

van een faillissementstoestand zou niet een dergelijke uitzonderlijke omstandigheid zijn.

9. Zoals A-G Assink mijns inziens terecht in zijn conclusie opmerkt, abstraheert de aangevoerde grond voor de schorsing (de redelijke vermoedens van strafbare feiten) van de faillissementstoestand van Exem c.s. De norm van art. 2:349a lid 2 BW tot het treffen van een onmiddellijke voorziening houdt in dat de Ondernemingskamer een dergelijke voorziening kan treffen als dat vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek. Nu de toestand van Exem c.s. een faillissementstoestand is, met als gevolg dat het bestuur niet langer beheershandelingen mag verrichten, brengt die toestand mee dat niet spoedig een schorsing van het bestuur is vereist. Niet spoedig betekent niet dat het in algemene zin onmogelijk is: de Ondernemingskamer laat open dat de faillissementstoestand wel gevolgen kan hebben. De rechtsklacht faalt dan ook.

10. Verder is het interessant om in te gaan op de klacht die verband houdt met het door de Ondernemingskamer genoemde recht op toegang tot de rechter. De klacht houdt in dat de Ondernemingskamer zou miskennen dat met de aanstelling van een onafhankelijke bestuurder het recht op toegang tot de rechter niet in het geding zou zijn omdat die bestuurder ook kan besluiten om de lopende procedures wel voort te zetten of te hervatten. Mogelijk valt hiervoor op zichzelf iets te zeggen, ware het niet dat het oordeel van de Ondernemingskamer zo zal moeten worden gelezen dat de Ondernemingskamer het oordeel over de lopende procedures plaatst in de sleutel van de (faillissements)toestand van Exem c.s. waarin niet spoedig een schorsing is vereist. De Ondernemingskamer begint haar oordeel over die procedures immers met een weergave van de stellingen van de curatoren en plaatst die ('op dit punt') in die toestand. Omdat tussen partijen in geschil is of met die procedures een onwettig doel wordt nagestreefd, brengen die procedures volgens de Ondernemingskamer ook niet mee dat de toestand van de rechtspersoon schorsing van de bestuurders vereist. Dat vermeende onwettige doel zal in die procedures uitgemaakt moeten worden zonder onafhankelijke bestuurder die ook daarover zou moeten oordelen als poortwachter. In zoverre mist de klacht dan ook feitelijke grondslag. Het gaat niet om het recht op toegang tot de rechter op zichzelf beschouwd, maar om de toestand van de rechtspersoon en of die een onmiddellijke voorziening vereist.

11. Al met al falen alle klachten en verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep. Met deze afloop blijft de afwijzing van de verlangde schorsing van de bestuurders in stand en blijven zij dus voorlopig in functie. Of hun schorsing definitief van de baan is valt in dit stadium niet te zeggen. Het laatste woord in de Esperaza-zaak zal zeker nog niet zijn gezegd. Het is wachten op de volgende uitspraak.

mr. J.R.F. Dessing  
advocaat bij AKD N.V.

11

### Enig bestuurder heeft tegenstrijdig belang bij verlening van decharge aan zichzelf

Gerechtshof Den Haag  
28 november 2023, nr. 200.305.473/01,  
ECLI:NL:GHDHA:2023:2255  
(mr. Nijhuis, mr. Van der Ven, mr. Schild)  
Noot mr. A.M. Dumoulin-Siemens

### Stichtingenrecht. Benoeming bestuurder. Besluitvorming. Tegenstrijdig belang. Decharge. Onverschuldigde betaling.

[BW art. 2:14, 2:15, 2:286, 2:291 lid 6]

*Essentie: Betalingen en leningen aan de enig statutair bestuurder van een stichting. Inschrijving in het Handelsregister als 'algemeen directeur' houdt niet tevens lidmaatschap van het bestuur in. Een bestuurder kan zichzelf niet dechargeren vanwege tegenstrijdig belang.*

*Samenvatting: Tussen partijen is in geschil of [directeur 2] per 1 augustus 2017 rechtsgeldig bestuurder is geworden van de Stichting.*

*De statuten van de Stichting maken onderscheid tussen het bestuur en de directie. Art. 5 lid 2 van de statuten bepaalt dat de directie is belast met de algemene leiding van de peuteropvang. Niet in geschil is dat [directeur 2] de dagelijkse leiding had van de peuteropvang. Tegen deze achtergrond ligt het ook voor de hand dat [appellant] [directeur 2] per 1 augustus 2017 alleen als 'algemeen directeur' heeft willen inschrijven en niet tevens als lid van het bestuur. Dit geldt temeer omdat ingevolge art. 4 lid 1 van de statuten bestuursleden niet in dienstbetrekking van de Stichting werkzaam kunnen zijn en de formulering van art. 5 lid 1 van de statuten erop duidt dat de directie wordt gevormd door werknemers van de Stichting. Dit betekent dat een directeur niet tevens bestuurder kan zijn.*

*In hoger beroep heeft de Stichting (in grief I in het voorwaardelijk incidenteel appel) haar beroep op nietigheid van het kwijtingsbesluit nader aangevuld. De Stichting heeft erop gewezen (in haar memorie van antwoord onder met name 148-150) dat art. 6 lid 11 van de statuten bepaalt dat in geval van een tegenstrijdig belang tussen de Stichting en een van haar bestuurders deze laatste onbevoegd is tot het uitbrengen van een stem. Het feit dat de Stichting heeft aangegeven dat zij zich niet beroept op bestuurdersaansprakelijkheid brengt – anders dan [appellant] betoogt – niet met zich mee dat de Stichting expliciet afstand heeft gedaan van een beroep op genoemd artikel.*

*Daarmee heeft de Stichting haar beroep op art. 2:14 BW in hoger beroep alsnog voldoende onderbouwd. Evident is dat [appellant] een tegenstrijdig belang had bij het verlenen van kwijting aan hemzelf. Dit was temeer het geval daar op 20 november 2018 de door hem van de Stichting ontvangen betalingen ter discussie stonden en er mede om die reden werd aangedrongen op zijn aftreden als bestuurder van de Stichting. Dat sprake was van een tegenstrijdig belang is door [appellant] ook niet voldoende gemotiveerd weersproken.*

Gelet op het voorgaande geldt dat voor zover er op 20 november 2018 een bestuursvergadering heeft plaatsgevonden en voor zover die oprechtsgeldige wijze bijeen is geroepen, [appellant] op grond van het bepaalde in art. 6 lid 11 van de statuten niet bevoegd was tot het uitbrengen van een stem. De notulen van de vergadering vermelden [appellant] als de enige aanwezige bestuurder. Nu [appellant] niet bevoegdelijk voor het besluit tot het verlenen van finale kwijting aan hemzelf heeft kunnen stemmen, is dat besluit niet tot stand gekomen.

De klachten die [appellant] heeft gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat het besluit vernietigbaar is op grond van art. 2:15 BW, alsmede de klachten die de rechtsgeldigheid van de in het novemberbesluit aan [appellant] verleende kwijting tot uitgangspunt nemen, behoeven bij deze stand van zaken geen behandeling meer. Zij falen alle bij gebrek aan belang. Immers, zou een van deze klachten slagen en het hof het beroep op vernietigbaarheid van het besluit alsnog afwijzen, dan wordt aan de door de Stichting gestelde voorwaarde voldaan voor behandeling van het voorwaardelijk incidenteel appel. De uitkomst daarvan zou zijn – zoals hiervoor toegelicht – dat het besluit strekkende tot het verlenen van finale kwijting geacht moet worden nimmer tot stand te zijn gekomen (ofwel nietig is).

Is op 28 december 2018 finale kwijting verleend aan [appellant]?

[appellant] stelt dat hij (ook) op 28 december 2018 met [directeur 2] is overeengekomen dat hem decharge alsmede finale kwijting zou worden verleend over de gehele periode van zijn bestuurslidmaatschap. Op die datum heeft een bespreking plaatsgevonden waar volgens hem die overeenstemming is bereikt. De rechtbank heeft [appellant] met het bewijs van zijn betoog belast, heeft getuigen gehoord en is tot de slotsom gekomen dat [appellant] niet in het bewijs is geslaagd. Tegen dat oordeel griefft [appellant] (in grief X).

Voor zover [appellant] klaagt dat de rechtbank ten onrechte (i) in haar tussenvonnis niet reeds heeft geoordeeld dat aan [appellant] op 28 december 2018 finale kwijting is verleend en (ii) ten onrechte in haar eindvonnis [appellant] niet geslaagd heeft geacht het bewijs van die stelling te leveren, falen deze klachten reeds bij gebrek aan belang. Ter toelichting dient het volgende.

De Stichting voert in het voorwaardelijk incidenteel appel (grief II) aan dat voor zover zou worden vastgesteld dat [directeur 2] geen bestuurder was, zij ook nooit de Stichting op 28 december 2018 heeft kunnen vertegenwoordigen. Voor zover een van de klachten van [appellant] gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat op 28 december 2018 aan [appellant] geen finale kwijting is verleend zou slagen, wordt aan de door de Stichting gestelde voorwaarde voor behandeling van haar grief II voldaan. De uitkomst daarvan zou zijn dat deze grief van de Stichting zou slagen. Hiervoor is reeds vastgesteld dat [directeur 2] op 28 december 2018 geen bestuurder van de Stichting was. Zij heeft dan ook niet de Stichting bevoegdelijk kunnen vertegenwoordigen en als bestuurder van de Stichting kunnen instemmen.

