
JOR 2012/283 Gerechtshof Amsterdam, 03-07-2012 Bestuurdersaansprakelijkheid je...

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:GHAMS:2012:BX8923, JONDR 2012/1234, RI 2013/2

JOR 2012/283, Gerechtshof Amsterdam, 03-07-2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX8923, 200.089.180-01 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid jegens schuldeiser vennootschap, Analoge toepassing Beklamel-norm op feitelijk bestuurder, Het aangaan van nieuwe verplichtingen namens de vennootschap in geval van het enkele ontbreken van een (gezonde) liquiditeitspositie en/of een zeker eigen vermogen kan niet tot bestuurdersaansprakelijkheid leiden, Beslissend daarvoor zijn de bijzondere omstandigheden van het geval en niet de enkele (gangbare) bedrijfseconomische inzichten, In casu geen persoonlijke aansprakelijkheid (feitelijk) bestuurder, Hoger beroep van Rb. Amsterdam 25 augustus 2010, «JOR» 2011/108, m.nt. Borrius

Ga direct naar

[Samenvatting](#)
[Uitspraak](#)
[Beslissing/besluit](#)
[Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	03-07-2012
Publicatie	JOR 2012/283 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 10, 2012
Annotator	mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2012:BX8923
Zaaknummer	200.089.180-01
Overige publicaties	ECLI:NL:GHAMS:2012:BX8923 RI 2013/2 JONDR 2012/1234
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	mr. Van der Reep mr. Van Achterberg mr. Hoekzema

Partijen	1. A.G. van den Boogert-Schreurs, 2. A.R.D. van den Boogert, beiden te Amsterdam, appellanten, advocaat: mr. S.M. Bartman, tegen Wanders Coatings BV te Amsterdam, geïntimeerde, advocaat: mr. A. Romein.
Regelgeving	BW Boek 6 - 162

Samenvatting

Met grief 2 voeren Van den Boogert-Schreurs en Van den Boogert, respectievelijk enig aandeelhouder/bestuurder en feitelijk bestuurder van Amstel Onderhoud BV, aan dat de rechtbank de "Beklamel-norm", mede gelet op de door haar toegepaste "verzwaarde stelplicht", onjuist heeft toegepast.

Deze grief is terecht voorgesteld. De vaste rechtspraak houdt in dat slechts beslissend is of de bestuurder een overeenkomst namens de vennootschap is aangegaan in de wetenschap, of terwijl hij redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ingevolge die tekortkoming door de wederpartij te lijden schade. Door (mede) beslissende betekenis toe te kennen aan de beantwoording van de vraag of een gerede of reële kans bestond dat Wanders Coatings BV ("Wanders") zou kunnen worden betaald en door in dat verband een verzwaarde stelplicht aan de zijde van Van den Boogert c.s. aan te nemen, is de rechtbank van een onjuiste maatstaf uitgegaan. Het hof zal daarom opnieuw de door Wanders gestelde aansprakelijkheid onderzoeken.

Naar het oordeel van het hof kan niet worden gezegd dat Van den Boogert de verplichtingen namens Amstel is aangegaan in de wetenschap, of terwijl hij redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ingevolge die tekortkoming door de wederpartij te lijden schade. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig.

De omstandigheid dat een vennootschap in zwaar weer verkeert, kan niet zonder meer de conclusie dragen dat degene die feitelijk de gang van zaken binnen de vennootschap bepaalde jegens haar schuldeisers onrechtmatig handelt door nieuwe verplichtingen namens de vennootschap aan te gaan. Daaraan doet niet af dat naar bedrijfseconomische inzichten verdedigbaar is dat op het moment waarop een onderneming een negatief eigen vermogen en een ongezonde liquiditeitspositie heeft, de onderneming feitelijk op het randje van insolventie verkeert. Het enkele ontbreken van een bepaalde (gezonde) liquiditeitspositie en/of een zeker eigen vermogen kan niet tot "bestuurdersaansprakelijkheid" leiden. Beslissend daarvoor zijn de bijzondere omstandigheden van het geval en niet de enkele (gangbare) bedrijfseconomische inzichten. Dat zou neerkomen op een miskennis van het uitzonderlijke karakter van de persoonlijke aansprakelijkheid van degene die de vennootschap heeft gebonden door verplichtingen namens haar aan te gaan.

De financiële toestand van de BV was bij het aangaan van de verplichtingen met Wanders weliswaar zorgwekkend, maar de door Wanders aangevoerde omstandigheden, ook in onderlinge samenhang bezien, zijn geen (bijzondere) feiten en omstandigheden die in dit geval de gevolgtrekking kunnen rechtvaardigen dat Van den Boogert namens Amstel heeft gecontracteerd in de wetenschap, of terwijl hij redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ingevolge die tekortkoming te lijden schade.

Het hof vernietigt het vonnis waarvan beroep en, opnieuw rechtdoende, wijst de vorderingen van Wanders af.

Uitspraak

(...; red.)

