boete zien zij als (een deel van de) schade die deze vennootschappen hierdoor hebben geleden. Volgens de curatoren rust op het bestuur van een rechtspersoon de verplichting om de voor de rechtspersoon geldende wet- en regelgeving na te leven, en dient een bestuurder zich te onthouden van het overtreden van de wet. [appellant] heeft zich niet aan die verplichting gehouden, aangezien hij wist of behoorde te weten dat het concern door zijn handelen de wet overtrad. Daarmee heeft hij ernstig verwijtbaar jegens de vennootschap gehandeld en is hij verplicht de schade te vergoeden die de vennootschap hierdoor lijdt. Volgens de curatoren kan de gehele kartelboete aan [appellant] worden

3 Externe aansprakelijkheid; een zogenoemde Peeters-Gatzenvordering, waarbij [appellant] wordt verweten onrechtmatig te hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van Heiploeg Beheer, Heiploeg en Goldfish.

toegerekend, ook al is hij niet gedurende die hele periode bestuurder van Heiploeg Beheer en Heiploeg geweest. Hij heeft namelijk aan de wieg van die afspraken gestaan en deze zijn na zijn vertrek voortgezet. Dit laatste standpunt heeft de rechtbank verworpen, maar wordt in hoger beroep gehandhaafd. Het hof zal er hierna op ingaan.

5.3. [appellant] voert tegen deze vordering diverse verweren aan die het hof hierna ook zal behandelen. De bezwaren van beide partijen zullen thematisch worden besproken.

#### 6. De verweren van [appellant]

*De ontvankelijkheid van de curatoren; het argument van Mussche; relativiteitseisen*

6.1. [appellant] heeft een aantal aan elkaar verwante verweren gevoerd die zien op de vraag (1) of de normschending van artikel 2:9 BW wel ziet op kartelafspraken die bestuurders hebben gemaakt en (2) of de Europese regelgeving toelaat dat vennootschappen de schade die zij door dergelijke afspraken lijden op bestuurders afwentelen. Die verweren worden hierna besproken.

#### Ad (1)

6.2. [appellant] heeft allereerst aangevoerd dat de curatoren niet in hun vorderingen kunnen worden ontvangen. Hij beroept zich daarbij op een artikel van M. Mussche<sup>4</sup>, die in algemene zin zou hebben bepleit dat een bestuurder in een geval als dit niet tegenover de vennootschap aansprakelijk zou moeten zijn, nu de gevorderde schade uit wetsovertredingen van de vennootschap voortvloeit. In deze redenering moet worden voorkomen dat een vennootschap de facto ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat zij enerzijds jarenlang profiteert van een prijskartel waaraan zij deelneemt, terwijl zij anderzijds de 'netto schade' op haar bestuurder zou mogen verhalen op het moment dat het kartel ontdekt wordt.

6.3. Het hof zal niet ingaan op de door de curatoren opgeworpen vraag of dit standpunt door Mussche daadwerkelijk is verdedigd, omdat het hoe dan ook geen steun vindt in de wet. Artikel 2:9 BW beoogt de vennootschap immers bescherming te bieden tegen de schadelijke gevolgen van ernstig verwijtbaar handelen van haar bestuur-

ders. Het maken van prijsafspraken die met sancties zijn bedreigd, valt daar uiteraard onder. Een bestuurder die bewust de wet overtreedt en daarmee de vennootschap schade berokkent, handelt ernstig verwijtbaar en is in beginsel verplicht om de schade van de vennootschap te vergoeden. Het hof onderkent dat dergelijk handelen in algemene zin voor de vennootschap de facto ook positieve gevolgen kan hebben waarmee bij de begroting van de schade rekening zou moeten worden gehouden, maar dat wordt met dit verweer niet aangevoerd. Het hof verwijst daarvoor naar rechtsoverweging 6.21 in dit arrest.

#### Ad (2)

6.4. Een ander, aan het voorgaande verwant argument moet volgens [appellant] tot afwijzing van de vordering leiden: volgens hem strekken de geschonden mededingingsrechtelijke regels niet ter bescherming tegen de schade die in deze procedure wordt gevorderd. [appellant] heeft zich daartoe beroepen op een uitspraak van het Landgericht Saarbrücken<sup>5</sup>, waarin is bepaald dat een opgelegde boete niet kan worden verhaald op de bestuurders die de verboden afspraken feitelijk hebben gemaakt, omdat dat zou indruisen tegen het doel en nuttig effect van artikel 101 VWEU. Dat is een fundamentele bepaling die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt. Daarom moet de onderneming als normadressant de boete volgens het Landgericht zelf betalen en mag deze niet op een ander worden afgewenteld<sup>6</sup>. Het hof verwerpt dat verweer en licht die beslissing hierna toe.

6.5. De curatoren hebben [appellant] aangesproken op basis van artikel 2:9 BW. Het gaat daarbij om een regresvordering van de failliete vennootschap, die in dit geval door de curatoren wordt ingesteld op grond van hun bevoegdheid tot beschikking en beheer van het vermogen van de failliete vennootschap (artikel 23 Fw). Het blijft daarbij echter een vordering van de vennootschap. Inderdaad is het dan met het oog op het doel en nuttig effect van artikel 101 VWEU de

4 Interne bestuurdersaansprakelijkheid voor bewuste wetsovertredingen, Ondernemingsrecht 2013183.

5 LG Saarbrücken 1. Kammer für Handelssachen 15.09.2020, 7HKO 6/16.

6 In gelijke zin: de Britse zaak Safeway Stores v Twigger & Ors; England and Wales Court of Appeal 21 december 2010.



vraag of de vennootschap wel een dergelijke regresvordering heeft. Gelet op de specifieke omstandigheden van deze zaak beantwoordt het hof deze vraag bevestigend. In de Duitse uitspraak waarnaar [appellant] verwijst, ging het om de onderneming zelf die een aan haar opgelegde en ook door haar betaalde boete wenste te verhalen en daarmee op anderen wilde afwentelen. In het nu te beoordelen geval gaat het echter om een vennootschap die in staat van faillissement verkeert en niet in staat is de boete of enig deel daarvan te betalen. Uit de stellingen van partijen volgt dat de afwikkeling van het faillissement zich in het eindstadium bevindt en dat het faillissement zal eindigen door opheffing (artikel 16 lid 1 Fw) of door verbindend worden van de uitdelingslijst (artikel 193 lid 1 Fw). De vennootschap zal daarna ophouden te bestaan (artikel 2:19 lid 1 sub c en lid 6 BW). Hieruit volgt dat het bestaan van de regresvordering op de bestuurders niet afdoet aan het doel en het nuttig effect van artikel 101 VWEU. Gelet op de toestand waarin de vennootschap verkeert, heeft de boete op haar immers geen effect en heeft zij zelf geen enkel belang bij de regresvordering; uitsluitend haar schuldeisers hebben dat. Voor de vennootschap leidt de regresvordering ook niet tot enige materiële verlichting van de op haar rustende boeteverplichting.

6.6. De door de curatoren ingestelde regresvordering is naar het oordeel van het hof dan ook niet onverenigbaar met de uitleg die de Duitse rechter aan het Europese recht heeft gegeven. Het instellen daarvan is juist in lijn met het doel van de Europeesrechtelijke anti-kartelnormen dat eenieder vergoeding kan vorderen van schade die hem door die overeenkomst is berokkend.<sup>7</sup> Het hof ziet daarom niet in waarom de curator geen regresvordering zou kunnen instellen, feitelijk ten behoeve van schuldeisers van de onderneming die niet bij de kartelafspraken betrokken zijn geweest en ten laste van bestuurders voor wie dat wel geldt, laat staan dat het instellen van een dergelijke vordering het nuttig effect van artikel 101 VWEU zou ondermijnen.

7 Zie het Europese Hof van Justitie in de zaak van Courage Ltd.-Crehan (20 september 2001, zaak C-453/99). Volgens het Hof valt hieronder zelfs een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen.”