Terzijde wordt opgemerkt dat [appellant] zich ook niet op de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan beroepen van [directeur 2]. [appellant] wist op 28 december 2018 dat [directeur 2] geen bestuurder was. Het standpunt van [appellant] zelf in deze procedure is immers dat [directeur 2] nimmer bij bestuursbesluit tot bestuurder is benoemd.

[Appellant], wonende te [woonplaats], appellant in principaal beroep, verweerder in voorwaardelijk incidenteel beroep, advocaat: mr. G.J.M. Volders te Den Bosch, tegen

Stichting Het Peuterhuis, gevestigd te Dordrecht, geïntimeerde in principaal beroep, appellant in voorwaardelijk incidenteel beroep, advocaat: mr. J.A.J.M. Jonk te Alblasserdam. Partijen worden hierna [appellant] en de Stichting genoemd.

### 1. Waar de zaak over gaat

1.1. [appellant] is gedurende lange tijd de enig statutair bestuurder van de Stichting geweest. In de periode van zijn bestuurslidmaatschap (a) heeft hij in verband met voor de Stichting verrichte werkzaamheden een vergoeding ontvangen; en (b) is twee keer vanaf een bankrekening van de Stichting een geldbedrag overgeboekt op een aan hem toebehorende bankrekening. De Stichting vordert, kort gezegd, dat [appellant] deze bedragen aan haar (terug)betaald. [appellant] betoogt dat dit ten onrechte is, onder meer omdat aan hem decharge en finale kwijting is verleend.

1.2. De rechtbank heeft [appellant] veroordeeld tot (terug)betaling van voormelde bedragen. Het hof is het daarmee eens.

### 2. De processtappen

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit de volgende stukken:

- de tussen partijen gewezen vonnissen van de rechtbank Rotterdam van 26 augustus 2020 en 17 november 2021 (tezamen de vonnissen en afzonderlijk het tussenvonnis respectievelijk het eindvonnis) en de daarin genoemde stukken;
- het exploit van 24 november 2021 waarmee [appellant] in beroep is gekomen van de vonnissen, met één productie;
- het arrest van 15 februari 2022 waarbij een mondelinge behandeling na aanbrengen is bevolen;
- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling na aanbrengen van 20 april 2022;
- de memorie van grieven met producties 2 HB tot en met 4 HB;
- de memorie van antwoord in principaal beroep tevens houdende memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel beroep met producties 29 tot en met 34;
- de memorie van antwoord in voorwaardelijk incidenteel beroep met productie 5 HB.

2.2. Op 22 november 2022 hebben partijen verzocht arrest te wijzen.

### 3. De feiten

3.1. De rechtbank heeft in het tussenvonnis onder het kopje ‘de feiten’ onder 2.1 tot en met 2.12 een aantal feiten weergegeven. Deze feiten zijn tussen partijen niet in geschil en ook het hof zal daarvan uitgaan. [appellant] heeft zich in grief I onder meer op het standpunt gesteld dat de rechtbank een aantal ‘belangrijke feiten’ buiten beschouwing heeft gelaten. Het staat de rechter evenwel vrij de feiten te selecteren die hij voor zijn uitspraak relevant acht mits hij de door partijen aangevoerde feiten maar wel in zijn beoordeling meeneemt. Voor dat laatste verwijst het hof naar zijn beoordeling. Ook het hof zal in het navolgende de feiten selecteren die het voor de beoordeling van belang acht.

3.2. Met inachtneming van wat in hoger beroep is komen vast te staan gaat het in deze zaak om het volgende.

3.2.1. De Stichting, opgericht in 1990, exploiteert een kinderopvang en een kleuterspeelzaal. In haar statuten is onder meer het volgende bepaald.

*'BESTUUR*

*Artikel 4.*

1. Het bestuur van de stichting bestaat uit tenminste drie leden. Het aantal leden wordt – met inachtneming van het in de vorige zin bepaalde – door het bestuur met algemene stemmen vastgesteld. Bestuursleden kunnen alleen zij zijn die niet in dienstbetrekking werkzaam bij de stichting zijn.

2. Het bestuur kiest uit zijn midden een voorzitter, een secretaris en een penningmeester. De functies van secretaris en penningmeester kunnen ook door één persoon worden vervuld.

3. Bij het ontstaan van een (of meer) vakature(s) in het bestuur zullen de overblijvende bestuursleden met algemene stemmen (of zal het enige overblijvende bestuurslid) binnen twee maanden na het ontstaan van de vakature(s) daarin voorzien door de benoeming van een (of meer) opvolgers(s).

4. Mocht(en) in het bestuur om welke reden dan ook één of meer leden ontbreken, dan vormen de overblijvende bestuursleden, of vormt het enige overblijvende bestuurslid niettemin een wettig bestuur, behoudens het bepaalde in artikel 8.

5. De leden van het bestuur genieten geen beloning voor hun bestuurswerkzaamheden. Zij hebben wel recht op vergoeding van de door hen in de uitoefening van hun functie gemaakte kosten. (...)

*DIRECTIE*

*Artikel 5.*

1. Degenen die voor een vijfde deel of meer van de normale arbeidstijd werkzaam zijn voor de stichting anders dan tijdelijke krachten, vormen de directie.

2. De directie is belast met de algemene leiding van de peuteropvang.

3. De directie treedt eveneens op als adviesorgaan van het bestuur en kan in die hoedanigheid alle bestuursvergaderingen bijwonen en ten aanzien van de te nemen bestuursbesluiten gevraagd en ongevraagd haar advies verstrekken.

(...)

*BESTUURSVERGADERINGEN EN BESTUURSBESLUITEN*

*Artikel 6.*

(...)

4. De oproeping tot de vergadering geschiedt – behoudens het in lid 3 bepaalde – door de voorzitter, ten minste zeven dagen tevoren, (...) door middel van aangetekende oproepingsbrieven.

(...)

6. Zolang in een bestuursvergadering alle in functie zijnde bestuursleden aanwezig zijn, kunnen geldige besluiten worden genomen over alle aan de orde komende onderwerpen (...)

8. Van het verhandelde in de vergaderingen worden notulen gehouden door de secretaris of door één der andere aanwezigen, door de voorzitter daartoe aangezocht.

(...)

11. Ieder bestuurslid heeft het recht tot het uitbrengen van één stem. Voorzover deze statuten geen grotere meerderheid voorschrijven, worden alle bestuursbesluiten genomen met volstreekte meerderheid der geldig uitgebrachte stemmen. Ingeval van een tegenstrijdig belang tussen de stichting en een van haar bestuurders is deze laatste onbevoegd tot het uitbrengen van een stem.

(...)

*BESTUURSBEVOEGDHEID EN VERTEGENWOORDIGING*  
(...)

*Artikel 8.*

De stichting wordt in en buiten rechte uitsluitend vertegenwoordigd door de voorzitter tezamen met de secretaris, dan wel de voorzitter tezamen met de penningmeester.

(...)

*EINDE BESTUURSLIDMAATSCHAP*

*Artikel 9.*

Het bestuurslidmaatschap eindigt:

(...) bij schriftelijke ontslagneming (bedanken) (...)

3.2.2. [appellant] was van 1 december 2005 tot en met 31 december 2018 bestuurder van de Stichting. Van 1 januari 2006 tot 13 september 2011 had het bestuur naast [appellant] nog drie andere leden ([naam 1], [naam 2] en [naam 3]). De afgetreden bestuursleden zijn niet vervangen.

3.2.3. Mevr. [directeur 1] ([directeur 1]) was in de periode van 1 januari 2006 tot en met 13 september 2011 directeur van de Stichting (vgl. art. 5 statuten). Per 1 augustus 2017 is haar dochter [directeur 2] ([directeur 2]) als directeur aangetreden.

3.2.4. Na ondertekening door [appellant] van een voor Kamer van Koophandel bestemd inschrijvingsformulier en aanbieding daarvan aan de Kamer van Koophandel door [appellant] is [directeur 2] per 1 augustus 2017 bij de Kamer van Koophandel ingeschreven als bestuurder van de Stichting. Nadien is zij per 25 maart 2019 weer uitgeschreven als bestuurder van de Stichting.

3.2.5. [appellant] is met ingang van 1 januari 2019 afgetreden als bestuurder.

3.2.6. Het huidige op 15 januari 2019 aangetreden bestuur van de Stichting bestaat uit drie personen.

3.2.7. [appellant] is/was tevens bestuurder van M&P Industries B.V., een vennootschap met meerdere werkmaatschappijen. Een van die werkmaatschappijen is M&P Advisory + Administration Services B.V. [appellant] heeft daarnaast een eenmanszaak onder de naam E.M.S.S., European Management and Sales Services (hierna: EMSS). In deze eenmanszaak houdt [appellant] zich bezig met het geven van bedrijfskundig en commercieel organisatorisch advies.

3.2.8. Tijdens het bestuurslidmaatschap van [appellant] zijn de administratieve werkzaamheden van de Stichting uitbesteed aan M&P Advisory + Administration Services B.V. Bestuurder van deze vennootschap is [naam 4] (hierna: [naam 4]).

3.2.9. EMSS heeft de Stichting gefactureerd voor door [appellant] ten behoeve van de Stichting verrichte werkzaamheden. De facturen werden gestuurd 'per adres naar [naam 4]' (van M&P Advisory + Administration Services B.V.). Over de periode van 2 juli 2012 tot en met 28 juli 2018 heeft de Stichting op basis van dergelijke aan haar toegezonden facturen in totaal € 33.546,20 aan EMSS voldaan.

3.2.10. Op 7 november 2006 heeft [appellant] € 10.000,- van de Stichting geleend. Bij de overboeking is (uitsluitend) een rentepercentage ('intrest') van 3,5% vermeld.