3. Beoordeling

3.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

a. Van den Boogert-Schreurs was enig aandeelhouder en bestuurder van Amstel Onderhoud B.V. (hierna: Amstel). Amstel maakte haar bedrijf van het aannemen en uitbesteden van schilder- en onderhoudswerkzaamheden. Haar echtgenoot Van den Boogert was belast met de dagelijkse leiding over Amstel. Uit hoofde van een algemene volmacht was hij bevoegd Amstel te vertegenwoordigen.

b. Wanders is leverancier van onder andere verf, verfmaterialen en toebehoren.

c. Van den Boogert heeft op naam van Amstel in de periode december 2005 tot en met augustus 2006 bij Wanders producten besteld en geleverd gekregen voor een totaalbedrag van € 20.520,30. Betaling heeft niet plaatsgevonden.

d. Op 17 november 2006 heeft Wanders het faillissement van Amstel aangevraagd. Namens Amstel is daarop surseance van betaling aangevraagd. Bij beschikking van 12 december 2006 is aan Amstel voorlopige surseance van betaling verleend, met benoeming van mr. D. Sluis tot bewindvoerder.

e. Nadat bij beschikking van 21 februari 2007 aan Amstel definitieve surseance van betaling is verleend en deze op 22 augustus 2007 is verlengd, is op verzoek van de bewindvoerder de surseance van betaling ingetrokken en is Amstel op 22 oktober 2007 in staat van faillissement verklaard.

f. Op 19 mei 2009 is het faillissement van Amstel opgeheven bij gebrek aan baten.

3.2. In deze procedure vordert Wanders dat Van den Boogert c.s. hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van het hiervoor genoemde bedrag van € 20.520,30, vermeerderd met handelsrente en buitengerechtelijke kosten. Zij stelt dat Van den Boogert c.s. voor deze bedragen jegens haar aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad. Van den Boogert heeft bij Wanders bestellingen geplaatst terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat Amstel daarvoor niet zou kunnen betalen en geen verhaal zou bieden. Van den Boogert-Schreurs heeft volgens Wanders nagelaten als bestuurder toezicht en controle uit te oefenen op Van de Boogert en heeft geen enkele poging in het werk gesteld om de schade als gevolg van die handelingen van Van den Boogert te voorkomen.

3.3. De rechtbank heeft overwogen dat Van den Boogert c.s. niet voldoende hebben toegelicht dat ten tijde van het plaatsen van de bestellingen "nog een reële kans bestond dat Wanders zou kunnen worden betaald". Op die grond heeft de rechtbank aangenomen dat Van den Boogert ten tijde van de bestellingen wist of behoorde te weten dat Amstel niet binnen een redelijke termijn aan haar betalingsverplichtingen jegens Wanders zou kunnen voldoen en evenmin verhaal zou bieden voor de door Wanders te lijden schade.

Ook Van den Boogert-Schreurs is volgens de rechtbank aansprakelijk voor de schade van Wanders. Zij heeft als enig bestuurder van Amstel de dagelijkse gang van zaken geheel aan haar echtgenoot overgelaten. Door in te stemmen met de voortzetting van de onderneming, hoewel zij wist of behoorde te weten dat de leveranciers van Amstel niet meer zouden kunnen worden betaald en geen verhaal zouden vinden voor de schade die zij daardoor zouden lijden, heeft Van den Boogert-Schreurs ook zelf onrechtmatig jegens Wanders gehandeld.

3.4. De rechtbank heeft de schade van Wanders begroot op de door haar gevorderde € 20.520,30 en dit bedrag toegewezen, vermeerderd met wettelijke rente. Daarnaast zijn Van den Boogert c.s. veroordeeld tot betaling van de buitengerechtelijke kosten en proceskosten (de door Wanders gemaakte beslagkosten daaronder begrepen). De vordering van Van den Boogert c.s. die strekte tot opheffing van de door Wanders gelegde beslagen is door de rechtbank afgewezen. Deze in eerste aanleg in reconventie ingestelde vordering speelt in hoger beroep geen rol meer.

3.5. Met grief 2 betogen Van den Boogert c.s. dat de rechtbank bij de beoordeling van de gestelde aansprakelijkheid een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. Het hof zal deze grief eerst behandelen.

3.6. Bij beoordeling neemt het hof tot uitgangspunt dat bij benadeling van een schuldeiser, bestaande uit het onbetaald of onverhaalbaar blijven van een vordering op een vennootschap, naast de vennootschap zelf, afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval degene aansprakelijk kan zijn die hetzij als bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld, hetzij als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakwam. In deze gevallen kan aansprakelijkheid van de bestuurder uitsluitend worden aangenomen indien zijn handelen ten opzichte van de schuldeiser van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is – mede gelet op het in artikel 2:9 BW tot uitdrukking gebrachte vereiste van een behoorlijke taakvervulling – dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In de rechtspraak is aanvaard dat zo een persoonlijk ernstig verwijt wordt aangenomen indien komt vast te staan dat de bestuurder namens de vennootschap verbintenissen is aangegaan in de wetenschap, of terwijl hij redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en evenmin verhaal zou bieden, behoudens (door de bestuurder te stellen en aannemelijk te maken) bijzondere omstandigheden waaruit kan volgen dat hem ter zake geen ernstig verwijt treft. Daarnaast kan een persoonlijk ernstig verwijt gelegen zijn in het bewerkstelligen of toelaten van een gang van zaken binnen de vennootschap waardoor, naar de bestuurder weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen, bestaande verplichtingen van de vennootschap niet (meer) worden nagekomen, en de vennootschap haar crediteuren voor de daardoor ontstane schade ook geen verhaal zal bieden.

