



Kwartaalupdate

Bestuurdersaansprakelijkheid

Q4 2021

Introductie

Auteurs: [Vincent Terlouw](#), [Suzanne van Aalst](#) en [Boaz van Honk](#)

In het vierde kwartaal van 2021 zijn op www.rechtspraak.nl 45 uitspraken gepubliceerd waarin de ingestelde vordering gegrond was op bestuurdersaansprakelijkheid. Het betrof 2 uitspraken van de Hoge Raad, 2 conclusies van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad, 20 uitspraken van de gerechtshoven en 21 van rechtbanken.

In deze Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid voor Q4 2021 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

- 01.** Vraag of bestuurders ermee rekening moesten houden dat vonnis op grond waarvan hun vennootschap betaling heeft ontvangen, in appel zou worden vernietigd en verplichting tot terugbetaling zou ontstaan. (Hoge Raad 17 december 2021) 2
- 02.** Moet mededeling van betalingsonmacht worden gedaan als bedrijfstakpensioenfonds al op andere wijze op de hoogte is van betalingsonmacht van de rechtspersoon en van de omstandigheden die daartoe hebben geleid? (Hoge Raad 24 december 2021) 5
- 03.** Aansprakelijkheid van de bestuurder ex artikel 6:162 BW voor het niet conform een term sheet uitgeven van ontvangen voorschotten terwijl ernstig rekening gehouden moest worden met een terugbetalingsverplichting. (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2021) 8
- 04.** Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW; sprake van verjaring? (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 november 2021) 11
- 05.** Vermeende schending factoringsovereenkomst een grond voor bestuurdersaansprakelijkheid? (Gerechtshof Den Haag 30 november 2021) 14
- 06.** Beroep op de beklamel-norm; bestuurders aansprakelijk wegens niet nakoming koopovereenkomst? (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2021) 17
- 07.** Bestuurder aansprakelijk vanwege turboliquidatie? (Gerechtshof Den Haag 5 oktober 2021) 21

01

Vraag of bestuurders ermee rekening moesten houden dat vonnis op grond waarvan hun vennootschap betaling heeft ontvangen, in appel zou worden vernietigd en verplichting tot terugbetaling zou ontstaan.

(Hoge Raad 17 december 2021)

De vraag die in deze kwestie centraal stond was de vraag of bestuurders van een vennootschap persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn indien de vennootschap die zij besturen betaling int van de wederpartij aan de hand van een voor de vennootschap gunstig vonnis, terwijl dat bedrag niet kan worden terugbetaald als dat vonnis in hoger beroep wordt vernietigd.

De rechtbank wees de vordering jegens de bestuurders af. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden corrigeerde dat oordeel met haar [arrest van 12 mei 2020](#). De Hoge Raad laat dat oordeel van het hof nu in stand. Hoe zit het nu precies en welk risico loopt een bestuurder?

Het is vaste rechtspraak dat een partij die een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis executeert in beginsel onrechtmatig handelt en schadeplichtig is wanneer het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd ([HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542](#)). Geen rekening houden met vernietiging in hoger beroep gebeurt met andere woorden voor eigen risico.

Dat betekent dat het onrechtmatig handelen van de vennootschap in beginsel gegeven is, maar in deze zaak werd niet de vennootschap maar werden haar bestuurders aangesproken. Als een vennootschap onrechtmatig handelt, is in beginsel alleen die vennootschap aansprakelijk. Onder bijzondere omstandigheden kan er ook ruimte zijn voor aansprakelijkheid van een bestuurder voor het onrechtmatig handelen van de vennootschap.

Als sprake is van frustratie van betaling en verhaal waardoor een schuldeiser wordt benadeeld, zoals in deze zaak werd gesteld, dient volgens vaste rechtspraak beoordeeld te worden of het handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Daarvoor kan in elk geval van belang zijn (i) of de bestuurders op grond van de hen bekende omstandigheden rekening hadden moeten houden met de mogelijkheid dat het vonnis zou worden vernietigd, (ii) of zij wisten of ernstig rekening hadden moeten houden met de mogelijkheid dat in geval van vernietiging van het vonnis de vennootschap niet in staat zou zijn het door haar op basis van het veroordelend vonnis ontvangen bedrag terug te betalen en (iii) of in de gegeven omstandigheden aan de bestuurders kan worden verweten dat zij desondanks gelden onttrokken hebben aan de vennootschap, met verwaarlozing van de belangen van de partij die op basis van het (vernietigende) vonnis heeft betaald.

Het gerechtshof oordeelde hier dat de vennootschap (en daarmee haar bestuurders) in beginsel rekening moest houden met de mogelijkheid dat genoemd vonnis vernietigd zou worden. Juist gelet op de niet aflatende juridische strijd met de wederpartij hadden de bestuurders voorzichtig moeten handelen en het op basis van het vonnis betaalde bedrag moeten reserveren.