3.2.11. Op 7 oktober 2009 is van de rekening van de Stichting € 10.000,- overgeboekt naar de rekening van EMSS met de omschrijving: 'tijdelijke aanvulling saldo'.

3.2.12. Vanaf 13 september 2018 heeft [directeur 2] met [appellant] gediscussieerd over de betalingen die hij via EMSS van de Stichting ontving en over haar inschrijving als bestuurder van de Stichting (rov. 3.2.4). In deze discussie heeft [appellant] zich laten bijstaan door een advocaat. Bij brief van 28

september 2018 heeft [directeur 2] onder meer aan [appellant] geschreven:

‘Recent is mij duidelijk geworden dat jij periodiek/maandlijks een bepaald bedrag declareert bij de stichting onder vermelding van advieskosten. Reeds meerdere malen heb ik om inzicht gevraagd in de financiële stukken van de stichting. Met uitzondering van een door [X] opgesteld overzicht over de periode 2016 tot heden heb ik geen informatie en/inzicht gekregen. (...)’

In ons gesprek van 6 september jl. hebben wij gesproken over jouw decharge als bestuursvoorzitter. Graag wil ik in een constructief gesprek de voorwaarden van jouw decharge bespreken. Gezien de vertrouwensbreuk als gevolg van de gemaakte advieskosten, zonder dat daar sinds 2011 afspraken of overleg over heeft plaatsgevonden, is een decharge de enige oplossing om tot een nieuw bestuur te komen.’

3.2.13. In een document met de titel ‘Notulen bij de bestuursvergadering per datum: 20 november 2018’ is onder meer het volgende vermeld:

‘Notulen van de vergadering van het bestuur van Stichting Het Peuterhuis (...).

De vergadering wordt om 09.00 uur geopend door de voorzitter van de Stichting, zijnde de heer [appellant].

Hij stelt voorts vast, dat deze vergadering op 20 november 2018, derhalve met inachtneming van een termijn van zeven (7) dagen, is bijeengeroepen door (...) Met instemming van de vergadering wordt de heer [appellant] aangewezen om van het verhandelde in deze vergadering van bestuurders notitie te houden.

Agendapunt I  
(...)

Agendapunt II

Voorts stelt de voorzitter aan de orde een voorstel, tot een bestuurswisseling van Stichting Het Peuterhuis per 1 januari 2019. Hierbij zal het huidige bestuur (te weten: de alleen/zelfstandig bevoegde bestuurder, de heer [appellant]) aftreden en zal mevrouw [directeur 2] aantreden als bestuurder van de Stichting Het Peuterhuis (...)

De voorzitter stelt de uitslag van de stemming vast en constateert dat het voorstel unaniem is aanvaard en dat daarmee het besluit, omtrent de bestuurswisseling per 1 januari 2019, is goedgekeurd met inachtneming van de wettelijke en statutaire vereisten.

Agendapunt III

Allerlaatst stelt de voorzitter aan de orde een voorstel, dat ziet op de finale kwijting van het huidige bestuur van de Stichting. De heer [appellant] bekleedt thans de functie van alleen/zelfstandig bestuurder van de Stichting. Dit voorstel strekt ertoe om het bestuur finale kwijting te verlenen voor de periode van 1 december 2005 tot 1 januari 2019. Hierbij zal (het bestuur van) de Stichting Het Peuterhuis afstand doen van elk recht op aansprakelijkheid c.q. schadevergoeding vanwege mogelijke of gebleken onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur in de periode van 1 december 2005 tot 1 januari 2019.

En zal hierbij afstand worden gedaan van ieder vorderingsrecht, dat (het bestuur van) Stichting Het Peuterhuis heeft op dit bestuur ex art. 6:160 BW. De voorzitter licht hierbij toe, dat hieromtrent geen statutenwijziging noodzakelijk is.

De voorzitter stelt de uitslag van de stemming vast en constateert, dat het voorstel unaniem is aanvaard en dat daarmee het besluit, omtrent de finale kwijting van het huidige bestuur in de periode van 1 december 2005 tot 1 januari 2019, is goedgekeurd met inachtneming van de wettelijke en statutaire vereisten.

(...)

Het onder Agendapunt III aangeduide besluit zal hierna worden aangeduid als: het novemberbesluit.

3.2.14. Op 28 december 2018 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen [appellant] en [directeur 2] waarbij (een deel van) de administratie van de Stichting aan [directeur 2] is overgedragen. Bij deze bespreking waren aanwezig de advocaten van [appellant] en [directeur 2] alsmede [naam 4] en [naam 5], de beoogd nieuwe administrateur van de Stichting (hierna: [naam 5]).

3.2.15. Op 13 oktober 2020 heeft de Stichting, na daartoe verkregen verlof, conservatoir beslag doen leggen op een aan [appellant] toebehorend registergoed.

4. De vordering van de Stichting en de beslissing van de rechtbank

4.1. In eerste aanleg vorderde de Stichting, voor zover nu nog van belang:

(i) te verklaren voor recht dat het novemberbesluit nietig is (art. 2:14 BW), althans dat besluit te vernietigen (art. 2:15 BW);

(ii) te verklaren voor recht dat [appellant], vanwege het bepaalde in art. 4 lid 5 van de statuten van de Stichting, niet gerechtigd was tot het rechtstreeks of via zijn eenmanszaak ontvangen van gelden van de Stichting anders dan vergoedingen voor gemaakte kosten indien en voor zover die met deugdelijke bewijsstukken zijn onderbouwd; en [appellant] te veroordelen tot terugbetaling aan de Stichting van:

(iii) € 33.546,20, te vermeerderen met wettelijke rente ex art. 6:119 BW vanaf de dag dat de betalingen hebben plaatsgehad tot en met de integrale terugbetaling;

(iv) € 15.429,44 te vermeerderen met contractuele rente van 3.5% over € 10.000,- in hoofdsom vanaf 15 juni 2019 tot en met de integrale terugbetaling;

(v) € 10.000,-, te vermeerderen met de wettelijke rente ex art. 6:119 BW vanaf 7 november 2006, althans vanaf 11 juni 2009, althans vanaf 24 juni 2019 tot en met de integrale terugbetaling; en

(vi) [appellant] te veroordelen in de kosten van de procedure, de nakosten en de wettelijke handelsrente indien niet binnen veertien dagen na de betekening van het vonnis wordt betaald daaronder begrepen.

4.2. [appellant] heeft verweer gevoerd. Hij beroept zich op een aan hem verleende decharge, bestrijdt dat het hiervoor onder 5.1(iii) genoemde bedrag onverschuldigd aan hem is betaald, beroept zich voor wat betreft een deel van die vordering en de onder 5.1(iv) en 5.1(v) genoemde vorderingen op verjaring en voert met betrekking tot die laatste twee vorderingen aan dat hij de bedragen, al dan niet door middel van verrekening, heeft terugbetaald.

4.3. De rechtbank heeft in de overwegingen van het tussenvonnis op een aantal stellingen en weren beslist en heeft verder [appellant] bij tussenvonnis in de gelegenheid gesteld

(a) bewijs bij te brengen waaruit volgt dat hij op 28 december 2018 mondeling met [directeur 2] is overeengekomen dat hem decharge c.q. finale kwijting over de periode van 2005 tot en met 2018 werd verleend;

(b) tegenbewijs bij te brengen van de voorshands bewezen stelling dat de rechtsgrond voor de aan hem gedane betalingen ontbreekt omdat hij geen rechtsgeldige beloningsafpraak met (de andere bestuursleden van) de Stichting heeft gemaakt; (c) bewijs bij te brengen dat hij met de andere bestuursleden van de Stichting een beloningsafpraak heeft gemaakt die te-

vens betrekking had op de jaren 2005 tot en met 2008, althans een deel daarvan.

Bij eindvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat [appellant] niet in het leveren van voormeld (tegen)bewijs is geslaagd. De vorderingen van de Stichting die in dit hoger beroep nog aan de orde zijn, zijn toegewezen in die zin dat de rechtbank:

– het novemberbesluit heeft vernietigd op grond van art. 2:15 BW;

– voor recht heeft verklaard dat [appellant], vanwege art. 4 lid 5 van de statuten van de Stichting niet gerechtigd was tot het rechtstreeks of via zijn eenmanszaak ontvangen van gelden van de Stichting anders dan vergoedingen voor gemaakte onkosten indien en voor zover die met deugdelijke bewijsstukken zijn onderbouwd;

– [appellant] heeft veroordeeld tot betaling aan de Stichting van (i) € 33.545,20 te vermeerderen met rente ex art. 6:119 BW vanaf 24 juni 2019 tot de volledige betaling; (ii) € 10.000,- te vermeerderen met de contractuele rente van 3,5% van 24 juni 2014 tot de volledige betaling; en (iii) € 8.750,- te vermeerderen met de daarover verschuldigde wettelijke rente ex art. 6:119 BW tot de volledige betaling,

met veroordeling van [appellant] in de proceskosten met rente en nakosten.

#### 5. De vordering van [appellant] en de voorwaardelijke vordering van de Stichting in hoger beroep.

5.1. In hoger beroep vordert [appellant] de vernietiging van de vonnissen en alsnog de volledige afwijzing van de vorderingen van de Stichting met de veroordeling van de Stichting in de kosten van beide instanties en met terugbetaling van al hetgeen [appellant] ter uitvoering van de vonnissen aan de Stichting heeft voldaan te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf de betaling door [appellant] tot de terugbetaling (aan [appellant]), alles uitvoerbaar bij voorraad.