3.7. De rechtbank heeft in r.o. 4.6 van het bestreden vonnis zich de vraag gesteld of Amstel op het moment van het plaatsen van de bestellingen, eind 2005 tot augustus 2006, in een situatie verkeerde op grond waarvan Van den Boogert reeds wist of behoorde te weten dat de vordering die Wanders op Amstel zou krijgen geheel of gedeeltelijk oninbaar zou zijn. Deze vraag heeft de rechtbank ontkennend beantwoord. Daartoe heeft zij overwogen dat de cijfers weliswaar eind 2004 een zorgwekkende situatie laten zien, die in 2005 en 2006 verder is verslechterd, maar dat op zichzelf deze cijfers niet de conclusie rechtvaardigen dat de vereiste wetenschap bij Van den Boogert aanwezig was. Indien Van den Boogert op dat moment redelijkerwijs nog zodanige verwachtingen omtrent de financiële vooruitzichten van Amstel mocht hebben dat er nog een reële kans bestond dat de vordering van Wanders inbaar zou blijken, kan hem geen onrechtmatig handelen worden verweten, aldus de rechtbank. Uit het Beklamelarrest (HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286) vloeit voort dat van een onrechtmatig handelen van een bestuurder die een overeenkomst namens de vennootschap aangaat geen sprake is, indien hij nog niet wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet zou kunnen nakomen en evenmin verhaal zou bieden, maar hij wel reeds met die mogelijkheid ernstig rekening diende te houden.

3.8. Vervolgens heeft de rechtbank overwogen (in r.o. 4.7) dat ten aanzien van de vooruitzichten de bewijslast rust op Wanders, maar dat op Van den Boogert c.s. in dat verband wel een verzwaarde stelplicht rust om Wanders aanknopingspunten voor dat bewijs te leveren. Een buitenstaander als Wanders heeft volgens de rechtbank namelijk in beginsel geen andere gegevens ter beschikking dan de gepubliceerde cijfers van Amstel.

3.9. In r.o. 4.10 overweegt de rechtbank dat de vraag centraal staat “of ten tijde van het plaatsen van de bestellingen bij Wanders nog een gereede kans bestond dat Wanders zou kunnen worden betaald”. De rechtbank heeft op deze plaats tevens overwogen dat Van den Boogert c.s. niet voldoende hebben toegelicht “dat ten tijde van het plaatsen van de bestellingen nog een reële kans bestond dat Wanders zou kunnen worden betaald”. Een en ander betekent volgens de rechtbank (r.o. 4.11) dat “bij gebreke van een voldoende betwisting door Van den Boogert c.s. is komen vast te staan dat de heer Van den Boogert ten tijde van het plaatsen van de bestellingen bij Wanders wist of behoorde te weten dat Amstel niet binnen redelijke termijn aan haar betalingsverplichting jegens Wanders zou kunnen voldoen en evenmin verhaal zou bieden voor de daardoor door Wanders te lijden schade.”

3.10. Met grief 2 voeren Van den Boogert c.s. aan dat de rechtbank de “Beklamel-norm”, mede gelet op de door haar toegepaste “verzwaarde stelplicht”, onjuist heeft toegepast.

3.11. Deze grief is terecht voorgesteld. De hiervoor in r.o. 3.6 weergegeven vaste rechtspraak houdt – kort gezegd – in dat slechts beslissend is of de bestuurder een overeenkomst namens de vennootschap is aangegaan in de wetenschap, of terwijl hij redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ingevolge die tekortkoming door de wederpartij te lijden schade. Door (mede) beslissende betekenis toe kennen aan de beantwoording van de vraag of een gereede of reële kans

bestond dat Wanders zou kunnen worden betaald en door in dat verband een verzwaarde stelplicht aan de zijde van Van den Boogert c.s. aan te nemen, is de rechtbank van een onjuiste maatstaf uitgegaan. Het hof zal daarom opnieuw de door Wanders gestelde aansprakelijkheid onderzoeken.

