

JOR 2014/226 Rechtbank Amsterdam, 19-03-2014 Afgeleide schade, Opzegging en opeising krediet en opschorting betalingsverkeer door bank jegens vennootschap, Schade van aandeelhouder (bestaande uit waardevermindering aandelen) komt niet voor vergoeding in aanmerking, Geen specifieke zorgvuldigheidsnorm geschonden jegens aandeelhouder, Curator heeft namens de boedel geen schadevergoedingsactie ingesteld, Verlies van de mogelijkheid van compensatie door schadevergoeding is niet het gevolg van verwijtbaar handelen door de bank, Verwijzing naar HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP) en HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank)

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 6 artikel 74, BW BOEK 6 artikel 162

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:RBAMS:2014:2230, JONDR 2014/940

JOR 2014/226, Rechtbank Amsterdam, 19-03-2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2230, HA ZA 13-438 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Afgeleide schade, Opzegging en opeising krediet en opschorting betalingsverkeer door bank jegens vennootschap, Schade van aandeelhouder (bestaande uit waardevermindering aandelen) komt niet voor vergoeding in aanmerking, Geen specifieke zorgvuldigheidsnorm geschonden jegens aandeelhouder, Curator heeft namens de boedel geen schadevergoedingsactie ingesteld, Verlies van de mogelijkheid van compensatie door schadevergoeding is niet het gevolg van verwijtbaar handelen door de bank, Verwijzing naar HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP) en HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank)

Ga direct naar

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

Gegevens

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	19-03-2014
Publicatie	JOR 2014/226 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 9, 2014
Annotator	• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:RBAMS:2014:2230
Zaaknummer	HA ZA 13-438
Overige publicaties	• ECLI:NL:RBAMS:2014:2230 • JONDR 2014/940
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk

Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	<ul style="list-style-type: none"> • mr. Vink • mr. Van Berge Henegouwen • mr. Raat
Partijen	<p>X, eiseres in conventie, verweerster in reconventie, advocaat: mr. P.F. Keuchenius, tegen Deutsche Bank Nederland NV te Amsterdam, gedaagden in conventie, eiseressen in reconventie, advocaat: mr. P.F. Hopman.</p>
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 6 - 74 • BW Boek 6 - 162

Samenvatting

Uitgangspunt bij de beoordeling van de vraag of de door X als aandeelhouder geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt, is de norm zoals deze door de Hoge Raad is geformuleerd in zijn arrest van 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP). X heeft niet concreet gesteld – hetgeen tegenover de gemotiveerde betwisting door de bank wel op zijn weg lag – welke jegens hem persoonlijk in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm de bank heeft geschonden. De door X aan de bank verweten gedragingen – te weten de opschorting van het betalingsverkeer, alsmede de opzegging en de opeising van het krediet – hebben alle betrekking op een handelen jegens de Vennootschap. Het enkele feit dat X – als enig aandeelhouder van de Vennootschap en gezien de door hem in privé gestelde zekerheden voor het door de bank aan de Vennootschap verstrekte krediet – de financiële gevolgen van het handelen van de bank ook persoonlijk ondervindt, is onvoldoende om aan te nemen dat de bank daarmee ook een specifiek jegens hem te betrachten zorgvuldigheidsnorm zou hebben geschonden.

Anders dan X stelt doet zich ook niet een situatie voor als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank). In dat arrest was van doorslaggevend belang dat de aandeelhouders door de bank ten onrechte waren gedwongen om hun aandelen op een ongunstig tijdstip te verkopen, waardoor zij ook niet meer zouden kunnen profiteren van een door de vennootschap in te stellen schadevergoedingsactie. De omstandigheid dat de curator in dit geval geen aanleiding heeft gezien namens de boedel een schadevergoedingsvordering jegens de bank in te stellen, is met die situatie niet gelijk te stellen. Het verlies van de mogelijkheid van compensatie door schadevergoeding aan de vennootschap, is hier immers niet het gevolg van een verwijtbaar handelen van de bank.

Het voorgaande leidt ertoe dat de door X gestelde schade (bestaande uit de waardevermindering van zijn aandelen) als gevolg van de aan de bank verweten gedragingen niet voor vergoeding in aanmerking komt.