Dit zou wellicht anders kunnen zijn als het bedrag moest worden besteed aan de gewone bedrijfsvoering van de vennootschap en in het kader daarvan aan noodzakelijke betalingen aan crediteuren om het bedrijf te kunnen voortzetten. De vennootschap had echter onvoldoende aangevoerd om aan te nemen dat de met het ontvangen bedrag gedane betalingen noodzakelijk waren voor de gewone bedrijfsvoering van de vennootschap. Het op dat moment (ook) ineens onverplicht inlossen van de vordering die de bestuurders hadden uit rekening-courant op de vennootschap was niet noodzakelijk. Ook voor de noodzaak van betalingen op dat moment aan een dochtermaatschappij en aan andere gelieerde vennootschappen had de vennootschap onvoldoende aangevoerd.

Gelet op al deze feiten en omstandigheden oordeelde het hof in mei 2020 dat aan de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt kon worden gemaakt. Als gezegd laat de Hoge Raad dit oordeel dus in stand.

Deze uitspraak is niet alleen een waarschuwing aan bestuurders van een vennootschap die na een verkregen uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis te lichtzinnig overgaan tot executie met verwaarlozing van het belang van hun wederpartij, maar zeker ook aan de advocaat van de vennootschap om daaromtrent passend te adviseren.

Moet mededeling van betalingsonmacht worden gedaan als bedrijfstakpensioenfonds al op andere wijze op de hoogte is van betalingsonmacht van de rechtspersoon en van de omstandigheden die daartoe hebben geleid? ([Hoge Raad 24 december 2021](#))

In de praktijk komen wij met enige regelmaat tegen dat een bestuurder door een bedrijfstakpensioenfonds – of de belastingdienst waarvoor een vergelijkbare meldingsplicht geldt – persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld voor achterstallige pensioenpremies van de vennootschap op de grond dat de bestuurder niet op de juiste wijze melding zou hebben gedaan van de betalingsonmacht van de vennootschap. Niet zelden betreft dit dan situaties waarin het bedrijfstakpensioenfonds (of de belastingdienst) eigenlijk wel wist dat er sprake was van betalingsonmacht, maar daarvan geen ‘officiële’ melding was gedaan. Zo ook hier.

Kort gezegd was er in deze kwestie sprake van een thuiszorgorganisatie die vanaf april 2012 in overleg was met het bedrijfstakpensioenfonds over haar financiële situatie, haar betalingsmoeilijkheden, de aanvraag van haar faillissement en de oorzaak van de problemen, te weten het faillissement van het bedrijf waaraan de thuiszorgorganisatie haar personeelsadministratie had uitbesteed.

In oktober 2012 had de advocaat van de thuiszorgorganisatie een en ander nader uit de doeken gedaan in een brief aan het bedrijfstakpensioenfonds inclusief een voorstel voor een (extern gefinancierd) crediteurenakkoord. Het bedrijfstakpensioenfonds heeft vervolgens in oktober en november 2012 een boekenonderzoek gedaan bij de thuiszorgorganisatie en vastgesteld dat zij een veel grotere vordering zou hebben dan tot op dat moment was gefactureerd.

Het bedrijfstakpensioenfonds stemt in met het buitengerechtelijke crediteurenakkoord op basis waarvan zij 25% zou krijgen van haar op dat moment bestaande vordering van EUR 10.836,67. Enkele weken later stuurt zij vervolgens veel hogere (aanvullende) nota's dan gewoonlijk welke facturen niet betaald konden worden door de thuiszorgorganisatie. De vordering op de thuiszorgorganisatie loopt medio 2015 op tot EUR 896.154,96.

Op 24 december 2015 heeft het bedrijfstakpensioenfonds de bestuurder op grond van art. 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk gesteld voor de achterstallige pensioenpremies, kort gezegd op de grond dat de bestuurder niet op de juiste wijze melding zou hebben gedaan van de betalingsonmacht. Op 19 juli 2016 gaat de thuiszorgorganisatie failliet.

De rechtbank en het gerechtshof zitten er formeel in: het enkele feit dat het bedrijfstakpensioenfonds op de hoogte was van moeilijke financiële omstandigheden van de vennootschap ontslaat de bestuurder niet van de verplichting om melding te maken van betalingsonmacht. Overleg daarover is iets anders dan de mededeling (en daarmee wetenschap aan de zijde van het bedrijfstakpensioenfonds) van betalingsonmacht van de vennootschap om aan haar verplichtingen te voldoen.