3.12. Wanders stelt dat de Amstel sinds 2004 in zwaar weer verkeerde. In 2005 had Amstel enkele honderdduizenden euro's aan schulden en er was een groot negatief eigen vermogen. Ten tijde van het plaatsen van de bestellingen bij Wanders had Amstel een geschil met haar grootste opdrachtgever Interieur Timmerbedrijf Amsterdam Noord B.V. (hierna: ITN). ITN liet een aanzienlijk bedrag aan facturen onbetaald (€ 126.000,00) vanwege een klacht over de kwaliteit van de door Amstel uitgevoerde werkzaamheden. Daarnaast had ITN Amstel aansprakelijk gesteld voor schade op grond van de stelling dat slecht werk was geleverd. Door de opschorting van de betalingen door ITN kwam de liquiditeit van Amstel sterk onder druk te staan. Amstel heeft in september 2006 in verband met haar vordering op ITN conservatoir beslag gelegd en een kort geding tegen ITN aangespannen. Zij heeft de relatie met deze belangrijke opdrachtgever daarmee op scherp gezet. In het najaar van 2006 kwam Wanders op de hoogte van de financiële problemen bij Amstel. Er is diverse malen overleg geweest. Van den Boogert c.s. wilden geen extra geld in Amstel investeren. Wel heeft Van den Boogert toegezegd dat Wanders betaald zou worden zodra ITN de facturen zou voldoen.

3.13. Wanders heeft verder gesteld dat de financiële toestand van Amstel bij het aangaan van de verplichtingen met Wanders dermate slecht was dat daaruit reeds volgt dat Van den Boogert c.s. wisten of behoorden te weten dat Amstel niet, althans niet op korte termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. In hoger beroep stelt Wanders dat bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag de algehele liquiditeitspositie van Amstel moet worden beoordeeld. Het gaat er bijvoorbeeld niet om of voor de specifieke verplichting die wordt aangegaan al of niet voldoende kasmiddelen zijn. Wanders stelt dat de relevante omstandigheden in de periode van de plaatsing van de bestellingen bij Wanders (eind 2005 tot medio 2006) de volgende waren. De omzet van Amstel liep terug, zij had twee langdurig zieke werknemers die moesten worden doorbetaald, de markt verslechterde, er was een geschil met een belangrijke afnemer (ITN), Amstel was feitelijk insolvent, de current ratio bedroeg 0,38 (2005) en 0,44 (2006) en de door Van den Boogert c.s. gepresenteerde marges zijn ongeloofwaardig.

3.14. Naar de kern genomen worden door Wanders gestelde feitelijke omstandigheden, zoals die in r.o. 3.12 samengevat zijn weergegeven, door Van den Boogert c.s. niet betwist. De feiten worden door hen wel anders gekleurd. Van den Boogert c.s. stellen dat Amstel niet op betalingsonmacht heeft aangestuurd. De werkzaamheden voor ITN zijn naar behoren uitgevoerd. Met deze debiteur is Amstel niet op onverantwoorde wijze omgegaan. Zij heeft slechts alles op alles gezet om van ITN betaald te krijgen, mede om haar eigen schuldeisers te kunnen voldoen. Aan de door Wanders gestelde omstandigheden voegen Van den Boogert c.s. toe dat de voorzieningenrechter het geschil met ITN over de uitgevoerde werkzaamheden heeft verwezen naar een arbitrageprocedure. ITN diende ten gunste van Amstel een bankgarantie van € 110.000,00 te stellen. Met deze bankgarantie werd het liquiditeitsprobleem van Amstel echter niet opgelost, er werden immers geen liquide middelen verstrekt. Amstel heeft daarom hangende de arbitrageprocedure geprobeerd met haar schuldeisers tot een vergelijk te komen. Zij heeft voorgesteld de schuldeisers ofwel een percentage van de openstaande vorderingen te voldoen, ofwel aan hen te betalen zodra de liquiditeit weer op orde zou zijn. Als een van de weinigen voelde Wanders daar niet voor. Zij heeft het faillissement van Amstel aangevraagd.

Verder hebben Van den Boogert c.s. gesteld dat met de opdracht van ITN voor Amstel een bedrag van € 360.000,00 aan in beginsel "gezond werk" was gemoeid, met een verwachte bruto winstmarge van circa 30%. Van den Boogert c.s. berekenen de bruto winstmarge door de bruto opbrengst, dat is de aanneemsom minus de directe kosten voor de uitvoering van het werk, te nemen als percentage van de aanneemsom. Voor deze opdracht heeft Van den Boogert onder ander verf besteld bij Wanders. Hij mocht volgens Van den Boogert c.s. in redelijkheid verwachten dat uit de opbrengst van de opdracht van ITN ook de rekeningen van Wanders konden worden betaald.

3.15. Wanders heeft de door Van den Boogert c.s. gestelde verwachte winstmarge betwist. Een marge van 30% lijkt Wanders "erg onwaarschijnlijk", dan wel "absolute nonsens" omdat zoals zij bij de comparitie in eerste aanleg heeft aangevoerd blijkt de cijfers van het Bedrijfsschap voor de schilders een winst van 4-6% op de omzet normaal is in de branche. Van den Boogert c.s. hebben in reactie hierop aangevoerd dat de genoemde 30% de brutomarge betreft en niet de winst. Dat betekent naar het oordeel van het hof dat de enkele verwijzing naar de gemiddelde winst in de branche op zichzelf geen toereikende betwisting van de gestelde brutomarge oplevert.