X is als bestuurder van IEH naast IEH voor de benadeling van de bank aansprakelijk als hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat IEH haar verplichtingen jegens de bank niet na is gekomen en hem ter zake een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. X wist ten tijde van de verkoop van de Duitse voorraad dat IEH failliet zou gaan en derhalve niet (langer) in staat zou zijn haar terugbetalingsverplichtingen onder de kredietovereenkomst jegens de bank na te komen, terwijl hij bovendien moet hebben geweten dat IEH na verkoop van de aan de bank verpande voorraden geen verhaal meer zou bieden voor de eventueel daarmee gepaard gaande schade. Op grond daarvan is de rechtbank van oordeel dat X ter zake van het zonder toestemming van de bank verkopen van de verpande

Duitse voorraden een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat hij naast de vennootschap aansprakelijk is voor de dientengevolge door de bank geleden schade.

Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten in conventie en reconventie

2.1. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] (hierna: [eiseres in conventie, verweerster in reconventie]) dreef een onderneming op het gebied van inkoop en distributie van recyclebaar materiaal. De onderneming is ingebracht in IEH Group B.V. (hierna: IEH). [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] was enig aandeelhouder en zelfstandig bevoegd bestuurder van IEH.

2.2. IEH (voor zover hier relevant) is op 4 april 2008 een kredietovereenkomst aangegaan met ABN AmroBank N.V. (hierna: ABN Amro). Dat krediet is – als gevolg van de splitsing van ABN Amro voortgezet door HBU II N.V. (hierna: HBU), sinds 1 april 2010 genaamd Deutsche Bank Nederland N.V. (hierna: de bank). Tot zekerheid van de nakoming van de verplichtingen uit deze overeenkomst, heeft [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] zich borg gesteld. Ten aanzien van deze borgstelling was in de overeenkomst met HBU bepaald dat deze zou komen te vervallen indien het in de kredietovereenkomst nader omschreven garantievermogen van IEH naar het oordeel van HBU meer dan 25% van het gecorrigeerde balanstotaal bedraagt.

2.3. Op 18 oktober 2010 zijn partijen gewijzigde voorwaarden voor het krediet overeengekomen (hierna: de kredietovereenkomst). [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft zich toen tot zekerheid van nakoming van de verplichtingen uit de kredietovereenkomst bij akte van 18 oktober 2010 – onder de zelfde voorwaarde van verval indien het garantievermogen van 25% werd gehaald – borg gesteld jegens de bank voor een bedrag van € 1.000.000,-. De nakoming van de borgstelling is zeker gesteld met een (derde) hypotheekrecht op de privé woning van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie].

2.4. In de kredietovereenkomst zijn de Algemene Voorwaarden en Algemene Bepalingen van Kredietverlening van ABN Amro 2009 van toepassing verklaard. In artikel III.5.1 van die algemene bepalingen (hierna: de algemene bepalingen) is (voor zover relevant) het volgende bepaald:

“ABN AMRO heeft het recht om in de navolgende omstandigheden het nog niet afgeloste gedeelte van de hoofdsom van de lening, tezamen met rente en met al het overige door de Kredietnemer uit hoofde van de Kredietovereenkomst verschuldigde, terstond en in zijn geheel tussentijds op te eisen, zonder enige sommatie of ingebrekestelling:

(...)

c. indien de Kredietnemer besluit tot beëindiging van zijn beroep op bedrijf, tot gehele of gedeeltelijke staking (...) van zijn onderneming (...);

(...).”

2.5. Op 17 januari 2011 is IEH vanwege het overtreden van Europese milieuvorschriften strafrechtelijk veroordeeld tot betaling van een geldboete van € 100.000,-.

2.6. Per brief van 12 mei 2011 (verzonden per mail en per post) heeft de bank aan IEH haar beslissing meegedeeld om het betalingsverkeer van IEH per direct op te schorten. In de brief staat voor zover relevant het volgende vermeld:

“(…) In het gesprek van 10 mei 2011 heeft u ons meegedeeld dat als gevolg van het toegenomen werkkapitaal, het voorziene verlies en de door de Belgische Bank afgewezen kredietaanvraag een acuut liquiditeitstekort van ca € 1.000.000,- zal ontstaan. U hebt de Deutsche Bank verzocht om een verhoging van de rekening courant faciliteit met € 1.000.000,- ter afdekking van het liquiditeitstekort.