#### *Het beroep op rechtsverwerking*

6.7. [appellant] heeft zijn beroep op rechtsverwerking gehandhaafd: op 20 juni 2014 heeft hij alle aansprakelijkheid nadrukkelijk afgewezen, en na het contact met de curatoren in mei 2016 hebben de curatoren drie jaar in stilte voorbij laten gaan. In het licht van zijn afwijzing en het einde van enige poging tot het treffen van een regeling, mocht [appellant] naar hij meent deze radiostilte redelijkerwijs opvatten als het einde van iedere discussie met de curatoren. Hij acht daarbij relevant dat:

- hij al sinds 2004 geen bestuurder van het concern meer was;
- de faillissementen van het concern niet het gevolg zijn van zijn handelen, van (meer dan) tien jaren daarvoor;
- hij talloze verweren tegen de vermeende aanspraak van de curatoren naar voren heeft gebracht;
- de curatoren in de jaren 2014-2016, toen partijen nog contact met elkaar hadden, nooit inhoudelijk hebben gereageerd op die verweren;
- zij evenmin hun eigen stellingen hebben geconcretiseerd of met (deugdelijk) bewijs hebben gestaafd;
- in de faillissementsverslagen is beschreven dat de curatoren wel druk waren met onderhandelingen en (dreigende) procedures tegen andere bestuurders en commissarissen, maar daarin met geen woord hebben gerept over mogelijke acties tegen [appellant].

6.8. [appellant] voegt hieraan toe dat zijn positie door het verstrijken van de jaren ernstig is verslechterd. Mogelijkheden om (tegen)bewijs te leveren zijn verloren gegaan: relevante bewijsstukken kan hij niet meer achterhalen en met de schikking in de hand zullen de andere oud-bestuurders en commissarissen niet meer geneigd zijn hem van informatie te voorzien. Ook verhaalsmogelijkheden zijn verloren gegaan en het is de vraag of [appellant] nog aanspraak kan maken op dekking van de verzekering.

6.9. Het hof verwerpt dit verweer. Zoals de rechtbank al overwoog, is enkel tijdsverloop onvoldoende om het beroep op rechtsverwerking te honoreren, en met het voorgaande heeft [appellant] onvoldoende feiten of omstandigheden aangevoerd op grond waarvan bij hem het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de curatoren hun aanspraak op schadevergoeding niet meer geldend zouden maken. Het hof schaart zich dan

ook achter de overwegingen van de rechtbank daarover:

*De rechtbank neemt daarbij in overweging dat de curatoren [appellant] bij brief van 27 mei 2014 en 16 oktober 2015 duidelijk aansprakelijk hebben gesteld en er tussen partijen op 9 mei 2016 telefonisch contact is geweest waarin (onder andere) de mogelijkheid van een regeling in der minne is onderzocht. Daarnaast hebben de curatoren in hun brief van 19 juli 2019 [appellant] te kennen gegeven dat zij (nog altijd) bereid waren om met [appellant] in onderhandeling te treden over een minnelijke regeling. [appellant] heeft naar het oordeel van de rechtbank evenmin voldoende onderbouwd dat zijn positie als schuldenaar onredelijk is benadeeld of verzwaaard doordat de curatoren alsnog hun vorderingen geldend (proberen te) maken. Aan de stelling van [appellant] dat hij door de handelwijze van de curatoren is benadeeld omdat zijn bestuursaansprakelijkheidsverzekeraar mogelijk geen dekking meer verleent en een eventuele regresvordering op de overige functionarissen van Heiploeg inmiddels is verjaard, gaat de rechtbank voorbij. Indien [appellant] naar aanleiding van de aansprakelijkstelling van de curatoren geen actie in de richting van zijn verzekeraar of de overige functionarissen van Heiploeg heeft genomen om eventuele dekking zeker te stellen en/of een verjaringstermijn te stuiten, komt dit naar het oordeel van de rechtbank voor zijn eigen rekening en risico. Dat geldt ook voor een eventuele informatieachterstand of (on)mogelijkheid om bij een schikking te worden betrokken.*

6.10. Het hof voegt hieraan toe dat het niet van belang is of verhaalsmogelijkheden op andere oud-bestuurders of commissarissen door het verstrijken van de tijd zijn verminderd. De curatoren hebben namelijk niet meer gevorderd dan [appellant] in verhouding tot andere hoofdelijk schuldenaren aangaat. De ‘artikel 6:14 BW-clausule’ in de vaststellingsovereenkomst tussen de curatoren en de andere oud-bestuurders en -commissarissen staat immers in de weg aan een succesvolle verhaalsactie van [appellant] op laatstgenoemden. [appellant] had in deze procedure, ter vermindering van de vordering van de curatoren, onderbouwd moeten stellen en eventueel bewijzen – bijvoorbeeld door oproeping van de andere oud-bestuurders en -commissarissen – dat hij op grond van de interne bijdrageplicht meer van hen had kunnen vorderen dan de curatoren gezien hun vordering hebben berekend (zie ook hierna

onder 7). Het blijft voor [appellant]’ risico dat hij dit heeft nagelaten en daarbij ook niet concreet heeft gemaakt waarom dat niet mogelijk zou zijn. Verder is niet aannemelijk gemaakt dat zijn positie ten opzichte van zijn bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeraar door de gang van zaken is verslechterd.

#### Verjaring

6.11. [appellant] heeft in het hoger beroep ook het verweer herhaald dat de vorderingen van de curatoren zijn verjaard. Dat wil zeggen: door verloop van vijf jaar na aanvang van de dag volgende op die waarop de curatoren zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend zijn geworden.<sup>8</sup> Ook dit verweer is vergeefs gevoerd. De rechtbank heeft het volgende overwogen.

*Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade dan wel het enkele vermoeden welke persoon voor de schade aansprakelijk is, niet volstaat. De verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. De Hoge Raad heeft in het ASR/Achmea-arrest van 6 april 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BU3784) ten aanzien van de verjaringstermijn van artikel 3:310 BW verduidelijkt dat die termijn niet eerder aanvangt dan op de dag na die waarop de schadevordering opeisbaar is geworden, ook indien voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is.*

(...)

*Nu de curatoren de schade uit hoofde van de onderhavige vorderingen expliciet koppelen aan de (hoogte van de) opgelegde kartelboete is de rechtbank van oordeel dat voor de aanvangstermijn van de verjaring aansluiting moet worden gezocht bij het moment waarop de kartelboete opeisbaar is geworden. Uit het besluit van de Europese Commissie blijkt dat de opgelegde kartelboete binnen drie maanden vanaf de datum van kennisgeving van*

<sup>8</sup> Artikel 3:310 lid 1 BW, dat volgens beide partijen hier van toepassing is.

het besluit diende te worden betaald. Dat betekent naar het oordeel van de rechtbank dat de kartelboete (en daarmee ook de daaruit voortvloeiende schade) 27 februari 2014 opeisbaar is geworden. Naar het oordeel van de rechtbank is de verjaringstermijn daarom aangevangen op 28 februari 2014.

(...)

Gelet op [hof: het zogenoemde] ASR/Achmea-arrest gaat de rechtbank ook voorbij aan de stelling van [appellant] dat, zo begrijpt de rechtbank, de verjaringstermijn al is gaan lopen vóórdat de schadevordering is ontstaan omdat de Heiploeg (c.q. haar functionarissen) bekend was of zou moeten zijn met het (ernstig) verwijtbare handelen van [appellant] en het vermoeden dat daardoor een kans op schade bestond.

Bij de beoordeling of de vorderingen zijn verjaard dient in de tweede plaats de vraag te worden beantwoord of de verjaring is gestuit. De rechtbank constateert dat, uitgaande van de aanvangsdatum van de verjaringstermijn, de onderhavige vordering niet is verjaard. Artikel 3:316 BW bepaalt immers dat de verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolgving van de zijde van de gerechtigde, die in de vereiste vorm geschiedt. Invulling van dit laatste wordt gegeven in artikel 3:317 BW, waarin staat dat verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Naar het oordeel van de rechtbank hebben de curatoren middels hun brief van 16 oktober 2015 daaraan voldaan. Nadien is de verjaring naar het oordeel van de rechtbank gestuit door middel van het instellen van de dagvaarding van 7 juni 2019. Nu de curatoren de vorderingen op 16 oktober 2015 – binnen 5 jaar na 28 februari 2014 – en 7 juni 2019 – binnen 5 jaar na 16 oktober 2015 – hebben gestuit, is van verjaring geen sprake.