3.16. Verder heeft Wanders aangevoerd dat de gestelde brutomarge onjuist is voorgesteld. Uit de datering van de door Van den Boogert c.s. overgelegde berekeningen blijkt dat deze recent, dus in verband met de procedure, zijn opgesteld en de daarop vermelde gegevens "(uiteraard) zijn ingekleurd". Hiermee heeft Wanders naar het oordeel van het hof geen steekhoudende argumenten aangedragen op grond waarvan kan worden aangenomen dat de door Van den Boogert c.s. gepresenteerde cijfers onjuist zijn. Wanders voert verder aan dat de door Van den Boogert c.s. gepresenteerde kosten niet juist dan wel onvolledig zijn. Wanders heeft die enkele stelling echter onvoldoende concreet gemotiveerd. De bezwaren tegen de door Van den Boogert c.s. gestelde brutomarge falen daarmee.

3.17. Het voorgaande brengt mee dat ervan moet worden uitgegaan dat de kosten die Wanders op grond van de leveringen aan Amstel in rekening heeft gebracht in beginsel uit de opbrengst van de opdracht van ITN konden worden voldaan. Wanders heeft niet, althans niet voldoende gemotiveerd bestreden dat de opdracht van ITN aan Amstel in beginsel een "gezonde" opdracht was met een aanvaardbare verwachte winstmarge. De voor de uitvoering van deze opdracht benodigde materialen (verf) heeft Van den Boogert namens Amstel bij Wanders besteld. Vanuit deze omstandigheden bezien kan niet worden gezegd dat Van den Boogert de verplichtingen namens Amstel is aangegaan in de wetenschap, of terwijl hij redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ingevolge die tekortkoming door de wederpartij te lijden schade. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig.

3.18. Hiervoor is al aangehaald dat de rechtbank heeft overwogen dat de jaarcijfers van Amstel weliswaar eind 2004 een zorgwekkende situatie laten zien, die in 2005 en 2006 verder is verslechterd, maar dat op zichzelf deze cijfers niet de conclusie rechtvaardigen dat de vereiste wetenschap aan de zijde van Van den Boogert aanwezig was. Het hof komt niet tot een ander oordeel dan de rechtbank. De omstandigheid dat een vennootschap in zwaar weer verkeert, kan niet zonder meer de conclusie dragen dat degene die feitelijk de gang van zaken binnen de vennootschap bepaalde jegens haar schuldeisers onrechtmatig handelt door nieuwe verplichtingen namens de vennootschap aan te gaan. Daaraan doet niet af dat naar bedrijfseconomische inzichten verdedigbaar is dat op het moment waarop een onderneming een negatief eigen vermogen en een ongezonde liquiditeitspositie heeft, de onderneming feitelijk op het randje van insolventie verkeert, zoals – naar het hof begrijpt – Wanders bij pleidooi in hoger beroep heeft willen benadrukken. Het enkele ontbreken van een bepaalde (gezonde) liquiditeitspositie en/of een zeker eigen vermogen kan niet tot "bestuurdersaansprakelijkheid" leiden. Beslissend daarvoor zijn de bijzondere omstandigheden van het geval en niet de enkele (gangbare) bedrijfseconomische inzichten. Dat zou neerkomen op een miskennis van het uitzonderlijke karakter van de persoonlijke aansprakelijkheid van degene die de vennootschap heeft gebonden door verplichtingen namens haar aan te gaan.

3.19. De financiële toestand van Amstel was bij het aangaan van de verplichtingen met Wanders weliswaar zorgwekkend, maar de door Wanders aangevoerde omstandigheden, ook in onderlinge samenhang bezien, zijn geen (bijzondere) feiten en omstandigheden die in dit geval de gevolgtrekking kunnen rechtvaardigen dat Van den Boogert namens Amstel heeft gecontracteerd in de wetenschap, of terwijl hij redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ingevolge die tekortkoming te lijden schade.

3.20. Met grief 3 bestrijden Van den Boogert c.s. het oordeel van de rechtbank dat Van den Boogert-Schreurs onrechtmatig jegens Wanders heeft gehandeld en naast Van den Boogert hoofdelijk aansprakelijk is voor de schade die Wanders daardoor heeft geleden. De aansprakelijkheid van Van den Boogert-Schreurs heeft Wanders slechts gepresenteerd als een "indirecte" aansprakelijkheid. Van den Boogert-Schreurs heeft niet zelf de bestellingen bij Wanders geplaatst en kan daarom niet voor het aangaan van deze verplichtingen namens Amstel tot schadevergoeding worden aangesproken. Wanders meent dat het persoonlijk ernstig verwijt aan Van den Boogert-Schreurs daarin is gelegen dat zij de (ontoelaatbare) gedragingen van haar man mogelijk heeft gemaakt en daarmee een gang van zaken binnen de vennootschap heeft toegelaten waardoor, naar zij als bestuurder weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen, bestaande verplichtingen van de vennootschap niet (meer) worden nagekomen en de vennootschap haar crediteuren voor de daardoor ontstane schade ook geen verhaal zal bieden. Nu blijkt het voorgaande niet kan worden aangenomen dat Van den Boogert zich zodanig onzorgvuldig jegens Wanders heeft gedragen dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, faalt ook de gestelde aansprakelijkheid van Van den Boogert-Schreurs.