De Hoge Raad daartegen oordeelt als volgt:

"Het strookt met de (...) strekking van de melding van betalingsonmacht om aan te nemen dat een melding van betalingsonmacht achterwege kan blijven indien het bedrijfstakpensioenfonds tijdig op andere wijze dan door middel van een melding van betalingsonmacht op de hoogte is geraakt van de betalingsonmacht van de rechtspersoon en van de omstandigheden die daartoe hebben geleid, en deze wetenschap dusdanig is dat het bedrijfstakpensioenfonds op basis daarvan in staat is zich een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht en zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen."

Deze minder formalistische en meer praktische benadering van de Hoge Raad doet recht aan hoe het in de praktijk vaak gaat. Een bestuurder van een vennootschap die al geruime tijd in overleg is met het bedrijfstakpensioenfonds (of de belastingdienst)

over de financiële problemen en zelfs een boekenonderzoek heeft gehad, hoeft terecht niet te vrezen voor persoonlijke aansprakelijkheid wanneer er niet ook nog een formele melding betalingsonmacht is gedaan. Desalniettemin blijft het advies die melding toch maar tijdig te doen. Al is het maar om een jarenlange en kostbare procedure te voorkomen.

Aansprakelijkheid van de bestuurder ex artikel 6:162 BW voor het niet conform een term Sheet uitgeven van ontvangen voorschotten terwijl ernstig rekening gehouden moest worden met een terugbetalingsverplichting.

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2021)

Het gaat in deze (verwijzings)procedure kort gezegd om het volgende. ODS heeft aan AAA Energy Window Holding B.V. ("AAA Energy") voorschotten betaald in verband met de ontwikkeling van een door haar bestuurder ontworpen raamkozij-nensysteem ("het Mindow-product"). De voorschotten zijn betaald op grond van een overeenkomst tussen ODS en AAA Energy en AAA Patents B.V. ("de Term Sheet"), waarin staat dat deze voorschotten als onverschuldigd betaald moeten worden terugbetaald als partijen geen overeenstemming bereiken over een nog te sluiten licentieovereenkomst. Op een bepaald moment is duidelijk geworden dat die overeenstemming niet zal worden bereikt, waarna ODS met de voorschotbetalingen is gestopt. Op dat moment had ODS in totaal EUR 1.639,550 aan voorschotten betaald. AAA Energy heeft dat bedrag niet terugbetaald en biedt evenmin verhaal.

Deze procedure ziet op de vraag of de bestuurder van AAA Energy ("de bestuurder") persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die ODS heeft geleden doordat AAA Energy niet aan haar terugbetalingsverplichting – welke in de onderhavige procedure vaststaat – heeft voldaan en evenmin verhaal biedt.

Volgens ODS is de bestuurder aansprakelijk voor de gehele onverhaalbaar gebleken vordering op AAA Energy. De bestuurder heeft volgens ODS de vennootschap leeggehaald, of er in ieder geval ten onrechte niet voor gezorgd dat AAA Energy verhaal zou bieden als de terugbetalingsverplichting uit de Term Sheet zou ontstaan.

Daarom treft hem een persoonlijk ernstig verwijt. De bestuurder had volgens ODS met de mogelijke terugbetalingsverplichting ernstig rekening moeten houden en met het oog daarop het gehele voorschotbedrag moeten reserveren.

De bestuurder voert als verweer aan dat van hem niet kon worden verwacht dat de voorschotbedragen werden gereserveerd met het oog op een mogelijke terugbetalingsverplichting, omdat ODS die bedragen nu juist had voorgeschooten om AAA Energy in staat te stellen het Mindow-product verder te ontwikkelen en vermarkten.

Het hof is van oordeel dat het verweer van de bestuurder slaagt voor zover de ontvangen voorschotbedragen daadwerkelijk zijn gebruikt voor het overeengekomen doel, dus voor de verdere ontwikkeling van het Mindow-product. Voor zover de voorschotten niet volgens het in de Term Sheet overeengekomen doel zijn besteed, treft de bestuurder wél een persoonlijk ernstig verwijt. De bestuurder had namelijk in dit geval zodanig ernstig rekening moeten houden met het mogelijk ontstaan van de (terug)betalingsverplichting, dat dit hem van het doen van uitgaven buiten het overeengekomen doel had moeten weerhouden.

Voor de beoordeling in hoeverre de bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt treft is dus van belang in hoeverre AAA Energy de voorschotten in overeenstemming met het doel van de Term Sheet heeft besteed.

In de verwijzingsprocedure is door ODS een notitie overgelegd – welke door de bestuurder in grove lijnen is erkend – waaruit blijkt dat van het bedrag van EUR 1.639.550 dat zij van ODS heeft ontvangen, EUR 1.355.000 is besteed. Van het bedrag van EUR 1.355.000 heeft AAA Energy volgens deze notitie circa EUR 355.000,-- aan kosten uitgegeven. Het resterende bedrag van circa EUR 1.000.000,-- is volgens deze notitie uitgekeerd als management fee.