5.2. [appellant] voert daartoe in de grieven I tot en met XI (waarbij grief I een weergave van volgens [appellant] relevante feiten betreft) kort samengevat het volgende aan.

A. De rechtbank heeft de decharge en finale kwijting waarop [appellant] zich tot zijn verweer beroept ten onrechte niet gehonoreerd en overigens ook (te) beperkt uitgelegd (grieven III en IV). Daarbij heeft de rechtbank ten onrechte: (a) het novemberbesluit vernietigd (grieven I (23, 24 en 29 MvG) en II); en (b) geoordeeld dat op 28 december 2018 evenmin decharge en finale kwijting is overeengekomen (dat laatste mede op basis van een onjuist oordeel over het door [appellant] geleverde bewijs) (grieven II en IX).

B. De rechtbank heeft het beroep van de Stichting op onverschuldigde betaling onjuist beoordeeld door: (a) [appellant] een verzwaarde motiveringsplicht op te leggen; (b) te oordelen dat aan die verzwaarde motiveringsplicht niet is voldaan; en (c) ten onrechte voorshands bewezen te achten dat geen overeenkomst is gesloten over een beloning voor [appellant] met mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs. De rechtbank had de vordering zonder bewijsoverlevering al op basis van het door [appellant] aangedragen feitenmateriaal moeten afwijzen en in ieder geval de Stichting met het bewijs moeten belasten. Daarbij heeft de rechtbank (d) ten onrechte de rechtsgronden aangevuld; en (e) ten onrechte geoordeeld dat een afspraak over de beloning voor [appellant] neergelegd zou moeten zijn in een schriftelijk besluit waardoor haar oordeel ten onrechte is gebaseerd op het vennootschapsrecht in plaats van het verbintenissenrecht (grief V).

C. De rechtbank heeft het beroep op verjaring dat ziet op een deel van de door de Stichting gepretendeerde vordering uit

onverschuldigde betaling en op de in 2006 en 2009 naar [appellant] overgemaakte bedragen van € 10.000 elk ten onrechte verworpen (grieven VI en (deels) VIII). Daarbij heeft zij ten onrechte nagelaten de vordering uit onverschuldigde betaling te verminderen met door [appellant] voorgesloten kosten en te oordelen dat de betalingen uit 2006 en 2009 door [appellant] niet zijn terugbetaald (grieven VII en (deels) VIII).

Het voorgaande brengt [appellant] tot de slotsom dat de vorderingen van de Stichting ten onrechte zijn toegewezen en dat hij ten onrechte is veroordeeld in de kosten van de procedure inclusief beslagkosten. Ook om andere redenen behoren de beslagkosten niet ten laste van [appellant] te worden gebracht (grief XI), aldus steeds [appellant].

5.3. De Stichting heeft de grieven bestreden en haar stellingen aangevuld. Zij heeft, voor het geval één of meerdere van de door [appellant] ingestelde grieven mocht(en) slagen voorwaardelijk incidenteel beroep ingesteld. Daartoe heeft zij drie grieven aangevoerd, waarin zij – kort gezegd – betoogt dat haar beroep op nietigheid van het novemberbesluit ten onrechte is verworpen (grief I), voor zover [directeur 2] geen bestuurder was zij ook geen finale kwijting aan [appellant] heeft kunnen verlenen op 28 december 2018 (grief II), en zich alsnog beroept op art. 6 lid 11 van de Statuten (grief III, abusievelijk genummerd grief II). De Stichting heeft in voorwaardelijk incidenteel appel gevorderd:

de vonnissen van 26 augustus 2020 en 17 november 2021 van de rechtbank deels te vernietigen althans aan te vullen en opnieuw rechtdoende:

– te verklaren voor recht dat het vermeende bestuursbesluit gedateerd 20 november 2018 nietig is;

– te verklaren voor recht dat dat de vermeende op 28 december 2018 verleende dan wel overeengekomen decharge/finale kwijting aan [appellant] nietig is;

– te verklaren voor recht dat een (eventueel) besluit genomen door [appellant] als bestuurder van Het Peuterhuis om een overeenkomst van opdracht en/of een beloningsafpraak te sluiten met [appellant] handelend voor zichzelf dan wel handelend onder de naam van zijn eenmanszaak of met een aan [appellant] gelieerde vennootschap nietig is.

5.4. [appellant] heeft de voorwaardelijke incidentele grieven bestreden.

#### 6. Beoordeling van het hoger beroep

In deze procedure strijden partijen allereerst over de vraag of [appellant] zich kan beroepen op het novemberbesluit (de primaire grieven II, III en IV en voor het geval een van de primaire grieven zou slagen, de incidentele grieven I en II). Het hof zal deze grieven gezamenlijk behandelen en overweegt ter zake als volgt.

#### [directeur 2] in de periode van 1 augustus 2017 tot 1 januari 2019 bestuurder?

6.1. Tussen partijen is in geschil of [directeur 2] per 1 augustus 2017 rechtsgeldig bestuurder is geworden van de Stichting. Volgens [directeur 2] is dat het geval. Zij beroept zich daarbij op de inschrijving in de Kamer van Koophandel. Tussen partijen is niet in geschil dat aan deze inschrijving een door [appellant] ondertekent formulier ten grondslag heeft gelegen (overgelegd door de Stichting als productie 14). In dit formulier is aangekruist dat [directeur 2] de functie als bestuurder heeft. Op het formulier is verder geschreven dat [directeur 2] als statutaire titel heeft: 'algemeen directeur'. Als datum van infunctietreding vermeldt het formulier 1 augustus 2017.

6.2. De rechtbank heeft in het midden gelaten of [directeur 2] in 2018 bestuurder van de Stichting was. Hierna zal blijken dat deze vraag voor de beoordeling van de vraag in hoeverre [directeur 2] op 28 december 2018 finale kwijting aan [appellant] heeft kunnen verlenen van belang is. Reden waarom eerst deze vraag zal worden beoordeeld.

6.3. Volgens [appellant] is er nooit een bestuursbesluit genomen waarbij [directeur 2] tot bestuurder is benoemd. De Stichting heeft dit niet (althans niet voldoende gemotiveerd) weersproken. Gelet daarop heeft de Stichting haar standpunt dat [directeur 2] per 1 augustus 2017 bestuurder is geworden van de Stichting niet van een voldoende onderbouwing voorzien. Immers, de omstandigheid dat de Kamer van Koophandel [directeur 2] als bestuurder heeft geregistreerd, is in deze niet beslissend. Op grond van artikel 4 lid 3 van de statuten van de Stichting geschiedt de benoeming van een bestuurder door het bestuur. Nu het ervoor moet worden gehouden dat een tot de benoeming van [directeur 2] strekkend bestuursbesluit niet is genomen, kan ook niet worden aanvaard dat [directeur 2] ondanks het ontbreken van een benoemingsbesluit toch als bestuurder van de Stichting zou kunnen worden aangemerkt (vgl. HR 15 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA9047). Ter toelichting wordt nog het volgende opgemerkt.

6.4. De statuten van de Stichting maken onderscheid tussen het bestuur en de directie. Artikel 5 lid 2 van de statuten bepaalt dat de directie is belast met de algemene leiding van de peuteropvang. Niet in geschil is dat [directeur 2] de dagelijkse leiding had van de peuteropvang. Tegen deze achtergrond ligt het ook voor de hand dat [appellant] [directeur 2] per 1 augustus 2017 alleen als 'algemeen directeur' heeft willen inschrijven en niet tevens als lid van het bestuur. Dit geldt te meer omdat ingevolge artikel 4 lid 1 van de statuten bestuursleden niet in dienstbetrekking van de Stichting werkzaam kunnen zijn en de formulering van artikel 5 lid 1 van de statuten erop duidt dat de directie wordt gevormd door werknemers van de Stichting. Dit betekent dat een directeur niet tevens bestuurder kan zijn.

6.5. Bij de beoordeling van de grieven zal het hof er daarom van uitgaan dat [directeur 2] vanaf 1 augustus 2017 wel lid was van de directie, maar geen lid van het bestuur.

*Is finale kwijting verleend aan [appellant] op 20 november 2018?*

6.6. In deze zaak vordert de Stichting de terugbetaling van diverse bedragen door [appellant]. [appellant] voert als meest verstrekkende verweer dat de Stichting in het novemberbesluit, of in elk geval tijdens de bespreking van 28 december 2018 hem zowel decharge als finale kwijting heeft verleend.

6.7. Vastgesteld wordt dat de Stichting zich in deze zaak alleen beroept op onverschuldigde betaling en niet op aansprakelijkheid van [appellant] uit hoofde van artikel 2:9 BW (onbehoorlijke taakvervulling). Het gevolg is dat uitsluitend de rechtsgeldigheid van de volgens [appellant] verleende finale kwijting ter beoordeling voorligt.

6.8. De Stichting heeft de rechtsgeldigheid van het novemberbesluit op diverse gronden betwist. Zo heeft de Stichting aangevoerd dat op 20 november 2018 in het geheel geen vergadering is gehouden bij het Peuterhuis (zoals de notulen vermelden). Voor zover wel een vergadering is gehouden op 20 november 2018, is deze niet rechtsgeldig bijeengeroepen en voor zover dit anders is, is het besluit om aan [appellant] finale kwijting te verlenen nietig dan wel vernietigbaar. Voor het geval één van de grieven van [appellant] zou slagen heeft

de Stichting in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep geklaagd dat de rechtbank ten onrechte haar beroep op nietigheid van het novemberbesluit heeft verworpen.