3.21. In eerste aanleg heeft Wanders nog aangevoerd dat de gedragingen van Van den Boogert c.s. kwalificeren als onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:9 BW. Nog daargelaten dat Wanders haar

vordering niet op deze bepaling kan baseren (want die regelt de aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon) heeft het bepaalde in artikel 2:9 BW in dit geval geen zelfstandige betekenis naast de hiervoor in r.o. 3.6 weergegeven maatstaf.

3.22. Verder heeft Wanders gesteld dat Van den Boogert eerder bij faillissementen betrokken is geweest, Van den Boogert c.s. hun in privé eigendom toebehorende villa hebben verkocht en dat Van den Boogert na het faillissement van Amstel weer bedrijfsmatige activiteiten ontplooit. Deze stellingen kunnen niet tot een ander oordeel leiden. Wanders maakt niet duidelijk op welke grond deze omstandigheden tot de conclusie kunnen leiden dat het handelen Van den Boogert c.s. ten opzichte van Wanders als schuldeiser van Amstel in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is – mede gelet op het in art. 2:9 BW tot uitdrukking gebrachte vereiste van een behoorlijke taakvervulling – dat hen daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

3.23. De conclusie is dat Wanders onvoldoende hebben aangevoerd op grond waarvan zij Van den Boogert c.s. aansprakelijk kunnen houden voor schade als gevolg van de door Amstel niet-betaalde vorderingen.

3.24. Grief 2 en 3 zijn terecht voorgesteld. Grief 1 behoeft geen afzonderlijke bespreking meer.

3.25. Wanders heeft voor het overige geen feiten of omstandigheden gesteld die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden moeten leiden. Bij gebreke van een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod is voor verdere bewijslevering ook geen plaats.

3.26. De slotsom is dat grief 2 en 3 terecht zijn voorgesteld. Het bestreden vonnis kan niet in stand blijven. De in eerste aanleg door Wanders ingestelde vorderingen zullen alsnog worden afgewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Wanders worden veroordeeld in de proceskosten van beide instanties. Als onbestreden zal de door Van den Boogert c.s. ingestelde vordering tot terugbetaling worden toegewezen.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep, en opnieuw rechtdoende;

wijst de vorderingen van Wanders af;

veroordeelt Wanders tot terugbetaling van hetgeen Van den Boogert c.s. ter uitvoering van het vonnis waarvan beroep aan Wanders hebben voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot aan de dag van algehele terugbetaling;

verwijst Wanders in de proceskosten van het geding in beide instanties (...; *red.*);

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. In procedures over bestuurdersaansprakelijkheid gaat het in de regel vooral om de feiten. Of er sprake is van persoonlijke aansprakelijkheid moet immers aan de hand van alle omstandigheden van het geval worden beoordeeld. Welke partij in dat verband de bewijslast (en derhalve het bewijsrisico) draagt, is niet zelden de bepalende factor, zo blijkt ook uit deze uitspraak.

2. De onderhavige zaak betreft het hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 25 augustus 2012, «JOR» 2011/208, m.nt. Borrius. Wanders Coatings BV heeft verf aan Amstel Onderhoud BV geleverd, maar is onbetaald gebleven. Amstel is vervolgens gefailleerd en het faillissement is bij gebrek aan baten opgeheven. Mevrouw Van den Boogert was de enige (formele) bestuurder van Amstel, maar liet de dagelijkse gang van zaken aan haar echtgenoot over (vonnis rechtbank r.o. 4.12). De heer Van den Boogert ging ook over de inkoop van materialen (vonnis rechtbank r.o. 4.4). Wanders meent dat de heer Van den Boogert een Beklamel-verwijt treft en dat hij daarom persoonlijk aansprakelijk is voor Wanders' schade (de onbetaalde facturen). Wanders verwijt voorts mevrouw Van den Boogert dat zij heeft toegelaten dat de heer Van den Boogert de betrokken bestellingen bij Amstel plaatste, terwijl zij

wist of behoorde te weten dat Amstel niet betaald zou worden en onvoldoende verhaal zou bieden. Wanders meent daarom dat ook mevrouw Van den Boogert (hoofdelijk) jegens haar aansprakelijk is.