Met de management fee uitgekeerd aan de beheermaatschappij van de bestuurder is allereerst een schuld van de bestuurder in privé aan zijn beheermaatschappij afgelost, die was ontstaan in verband met door de bestuurder betaalde kosten voor de ontwikkeling van het Mindow-product vanaf begin 2014 (vóór aanvang van de Term Sheet). Daarnaast heeft de beheermaatschappij de bestuurder salaris betaald en

reguliere bedrijfskosten van de beheermaatschappij voldaan. Tot slot heeft de beheermaatschappij een aanzienlijk bedrag uitgegeven aan investeringen in een andere, ook door de bestuurder beheerste vennootschap.

Het hof volgt de bestuurder niet in zijn verweer dat het in overeenstemming met het doel van de Term Sheet is geweest om AAA Energy uit de ontvangen voorschotten een zodanig hoge management fee uit te keren. De bestuurder heeft weliswaar uitgelegd hoe de aan de beheermaatschappij uitgekeerde management fee vervolgens is besteed, maar die uitleg kan niet het oordeel rechtvaardigen dat die bestedingen geheel in overeenstemming met de Term Sheet zijn geweest. De bestuurder treft in dit opzicht een persoonlijk ernstig verwijt. Wel mocht de bestuurder volgens het hof zichzelf een salaris ter hoogte van de gebruikelijkloonregeling als bedoeld in artikel 12a van de Wet op de loonbelasting 1964 toekennen om tijdens de looptijd van de Term Sheet in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien.

Verder oordeelt het hof dat AAA Energy een bedrag heeft besteed aan out-of-pocket kosten in het kader van productontwikkeling en marketing. Dit conform de Term Sheet. Daarnaast volgt het hof het standpunt van de bestuurder dat het verschil tussen het besteedde nettobedrag en het daadwerkelijk door AAA Energy ontvangen bedrag ziet op verschuldigde en afgedragen BTW. De bestuurder treft aangaande deze posten derhalve geen persoonlijk ernstig verwijt.

Niettemin heeft AAA Energy een bedrag ad EUR 968.795 niet conform de Term Sheet besteed. De bestuurder had dit bedrag moeten reserveren, omdat hij ernstig rekening moest houden met de mogelijke terugbetalingsverplichting. Door dat na te laten heeft de bestuurder persoonlijk en ernstig verwijtbaar gehandeld. De bestuurder is dus persoonlijk aansprakelijk voor de schade die ODS daardoor heeft geleden.

04

Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW; sprake van verjaring?

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 november 2021)

In deze zaak staat de vraag centraal of de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is als (indirect) bestuurder van de vennootschap voor de schade die appellant stelt te hebben geleden ten gevolge van de wanprestatie en/of het onrechtmatig handelen van de vennootschap. De hoofdvraag is echter of deze vordering niet reeds is verjaard.

Appellant heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW. Hij stelt de bestuurder van EC Recreatie persoonlijk aansprakelijk voor de schade die hij heeft geleden ten gevolge van de wanprestatie en/of het onrechtmatig handelen van EC Recreatie, daaruit bestaande dat de vennootschap in strijd met de garantiebepalingen in de koopovereenkomst niet heeft medegedeeld dat bij brieven van 13 juli 2004 en 12 juli 2006 FNI een aansprakelijkstelling jegens Blaimont had doen uitgaan en rechtsmaatregelen waren aangekondigd.

Appellant heeft bij de rechtbank gevorderd om voor recht te verklaren dat de bestuurder aansprakelijk is voor de schade die appellant heeft geleden, bestaande uit – kort gezegd – waardeverlies van de aandelen, winstderving en gemiste inkomsten. De rechtbank heeft bij vonnis van 5 december 2019 de vorderingen van appellant afgewezen bij gebrek aan (voldoende) belang, omdat de onderliggende vordering tegen de bestuurder naar haar oordeel is verjaard.

In hoger beroep speelt het navolgende.

Voordat het hof toekomt aan de vraag of aan de bestuurder een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van het handelen als bestuurder in 2006, dient het hof eerst in te gaan op het beroep van deze bestuurder op verjaring. Wel schetst het hof nogmaals het kader voor de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW onder verwijzing naar het arrest RCI Financial Services ([ECLI:NL:HR:2014:2627](#)).

Voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van geïntimeerde voor zijn handelen als bestuurder is vereist dat geïntimeerde ter zake van de benadeling door de vennootschap persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of een bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.

Het hof stelt voorop dat, zoals ook de rechtbank heeft overwogen, ingevolge artikel 3:310 BW een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaar volgende op de dag waarop appellant zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend zijn geworden. Ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv is het aan de bestuurder om de feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen die nodig zijn om te kunnen concluderen dat sprake is van verjaring.