6.9. De rechtbank heeft het beroep van de Stichting op nietigheid van het kwijtingsbesluit verworpen omdat de Stichting daarvoor onvoldoende had gesteld. De rechtbank heeft in de eerste plaats (in rechtsoverweging 4.4) vastgesteld dat (destijds) voor een stichting geen wettelijke bepaling gold op grond waarvan een bestuurder met een tegenstrijdig belang zich moet onthouden van deelneming aan de besluitvorming. De rechtbank overwoog verder:

'4.5. Indien Stichting het Peuterhuis haar beroep op nietigheid baseert op strijdigheid met een statutaire bepaling, heeft zij niet aan de op grond van artikel 150 Rv op haar rustende stelling volstaan. Immers, Stichting het Peuterhuis stelt niet welke statutaire bepaling(en) door het besluit is/zijn geschonden en waarom dat zo zou zijn. Zij mag het niet aan de rechtbank en de wederpartij laten om uit de statuten te distilleren op welke bepaling Stichting het Peuterhuis haar beroep op nietigheid baseert. Het beginsel van een behoorlijke rechtspleging en met name het beginsel van hoor en wederhoor staat daaraan in de weg.'

6.10. In hoger beroep heeft de Stichting (in grief I in het voorwaardelijk incidenteel appel) haar beroep op nietigheid van het kwijtingsbesluit nader aangevuld. De Stichting heeft erop gewezen (in haar memorie van antwoord onder met name 148-150) dat artikel 6 lid 11 van de statuten bepaalt dat ingeval van een tegenstrijdig belang tussen de Stichting en één van haar bestuurders deze laatste onbevoegd is tot het uitbrengen van een stem. Het feit dat de Stichting heeft aangegeven dat zij zich niet beroept op bestuurdersaansprakelijkheid brengt – anders dan [appellant] betoogt – niet met zich, dat de Stichting expliciet afstand heeft gedaan van een beroep op genoemd artikel.

6.11. Daarmee heeft de Stichting haar beroep op artikel 2:14 BW in hoger beroep alsnog voldoende onderbouwd. Evident is dat [appellant] een tegenstrijdig belang had bij het verlenen van kwijting aan hemzelf. Dit was temeer het geval daar op 20 november 2018 de door hem van de Stichting ontvangen betalingen ter discussie stonden en er mede om die reden werd aangedrongen op zijn aftreden als bestuurder van de Stichting. Dat sprake was van een tegenstrijdig belang is door [appellant] ook niet voldoende gemotiveerd weersproken.

6.12. Gelet op het voorgaande geldt dat voor zover er op 20 november 2018 een bestuursvergadering heeft plaatsgevonden en voor zover die op rechtsgeldige wijze bijeen is geroepen, [appellant] op grond van het bepaalde in artikel 6 lid 11 van de statuten niet bevoegd was tot het uitbrengen van een stem. De notulen van de vergadering vermelden [appellant] als de enige aanwezige bestuurder. Nu [appellant] niet bevoegdelijk voor het besluit tot het verlenen van finale kwijting aan hemzelf heeft kunnen stemmen, is dat besluit niet tot stand gekomen.

6.13. De klachten die [appellant] heeft gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat het besluit vernietigbaar is op grond van artikel 2:15 BW, alsmede de klachten die de rechtsgeldigheid van de in het novemberbesluit aan [appellant] verleende kwijting tot uitgangspunt nemen behoeven bij deze stand van zaken geen behandeling meer. Zij falen alle bij gebrek aan belang. Immers, zou één van deze klachten slagen en het hof het beroep op vernietigbaarheid van het besluit alsnog zou afwijzen, dan wordt aan de door de Stichting gestelde voorwaarde voldaan voor behandeling van het voorwaardelijk incidenteel appel. De uitkomst daarvan zou zijn – zoals hiervoor

toegelicht – dat het besluit strekkende tot het verlenen van finale kwijting geacht moet worden nimmer tot stand te zijn gekomen (ofwel nietig is).

*Is op 28 december 2018 finale kwijting verleend aan [appellant]?*

6.14. [appellant] stelt vervolgens dat hij (ook) op 28 december 2018 met [directeur 2] is overeengekomen dat hem decharge alsmede finale kwijting zou worden verleend over de gehele periode van zijn bestuurslidmaatschap. Op die datum heeft een bespreking plaatsgevonden waar volgens hem die overeenstemming is bereikt. De rechtbank heeft [appellant] met het bewijs van zijn betoog belast, heeft getuigen gehoord en is tot de slotsom gekomen dat [appellant] niet in het bewijs is geslaagd. Tegen dat oordeel greeft [appellant] (in grief X).

6.15. Voor zover [appellant] klaagt dat de rechtbank ten onrechte (i) in haar tussenvonnis niet reeds heeft geoordeeld dat aan [appellant] op 28 december 2018 finale kwijting is verleend en (ii) ten onrechte in haar eindvonnis [appellant] niet geslaagd heeft geacht het bewijs van die stelling te leveren, falen deze klachten reeds bij gebrek aan belang. Ter toelichting dient het volgende.

6.16. De Stichting voert in het voorwaardelijk incidenteel appel (grief II) aan dat voor zover zou worden vastgesteld dat [directeur 2] geen bestuurder was, zij ook nooit de Stichting op 28 december 2018 heeft kunnen vertegenwoordigen. Voor zover één van de klachten van [appellant] gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat op 28 december 2018 aan [appellant] geen finale kwijting is verleend zou slagen, dan wordt aan de door Stichting gestelde voorwaarde voor behandeling van haar grief II voldaan. De uitkomst daarvan zou zijn dat deze grief van de Stichting zou slagen. Hiervoor is reeds vastgesteld dat [directeur 2] op 28 december 2018 geen bestuurder van de Stichting was. Zij heeft dan ook niet de Stichting bevoegdlijk kunnen vertegenwoordigen en als bestuurder van de Stichting kunnen instemmen.

6.17. Terzijde wordt opgemerkt dat [appellant] zich ook niet op de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan beroepen van [directeur 2] [appellant] wist op 28 december 2018 dat [directeur 2] geen bestuurder was. Het standpunt van [appellant] zelf in deze procedure is immers dat [directeur 2] nimmer bij bestuursbesluit tot bestuurder is benoemd.

*Slotsom finale kwijting*

6.18. De vorderingen van de Stichting zullen verder worden beoordeeld vanuit het perspectief dat aan [appellant] geen finale kwijting is verleend.

*Vergoedingen voor [appellant]*

6.19. Ter beoordeling ligt voor de vraag of aan de uitbetaling van € 33.546,20 aan de eenmanszaak EMSS van [appellant] (rov 3.2.8) een rechtsgeldige titel ten grondslag heeft gelegen. [appellant] voert aan dat hij veel meer werkzaamheden heeft verricht dan louter bestuurswerkzaamheden. Artikel 4 lid 5 van de statuten laat ruimte om voor dergelijke werkzaamheden een vergoeding te ontvangen. Ook heeft de Stichting van zijn inspanningen geprofiteerd. Hij voegt daar aan toe dat de rechtbank het verweer van de Stichting ten onrechte heeft aangevuld omdat de Stichting zich bij de rechtbank beperkt heeft tot een beroep op art. 4 lid 5 van de statuten.

6.20. De Stichting heeft zich onder meer op het standpunt gesteld dat zij voormeld bedrag onverschuldigd aan [appellant] heeft betaald omdat daaraan geen overeenkomst ten grondslag ligt. Dit heeft de Stichting zowel in eerste aanleg (1e

stip van p. 4 spreekantekeningen en 4e alinea p. 2 proces-verbaal van 20 juni 2020) als in hoger beroep betoogd. Dat is daarmee onderdeel van de rechtsstrijd tussen partijen in dit hoger beroep.

6.21. Het hof stelt voorop dat partijen lijnrecht tegenover elkaar stonden voor wat betreft de vraag of tussen hen een overeenkomst van opdracht was aangegaan. Terecht en anders dan [appellant] naar voren brengt, heeft de rechtbank dan ook overwogen dat er aanleiding is om bewijs op te dragen. Voor wat betreft de grieven van [appellant] tegen de wijze waarop de rechtbank tot haar bewijsopdracht is gekomen (verzwaarde motiveringsplicht, de zogenaamde voorshands-bewijsconstructie en de mogelijkheid voor [appellant] om tegenbewijs te leveren) geldt dat een oordeel daarover in hoger beroep achterwege kan blijven. De rechtbank is er terecht van uit gegaan dat overeenkomstig de hoofdfregel op de Stichting de bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) rust van haar stelling. Gelet op hetgeen de Stichting aan (getuigen)bewijs heeft bijgebracht, kan zij geslaagd worden geacht in het leveren van het bewijs van haar stelling. Ter toelichting dient nog het volgende.

6.22. [appellant] voerde in de procedure bij de rechtbank, tegenover de stelling van de Stichting dat aan de uitbetalingen aan [appellant] geen rechtsgrond ten grondslag ligt, tot zijn verweer aan dat hij de beloningsafspraken in 2009 of 2010 met zijn voormalige medebestuurders heeft gemaakt (proces-verbaal van 20 juni 2020, p. 4, 3e alinea 5e regel en p. 5 3e alinea). De Stichting heeft als getuigen de voormalige bestuursleden [naam 1] en [naam 3] doen horen, twee van de drie medebestuurders van [appellant] in de periode van 1 januari 2006 tot en met 13 september 2011 (vgl. rov 3.2.2). In rov 2.7 van het eindvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat geen van de getuigen heeft verklaard dat, kort gezegd, door het toenmalige bestuur ten behoeve van [appellant] een beloningsafpraak is gemaakt, welk oordeel in hoger beroep niet is bestreden. De voormalige bestuursleden hebben daarbij verklaard dat er financieel geen ruimte was om beloningen uit te keren, er althans orde op zaken moest worden gesteld. Getuige [naam 1] heeft daarbij verklaard dat zij en [naam 3] ook onbezoldigd (website)diensten hebben verleend aan de Stichting. [appellant] heeft hiertegen, ook in zijn schriftelijke verklaring, niets steekhoudends ingebracht.