6.12. Het hof sluit zich hierbij aan, met dien verstande dat voor de aanvangstermijn van de verjaring aansluiting moet worden gezocht bij het moment waarop de kartelboete is vastgesteld (27 november 2013). De verjaring is vervolgens tijdig gestuit met de brief van de curatoren van 16 oktober 2015. Hiermee is het in hoger beroep ingenomen standpunt van [appellant] onverenigbaar dat de verjaring niet later kan zijn aangevangen dan daags nadat hij op 2 augustus 2004 als

bestuurder is afgetreden. Onverenigbaar is het ook met de suggestie dat Heiploeg Beheer en Heiploeg al voor 27 februari 2014 in staat waren de boete als schade op [appellant] te verhalen – in het bijzonder op de volgende momenten:

– december 2004 (naar aanleiding van de procedures bij de NMA)

– 20 mei 2008 (de dag volgend op de eerste compliance training die door Allen & Overy is gegeven)

– 17 november 2007 (de dag volgend op het formuleren van compliance maatregelen en compliance beleid na het aantreden van Gilde op 3 februari 2006 en/of de benoeming van [naam25] als bestuurder)

– 14 januari 2009 (daags na de beëindiging van het kartel)

– 24 maart 2009 (de inval van de Europese Commissie)

6.13. [appellant] voert voorts aan dat de curatoren zich in hoger beroep op het standpunt hebben gesteld dat ook schade is geleden die bestaat uit kosten voor compliance-trainingen. De eerste van die trainingen vond plaats op 19 mei 2008. Volgens [appellant] betekent dit dat de handelingen die hem worden verweten in de ogen van de curatoren zelf al op 19 mei 2008 tot schade heeft geleid. Hij verdedigt dat de vordering daardoor op 20 mei 2013 is verjaard. De curatoren hebben immers pas voor het eerst op 27 mei 2004 kenbaar gemaakt dat hij zijn bestuurstaak onbehoorlijk zou hebben vervuld en dat zij het voornemen hadden hem daarvoor aansprakelijk te stellen. De verjaring treft volgens [appellant] alle schade die in hetzelfde verband is geleden.

6.14. Ook dit standpunt wordt niet gevolgd, omdat [appellant] doelt op de afzonderlijke elementen van doorlopende (periodieke) schade. In een dergelijke situatie geldt dat indien reeds daadwerkelijk schade is geleden – zodat een opeisbare schadevergoedingsvordering bestaat – die vordering mede omvat de toekomstige schadeposten die als afzonderlijke, voorzienbare, elementen van dezelfde doorlopende schade moeten worden gezien. Ook voor die schadeposten bestaat dan dus al een opeisbare vordering tot schadevergoeding.<sup>9</sup> Meer concreet zou het dan moeten gaan om verschillende toekomstige, maar onverbreekelijk verbonden, voorzienbare, schadeposten die door de

<sup>9</sup> Zie Hoge Raad 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:889.

verweten gedraging zijn veroorzaakt, zoals terugkerende medische kosten die het gevolg zijn van onrechtmatig toegebracht letsel. Daarvan is hier echter geen sprake. De kartelboete was weliswaar een gevolg van de verboden prijsafspraken, maar betreft geen schade die op het moment van die kartelafspraken feitelijk al was geleden en zich pas later zou manifesteren. In dit geval blijft daarom het uitgangspunt overeind dat de schade pas wordt geleden op het moment dat de rechtsvordering tot schade is ontstaan. Dat wil zeggen, op het moment dat de kartelboete is opgelegd.

#### *Onbehoorlijk bestuur*

6.15. [appellant] voert aan dat het boetebesluit van de Europese Commissie en de bewijsbijlage weliswaar correct zijn geciteerd, maar dat de inhoud van die stukken niet als vaststaand kan worden aangemerkt. Daarmee staat volgens hem dus ook niet vast, zo begrijpt het hof, dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Op zichzelf is dat juist. De vraag of een en ander in deze procedure is komen vast te staan, is echter afhankelijk van de vraag of het feitenrelaas uit deze stukken voldoende gemotiveerd door [appellant] is bestreden en – als dat het geval is – of die feiten na bewijsoverlevering alsnog zijn komen vast te staan.

6.16. Aan bewijsoverlevering komt het hof echter niet toe. Zoals de rechtbank al heeft overwogen, heeft [appellant] de inhoud van het besluit en de daarmee corresponderende bewijsnotitie namelijk niet gemotiveerd betwist. Ook in hoger beroep is dat niet gebeurd. De uitvoerige en belastende weergave van de gang van zaken door de jaren heen (de hierna te behandelen eerste periode, tussen 2000 en 2004) vraagt om een uitgebreide en concrete weerspreking, en daarvan is nog steeds geen sprake. Het standpunt dat in de tijd dat [appellant] bestuurder was slechts is gekozen voor een wettelijk toegestane ‘strategische alliantie’ (onder meer met [naam10]), is onverenigbaar met de niet of nauwelijks gemotiveerd betwiste feiten en omstandigheden op grond waarvan over die periode boetes zijn opgelegd. Als verweer tegen al hetgeen in het desbetreffende besluit en de bewijsnotitie is opgemerkt, is het dan ook volstrekt onvoldoende.

6.17. De rechtbank heeft uitvoerig uiteengezet dat en waarom sprake is geweest van een langdurige, directe en persoonlijke betrokkenheid van [appellant] bij de gedragingen van het concern om de in- en verkoopprijs van noordzeegarnalen te be-

invloeden, waar nodig met behulp van andere handelaars en door ondersteuning van het beperken van mededinging op de visafslag. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat deze gedragingen in strijd waren met de wettelijke mededingingsregels waarvan [appellant] indertijd als bestuurder van Heiploeg en Heiploeg Beheer geacht kon worden op de hoogte te zijn geweest. Het hof volgt de rechtbank ook waar zij ter toelichting het volgende heeft overwogen.

*Van een redelijk handelend bestuurder mag immers worden verwacht dat hij zich vooraf op de hoogte heeft gesteld van de aard en omvang van de activiteiten van de te besturen vennootschap(pen). Van een redelijk handelend bestuurder mag daarnaast worden verwacht dat hij bijzondere aandacht besteedt aan de naleving van de in dat verband geldende regels, dan wel mag verwacht worden dat hij zich daaromtrent tenminste door deskundigen laat informeren. [appellant] heeft ter gelegenheid van de comparitie van partijen verklaard dat hij zich er in 2001 al van bewust was dat ‘er uitgekeken moest worden met prijsafspraken’. Niettemin heeft [appellant] bewerkstelligd c.q. toegelaten dat Heiploeg activiteiten ontplooidie die in strijd waren met de wettelijke mededingingsregels. [appellant] heeft naar het oordeel van de rechtbank niet alleen bewerkstelligd c.q. toegelaten dat Heiploeg haar wettelijke verplichtingen niet nakwam, maar wist tevens, of had in ieder geval moeten begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van Heiploeg als gevolg zou hebben dat Heiploeg in strijd handelde met haar wettelijke verplichtingen. Daarnaast wist [appellant] althans behoorde hij te begrijpen dat deze handelwijze, het overtreden van de mededingingsrechtelijke regels, tot benadeling van (de schuldeisers van) Heiploeg zou kunnen leiden, bijvoorbeeld door (zeer hoge) publiekrechtelijke boetes en (zeer grote) financiële en reputatieschade.*

*[appellant] heeft naar het oordeel van de rechtbank geen omstandigheden aangevoerd die de conclusie rechtvaardigen dat hem ter zake hiervan geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt of een billijkheidscorrectie moet worden toegepast. Voor zover [appellant] heeft willen betogen dat andere functionarissen (eveneens) betrokken zijn geweest bij het bewerkstelligen c.q. toelaten van de in strijd met de wettelijke mededingingsregels zijnde gedragingen van Heiploeg, kan dat [appellant] niet baten. Immers voor zover daar al sprake van zou zijn, kan één en ander [appellant] niet vrijstellen van zijn*

*eigen aansprakelijkheid voor zijn betrokkenheid bij c.q. kennis van die gedragingen en het aan hem te maken persoonlijk ernstig verwijt.*

6.18. Het hof voegt hier het volgende aan toe.

Bij de rechtbank en ook ter zitting bij het hof heeft [appellant] zich op het standpunt gesteld dat de kartelafspraken pas na zijn vertrek zijn gemaakt, en dat hij voor dergelijke afspraken juist heeft gewaarschuwd toen hij zelf bestuurder was. Hij zou dat hebben gedaan toen de zogenaamde bouwfraude aan het licht kwam. In die affaire was sprake van het onderling verdelen van opdrachten door grote aannemers, terwijl de opdrachten openbaar aanbesteed moesten worden. Dat verweer is ongeloofwaardig; algemeen bekend is dat de bouwfraude pas in 2001 aan het licht kwam en in 2002 in een parlementaire enquête is onderzocht. Uit de feitelijke opsomming die in het boetebesluit en de bewijsbijlage is gegeven, volgt dat de kartelafspraken voordien al tot stand zijn gekomen, na het aantreden van [appellant] in 2000: op zijn initiatief en onder zijn regie. Directe aanleiding daarvoor was de overname door [naam1] van een Duitse visserijcoöperatie en de directe toegang die deze concurrent in 1999 kreeg tot contractvissers in Duitsland en Denemarken. Vervolgens, dus ook nadat de bouwfraude-affaire aan het licht kwam, is het kartel blijkens de genoemde stukken onder bestuurlijke leiding van [appellant] bestendigd.