Het hof komt tot het oordeel dat appellant als (indirect) bestuurder, tevens aandeelhouder van Blaimont al vanaf de ontvangst van de dagvaarding van 11 januari 2007 bekend is geraakt met zijn schade. Daarnaast is het hof van oordeel dat onder de gegeven omstandigheden geen beroep kan worden gedaan op de subjectieve onbekendheid van appellant met de bestuurder als aansprakelijke persoon. Daartoe overweegt het hof dat appellant (indirect) bestuurder en aandeelhouder was van Blaimont en het hier – zoals hij zelf ook stelt – een zodanige forse juridische claim betrof dat het voortbestaan van de vennootschap op het spel stond.

Dat hij, maar hetgeen door de bestuurder betwist, in weerwil hiervan geen kennis heeft genomen van de inhoud van de dagvaarding en zich niet, althans slechts ten dele, heeft laten informeren over de inhoud van het procesdossier, is vervolgens een eigen keuze, die niet aan de bestuurder kan worden toegerekend en zich ook niet goed verdraagt met zijn positie en verantwoordelijkheid als (indirect) bestuurder en aandeelhouder van de vennootschap. Bovendien mag, zoals eerder in de rechtspraak is geoordeeld, van de benadeelde in beginsel worden verlangd dat hij zich enigermate inspant om erachter te komen wie voor zijn schade aansprakelijk is. Dat geldt in dit geval ook ten aanzien van de bestuurder, met name vanwege de nauwe samenhang tussen de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van de vennootschap.

Het past onder de gegeven omstandigheden niet om elk onderzoek naar de gedragingen van de bestuurder(s) achterwege te laten en dat pas te doen meer dan 11 jaar nadat in 2007 aan appellant voldoende feiten en omstandigheden bekend waren om daadwerkelijk een rechtsvordering tegen de bestuurders in te stellen. De conclusie is dan ook dat de vordering van appellant op grond van bestuurdersaansprakelijkheid is verjaard en de daarop steunende vorderingen niet toewijsbaar zijn.

Vermeende schending factoringsovereenkomst een grond voor bestuurdersaansprakelijkheid?

(Gerechtshof Den Haag 30 november 2021)

Het hof dient in deze zaak (primair) een oordeel te vellen over de vraag of de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken wegens de vermeende schending van een factoringsovereenkomst.

ACF is een factoringmaatschappij die financiering aan een klant verstrekt op grond van handelsvorderingen van die klant. De financiering vindt plaats doordat ACF voorschotten verstrekt op basis van handelsvorderingen zoals deze zijn vervat in facturen van de klant op diens debiteuren. ACF bedingt als zekerheid voor de terugbetaling van de bevoorschotte bedragen een openbaar pandrecht op alle (bestaande en toekomstige) vorderingen van haar klant en, indien haar klant een rechtspersoon is, in voorkomende gevallen ook een borgstelling van een natuurlijk persoon.

Appellant was (indirect) bestuurder en aandeelhouder van Bomen Service International B.V. (hierna: BSI). In 2015 hebben ACF en BSI een factoringovereenkomst gesloten. De bestuurder heeft de factoringovereenkomst namens BSI getekend. In april 2015 heeft BSI met een derde (CFE) een overeenkomst gesloten voor het uitvoeren van een groenproject. BSI heeft vanaf oktober 2015 bevoorschotting gevraagd van ACF voor een totaalbedrag van EUR 1.126.244,61 in verband met door BSI aan CFE gerichte facturen en deze bevoorschotting van ACF ontvangen. ACF heeft CFE tevergeefs verzocht de facturen te betalen.

ACF heeft in eerste aanleg gevorderd veroordeling van appellant tot betaling van EUR 137.609,21 uit hoofde van borgstelling en EUR 415.476,84 op grond van artikel 6.2 van de factoringovereenkomst. De rechtbank Den Haag heeft – omdat appellant weliswaar advocaat heeft gesteld, maar geen inhoudelijk verweer heeft gevoerd – de vorderingen van ACF toegewezen bij vonnis van 8 mei 2019.

Appellant kan zich met dat vonnis niet verenigen en heeft hoger beroep ingesteld. Appellant vordert, kort samengevat, dat de vorderingen van ACF alsnog worden afgewezen, met veroordeling van ACF in de proceskosten van beide instanties en terugbetaling van alle bedragen die door ACF middels gelegde beslagen zijn geïnd. ACF vordert in hoger beroep, na eisiwijziging, primair, betaling van EUR 359.268,01 vermeerderd met 50% daarover als contractuele boete, te vermeerderen met wettelijke (handels)rente en met veroordeling van [appellant] in de proceskosten in beide instanties.