6.23. [appellant] heeft ook niet betoogd dat, als de rechtbank, in plaats van het opdragen van tegenbewijs aan [appellant], de bewijsopdracht aan de Stichting had verstrekt en de Stichting haar getuigen vervolgens in enquête had gehoord (en [appellant] zijn getuigen in contra-enquête), de getuigen anders zouden hebben verklaard. Voor zover [appellant], die bij de rechtbank in het kader van te leveren tegenbewijs al getuigen heeft gehoord in hoger beroep aanvullend tegenbewijs had willen leveren had hij een daartoe strekkend gespecificeerd bewijsaanbod moeten doen (vgl. HR 3 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:BU7425). Dat heeft hij niet gedaan. [appellant] heeft zijn standpunt in hoger beroep gewijzigd. [appellant] heeft in hoger beroep (MvG 13, 57,70, 76) tot zijn verweer aangevoerd dat hijzelf over de periode waarop de terugbetalingsverplichting ziet (2012 tot en met juni 2018 – hof) mondeling een overeenkomst van opdracht heeft gesloten met de Stichting. Hij wijst er op dat dit betreft de periode waarin hij enig bestuurslid was, dat hij veel werk voor de Stichting heeft verricht waarvoor hij ook waardering ontving, dat er jarenlang facturen aan de Stichting zijn gestuurd en dat die facturen ook jarenlang zijn voldaan. Volgens hem staat hiermee al vast dat er een (mondeling) overeenkomst van

opdracht ten grondslag ligt aan de betalingen. [appellant] voert hiermee in hoger beroep een nieuw verweer aan dat afwijkt van het verweer bij de rechtbank en zich daarmee ook moeilijk verdraagt. [appellant] heeft hiervoor geen verklaring gegeven. Dat hij dit heeft nagelaten maakt zijn verweer weinig geloofwaardig. Het hof gaat er daarom aan voorbij.

6.24. Terzijde wordt nog het volgende overwogen. Ook indien wel (op enig moment) een overeenkomst tussen de Stichting en (de eenmanszaak van) [appellant] tot stand zou zijn gekomen, zou deze overeenkomst geen geldige rechtsgrond voor de betalingen kunnen opleveren. Ter toelichting dient het volgende.

6.25. In de eerste plaats wordt vastgesteld dat [appellant] zijn stelling dat de werkzaamheden waarvoor hij een vergoeding heeft ontvangen zijn te onderscheiden van zijn reguliere bestuurswerkzaamheden onvoldoende heeft geconcretiseerd. [appellant] heeft onvoldoende toegelicht waarom de door hem verrichte advieswerkzaamheden geen bestuurswerkzaamheden betroffen. Het gevolg is dat [appellant] onvoldoende heeft weersproken dat hij in strijd met het statutaire beloningsverbod een vergoeding heeft ontvangen als bestuurder. Voor zover in dat geval aan de door hem gestelde overeenkomst een bestuursbesluit ten grondslag heeft gelegen is dat bestuursbesluit nietig omdat het is genomen in strijd met de statuten.

6.26. Ook indien [appellant] wordt gevolgd in zijn stelling dat zijn bevoegdheid de Stichting te vertegenwoordigen niet wordt geraakt door het ontbreken van een bestuursbesluit kan dat niet tot de conclusie leiden dat rechtsgeldig een overeenkomst tot stand is gekomen. In de eerste plaats geldt dat voor september 2011 [appellant] niet bevoegd was zelfstandig de Stichting te vertegenwoordigen. Vanaf september 2011 is [appellant] wel zelfstandig bevoegd geweest de Stichting te vertegenwoordigen, maar ook vanaf dat moment heeft hij niet rechtsgeldig een overeenkomst met zijn eigen eenmanszaak kunnen sluiten om zo het beloningsverbod te omzeilen. Immers, als bestuurder van de Stichting wist of behoorde [appellant] te weten van het beloningsverbod. Het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat [appellant] zich in een dergelijk geval op zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid beroept. Grief III (abusievelijk genummerd grief II) van de Stichting in het voorwaardelijk incidenteel appel voert dan ook met recht aan dat de overeenkomst – voor zover die is gesloten – nietig moet worden geacht. Zou één van de klachten gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is geweest van een belonings- of opdracht-overeenkomst slagen, dan zou dat [appellant] dus niet kunnen baten. Het gevolg is dat deze klachten ook falen bij gebrek aan belang.

*Is de vordering tot terugbetaling van € 33.546,20 (deels) verjaard?*

6.27. [appellant] klaagt verder (in grief VI) dat de rechtbank ten onrechte zijn beroep op verjaring heeft verworpen. Volgens hem kan in verband daarmee van het gevorderde bedrag van € 33.546,20 een bedrag van € 13.218,20 niet meer worden gevorderd. Deze klacht faalt. De wetgever heeft voorzien in de verlengingsregeling van art. 3:320 en 3:321 lid 1 sub d BW voor de situatie waarin de vertegenwoordiger van de rechtspersoon (in dit geval [appellant] als (enig) bestuurder van de Stichting) tijdens deze vertegenwoordiging een rechtsvordering tegen die vertegenwoordiger ([appellant] zelf dus) niet instelt. Deze verlenging brengt mee dat de langer dan vijf jaar bestaande vorderingen van de Stichting op haar bestuurslid

pas verjaren na zes maanden na het verdwijnen van de verlengingsgrond. Nu [appellant] met ingang van 1 januari 2019 is afgetreden is de verlenging dus (pas) op 1 juli 2019 voltooid. Dit betekent dat op het moment van het uitbrengen van de inleidende dagvaarding (24 juni 2019) de vordering van de Stichting niet (gedeeltelijk) was verjaard.

6.28. Terzijde wordt opgemerkt dat de grief tot uitgangspunt neemt dat de wetenschap van [appellant] ter zake de door hem ontvangen beloningen in strijd met het statutaire beloningsverbod aan de Stichting kon worden toegerekend. De Stichting betwist dit evenwel met recht. Weliswaar brengt de aard van de functie van bestuurder van een rechtspersoon in het algemeen mee dat zijn wetenschap in het maatschappelijk verkeer als wetenschap van de rechtspersoon heeft te gelden. Dit kan in bijzondere omstandigheden anders zijn (zie HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413, rov. 3.2.2). Dergelijke omstandigheden doen zich hier voor, gelet op onder meer het eigen financiële belang van [appellant] bij de aan hem toegekende beloning en de omstandigheid dat hij in de periode dat hij deze heeft ontvangen de enige bestuurder van de Stichting was en niet is komen vast te staan dat voor medio 2018 iemand anders bij de Stichting op de hoogte was van deze door hem ontvangen beloningen. Onder deze omstandigheden is een beroep op verjaring – ook als de verlengingsregeling van artikel 3.320 en 3:321 BW niet van toepassing zou zijn – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

*Had een bedrag van € 3.000,- in mindering moeten worden gebracht?*

6.29. [appellant] betoogt ten slotte (in grief VII) dat de rechtbank ten onrechte niet een bedrag ter grootte van € 3.000,- aan kosten in mindering heeft gebracht op het gevorderde bedrag van € 33.546,20. Volgens hem ziet daarvan € 3.000,- op kosten van derden, met name voor een website en voor software, waarvoor hij via zijn eenmanszaak de inkoop regelde. De Stichting heeft dit weersproken. De rechtbank heeft dit betoog afgewezen (rov 4.27) omdat [appellant] tegenover het verweer van de Stichting niet nader heeft gespecificeerd om welke software en doorberekende kosten het gaat. In hoger beroep heeft [appellant] zijn betoog gehandhaafd maar daar niets aan toegevoegd. Het hof onderschrijft rov 4.27 van de rechtbank en maakt deze overweging tot de zijne. [appellant] heeft zijn betoog net als in eerste aanleg onvoldoende toegelicht.

*Slotsom vordering inzake de vergoedingen [appellant] ter grootte van € 33.545,20*

6.30. In verband met de door de Stichting ingestelde vordering uit onverschuldigde betaling is terecht € 33.545,20 toegevoegd.

*Leningen/overschrijvingen*

6.31. In rov 4.29 tot en met 4.42 van het tussenvonnissen heeft de rechtbank over door de Stichting op 7 november 2006 (hierna: lening 1) en 7 oktober 2009 (hierna: lening 2) aan [appellant] overgeboekte bedragen van € 10.000,- elk geoordeeld dat [appellant] deze met rente moet terugbetalen aan de Stichting. [appellant] grieft (in de grieven VIII en IX) daartegen in hoger beroep.

6.32. Hiervoor heeft het hof overwogen dat [appellant] geen beroep kan doen op finale kwijting en dat ziet uiteraard ook op de vordering tot terugbetaling van lening 1 en lening 2. Ook het beroep van [appellant] op verjaring faalt, ongeacht of



de verjaring aanvangt op het moment voorzien in art. 3:307 lid 1 of 3:307 lid 2 BW: de in deze bepalingen voorziene termijnen worden immers verlengd tot zes maanden na afloop van het bestuurslidmaatschap van [appellant]. De dagvaarding is tijdig uitgebracht (rov 6.27). Het hof verwijst in dit verband ook naar rov 6.28.