3. De rechtbank hanteert bij de beoordeling van de gestelde aansprakelijkheid van de heer Van den Boogert de Beklamel-norm (HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. Maeijer) en vult deze concreet in door te onderzoeken of de heer Van den Boogert ten tijde van de bestellingen "*nog zodanige verwachtingen omtrent de financiële vooruitzichten van Amstel mocht hebben dat er nog een reële kans bestond dat de vordering van Wanders inbaar zou blijken*" (vonnis rechtbank ro. 4.6). De rechtbank overweegt dat op de heer en mevrouw Van den Boogert (Van den Boogert c.s.) dienaangaande een verzwaarde stelplicht rust. De reden hiervoor is dat Wanders als buitenstaander in beginsel over geen andere gegevens beschikt dan de gepubliceerde cijfers van Amstel. In dat licht beoordeelt de rechtbank vervolgens kritisch de verweren van Van den Boogert c.s. Zij komt tot het oordeel dat Van den Boogert c.s. het Beklamel-verwijt onvoldoende hebben betwist. De heer Van den Boogert is daarom aansprakelijk voor de door Wanders geleden schade. Ook mevrouw Van den Boogert heeft naar het oordeel van de rechtbank onrechtmatig jegens Wanders gehandeld omdat zij, kort gezegd, het onrechtmatige handelen van de heer Van den Boogert jegens Wanders heeft toegelaten.

4. De tweede grief van Van den Boogert c.s. in het onderhavige hoger beroep (de eerste grief blijkt niet uit de uitspraak) houdt in dat de rechtbank bij de beoordeling van de beweerdde aansprakelijkheid van de heer Van den Boogert de Beklamel-norm onjuist heeft toegepast, mede gelet op de toepassing van de verzwaarde stelplicht. In het hoger beroep stond kennelijk niet ter discussie of de eventuele aansprakelijkheid van de heer Van den Boogert, formeel geen bestuurder, analoog aan de hand van de Beklamel-norm moet worden beoordeeld (vonnis rechtbank r.o. 4.4), maar slechts of de rechtbank die norm in casu juist heeft toegepast. Het is bestendige jurisprudentie dat de aansprakelijkheid van feitelijk bestuurders jegens crediteuren analoog aan de hand van de Beklamel-norm wordt beoordeeld. Zie bijvoorbeeld de navolgende jurisprudentie over aandeelhouders die het beleid bij de vennootschap bepalen;: HR 14 november 1997, «JOR» 1998/6, m.nt. Van den Ingh (*Henkel/IMG*); HR 21 december 2001, «JOR» 2002/38, m.nt. Faber (*Sobi/Hurks*); HR 17 juni 2005, «JOR» 2005/234, m.nt. Bartman (*De Berghorst/Maas*); Hof Leeuwarden, 21 april 2009, JIN 2009/487, m.nt. Van 't Spijker (*Holten/Bon Apetit*).

5. Het hof oordeelt dat de grief van Van den Boogert c.s. terecht is voorgesteld. Voor de aansprakelijkheid van de heer Van den Boogert is slechts beslissend of hij de bestellingen bij Wanders heeft geplaatst, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ingevolge die tekortkoming door Wanders te lijden schade (r.o. 3.11). Het hof houdt dus strikt vast aan de Beklamel-norm en onderzoekt vervolgens de feiten (slechts) aan de hand van die norm. Wat opvalt, is dat het hof geen overweging besteedt aan de bewijslastverdeling, terwijl de grief zich mede richtte tegen de verzwaarde stelplicht die volgens de rechtbank op Van den Boogert c.s. rustte. Uit de behandeling van het hof van de stellingen van Wanders en de weren van Van den Boogert c.s. (en de conclusie in r.o. 3.23) blijkt dat het hof geen aanleiding heeft gezien om van de hoofdregel van art. 150 Rv af te wijken of Wanders op een andere manier bij haar bewijslast te helpen.

6. Ook in zaken waarin een Beklamel-verwijt wordt gemaakt, gelden de regels van art. 150 Rv. De crediteur draagt de bewijslast, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. De Hoge Raad heeft in *Romme/Bakker* (HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766 m.nt. Maeijer) ten aanzien van Beklamel-gevallen bepaald, dat het feit dat de bestuurder die beweerdelijk onrechtmatig jegens de crediteur heeft gehandeld, de volledige zeggenschap over de vennootschap heeft (enig aandeelhouder en bestuurder is), geen "bijzondere regel" in de zin van art. 150 Rv met zich brengt. Er kunnen volgens de Hoge Raad echter gevallen zijn waarin het voor de hand ligt dat diegene die de volledige zeggenschap over de vennootschap had, de bewijslast draagt. Indien de rechter in een dergelijk geval niettemin de bewijslast op de crediteur laat rusten, zal de rechter duidelijk moeten maken welke bijzondere omstandigheden dat rechtvaardigen. Als voorbeeld van een dergelijk geval noemt de Hoge Raad de omstandigheid dat de vennootschap ten tijde van het aangaan van de overeenkomst met de crediteur over onvoldoende middelen beschikte om de schuld te voldoen en voor aanvullende middelen van een andere, gelieerde vennootschap afhankelijk was. Er moeten dus kennelijk bijkomende omstandigheden zijn die de omkering van de bewijslast rechtvaardigen of een motivering voor het niet omkeren vergen. Een van de weinige, mij bekende concrete voorbeelden in de jurisprudentie van de bedoelde bijkomende omstandigheden is *Rechtbank Utrecht*, 8 oktober 2003, «JOR» 2004/95, m.nt. Borrius, waarin meewoog dat de vennootschap reeds twee jaar geen jaarrekeningen meer had gepubliceerd. Uit *Wijsmuller/Mokster* (HR 20 november 1998,

NJ 1999, 684 m.nt. Van Schilfgaarde) volgt overigens dat de bewijslast ook kan omkeren ten laste van een feitelijk bestuurder.