ACF betoogt dat een vordering is ontstaan op, BSI en appellant hoofdelijk, wegens geleden schade en dat daarover een boete van 50% is verschuldigd. Ter onderbouwing voert ACF het volgende aan. ACF heeft schade geleden doordat ACF de facturen wel aan BSI heeft bevoorschot, maar ACF de facturen niet bij CFE kan incasseren. Er zijn namelijk geen bescheiden overgelegd waaruit blijkt dat BSI via de facturen bij CFE terecht meerwerk in rekening heeft gebracht. Daarnaast zou appellant het gevorderde bedrag verschuldigd zijn uit hoofde van onrechtmatige daad/bestuurdersaansprakelijkheid, omdat hem, gelet op de hiervoor beschreven gang van zaken, een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken. Appellant wist of behoorde te weten dat CFE geen verhaal zou bieden voor de vorderingen van ACF die verband houden met de onrechtmatige handelwijze van BSI en dat ACF daardoor schade zou lijden.

Het hof overweegt dat appellant heeft geprobeerd voor aanvang van het project namens BSI afspraken te maken met CFE over het in rekening brengen van extra kosten en meerwerk. Volgens het hof is niet gesteld of gebleken dat deze door appellant in dit verband gestelde aanvullende voorwaarden door CFE ondubbelzinnig zijn geaccepteerd.

Het hof meent dat appellant onhandig heeft gehandeld door de aanzienlijke extra kosten en het aanzienlijke meerwerk (kennelijk) mondeling af te spreken met CFE en niet (op duidelijke wijze voorafgaand aan de start van het project of gedurende de uitvoering van het project) schriftelijk vast te leggen. Dit betekent echter nog niet, anders dan ACF kennelijk veronderstelt, dat sprake is van fraude, opzet of grove schuld in de zin van artikel 6.2 van de factoringovereenkomst. Het hof meent dan ook dat ACF zich niet kan beroepen op hoofdelijke aansprakelijkheid van appellant naast

BSI als bedoeld in artikel 6.2 van de factoringovereenkomst.

Het voorgaande brengt ook mee dat appellant geen persoonlijk ernstig verwijt valt te maken en dus niet uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid tot betaling van enige schade is gehouden.

Beroep op de beklamel-norm; bestuurders aansprakelijk wegens niet nakoming koopovereenkomst?

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2021)

In deze zaak gaat het om de vraag of de bestuurders persoonlijk aansprakelijk zijn wegens niet nakoming van een gesloten koopovereenkomst.

SVDT drijft een onderneming die zich onder andere bezig houdt met de handel in onroerende zaken. MeerSaam B.V. (verder: MeerSaam) is in 2015 opgericht. MeerSaam heeft meerdere bestuurders. MeerSaam en SVDT hebben overeenstemming bereikt over een koopprijs van EUR 2.450.000 voor een pand. Vervolgens is op 30 maart 2017 de koopovereenkomst gesloten. De koopakte is opgesteld door een advocaat die door SVDT is ingeschakeld. In de overeenkomst is bepaald dat bij ontbinding wegens niet nakoming de nalatige partij een boete aan de andere partij zal zijn verschuldigd van 10% van de koopprijs. In het koopcontract is opgenomen dat geen financieringsvoorbehoud is overeengekomen en dat de koper zich van de gevolgen daarvan bewust is.

MeerSaam heeft op enig moment aan SVDT laten weten dat de financier voor het pand zich heeft teruggetrokken. SVDT heeft de koopovereenkomst ontbonden en aanspraak gemaakt op betaling van de boete van 10% van de koopsom.

Kort gezegd vordert SVDT betaling van een boete van MeerSaam op grond van toerekenbare tekortkoming en van haar bestuurders op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank heeft de vordering tegen MeerSaam toegewezen, echter met matiging van de boete tot EUR 75.000,-. De vordering jegens de bestuurders is afgewezen.

SVDT komt in hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank. De discussie in hoger beroep gaat over de beantwoording van de vraag (i) of en tot hoever de boetegematigd moet worden en (ii) of naast MeerSaam haar (indirecte) bestuurders aansprakelijk zijn voor de boete.

Het hof overweegt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap voor de schade die het gevolg is van tekortschieten door de vennootschap (of door een onrechtmatige daad) een hoge drempel geldt. Hiervoor is vereist dat aan die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of dit het geval is, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Het hof verwijst hierbij naar het arrest RCI Financial Services ([ECLI:NL:HR:2014:2627](#)).

De Hoge Raad heeft zich meermaals uitgesproken over deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij een persoonlijk ernstig verwijt aan de zijde van de bestuurder, de maatstaf is. Een richtinggevend arrest betreft [HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916](#) waarin twee gedragingen zijn benoemd die tot bestuurdersaansprakelijkheid kunnen leiden. Het betreft (i) het geval waarin de bestuurder bij het aangaan van verbintenissen namens de vennootschap wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden (Beklamel-norm), en (ii) het geval waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd, dan wel toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt (frustratie van verhaal).