Het hof gaat ervan uit dat de uitgebreide en minutieuze weergave van die feitelijke gang van zaken in het besluit en de bewijsbijlage juist is, omdat [appellant] er zowel bij de rechtbank als bij het hof alleen in zeer algemene bewoordingen bezwaar tegen heeft gemaakt. Onbegrijpelijk is de opmerking van [appellant] dat al deze afspraken slechts zijn gemaakt om het probleem van het pellen van de garnalen te ondervangen door het opzetten van gezamenlijke pelfaciliteiten. Ook verder heeft hij er hoegenaamd niets steekhoudends tegenin gebracht.

#### *De gevorderde schade*

6.19. Volgens [appellant] kan de kartelboete niet als schade worden gevorderd om de volgende redenen.

– Tussen partijen staat vast dat de faillissementen niet door de verweten gedragingen zijn veroorzaakt, maar door de penibele financiële situatie waarin Heiploeg en Heiploeg Beheer waren komen te verkeren. [appellant] is om die reden niet

op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk voor de vorderingen van de schuldeisers in de faillissementen (het boedeltekort). Het causaal verband tussen de verweten gedragingen en de schade (de boetevordering die deel uitmaakt van het boedeltekort) ontbreekt daarom.

– Het louter ontstaan van de boetevordering kwalificeert niet als schade. Die boete is niet betaald en maakt als concurrente vordering deel uit van de schulden van het faillissement. Het fixatiebeginsel bij faillissementen staat eraan in de weg dat de boete als schade kan worden verhaald. Op grond van dat beginsel staat namelijk niet alleen vast welke vorderingen en schulden op faillissementsdatum bestonden, maar staat ook vast dat een schuld zoals de kartelboete niet betaald is en niet betaald kan worden. Het genereren van een positief boedelsaldo ten behoeve van de schuldeisers, waardoor toch enige uitkering kan worden gedaan, maakt niet dat aan de zijde van de gefailleerde vennootschappen alsnog schade is ontstaan of is blijven bestaan die voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen.

– Om het opleggen van een boete aan te kunnen merken als een vermogensvermindering en daarmee als schade, is vereist dat die boete daadwerkelijk wordt betaald. Dat zal in dit geval echter niet meer (geheel) gebeuren. Daarom is in feitelijk-economische zin geen schade geleden.

6.20. Het hof verwert deze verweren. De vordering van de curatoren is gebaseerd op artikel 2:9 BW en niet op artikel 6:162 BW. Het gaat daarom om schade die de vennootschappen hebben geleden als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling door [appellant]. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen bestaat die onbehoorlijke taakvervulling uit de gedragingen die in strijd waren met de wettelijke mededingingsregels. De schade bestaat hoofdzakelijk uit de door de Europese Commissie aan de vennootschappen opgelegde boete. Uitgangspunt daarbij is dat de vennootschappen schade lijden doordat een schuld aan het vermogen wordt toegevoegd en dus het passief wordt vergroot. Op zichzelf is niet uitgesloten dat latere ontwikkelingen aan dat uitgangspunt afbreuk doen – bijvoorbeeld doordat het boetebesluit op enig moment wordt vernietigd. Daarvan is hier echter geen sprake, en het is niet zo dat het onbetaald laten van een dergelijke boete of het intreden van een faillissement aan dit uitgangspunt afbreuk kan doen. Dat geldt eveneens als op enig moment zou komen vast te staan dat de boete

(ook nadat deze als schade is verhaald) in een faillissement niet of niet volledig meer uit het boedelactief zal kunnen worden voldaan. Het feit dat er niet van kan worden uitgegaan dat het faillissement door de verweten gedragingen is veroorzaakt, staat niet aan het hiervoor beschreven oorzakelijk verband in de weg. Het gaat bij deze beoordeling immers om de vraag of door de verweten gedragingen schade aan de vennootschap zelf is toegebracht, en niet om schade die door deze gedragingen al dan niet door de gezamenlijke crediteuren is geleden.

6.21. Aangevoerd is verder dat ook becijferd zou moeten worden hoeveel profijt de vennootschappen hebben gehad van de gunstige positie waarin zij door de kartelafspraken jarenlang hebben gezeten. Het hof vat dit op als een beroep op artikel 6:100 BW, waarin is geregeld dat dergelijk voordeel bij de vaststelling van de geleden schade in rekening moet worden gebracht, voor zover dat redelijk is. Dat verweer strandt op de constatering dat een kartel per saldo (de boete weggedacht) voor de deelnemende vennootschappen niet *zonder meer* voordelig is, en dat daar verder ook geen concrete aanknopingspunten voor zijn aangevoerd.

*7. Het verweer van [appellant] en de vordering van de curatoren: de mate waarin [appellant] aan de schade dient bij te dragen*

*Het verweer dat alle hoofdelijk aansprakelijke personen in gelijke delen aan de schade moeten bijdragen*

7.1. De eerste vaststellingsovereenkomst heeft tot gevolg dat [appellant] niet kan worden veroordeeld tot betaling van meer dan hem aangaat in de onderlinge verhouding met de hoofdelijk schuldenaren die deze overeenkomst hebben gesloten. Volgens hem hadden de curatoren daarom de rol van ieder van hen moeten onderbouwen om tot een goede verdeling van de onderlinge aansprakelijkheid te komen. Zolang dat niet is gedaan, dient volgens [appellant] het uitgangspunt te zijn dat alle betrokkenen (ook hijzelf) voor gelijke delen moeten bijdragen aan de schade. In aanvulling op de hiervoor al behandelde verweren, neemt hij dat standpunt in hoger beroep ook in: de curatoren hebben niet in kaart gebracht wat de onderlinge draagplicht is van de verscheidene bestuurders en commissarissen. [appellant] onderkent dat dit in een zaak als deze

ook moeilijk is vast te stellen, en pleit opnieuw voor het uitgangspunt dat eventuele aansprakelijkheid voor gelijke delen wordt vastgesteld. Hij gaat uit van hoofdelijke aansprakelijkheid van negen personen en berekent zijn eigen schuld dan op € 3.000.000. Volgens hem is er geen reden hier in zijn nadeel een uitzondering op te maken, zoals de curatoren bepleiten (76%, oftewel € 20.0040.680). Integendeel, andere bestuurders en commissarissen zouden juist een aanzienlijk groter deel moeten bijdragen dan hijzelf.

*Stelplicht en bewijslast*

7.2. Uitgangspunt bij dit alles is dat de curatoren feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig moeten aantonen op grond waarvan [appellant] in de verhouding tot andere hoofdelijk aansprakelijke partijen gehouden is 76% van de boete te betalen. Het ligt daarbij wel op de weg van [appellant] om gemotiveerd verweer te voeren tegen hetgeen de curatoren daaromtrent aangevoeren. Van de curatoren kan een bijzondere onderbouwing worden gevraagd van het standpunt dat [appellant] gehouden is om meer te betalen dan een gelijk deel ten opzichte van de andere aansprakelijke bestuurders, en van [appellant] kan in het bijzonder worden verlangd dat hij het verweer handen en voeten geeft dat (en in hoeverre) juist de anderen meer dienen bij te dragen dan hijzelf.

7.3. Onderscheid moet dan nog worden gemaakt tussen (i) de periode dat [appellant] bestuurder was en (ii) de periode nadien. De opgelegde boete ziet immers op beide periodes. Voor beide periodes moet worden vastgesteld welke bestuurders en commissarissen en andere betrokkenen aansprakelijk zijn. Volgens [appellant] gaat het daarbij in de eerste periode behalve om hemzelf steeds om alle acht bij de eerste vaststellingsovereenkomst betrokken voormalig bestuurders en commissarissen van Heiploeg Beheer en Heiploeg holding, en om (de hoofdelijk aansprakelijke bestuurders van) Goldfish. De boete is immers naast Heiploeg en Heiploeg Beheer ook aan die vennootschap opgelegd.