7. In de onderhavige zaak koos de rechtbank voor een minder verstrekkende techniek dan die van de omkering van de bewijslast: de verzwaarde stelplicht. Bij toepassing van de verzwaarde stelplicht wordt van de betwistende partij verlangd dat zij ter motivering c.q. onderbouwing van haar betwisting bepaalde gegevens aan de (met de bewijslast belaste) wederpartij verschaft om die wederpartij aanknopingspunten te verschaffen voor de bewijslevering. De achterliggende gedachte is dat anders in dit soort zaken het bewijsrisico onevenredig groot zou worden doordat de bewijslevering in feite illusoir zou worden (paragraaf 2.9 van de conclusie van A-G Asser in HR 10 januari 1997, NJ 1999,286 m.nt. Kleijn (*Notaris W./W.*)). Een verzwaarde stelplicht is strikt genomen geen omkering van de bewijslast, maar een verlichting van de bewijslast van de eiser (in dit geval: Wanders). In de praktijk echter kan de verzwaarde stelplicht wel dicht tegen een omkering van de bewijslast aanzitten. Kennelijk heeft de rechtbank gemeend dat het bewijsrisico voor Wanders onevenredig groot was en is zij Wanders met de toepassing van de verzwaarde stelplicht tegemoetgekomen. Op de motivering van de rechtbank ("*Wanders [beschikt] als buitenstaander in beginsel over geen andere gegevens dan de gepubliceerde cijfers van Amstel*") valt wel wat af te dingen. Een crediteur zal immers bijna altijd slechts over de gepubliceerde cijfers beschikken. De redenering van de rechtbank zou dan betekenen dat er in al die gevallen aanleiding is voor toepassing van de verzwaarde stelplicht. De potentiële gevolgen daarvan blijken uit de onderhavige zaak; de vorderingen van Wanders werden in eerste aanleg bij gebrek aan voldoende betwisting toegewezen, echter in hoger beroep, zonder toepassing van de verzwaarde stelplicht, afgewezen. Voorzichtigheid is geboden, juist vanwege het uitzonderlijke karakter van de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders (vgl. A-G Timmerman in HR 22 januari 2010, RvdW 2010, 189). De aanpak van het hof komt mij juist voor. Waar nodig zal van de bestuurder verlangd kunnen worden om aanvullende (financiële) stukken in het geding te brengen (vgl. HR 27 november 1998, «JOR» 1999/11 (*Veenbrink/Baarsma*)).

8. Tot slot sta ik nog kort stil bij de overweging van het hof dat het enkele ontbreken van een bepaalde (gezonde) liquiditeitspositie en/of een zeker eigen vermogen niet tot bestuurdersaansprakelijkheid kan leiden (r.o. 3.18). Beslissend zijn de bijzondere omstandigheden van het geval en niet de enkele (gangbare) bedrijfseconomische inzichten. Deze opvatting sluit goed aan bij de toelichting van de minister op de nieuwe regeling voor uitkeringen voor bv's (art. 2:216 BW) die op 1 oktober jl. in werking is getreden. De crediteurenbescherming heeft in die nieuwe regeling de vorm gekregen van een uitkeringstest die door het bestuur moet worden uitgevoerd. Die test dient ter beoordeling van de vraag of de vennootschap na de uitkering kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dreigt er door de uitkering betalingsonmacht te ontstaan, dan dient het bestuur de uitkering te blokkeren door aan het uitkeringsbesluit van de algemene vergadering geen goedkeuring te verlenen. Indien het bestuur ten onrechte zijn goedkeuring verleent, dan zijn de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de uitkering vermeerderd met wettelijke rente. Tijdens de parlementaire behandeling zijn er veel vragen aan de minister gesteld over de concrete inhoud van de uitkeringstest. In dat kader heeft de minister onder meer aangegeven dat de *quick ratio* (kortlopende activa -/- kortlopende schulden) en de operationele kasstroom belangrijke indicatoren zijn voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van uitkeringen, maar de minister voegt daaraan uitdrukkelijk toe dat het slechts indicatoren zijn (NMvA, EK 2011-2012, 31 058, E, p. 11). Ook is het niet uitgesloten dat het eigen vermogen na de uitkering negatief is (NMvA, t.a.p., p. 13). Het gaat dus niet zuiver om de (jaar)cijfers en ratio's, maar om alle omstandigheden waaronder bijvoorbeeld het moment van ontvangsten (MvT, EK 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 71). In het onderhavige geval was het geld dat een derde (ITN) nog aan Amstel verschuldigd zou zijn, een belangrijke omstandigheid. Indien Amstel dat geld zou ontvangen, zou daarmee Wanders betaald kunnen worden. Dit aspect kreeg derhalve terecht de nodige aandacht van het hof.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij Loyens & Loeff NV in Amsterdam