SVDT grondt de bestuurdersaansprakelijkheid in deze zaak op beide hiervoor genoemde gevalstypen. SVDT klaagt dat de rechtbank het beroep daarop ten onrechte heeft verworpen. De nadruk ligt daarbij op het beroep door SVDT op de Beklamel-norm. SVDT stelt zich op het standpunt dat de bestuurders van MeerSaam wisten dat MeerSaam niet zelf over middelen beschikte, geen (schriftelijke) garantie of toezegging hadden van een financier en desondanks MeerSaam de koopovereenkomst hebben laten aangaan zonder financieringsvoorbehoud.

Het gaat bij de toepassing van de Beklamel-norm om wetenschap aan de zijde van de bestuurder(s) die moet worden beoordeeld naar objectieve maatstaven. Daarvoor is niet voldoende dat de bestuurder *rekening diende te houden met de mogelijkheid* dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, maar is vereist dat de niet-nakoming redelijkerwijs was te verwachten ([ECLI:NL:HR:2009:BIO468](#)).

Naar het oordeel van het hof kan de wetenschap aan de zijde van de bestuurder(s) echter niet los worden gezien van die aan de zijde van de wederpartij van de vennootschap, in dit geval dus SVDT. Bij aansprakelijkheid op de Beklamel-grond komt het aan op een verschil in kennis tussen de namens de vennootschap handelend bestuurder en de wederpartij. Indien de bestuurder beschikt over zodanige informatie dat hij weet of behoort te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de daaruit voortvloeiende schade, handelt hij onrechtmatig door zonder die informatie te delen namens de vennootschap de overeenkomst aan te gaan. Daardoor wordt immers ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid van die vennootschap gewekt. Indien echter de wederpartij (helemaal als dat een professional is) ongeveer net zoveel informatie heeft over de wijze waarop de vennootschap met wie zij handelt haar financiële verplichtingen uit de te sluiten overeenkomst van plan is te financieren als de bestuurder van die vennootschap, kan niet gezegd worden dat die bestuurder onrechtmatig handelt indien die informatie zodanig is dat redelijkerwijs te verwachten valt dat de financiering niet zal slagen en de bestuurder (toch) namens de vennootschap de overeenkomst sluit. In dat geval immers kan ook de wederpartij van de vennootschap (naar objectieve maatstaven te beoordelen) dat verwachten. Van het wekken van schijn van kredietwaardigheid, althans van een gerechtvaardigd vertrouwen daarop, is dan geen sprake. Het hof verwijst naar een eerdere uitspraak van dit hof ([ECLI:NL:GHARL:2018:10525](#)) hierover en ook naar rechtspraak van de Hoge Raad ([ECLI:NL:HR:1999:AA3362](#)) waaruit dit kan worden afgeleid.

Als het hof de balans opmaakt, oordeelt het hof dat de bestuurders van MeerSaam (zoals zij erkennen) weliswaar naïef hebben gehandeld door louter op basis van mondelinge uitlatingen van een financier als vanzelfsprekend aan te nemen dat die partij (uiteindelijk) voor de financiering van het pand zou zorgen en door (zoals zij ook zelf zeggen) aldus de indruk te wekken dat financiering geen probleem zou zijn, maar dat SVDT (als zeer ervaren partij) terecht daarop niet heeft vertrouwd. Zij bleef aandringen op een schriftelijke garantie van de financier, die er echter niet kwam en waarvan MeerSaam aangaf dat die ook niet gegeven zou worden. Ondanks de door haar onderkende risico's is SVDT vervolgens toch de overeenkomst aangegaan. Onder die omstandigheden kan niet gesproken worden van gerechtvaardigd vertrouwen van SVDT op door de bestuurders gewekte schijn van kredietwaardigheid. Zij heeft bewust

een door haar onderkend risico genomen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Het beroep op de eerste grondslag (Beklamel) faalt daarom.

SVDT klaagt ook over de verwerping van haar beroep op de tweede grond: volgens haar hebben de bestuurders van MeerSaam bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar contractuele verplichtingen niet nakwam. Naar het oordeel van het hof zijn deze stellingen gebaseerd op speculaties en niet op concrete feiten.

Uit het voorgaande volgt dat de bestuurders van MeerSaam geen persoonlijk ernstig verwijt valt te maken van het niet nakomen door MeerSaam van de koopovereenkomst.

Bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW vanwege het ontbinden van de vennootschap door middel van turboliquidatie terwijl de vennootschap (kort daarvoor) nog baten had.