(…)

Het acute liquiditeitstekort, de dalende omzet, lagere bruto marge, de stijgende werkkapitaalbehoefte, het ontbreken van een reorganisatieplan teneinde de winstgevendheid te verbeteren resulteert in een verslechtering van het risicoprofiel van onze kredietverlening aan IEH. De weigering om mee te werken aan een taxatie van de door de Deutsche Bank gevestigde zekerheden in combinatie met het strafrechtelijke onderzoek brengen het continuïteitsperspectief van de onderneming in gevaar. Deutsche Bank maakt zich ernstig zorgen omtrent de continuïteit van IEH en haar kredietverlening aan IEH. Op grond van al het voorstaande hebben wij, teneinde ons kredietrisico niet verder op te laten lopen, per direct het betalingsverkeer van IEH opgeschort. (…)

2.7. De opschorting is geëffectueerd met ingang van 12 mei 2011 rond 16:00 uur. IEH heeft rond die datum haar bedrijfsactiviteiten gestaakt en daarvan mededeling gedaan aan haar leveranciers. IEH heeft de bank bij emailbericht van 13 mei 2011 bericht dat zij haar bedrijfsactiviteiten met ingang van die dag had gestaakt.

2.8. Op 13 mei 2011 heeft de bank mondeling aan IEH meegedeeld dat zij bereid was de meest dringende betalingsopdrachten van IEH uit te voeren. Bij brief van 13 mei 2011 heeft de bank de voorlopige hervatting van het betalingsverkeer onder de daarvoor door haar gestelde voorwaarden bevestigd. De op vrijdag 13 mei 2011 door IEH aan de bank aangeboden betalingsopdrachten heeft de bank aan het einde van diezelfde dag ingeboekt en deze zijn op maandag 16 mei 2011 uitgevoerd. De bank heeft op 17 mei 2011 telefonisch en op 18 mei 2011 schriftelijk aan IEH bevestigd dat IEH tot nader order de volledige beschikking had over haar bestaande kredietfaciliteit.

2.9. Bij akte van 26 mei 2011 (hierna: de pandakte) heeft IEH haar voorraden – waaronder die in Duitsland (hierna: de Duitse voorraad) – aan de bank verpand. In artikel A6 van de pandakte is het volgende bepaald:

“Subject to the right of revocation permissible for the protection of its legitimate interests, the Bank shall permit the Security Provider to dispose of the Collateral in the scope of due and proper business operations”.

2.10. Op 31 mei 2011 heeft het Nederlands Taxatie- en Adviesbureau B.V. (hierna: het NTAB) over de waarde van de verpande voorraden aan IEH gerapporteerd. In dat rapport (hierna: het NTAB-rapport) is (voor zover relevant) het volgende opgenomen:

“(…) Onderstaand geven wij een overzicht van de (...) aanwezige tonnages:

(…)

Totaal circa: 9010 ton, boekhoudkundig gewaardeerd voor € 4.256.802,-

(…)

Indien de voorraden wegens discontinuïteit van de onderneming ten gelde gemaakt dienen te worden, dan zal de meest voor de hand liggende wijze zijn het uitventen van de voorraad met medewerking van de onderneming aan de bestaande klanten en/of aan concurrenten van IEH in Europa. Hiervoor zal een tijdslijn van ca. 6 à 8 maanden noodzakelijk zijn. (...) Wij indiceren in dit geval een bruto liquidatieopbrengst van circa € 2.400.000,- à € 2.800.000,-.

(...)

Mocht de medewerking vanuit de onderneming om de een of andere reden niet mogelijk blijken en zal er op een andere wijze geliquideerd dienen te worden, dan verwachten wij een opbrengst van circa € 800.000,- à € 1.000.000,-. (...)

2.11. Het consultancykantoor [naam 1] heeft de financiële en organisatorische situatie van IEH onderzocht. In het door haar opgestelde rapport (hierna: het [naam 1]-rapport) van 14 juni 2011 is (voor zover relevant) het volgende opgenomen:

“(...) 2. *Current financial situation*

(...) The results of 2010 have been set at € 57k, which show a decline of € 537k in comparison of the results of 2009. The results of 2009 are € 594k. Although in 2010 the net sales have increased up to € 18,9 mio due to an increase of the sales of plastics waste (...) the total gross profit has decreased (-€ 510k). (...)