*– Ad (i): de periode 2000-2004*

7.4. [appellant] wijst erop dat hij nooit zelfstandig bevoegd is geweest het concern te vertegenwoordigen: tot mei 2001 was hij (deels indirect) gezamenlijk bevoegd met [naam30]; in mei 2001 is [naam31] toetreden tot het bestuur; in decem-

ber 2003 is [naam32] toegetreden tot het bestuur. In juli 2001 is [naam17] gevlmachtigd directeur geworden en in september 2002 gold hetzelfde voor [naam6]. Deze volmachten waren onbeperkt, zij het dat de betreffende directeurs slechts gezamenlijk bevoegd waren, net als de formele bestuurders.

7.5. Deze formele verhoudingen zijn naar het oordeel van het hof echter niet beslissend voor het antwoord op de vraag of de schade [appellant] voor een groter (of kleiner) deel aangaat dan deze medebestuurders. Beslissend is wel de feitelijke gang van zaken. Wat dat betreft heeft de rechtbank onbestreden overwogen dat [appellant] als enige in hoedanigheid van (indirect) verantwoordelijk bestuurder van Heiploeg Beheer en Heiploeg bij de startbijeekomst van het kartel was. Daarnaast blijkt uit het besluit van de Europese Commissie en de bewijsnotitie dat (in ieder geval tot 2004) de contacten tussen het concern en [naam1] om informatie over de in- en verkoopprijzen uit te wisselen en af te stemmen van de zijde van het concern telkens met [appellant] plaatsvonden. Zo staat in die notitie expliciet dat het contact in de periode 2001 - 2003 plaatsvond tussen [appellant] en [naam9] van [naam1]. Ook blijkt uit die notitie dat [appellant] en Smit namens Heiploeg op 11 maart 2003 aanwezig zijn geweest bij een bijeenkomst in Harlingen waarbij onder meer het contract met [naam10] en de inkooprijzen van noordzeegarnalen is besproken. [naam2] was (ook) op dat moment (nog) geen bestuurder binnen het concern.

7.6. Met alles wat de curatoren hebben aangevoerd en feitelijk vaststaat, hebben zij aannemelijk gemaakt dat het [appellant] was – en [appellant] alleen – die in de eerste periode de touwtjes in handen had bij het maken en uitvoeren van de kartelafspraken en (zoals hij zichzelf ook ter zitting heeft genoemd) als de godfather van de garnalenhandel moet worden beschouwd. Van enige voor de beoordeling relevante feitelijke rol van betekenis van zijn (indirecte) medebestuurders of ([naam7] als bestuurder van) Goldfish blijkt nagenoeg niets, laat staan dat dat zou gelden voor de commissarissen. [appellant] voert in dit verband aan dat in de tijd dat [appellant] in functie was, er ook andere vennootschappen (waaronder Goldfish) waren die voor dezelfde boete aansprakelijk zijn gehouden. Daardoor zou niet kunnen worden volgehouden dat ten aanzien van het gehele kartel en de gehele boete een *condicio-si-*

*ne-qua-non-verband* bestaat met de rol van [appellant]. Zoals de rechtbank echter al overwoog, stuit dit argument erop af dat het feit dat anderen evengoed zouden hebben bijgedragen aan de verboden prijsafspraken niet afdoet aan het oorzakelijk verband tussen [appellant]' rol in de prijsafspraken en de kartelboete als onderdeel van de schade die daarvan het gevolg is; schade die bovendien is geleden doordat Heiploeg en Heiploeg Beheer als zelfstandige inbreukplegers zijn beboet.

7.7. [appellant] heeft evenmin onderbouwd waarom andere bestuurders en commissarissen zelfs meer zouden moeten bijdragen dan hijzelf. Met de enkele opmerking hij vanaf 2005 pleitbezorger was van een vrijere markt, dat de opvolgende bestuurders er een schepje bovenop hebben gedaan, en dat het risico van rechtsmaatregelen daardoor veel groter is geworden, kan hij niet volstaan als het gaat om de periode daarvoor waarin hij zelf actief was. Het hof passeert om die reden het bewijsaanbod dat hij daaromtrent heeft gedaan.

– *Ad (ii): de periode 2004-2009*

7.8. De rechtbank heeft vastgesteld dat iets meer dan de helft van de kartelperiode en de daarmee samenhangende boete buiten de bestuursperiode van [appellant] valt. Volgens de curatoren moet de schade echter relatief ruim aan hem worden toegerekend, omdat (i) hij aan de wieg van de kartelafspraken stond, (ii) het kartelbeleid tijdens zijn bestuursperiode bestendig beleid is geworden. Het is volgens curatoren dan ook mede aan hem te wijten dat de kartelafspraken na zijn vertrek zijn voortgezet. Ter zitting is door de curatoren bevestigd dat hiermee niet is bedoeld dat [appellant] zich in de tweede periode nog actief met het beleid heeft bemoeid.

7.9. De rechtbank heeft de curatoren in hun redenering niet gevolgd, omdat het laten voortduren van die deelname in het kartel na het defungeren van [appellant] als bestuurder bij Heiploeg een eigen keuze en eigen verantwoordelijkheid van de opvolgend bestuurders was, en uit het besluit van de Europese Commissie blijkt dat de kartelafspraken door Heiploeg na het defungeren van [appellant] als bestuurder door het toen verantwoordelijke bestuur bewust zijn voortgezet en zelfs lijken te zijn geïntensiveerd. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de 'strategische alliantie' die in 2000 tussen Heiploeg en Kok Seafood was gesloten, in 2005 en 2009 namens Heiploeg is verlengd, en het

feit dat in 2008 naast prijsafspraken en afspraken over marktverdeling ook indirecte druk is uitgeoefend op de inkoopprijs door de afmetingen van de te gebruiken zeefmaat aan te passen. Dergelijke feiten hebben bijgedragen aan de duur van de kartelperiode en daarmee ook de hoogte van de kartelboete (de schade). De hoogte van de kartelboete wordt immers bepaald door de ernst van de inbreuk en het aantal jaar van deelname. De stelling dat de participatie van het concern aan het kartel na het vertrek van aan [appellant] aan hem zou moeten worden toegerekend, is naar het oordeel van de rechtbank dan ook onvoldoende onderbouwd. De enkele stelling van de curatoren dat hij aan de wieg heeft gestaan van de aanvaankelijke kartelafspraken, is daarvoor onvoldoende.

7.10. Het hof schaart zich achter deze overwegingen. Hiermee zijn alle grieven van [appellant] tegen de vaststelling door de rechtbank van zijn draagplicht op een bedrag van € 13.012.901,00 door het hof verworpen.

#### *Het verzoek tot matiging*

7.11. Voor het geval hij tot schadevergoeding aan de curatoren is gehouden, heeft [appellant] een beroep op matiging gedaan. Hij verwijst daarbij naar de aard van de aansprakelijkheid en van de (vermogens)schade, de positieve effecten die de kartelafspraken voor de vennootschappen ook hebben gehad, zijn hoge leeftijd en het risico dat hij bij toewijzing van enige vordering in één klap alles kwijtraakt wat hij in zijn werkende leven heeft opgebouwd. Hij heeft niet de mogelijkheid om opnieuw een oudedagsvoorziening op te bouwen.

7.12. De rechtbank heeft bij haar beoordeling terecht vooropgesteld dat alleen voor matiging plaats is wanneer volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. De rechter moet met terughoudendheid gebruik maken van zijn bevoegdheid om een verplichting tot schadevergoeding te matigen.<sup>10</sup>

7.13. De rechtbank heeft dit verweer verworpen, onder meer omdat [appellant] in louter algemene bewoordingen en zonder onderbouwing heeft gesteld dat hij bij toewijzing van enige vordering in één klap alles kwijt zou zijn wat hij in zijn werkende leven heeft opgebouwd en geen mogelijk-

heden heeft om een nieuwe oudedagsvoorziening op te bouwen. Ook ten aanzien van het beweerdelijke gebrek aan inkomsten en beschikbaar vermogen heeft [appellant] nagelaten inzicht te verschaffen in de mate waarin hij in staat is een schadevergoedingsverplichting te dragen.