(Gerechtshof Den Haag 5 oktober 2021)

In het afgelopen kwartaal zijn meerdere uitspraken gewezen waarin een bestuurder aansprakelijk werd gesteld door een crediteur na ontbinding van de vennootschap door middel van turboliquidatie. De vraag die dan aan de orde komt is of de vennootschap terecht door middel van turboliquidatie is ontbonden of onterecht omdat zij nog baten had kort vóór of op het moment van turboliquidatie. Deze vraag is ook in de onderhavige uitspraak aan de orde.

Rabobank was uit hoofde van diverse verleende kredieten schuldeiser van de Alpa-groep. Schoonmaakdiensten B.V. ("Schoonmaakdiensten") had zich jegens Rabobank borg gesteld voor de nakoming van de verplichtingen van de Alpa-groep. De bestuurder enig aandeelhouder van Schoonmaakdiensten B.V. ("bestuurder") had zich op zijn beurt borg gesteld jegens Rabobank voor de nakoming van de verplichtingen van zijn vennootschap.

Schoonmaakdiensten is op enig moment tussen november 2016 en oktober 2017 door middel van turboliquidatie ontbonden. Rabobank is van oordeel dat Schoonmaakdiensten onterecht door middel van turboliquidatie is beëindigd omdat Schoonmaakdiensten op het moment van turboliquidatie (of kort daarvoor) nog baten zou hebben gehad. Daarvoor verwijst Rabobank naar de jaarrekening over 2015 (zie r.o. 4.2 voor een overzicht van de activa zoals opgenomen in de jaarrekening over 2015).

Het oordeel van de rechtbank komt er kort gezegd op neer dat niet duidelijk is waar deze activa zijn gebleven. De rechtbank overweegt dat nu de bestuurder enig

bestuurder en aandeelhouder was van Schoonmaakdiensten en dus volledige zeggenschap over haar had, van hem kan worden verlangd dat hij aannemelijk maakt dat Schoonmaakdiensten niet in staat was Rabobank te betalen. Aangezien op grond van artikel 2:19 lid 4 BW als voorwaarde voor een turboliquidatie wordt gesteld dat baten ontbreken, mag van de bestuurder worden verwacht dat hij inzichtelijk maakt dat op dat moment baten ontbraken. De rechtbank is van oordeel dat de bestuurder dat heeft nagelaten. Nu sprake is van betalingsonwil levert dit volgens de rechtbank een onrechtmatige daad van de bestuurder jegens Rabobank op.

De bestuurder is tegen het oordeel van de rechtbank in hoger beroep gekomen en stelt dat niet is gebleken van een causaal verband tussen de turboliquidatie van Schoonmaakdiensten en de schade van Rabobank. Wanneer de turboliquidatie zou worden weggedacht, zou het vermogen van Schoonmaakdiensten voornamelijk hebben bestaan uit een oninbare vordering op een buitenlandse vennootschap.

Het gerechtshof is van oordeel dat de bestuurder hiermee onvoldoende toelicht dat Schoonmaakdiensten over onvoldoende vermogen zou beschikken. De bestuurder heeft bijvoorbeeld niet toegelicht wat met het woonhuis dat op de balans stond, is gebeurd. Verder is onvoldoende toegelicht wat met de rekening-courant van EUR 146.000,-- is gebeurd. Ook wanneer de vordering op de buitenlandse vennootschap oninbaar zou zijn, is daarmee volgens het hof nog niet gegeven dat Schoonmaakdiensten haar verbintenis uit de borgtocht niet kon nakomen. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat de bestuurder onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat bij Schoonmaakdiensten sprake was van betalingsonmacht en neemt aan dat sprake was van betalingsonwil.

De grief van de bestuurder dat de borgtocht een subsidiair karakter heeft en eerst de Alpa-vennootschappen zelf zouden moeten worden aangesproken om over te gaan tot betaling faalt. Naar het oordeel van het hof heeft Rabobank zich terecht op haar algemene voorwaarden beroepen waarin onder meer was opgenomen dat de borg door Rabobank kon worden aangesproken, zonder dat mededeling daarvan aan of enige ingebrekestelling of tekortkoming in de nakoming van de debiteur was vereist.

Een vraag over bestuurders-aansprakelijkheid?

Neem contact op met een van onze specialisten



Vincent Terlouw

Partner / Advocaat

+31 6 5112 0296

v.terlouw@ploum.nl



Maurice Verhoeven

Partner / Advocaat

+31 6 2036 4060

m.verhoeven@ploum.nl



Thomas Munnik

Advocaat

+31 6 2248 1755

t.munnik@ploum.nl



Suzanne van Aalst

Advocaat

+31 6 1255 6802

s.vanaalst@ploum.nl



Annerieke Meerkerk

Advocaat

+31 6 1117 6305

a.meerkerk@ploum.nl



Boaz van Honk

Advocaat

+31 6 3008 0195

b.vanhonk@ploum.nl