6.33. Lening 1 is volgens [appellant] terugbetaald door verrekeningen met openstaande facturen. Dat ziet volgens [appellant] op facturen ingediend in verband met in 2005, 2006, 2007 en 2008 door [appellant] gemaakte uren (rov 4.34 tussenvonnis). Aan de door [appellant] gestelde verrekening ligt ten grondslag de beloningsafpraak waarover hiervoor reeds is geoordeeld dat het in rechte ervoor moet worden gehouden dat deze niet is overeengekomen en overigens ook niet rechtsgeldig tot stand zou hebben kunnen komen.

Lening 2 is volgens [appellant] terugbetaald door overboekingen van zijn rekening (of de rekening van [appellant] handelende onder de naam EMSS) aan de Stichting. De rechtbank heeft met de door [appellant] verrichte aflossingen op deze leningen (rov. 4.39 tussenvonnis) rekening gehouden (rov 2.24 eindvonnis) en de vordering teruggebracht naar € 8.750,-. Verdere terugbetalingen heeft de rechtbank niet getraceerd. Anders dan [appellant] betoogt, ziet het hof met de rechtbank geen aanleiding om af te wijken van de hoofdregel dat degene die zich op het rechtsfeit van terugbetaling beroept die betaling moet bewijzen. Dat geldt te meer omdat het hier betreft een terugbetaling van een lening door een bestuurder van een stichting aan hemzelf. Het is dan aan hem om een eventuele terugbetaling goed te documenteren.

6.34. Onvoldoende bewijs voor de terugbetaling vormt de omstandigheid dat de leningen niet meer voorkomen in zowel de boekhouding van de Stichting als de boekhouding van EMSS. Met de rechtbank (rov 4.40) is het hof van oordeel dat de boekhoudkundige verwerking van de overboekingen niet doorslaggevend is voor de vraag of iets is terugbetaald. Dat is niet anders in een geval waarin de leningen in zowel de boekhouding van de debiteur als die van de crediteur zonder enige verklaring niet (meer) te traceren zijn. Temeer in dit geval waarin de boekhouding van de Stichting was uitbesteed aan de aan [appellant] gelieerde M&P Advisory + Administration Services B.V. ([naam 4]). Tot slot passeert het hof ook het beroep op artikel 21 Rv omdat mr. [A] volgens [appellant] leugenachtig heeft verklaard over het moment waarop hij kennis heeft gekregen van het novemberbesluit. De Stichting betwist dat mr. [A] leugenachtig heeft verklaard en ook los daarvan is hetgeen [appellant] hierover naar voren heeft gebracht onvoldoende om als sanctie een voorhands vermoeden te aanvaarden voor een ander geschilpunt tussen partijen.

6.35. De rechtbank heeft de vordering strekkende tot terugbetaling van lening 1 en lening 2 terecht toegewezen.

#### Beslagkosten

6.36. [appellant] grieft ten slotte separaat tegen de toegewezen beslagkosten.

6.37. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat het vonnis niet op grond van de grieven van [appellant] aantastbaar is. Het gaat dus uitsluitend om de vraag of er reden is, om ook bij toewijzing van de vorderingen van de Stichting, (een deel van) de beslagkosten niet toe te wijzen. In vergelijking met de conclusie na enquête heeft [appellant] in hoger beroep geen nieuwe argumenten aangevoerd. Het hof neemt de overwegingen van de rechtbank in rov 2.30 tot en met 2.34 over en maakt deze tot de zijne en voegt daar aan toe dat het enkele feit dat een woonhuis voorafgaand aan en tijdens deze procedure niet

te koop heeft gestaan niet tot de slotsom kan leiden dat niet voldaan is aan het criterium van 'vrees voor verduistering'. Verder stelt [appellant] weliswaar dat hij beschikt over inkomen waarop de Stichting zich had kunnen verhalen maar nergens blijkt uit dat hij in verband daarmee, bijvoorbeeld, een bankgarantie heeft aangeboden.

#### Slotsom

6.38. De slotsom van het voorgaande is dat de vonnissen zullen worden bekrachtigd. De grieven II, X,V, VI, VII, VII, IX en XI (deels bezien in samenhang met grief I) falen, althans is er bij de (verdere) beoordeling van die grieven geen belang. Bij de grieven III en IV heeft [appellant] eveneens geen belang. [appellant] heeft niet, althans onvoldoende concreet en specifiek, feiten te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel leiden. De vordering tot terugbetaling van al hetgeen [appellant] ter uitvoering van de bestreden vonnissen heeft voldaan zal worden afgewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal [appellant] worden veroordeeld in de kosten van het geding in het principaal hoger beroep. Aan de behandeling van het incidenteel hoger beroep komt het hof niet toe. Dat de in incidenteel hoger beroep gewisselde argumenten wel in de overwegingen zijn betrokken maakt dat niet anders.

#### Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt de vonnissen van de rechtbank Rotterdam van 26 augustus 2020 en 17 november 2021 voor zover aan zijn oordeel onderworpen;
- veroordeelt [appellant] in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van de Stichting tot op heden begroot op € 2.106,- aan griffierecht en € 4.314,- aan salaris advocaat en € 173,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 90,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 90,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;
- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af de vordering tot terugbetaling aan [appellant] van hetgeen [appellant] ter uitvoering van het bestreden vonnis aan de Stichting heeft voldaan.

#### NOOT

Deze zaak gaat over de klassieke kwestie van een stichtingsbestuurder die (onbedoeld) zijn statutaire hand overspeelt. Een statutair bestuurder van Stichting Het Peuterhuis (hierna: appellant) tracht in rechte te ontkomen aan terugbetaling van vergoedingen die hij aan zichzelf heeft uitgekeerd. Daartoe voert de voormalig bestuurder alle mogelijke verweren aan. Twee ondernemingsrechtelijk interessante onderwerpen passeren hierna te revue. Ik ga in op de vraag of een directeur van de Stichting rechtsgeldig tot bestuurder van de Stichting is benoemd en of appellant rechtsgeldig is gedechargeerd ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang.

*Geen benoemingsbesluit, toch bestuurder?*

Volgens art. 2:286 BW bepalen de statuten de wijze van benoeming en ontslag van de bestuurder van de Stichting. De wet zelf bevat hiervoor geen regeling (zoals dat wel het geval is bij de besloten vennootschap; art. 2:242 BW). De statuten van de Stichting bevatten de gebruikelijke coöptatieregeling: het bestuur voorziet zelf in aanvulling door benoeming van (een of meer) opvolger(s).

Appellant maakte in het verleden onderdeel uit van een vierkoppig bestuur. Na het terugtreden van drie bestuursleden bleef appellant als enig bestuurder aan. Er is niet (via coöptatie) voorzien in aanvulling. Dat belemmert de bedrijfsvoering en de vertegenwoordiging niet. Volgens de statuten van de Stichting vormt het enig overblijvende bestuurslid een wettig bestuur.

De statuten van de Stichting voorzien ook in een directie. De directie is belast met de algemene leiding van de peuteropvang. De directie treedt tevens op als adviesorgaan van het bestuur en kan in die hoedanigheid alle bestuursvergaderingen bijwonen en ten aanzien van de te nemen bestuursbesluiten gevraagd en ongevraagd haar advies verstrekken. In de statuten van de Stichting wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de directie en het bestuur. Bestuursleden kunnen alleen zij zijn die niet in dienstbetrekking werkzaam bij de Stichting zijn. De directie wordt daarentegen gevormd door werknemers van de Stichting.

Appellant heeft op enig moment door middel van een door hem ondertekend inschrijvingsformulier een directeur als bestuurder van de Stichting ingeschreven bij de Kamer van Koophandel.

Bij het hof wordt getwist over de vraag of de directeur rechtsgeldig bestuurder is van de Stichting. De directeur meent dat zij bestuurder is. Het hof concludeert terecht dat dat niet het geval is. Ten eerste maken de statuten duidelijk dat een werknemer geen bestuurder kan zijn. Ten tweede heeft het bestuur nooit een benoemingsbesluit genomen. De Hoge Raad heeft met betrekking tot de nv en de bv uitgemerkt dat het dwingendrechtelijk karakter van art. 2:242 BW zich verzet tegen een benoeming buiten deze bepaling om (HR 15 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA9047 (*Van Ekelenburg/Squamish Corporation*)). Ik meen dat deze uitspraak ook van toepassing is op de benoeming van een bestuurder bij een stichting. Hoewel de wet voor de stichting niet voorziet in een met art. 2:242 BW vergelijkbare bepaling, dienen de statuten volgens de dwingendrechtelijke bepaling van art. 2:286 BW de wijze van benoeming en ontslag van de bestuurder van de stichting te bevatten. De statuten van de Stichting bevatten een coöptatieregeling. Voor een geldige benoeming moet er dus een benoemingsbesluit van het bestuur zijn en het staat vast dat zo'n besluit niet is genomen. In lijn met de Hoge Raad in *Van Ekelenburg/Squamish Corporation* kan de inschrijving van de directeur als bestuurder bij de Kamer van Koophandel niet als rechtsgeldige benoeming worden aangemerkt. Het hof houdt het erop dat appellant bij de inschrijving in de Kamer van Koophandel onbedoeld een fout heeft gemaakt door de directeur als bestuurder en niet als directeur in te schrijven.

*Rechtsgeldig gedechargeerd ondanks tegenstrijdig belang?*

Tijdens het bestuurslidmaatschap van appellant zijn de administratieve werkzaamheden van de Stichting uitbesteed aan een aan appellant gelieerde besloten vennootschap. Appellant heeft ook een eenmanszaak van waaruit hij zich bezighoudt met het geven van bedrijfskundig en commercieel

organisatorisch advies. De eenmanszaak heeft de Stichting met regelmaat gefactureerd voor door appellant ten behoeve van de Stichting verrichte werkzaamheden.