7.14. In hoger beroep voert [appellant] aan dat moet worden meegewogen dat het hier gaat om de rechtsverhouding tussen een oud-bestuurder en twee vennootschappen. Inherent aan de positie van een bestuurder is dat hij soms tegenstrijdige belangen moet wegen en risico's moet nemen. Het gaat bovendien louter om vermogensschade die is geleden door een vennootschap die zelf de mededingingsregels heeft overtreden en daar ook profijt van heeft gehad. [appellant] houdt daarbij vol dat het voor hem vanwege zijn hoge leeftijd niet mogelijk is opnieuw inkomen te verwerven en een vermogen op te bouwen. De rechtbank stelde naar zijn mening te vergaande eisen door van hem te verlangen dat hij onbeperkt inzicht geeft in zijn inkomens- en vermogenspositie. Uit de processtukken blijkt immers al welke vermogensbestanddelen door de beslaglegging zijn getroffen en wat de omvang daarvan is.

7.15. Ook het hof verwerpt het beroep op matiging. Het feit dat bestuurders soms tegenstrijdige belangen moeten wegen en risico's moeten nemen, rechtvaardigt uiteraard niet dat zij verboden kartelafspraken maken die ertoe kunnen leiden dat aan de vennootschap hoge boetes worden opgelegd. Dat die vennootschappen ook enig profijt hebben gehad van de gemaakte afspraken, is niet op voorhand aannemelijk en moet het verder ook zonder onderbouwing stellen. Ter zitting heeft [appellant] benadrukt dat hij zijn hoge leeftijd juist niet als argument in de strijd wil werpen (waar ook het hof overigens geen bijzondere redenen toe zou zien) en dat toewijzing van de gevorderde schade financiële consequenties heeft die matiging zouden rechtvaardigen. Dat laatste heeft hij echter onvoldoende onderbouwd.

#### *8. De door de curatoren gevorderde verwijzing naar de schadestaat*

8.1. Volgens de curatoren heeft het concern meer schade geleden als gevolg van het onbehoorlijk bestuur van [appellant]. In ieder geval heeft het zich juridisch moeten laten bijstaan in de onderzoeksfase en in het beroep tegen de boete. Deze kosten moeten volgens de curatoren worden aangemerkt als schade in de zin van artikel 6:96 lid 2

<sup>10</sup> zie: Hoge Raad 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2913.



BW. Ook kunnen kosten voor compliancetrainingen, audits van KPMG en van het bezoek van het bestuur aan de Europese Commissie als schade worden gevorderd, aldus nog steeds de curatoren. Zij verzoeken ter nadere vaststelling van de hoogte van deze overige schade om [appellant] te veroordelen tot betaling van deze schade 'op te maken bij staat'.

8.2. Met het voorgaande hebben de curatoren naar het oordeel van het hof aannemelijk gemaakt dat de kans op dergelijke schade bestaat. Het hof is niet in staat die schade nu te beoordelen en te begroten en zal de vordering toewijzen. Verweren daartegen kunnen in de staatprocedure worden beoordeeld.

### *9. De door de curatoren gevraagde uitvoerbaarheid bij voorraad*

9.1. De rechtbank heeft haar vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, omdat het restitutierisico van [appellant] voldoende aannemelijk was geworden: als de vordering in hoger beroep alsnog zou worden afgewezen, zouden de curatoren een uitgewonnen geldsom als onverschuldigd aan hem moeten terugbetalen. Die vordering dient dan te worden behandeld als een concurrente boedelvordering.<sup>11</sup> Maar de omvang van de boedel(s) gaf de rechtbank aanleiding te veronderstellen dat concurrente boedelcrediteuren niet, althans niet volledig voldaan kunnen worden. De afweging van de belangen van de curatoren en [appellant], de hoogte van het toe te wijzen bedrag, het feit dat de curatoren al conservatoire maatregelen hebben getroffen waardoor een deel van het voor verhaal vatbare vermogen van [appellant] veilig is gesteld – en de redelijkheid en billijkheid – hebben ertoe geleid dat de rechtbank de door de curatoren verlangde uitvoerbaarverklaring bij voorraad heeft afgewezen.

9.2. De curatoren hebben tegen deze beslissing bezwaar gemaakt. Omdat het hoger beroep inmiddels is ingesteld, vat het hof dat bezwaar op als het verzoek dit arrest uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

9.3. Het hof zal dat verzoek honoreren. In hoger beroep is namelijk niet langer aannemelijk dat van de kant van de curatoren enig restitutierisico bestaat; ter zitting hebben de curatoren toegelicht dat nog een boedelactief resteert van ruim een

miljoen euro en dat er in redelijkheid geen rekening mee hoeft te worden gehouden dat meer dan dat actief aan salaris zal opgaan. Er zijn geen andere boedelschulden die uit dit actief hoeven te worden voldaan. Niets van wat [appellant] verder heeft aangevoerd, kan tot een andere afweging leiden.

### *10. De vorderingen van [appellant]*

#### *Onrechtmatige beslaglegging en het verzwijgen van de eerste vaststellingsovereenkomst*

10.1. [appellant] heeft de curatoren verweten dat zij onrechtmatig beslag hebben gelegd vanwege de ongegrondheid van de vorderingen. De rechtbank is aan dat verwijt voorbijgegaan, omdat de vorderingen van de curatoren zijn toegewezen. Uit het voorgaande blijkt dat de vordering ook naar het oordeel van het hof om die reden ongegrond is.

10.2. [appellant] voert echter ook aan dat de rechter-commissaris die het verlot tot de beslaglegging heeft verleend, onjuist is geïnformeerd doordat beslagverlof is gevraagd voor een vordering van bijna 100 miljoen euro. [appellant] was toen immers al niet meer gehouden tot betaling van meer dan hem in de verhouding met andere hoofdelijke schuldenaren aangaat (wat toen onduidelijk was), en de curatoren hebben hun vordering daaraan in dit geschil uiteindelijk ook aangepast. De curatoren hadden zich voordien volgens hem in redelijkheid echter anders moeten gedragen. Zij hebben de zogenaamde Maclou-norm geschonden, ongeacht tot welk bedrag het beslag doel heeft getroffen en ongeacht de hoogte van de vordering die eventueel wordt toegewezen. Ook in deze procedure hebben zij onrechtmatig gehandeld door hun vordering niet aan te passen op de verplichting die zij in de eerste vaststellingsovereenkomst zijn aangegaan. Dat hij hierdoor schade heeft geleden, is volgens [appellant] aannemelijk: hij heeft kosten moeten maken om in kort geding de waarheid boven tafel te krijgen en heeft ook in het kader van deze procedure kosten moeten maken: de incidentele conclusie die klaarlag, kon in de prullenbak nadat de curatoren twee dagen voordat die moest worden ingediend bekend maakten dat zij hun eis zouden verminderen.

10.3. Het hof is van oordeel dat de curatoren niet onrechtmatig hebben gehandeld door verlot te vragen voor beslaglegging tot ruim 100 miljoen euro. Weliswaar was al wel duidelijk dat niet meer

<sup>11</sup> Zie Hoge Raad 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796.

kon worden gevorderd dan [appellant] in zijn verhouding met andere bestuurders en commissarissen aanging, maar de curatoren stelden zich terecht op het standpunt dat dit uitgangspunt voor de eerste periode geen consequenties had, en ook voor de tweede periode meenden zij te kunnen uitgaan van enige schadeplichtigheid van [appellant]. De beslaglegging heeft daarna ook niet geleid tot bevrozing van meer vermogen dan de curatoren toekomt. Zij hebben namelijk onweersproken aangevoerd dat het beslag voor respectievelijk € 1,56 miljoen aan banktegoeden, € 2,25 miljoen aan effecten en € 5.000 per maand aan derdenbeslag doel heeft getroffen. Van schade die [appellant] door het verlot en de hierop gevolgde beslaglegging heeft geleden, is om die reden ook geen sprake.

10.4. Wat de gang van zaken in deze procedure betreft: het hof deelt de opvatting van de rechtbank dat de curatoren ongelukkig hebben gehandeld, omdat zij de verplichting op zich hadden genomen hun eis tegen [appellant] te verminderen. Aan die verplichting hebben zij pas na de dagvaarding uitvoering gegeven, terwijl het op hun weg had gelegen om van de mogelijke eisvermindering al direct melding te maken. Dat betekent echter ook naar het oordeel van het hof niet dat sprake is van onrechtmatig handelen aan de zijde van de curatoren. Daarnaast heeft [appellant] onvoldoende onderbouwd dat hij door het handelen van de curatoren schade heeft geleden: de kosten van het kort geding moeten worden geacht met die uitspraak zelf te zijn gecompenseerd, en verder heeft [appellant] ermeê volstaan in algemene bewoordingen te stellen dat hij bezigt was met estate planning die hij door de beslagging niet uit heeft kunnen voeren waardoor hij nog altijd belasting verschuldigd is. Enige onderbouwing van die stelling ontbreekt echter.