The Q1 results of 2011 show a loss of € 151k. (...)

In the debtor's position at may 25th 2011 of € 1,9 mio the amount overdue (>90 days) can be calculated at € 1,4 mio (which makes 75% of the total outstanding). The provision for doubtful debts had been determined at € 777k. (...)

The creditor's position amounts to 1,3 mio. Noticeable is the long period of payment term and also the payment of the invoices in small parts. (...)

2.12. De bank heeft de kredietovereenkomst bij brief van 6 juli 2011 opgezegd en het uitstaande saldo per 20 juli 2011 opgeëist. In de opzeggingsbrief is (voor zover relevant) het volgende opgenomen:

“(...) Both [naam 2] and[eiseres in conventie, verweerster in reconventie] explained that the Borrower is no longer carrying out normal business activities at present and that the company had, to all intents and purposes, discontinued operations. They both stated that they understand the Bank's view that in these circumstances the stocks pledged to the Bank as security may not be sold without the Bank's prior written permission, given that the Bank might qualify the sale of stocks outside the scope of normal business activities as being unacceptable (...)

2.13. Ten tijde van de opzegging van het krediet waren de bedrijfsactiviteiten van IEH nog niet hervat.

2.14. IEH heeft het krediet niet terugbetaald.

2.15. Eind juli 2011 heeft IEH de voorraad van IEH (6.080 ton materiaal) in Duitsland verkocht voor een bedrag van € 95.010,-.

2.16. Bij brief van 21 september 2011 heeft de bank [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] aangesproken tot betaling van het bedrag waarvoor hij borg staat. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft niet betaald aan de bank.

2.17. IEH is op 11 oktober 2011 failliet verklaard.

3. Het geschil

In conventie

3.1. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] vordert na vermindering van eis, voor zover mogelijk bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis samengevat – dat de rechtbank:

a. voor recht verklaart dat de bank wanprestatie heeft gepleegd, althans onrechtmatig heeft gehandeld, jegens IEH door het betalingsverkeer van IEH op te schorten per 11 mei 2011;

b. voor recht verklaart dat de bank wanprestatie heeft gepleegd, althans onrechtmatig heeft gehandeld, jegens IEH door de kredietovereenkomst te beëindigen, althans op te zeggen per 6 juli 2011;

c. voor recht verklaart dat de bank wanprestatie heeft gepleegd, althans onrechtmatig heeft gehandeld, jegens IEH door de kredietovereenkomst op te eisen per 20 juli 2011;

d. voor recht verklaart dat de wanprestatie, althans het onrechtmatig handelen, van de bank als onder a) tot en met c) bedoeld, tevens wanprestatie c.q. onrechtmatig handelen jegens [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] oplevert in zijn hoedanigheid van borg en aandeelhouder;

e. de bank veroordeelt tot het vergoeden van de schade die [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft geleden, lijdt en nog zal lijden ten gevolge van de hiervoor omschreven wanprestatie, althans het hiervoor omschreven onrechtmatig handelen, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

f. voor recht verklaart dat de bank haar (bijzondere) zorgplicht jegens [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft geschonden, wanprestatie heeft gepleegd, althans onrechtmatig heeft gehandeld;

g. de bank veroordeelt tot het vergoeden van alle schade die [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft geleden, lijdt en nog zal lijden ten gevolge van de hiervoor omschreven wanprestatie, althans het hiervoor omschreven onrechtmatig handelen, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

h. de bank veroordeelt in de kosten van de procedure.