De statuten van de Stichting bepalen dat de leden van het bestuur geen beloning genieten voor hun bestuurswerkzaamheden. Zij hebben wel recht op vergoeding van de door hen in de uitoefening van hun functie gemaakte kosten. In een bestuursvergadering, vlak voor zijn aftreden als bestuurder, verleent appellant zichzelf finale kwijting voor de volledige periode van zijn bestuurslidmaatschap. Daarbij wordt genoteerd dat de Stichting afstand doet van elk recht op aansprakelijkheid c.q. schadevergoeding vanwege mogelijke of gebleken onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur. Ook doet de Stichting ex art. 6:160 BW afstand van ieder vorderingsrecht dat de Stichting op het bestuur heeft. De Stichting vordert in hoger beroep bij het hof terugbetaling van de aan (het eenmansbedrijf van) appellant betaalde vergoedingen en beroept zich daarbij alleen op onverschuldigde betaling, niet op aansprakelijkheid van appellant uit hoofde van art. 2:9 BW. Appellant stelt zich op het standpunt dat de vordering van de Stichting grondslag ontbeert omdat hem zowel decharge als finale kwijting is verleend. Volgens het hof ligt alleen de rechtsgeldigheid van de verleende finale kwijting voor omdat de Stichting zich slechts beroept op onverschuldigde betaling.

Het lijkt erop dat het hof, evenals appellant, een onderscheid maakt tussen decharge en finale kwijting, waarbij de decharge zou zien op de onbehoorlijke taakvervulling en de finale kwijting op eventuele vorderingsrechten van de Stichting op het bestuur. Dit onderscheid komt mij enigszins gekunsteld voor. Bij decharge alsook bij kwijting wordt het bestuur ontheven van (interne) aansprakelijkheid voor het gevoerde beleid (M. de Jong, 'De betekenis van decharge voor stichtingsbestuurders en -toezichhouders', *Onderneming en Financiering*, aflevering 1, 2018). Er is geen verschil in betekenis tussen beide begrippen. Vanuit juridisch perspectief bestaat er geen onderscheid tussen decharge/kwijting van aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling enerzijds en decharge/kwijting van vorderingsrechten van de Stichting op het bestuur anderzijds. Decharge kan worden verleend voor gepleegde handelingen van welke aard ook (HR 20 oktober 1989 ECLI:NL:HR:1989:AD0915 (*Ellem/De Bruin*)).

Decharge wordt in het algemeen aan het bestuur verleend door het orgaan waaraan het bestuur (financiële) verantwoordelijkheid is. Decharge is bij stichtingen niet in de wet geregeld. De literatuur is verdeeld over de vraag of, bij gebreke van een toezichthoudend orgaan, het bestuur van een stichting zichzelf kan dechargeren (*Asser/Rensen 2-III* 2022/426). De onderhavige Stichting heeft geen raad van toezicht, althans daarvan wordt in het arrest van het hof niet geïmpliceerd. Decharge is ook niet in de statuten van de Stichting geregeld.

De statuten bevatten wel een bepaling inzake tegenstrijdig belang. Hierop lijdt het dechargebesluit van appellant schipbreuk. Art. 6 lid 11 van de statuten bepaalt dat in geval van tegenstrijdig belang tussen de Stichting en een van haar bestuurders deze laatste onbevoegd is tot het uitbrengen van een stem. Volgens het hof is het evident dat appellant een tegenstrijdig belang had bij het verlenen van kwijting aan hemzelf. Daar ben ik het mee eens. Appellant heeft er direct persoonlijk belang bij dat de Stichting afstand doet van haar vorderingsrecht op terugbetaling van de bedragen die zij aan (het eenmansbedrijf van) appellant heeft betaald. Het kwij-

tingsbesluit is niet tot stand gekomen omdat appelland als enig bestuurder met een tegenstrijdig belang geen stem mag uitbrengen.

Had het hof het dechargebesluit ook kunnen nietig verklaren wanneer in de statuten van de Stichting geen bepaling over tegenstrijdig belang was opgenomen? Ik meen van niet. Aan gezien een raad van commissarissen bij de Stichting ontbreekt, komt de besluitvormingsbevoegdheid op grond van de tegenstrijdigbelangbepaling van art. 2:291 lid 6 BW, ondanks het tegenstrijdig belang, weer bij appelland te liggen. Appelland had een rechtsgeldig dechargebesluit kunnen nemen (slechts) onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het dechargebesluit ten grondslag lagen. Deze casus maakt maar weer duidelijk dat het is aan te bevelen in stichtingsstatuten een regeling omtrent decharge en tegenstrijdig belang op te nemen, zeker wanneer de stichting een éénpoppig bestuur heeft en een raad van toezicht ontbreekt.

mr. A.M. Dumoulin-Siemens  
Ekelmans Advocaten

## Civiel recht

12

### Wijziging van eis in appel in geval van verstek

Hoge Raad  
13 oktober 2023, nr. 22/02278, ECLI:NL:HR:2023:1426  
(mr. De Groot, mr. Du Perron, mr. Ter Heide,  
mr. Salomons, mr. Makkink)  
(Concl. A-G Wesseling-van Gent)  
Noot mr. R.J.G. Mengelberg

### Dagvaardingstermijn. Wijziging eis. Goede procesorde.

[Rv art. 120 lid 3, 130 lid 3]

*Essentie: Een wijziging van eis in een verstekzaak moet aan de wederpartij worden betekend vóór de roldatum waarop de eis wordt gewijzigd en wel met inachtneming van de toepasselijke termijn. Als betekening niet tijdig heeft plaatsgevonden, geldt als uitgangspunt dat de rechter eiser alsnog in de gelegenheid kan stellen om de wijziging van eis te betekenen. Als echter sprake is van strijd met de goede procesorde kan de rechter dat ook weigeren.*

*Samenvatting: Uit de verwijzing naar art. 120 lid 3 Rv blijkt dat 'tijdig' in de zin van art. 130 lid 3 Rv inhoudt dat de toepasselijke dagvaardingstermijn (art. 114-117 Rv) in acht moet worden genomen. De verandering of vermeerdering van eis moet derhalve voorafgaand aan de roldatum waarop de eis wordt gewijzigd aan de niet verschenen partij worden betekend met inachtneming van de toepasselijke termijn van art. 114-117 Rv. Indien de verandering of vermeerdering van eis niet tijdig bij exploit aan de niet verschenen partij kenbaar is gemaakt, is uitgangspunt dat de rechter, op verzoek van de partij die haar eis wil wijzigen of ambtshalve, alsnog gelegenheid kan bieden om de verandering of vermeerdering van eis aan de niet*

*verschenen wederpartij te doen betekenen. De rechter kan wegens strijd met de eisen van een goede procesorde afzien van het bieden van die gelegenheid.*

*Het hof heeft overwogen dat de eiswijziging niet aan geïntimeerde is betekend en heeft het op de mondelinge behandeling gedane verzoek van appelland om haar de gelegenheid te bieden de eiswijziging alsnog te betekenen, afgewezen wegens strijd met de eisen van een goede procesorde. Het hof heeft daarbij gewezen op de fase waarin de procedure zich bevond ten tijde van dat verzoek, te weten ruim een jaar na de eiswijziging, tijdens de mondelinge behandeling, waarna arrest zou worden gewezen.*

Crownvest AG, gevestigd te Pfäffikon, Zwitserland,  
eiseres tot cassatie,  
hierna: Crownvest,  
advocaat: N.C. van Steijn,  
tegen  
Stichting Katholieke Universiteit, thans Stichting Radboud Universiteit, gevestigd te Nijmegen,  
verweerster in cassatie,  
hierna: SKU,  
niet verschenen.

### Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Wesseling-van Gent)

#### 1. Aanduiding procespartijen, korte inhoud zaak en samenvatting cassatieberoep

1.1. Eiseres tot cassatie wordt hierna aangeduid als Crownvest. Verweerster in cassatie, voorheen Stichting Katholieke Universiteit (SKU), thans Stichting Radboud Universiteit, wordt hierna aangeduid als SRU.

1.2. Deze zaak betreft een geschil over de vraag wie recht heeft op bepaalde materialen die horen bij het Heal-X project. Dit project had betrekking op de verdere ontwikkeling van een polymeer op basis waarvan een gel kan worden gemaakt voor de behandeling van brandwonden. In eerste aanleg heeft de rechtbank de vorderingen van Wound-ex B.V. (hierna: Wound-ex) – waaronder verklaringen voor recht dat zij eigenaar is van de materialen en dat SRU gehouden is de materialen aan Wound-ex af te geven – afgewezen. In hoger beroep heeft na de appeldagvaarding een partijwisseling plaatsgevonden, omdat Wound-ex haar vordering op SRU heeft gecedeerd aan Crownvest. Crownvest heeft het geding als appelland hervat en heeft vervolgens haar eis in de memorie van grieven gewijzigd. SRU is in appel niet verschenen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

1.3. In cassatie komt Crownvest op tegen de weigering van het hof om de gewijzigde eis in zijn oordeel te betrekken op de grond dat Crownvest deze eiswijziging niet tijdig aan SRU heeft betekend, zoals is vereist op grond van art. 130 lid 3 Rv, alsmede tegen de weigering om betekening alsnog toe te staan. Voorts worden klachten gericht tegen het oordeel van het hof dat de rechtbank Wound-ex terecht in de kosten van de procedure in eerste aanleg heeft veroordeeld.