*Het verwijt dat [appellant] buiten een minnelijke regeling is gehouden*

10.5. [appellant] verwijt de curatoren ook dat zij zich onzorgvuldig hebben gedragen door met de andere bestuurders en commissarissen te onderhandelen, zonder ooit in te gaan op zijn vragen en verweren. Ze zijn ook nooit met de door [appellant] gevraagde onderbouwing gekomen. In de tussentijd hebben zij met de anderen wel een minnelijke regeling getroffen. [appellant] is daarbuiten gehouden. Hij was zelf wel bereid aan die onderhandelingen deel te nemen, maar kreeg te

horen dat dat niet gold voor de curatoren. Toen de curatoren [appellant] voor het eerst 'in staat van beschuldiging' stelden, was hij al 78 jaar. Het duurde vervolgens vijf jaar voordat hij werd gedagvaard. De curatoren hadden met niemand een minnelijke regeling hoeven treffen, maar het is niet redelijk en zorgvuldig dat zij daar met alle andere bestuurders en commissarissen wel toe zijn overgegaan en [appellant] daar buiten hebben gehouden, en hem ook niet de informatie hebben verstrekt die hij wilde hebben om de 'hardheid' van de stellingen van de curatoren te toetsen. Aldus [appellant].

10.6. De rechtbank heeft ook dit standpunt op goede gronden verworpen: de curatoren waren niet verplicht een minnelijke regeling met [appellant] te treffen of hem tot de onderhandelen uit te nodigen. Bovendien bestrijden zij gemotiveerd dat zij hem buiten de onderhandelingen met de anderen hebben proberen te houden. Dat dit wel zo was, is niet aannemelijk gemaakt, en er is ook geen bewijs van aangeboden.

10.7. Uit de tussen de curatoren en [appellant] gevoerde correspondentie blijkt verder dat [appellant] op 21 december 2015 in reactie op de brief van de curatoren van 16 oktober 2015 te kennen heeft gegeven dat hij naar aanleiding van de stellingen van de curatoren eerst een eigen onderzoek wenste uit te voeren en begin 2016 hoopte met een reactie te komen. Uit de tussen de curatoren en [appellant] gevoerde correspondentie blijkt vervolgens dat [appellant] op 2 mei 2016 de curatoren heeft verzocht 'het karteldossier' aan hem te verstrekken en dat aan dat verzoek door de curatoren gehoor is gegeven. Daarna is het aan de kant van [appellant] stil gebleven. Uit deze gang van zaken volgt niet dat de curatoren zich onzorgvuldig of onbetamelijk hebben gedragen. De curatoren hebben immers eerst nader bericht van [appellant] afgewacht naar aanleiding van het door hem aangekondigde eigen onderzoek. Dat [appellant] niet direct een inhoudelijke reactie heeft ontvangen op de verweren die hij al had aangevoerd, betekent niet dat een andere houding van hen mocht worden verwacht.

10.8. Uit de gang van zaken zoals die door [appellant] wordt geschetst, blijkt bovendien niet dat hij schade heeft geleden. Ondanks uitvoerig overleg daarover, heeft immers op geen enkel moment een reëel zicht bestaan op een minnelijke regeling tussen hem en de curatoren.

### 11. De conclusie

11.1. Het bestreden vonnis blijft in essentie in stand, met dien verstande dat het hof vaststelt dat de schade in de eerste periode volledig voor rekening van [appellant] dient te worden gebracht. De vordering tot verwijzing naar de schadestaat wordt toegewezen. Voor bewijsvoering ziet het hof geen ruimte.

11.2. Om die reden zal het eindvonnis deels worden vernietigd. [appellant] zal ook in het hoger beroep als de (overwegend) in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van de curatoren worden veroordeeld. Onder die kosten vallen ook de nakosten die nodig zijn voor de betekening van de uitspraak en de wettelijke rente daarover. De rente is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening<sup>12</sup>.

### 12. De beslissing

Het hof:

1. vernietigt het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland in Groningen van 23 september 2020 onder 5.2 en neemt de volgende beslissing.

5.2. 2. veroordeelt [appellant] om aan de curatoren € 13.012.901 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 27 februari 2014 tot aan de dag der algehele voldoening.

2. bekrachtigt dit vonnis voor het overige;

3. veroordeelt [appellant] tot betaling aan de curatoren van de overige door Heiploeg en Heiploeg Beheer geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

4. veroordeelt [appellant] tot betaling van de volgende proceskosten van de curatoren:

€ 1.727 aan procedurele kosten

€ 17.115 aan salaris van de advocaten van de curatoren (tariefgroep VIII, 2,5 punten)

5. verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

6. wijst af wat verder is gevorderd.

### NOOT

Het faillissement van Heiploeg uit 2014 is een bron van principiële geschillen en procedures. Deze *Heiploeg*-uitspraak werpt de vraag op onder welke voorwaarden een (door de Europese

Commissie) aan Heiploeg opgelegde kartelboete kan worden verhaald op een (in dit geval gewezen) bestuurder. In de literatuur is vanuit meerdere invalshoeken de nodige aandacht besteed aan de mogelijkheid op grond van het mededingingsrecht een boete op te leggen aan bestuurders en andere feitelijk leidinggevend (zie bijvoorbeeld J.J.M. Sluijs & P.J.H.M. van Osch, 'Het beboeten van feitelijk leidinggevers in het mededingingsrecht', *TvCO* 2016/2, p. 96-101; M.M. Slotboon, 'Sancties voor leidinggevend in het Nederlandse mededingingsrecht', *Markt & Mededinging* 2013/4, p. 106-116). In deze annotatie beperk ik mij tot de (uit de uitspraak volgende) relevante gezichtspunten voor de uitleg van de maatstaf voor de toepassing van art. 2:9 BW en de mogelijkheid voor een regresvordering van de rechtspersoon op een (gewezen) bestuurder.

Op grond van art. 2:9 BW geldt voor interne bestuurdersaansprakelijkheid dat een bestuurder alleen aansprakelijk is jegens de rechtspersoon als hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt (zie hierover *Staleman/Van de Ven* (HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. Maeijer) waarin de Hoge Raad tevens nadere uitleg gaf over de 'ernstig verwijt'-maatstaf). Het gaat hier om de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon. Gelet op de hoge drempel die geldt voor het aannemen van een ernstig verwijt, levert niet iedere betrokkenheid bij een wettelijke overtreding zonder meer ernstige verwijtbaarheid van de bestuurder op. Ratio van de strenge maatstaf van art. 2:9 BW is – kort gezegd – dat een beperkte mogelijkheid tot aansprakelijkheidsstelling van bestuurders voorkomt dat zij zich bij hun handelingen in onwenselijke mate laten sturen door defensieve overwegingen (zie hierover bijvoorbeeld B. Schouten, *Opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht en in het privaatrecht*, Den Haag: Bju 2020, p. 232). Als een bestuurder zich niet houdt aan de wet en als gevolg van zijn handelen een boete aan de rechtspersoon wordt opgelegd, kan hij hiervoor mogelijk aansprakelijk worden gehouden jegens de rechtspersoon.

Zo ook in deze zaak waarin de curatoren een voormalig bestuurder van Heiploeg, de 'godfather' van de Noordzeegarnalen, aansprakelijk houden voor de kartelboete die de Europese Commissie op 27 november 2013 heeft opgelegd aan Heiploeg vanwege verboden prijsafspraken, waarbij deze bestuurder destijds persoonlijk en nauw betrokken was. Deze kartelboete leidde er

<sup>12</sup> Zie HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853.

mede toe dat Heiploeg in 2014 wegens betaalingsonmacht failliet werd verklaard. De Europese Commissie legde de kartelboete op aan de onderneming, omdat het kartelverbod zich primair richt tot de onderneming (de normadresstaat). Dat het beroep op art. 2:9 BW in deze hoger beroep procedure slaagt, is niet verwonderlijk: de persoonlijke betrokkenheid van de gewezen bestuurder bij de verboden prijsafspraken kan redelijkerwijs worden gekwalificeerd als een ernstig verwijt als bedoeld in art. 2:9 BW. Wat de onderhavige uitspraak interessant maakt, zijn de relevante overwegingen van het hof ten aanzien van de vraag of een rechtspersoon een aan haar opgelegde boete kan afwentelen op de bestuurder en de redenen waarom het in dit specifieke geval redelijk wordt geacht dat een rechtspersoon een regresvordering op de bestuurder heeft.

De namens de bestuurder aangehaalde uitspraak van een Duitse rechter uit 2020 (LG Saarbrücken 1. Kammer für Handelssachen 15.09.2020, 7HKO 6/16) wijst uit dat de boete volgens deze rechter niet zou mogen worden verhaald op een bestuurder die de verboden afspraken zelf heeft gemaakt omdat het doel en nuttig effect van de naleving van het kartelverbod van art. 101 VWEU dan verloren zouden gaan (zie r.o. 6.4 en 6.5 van de onderhavige uitspraak). In het Verenigd Koninkrijk lijkt sprake te zijn van een vergelijkbare benadering; ook volgens deze benadering zou de boete die wordt opgelegd aan de rechtspersoon niet kunnen worden verhaald op de bestuurder omdat die boete 'personal to the undertaking' is (zie hiervoor B.J. Drijber, 'Mededingingsovertreding als grond voor bestuurdersaansprakelijkheid', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'baange bestuurders'* (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 135 en zijn verwijzing naar de Engelse uitspraak van de Court of Appeal 21 december 2010, EWCA Civ 1472 (*Safeway Stores Ltd/Twigger*)). Het hof beredeneert op basis van de specifieke faillissementsomstandigheden van Heiploeg dat het bestaan van een regresvordering op een bestuurder niet afdoet aan het nuttig effect van het kartelverbod van art. 101 VWEU, omdat in dit geval niet de rechtspersoon belanghebbende is bij de regresvordering, maar de schuldeisers in het faillissement van Heiploeg (zie r.o. 6.5). Deze *Heiploeg*-uitspraak heeft – in ieder geval – om twee redenen een bredere betekenis.

*Ten eerste* zal de redenering van het hof ook buiten faillissement opgaan: indien een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van zijn persoonlijke betrokkenheid en handelingen die hebben geleid tot een mededingingsrechtelijke inbreuk, zal het verhaal ook in die gevallen mogelijk moeten zijn op grond van art. 2:9 BW. Het hof laat dit ook doorklinken in de verwijzing naar de mogelijkheid voor kartelschade-acties op grond waarvan eenieder schadevergoeding kan vorderen op basis van zogenoemde *follow-on claims* (r.o. 6.6): vorderingen die worden ingesteld door benadeelden nadat de Europese Commissie een mededingingsinbreuk heeft vastgesteld en een boete heeft opgelegd. Deze wettelijke grondslag voor schadevergoeding is gebaseerd op de Richtlijn over schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht die in Nederland geïmplementeerd is in art. 6:193k tot en met 6:193t BW.

In de *tweede plaats* is civielrechtelijke aansprakelijkheid en de mogelijkheid van verhaal van een boete door rechtspersonen op bestuurders een blijvend onderwerp van breder debat dat evenzeer relevant is voor andere publiekrechtelijke overtredingen. Naast kartelboetes kan immers ook worden gedacht aan boeteoplegging aan rechtspersonen vanwege overtredingen van bijvoorbeeld het privacy-recht (AP), het financiële toezichtrecht (DNB en AFM) of het milieurecht (ILT en NVWA, zie over milieuaansprakelijkheid van bestuurders het proefschrift van T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevenden. Over strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke sanctionering van leidinggevenden voor milieuovertredingen in bedrijfscontext*, Deventer: Wolters Kluwer 2021). De meer fundamentele vraag onder welke voorwaarden de rechtspersoon een bestuurder met succes aansprakelijk kan stellen (ook in die gevallen waarin de rechtspersoon de normadresstaat is van de regels die zijn overtreden), is in ieder geval nog niet definitief beslecht.

mr. drs. A.M. Helstone  
advocaat en partner bij Stibbe

## 53

**Aanvullende voorwaarde in vrijwillige vertrekregeling is geen verboden onderscheid**

Hoge Raad  
23 december 2022, nr. 21/04364,  
ECLI:NL:HR:2022:1931  
(mr. Polak, mr. Tanja-Van den Broek, mr.  
Wattendorff, mr. Salomons, mr. Teuben)  
(Concl. A-G Drijber)

**Finale kwijting. Vaststellingsovereenkomst. Regeling vervroegd uittreden.**

[RO art. 81; WGBLA art. 12; RVU]

*De werknemer werkte van 1988 tot 2015 voor de werkgever. In 2014 stelt de werkgever een vrijwillige vertrekregeling (VVR 2014) op die volgens de Belastingdienst niet voldoet als een Regeling Vervroegd Uittreden (RVU). Beëindiging middels een RVU kost werkgevers een 'RVU-boete'. De werkgever stelt een nieuwe regeling op (VVR 2014-15). De werknemer hoort van de werkgever dat hij in aanmerking komt voor vervroegde uittreding vanwege zijn leeftijd en anciënniteit. De werkgever biedt de werknemer een vaststellingsovereenkomst met betaling van een bedrag dat bestaat uit de beëindigingsvergoeding volgens de VVR 2014-15 minus het bedrag dat de werkgever verwacht kwijt te zijn aan RVU-boete. De partijen sluiten de overeenkomst en verlenen elkaar finale kwijting. Achteraf blijkt dat de werkgever de boete niet verschuldigd is. De werknemer vordert het bedrag waarmee de beëindigingsvergoeding is vermindert. Die vordering wordt afgewezen. In cassatie ligt enkel nog de vraag voor of sprake is van leeftijddiscriminatie. De A-G concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad doet de zaak af op art. 81 RO.*

*De A-G verduidelijkt dat art. 6 lid 1 van Richtlijn 2000/78/EG bepaalt dat onderscheid op grond van leeftijd niet is verboden als dat objectief en redelijk kan worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. In de VVR 2014 is sprake van een indirect onderscheid naar leeftijd.*

*De werkgever stelt dat dat onderscheid gerechtvaardigd is. Art. 12 WGBA leidt er niet toe dat bij het uitblijven van een betwisting van die stelling de werkgever die stelling moet bewijzen of in een bepaalde mate moet onderbouwen: er geldt geen algemeen bewijsminimum. Ook de klacht dat geen sprake is van een legitiem doel slaagt niet. De werkgever moest inkrimpen. Door zijn handelswijze konden méér werknemers van de VVR gebruikmaken, hetgeen een legitiem doel vormt. Ook was het middel passend en noodzakelijk. Dat de werknemer gunstigere afspraken had kunnen overeenkomen – zoals het terugbetalen van de RVU-boete als de werkgever die niet verschuldigd blijkt te zijn – is niet relevant in de beoordeling van de objectieve rechtvaardigheid van het leeftijdonderscheid. De werknemer koos er immers zelf voor in te stemmen met de VSO.*

*NB. Als een werknemer in rechte feiten aanvoert die een onderscheid kunnen doen vermoeden en de werkgever daar tegenover feiten stelt die dat vermoeden ontkrachten, is het vermoeden voldoende weerlegd als de werknemer die door de werkgever gestelde feiten niet betwist. De werkgever hoeft die feiten dan niet nader te bewijzen.*

[Eiser] te [woonplaats],  
eiser tot cassatie,  
hierna: [eiser],  
advocaat: J. de Jong van Lier,  
tegen  
Martinair Holland N.V. te Haarlemmermeer,  
verweerster in cassatie,  
hierna: Martinair,  
niet verschenen.

**Conclusie Advocaat-Generaal**

(mr. Drijber)

**1. Inleiding en samenvatting**

1.1. In verband met een krimpemde luchtvrachtmarkt heeft Martinair zich rond 2014 genoodzaakt gezien haar personeelsbestand in te krimpen. In overleg met de pilotenvakbond heeft Martinair daartoe een vrijwillige vertrekregeling (VVR) vastgesteld. Deze zaak gaat over de VVR 2014-2015 van Martinair (hierna ook kortweg: *de VVR*). Voor deelname aan de VVR gold het voorbehoud dat de individuele beëindigingsregeling in fiscale zin niet wordt aangemerkt als regeling voor vervroegde uittreding (hierna: *RVU*). Daar-