3.2. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] legt aan zijn vorderingen – kort samengevat – ten grondslag dat de bank in strijd met de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht het betalingsverkeer van IEH heeft opgeschort, de kredietovereenkomst heeft opgezegd en het op basis daarvan verschuldigde van IEH heeft opgeëist. Het gevolg van de onregelmatige opschorting is geweest dat voor IEH een liquiditeitstekort ontstond van circa € 1.000.000,- euro. Omdat de bank daarvoor geen aanvullende financiering wilde verstrekken, heeft IEH de gestaakte bedrijfsvoering niet kunnen hervatten. De bank heeft vervolgens op onvoldoende zwaarwegende gronden het krediet opgezegd en opgeëist, waarna IEH failliet is gegaan. Door de onregelmatige opschorting, opzegging en opeising van het krediet heeft de bank onvoldoende rekening gehouden met de belangen van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als borg en daardoor onrechtmatig, respectievelijk onzorgvuldig, gehandeld jegens [eiseres in conventie, verweerster in reconventie], aangezien [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] daardoor het perspectief op het verval van de borgstelling bij een garantievermogen van 25% is ontnomen. Nu de aan de bank verweten gedragingen hebben geleid tot het faillissement van IEH en daarmee tot het blijvend waardeloos worden van de aandelen van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie], is het handelen van de bank – gezien de verwevenheid van de persoonlijke belangen van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] met die van IEH – tevens onrechtmatig jegens [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als aandeelhouder. De bank is gehouden de door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] geleden schade te vergoeden, aldus [eiseres in conventie, verweerster in reconventie].

3.3. De bank voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

In reconventie

3.5. De bank vordert samengevat – dat de rechtbank [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis veroordeelt tot:

a. nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de borgstelling aan de bank, te weten tot betaling aan de bank van het bedrag van € 1.000.000,-, te vermeerderen met wettelijke rente die is vervallen sinds 4 oktober 2011;

b. vergoeding van de schade die de bank heeft geleden doordat [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als bestuurder van IEH voorraden plastic zonder toestemming van de bank heeft verkocht, op te maken bij staat;

c. de bank veroordeelt in de kosten van de procedure en het nasalaris.

3.6. De bank legt aan haar vordering – zakelijk weergeven – ten grondslag dat [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als borg hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van IEH jegens de bank tot een bedrag van € 1.000.000,-. De vordering van de bank op IEH bedraagt na uitwinning van haar zekerheden € 5.524.042,38. Een (substantiële) uitkering van de curator valt niet te verwachten. Daarom heeft de bank [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] aangesproken tot betaling van het bedrag waarvoor hij borg staat. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft de bank niet binnen de gestelde betalingstermijn, te weten uiterlijk op 4 oktober 2011 voldaan, zodat [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] met ingang van die datum in verzuim is en wettelijke rente is verschuldigd.

3.7. Voorts legt de bank aan haar vordering ten grondslag dat [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] onrechtmatig heeft gehandeld jegens de bank door als bestuurder van IEH namens deze vennootschap eind juli 2011 de Duitse voorraad te verkopen voor een prijs ver onder de marktwaarde, te weten een prijs van circa € 95.000,-. Ter onderbouwing van haar vordering voert de bank aan dat de (pro rata) boekwaarde van de Duitse voorraad veel hoger was dat de gerealiseerde opbrengst. Voorts doet de bank een beroep op het NTAB-rapport waaruit volgt dat de Duitse voorraad bij geleidelijke liquidatie van de onderneming een bedrag tussen € 1.620.000,- en € 1.890.000 en bij verkoop ineens een bedrag tussen € 540.000,- en 675.000,- moest kunnen opleveren. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft verzuimd de bank toestemming voor die verkoop te vragen, hetgeen op grond van Duitse akte van verpanding was vereist, aangezien de verkoop van de voorraden plaatsvond buiten de normale bedrijfsvoering. Bij brief van 6 juli 2011 heeft de bank IEH en [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] daar nog expliciet op gewezen. Derhalve kan [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt dat de bank als crediteur van IEH minder verhaal voor haar vordering heeft gevonden dan wanneer de verkoop niet had plaatsgevonden en is [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] aansprakelijk voor de daardoor door de bank geleden schade.

3.8. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] voert verweer.

3.9. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

In conventie

Vorderingen van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als aandeelhouder

4.1. De bank heeft de door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] gestelde aansprakelijkheid op verschillende gronden gemotiveerd betwist. De bank heeft in de eerste plaats – kort gezegd – aangevoerd dat [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als aandeelhouder van IEH geen aanspraak kan maken op vergoeding van de waardevermindering van de aandelen omdat het hier afgeleide schade betreft.

4.2. Uitgangspunt bij de beoordeling van de vraag of de door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als aandeelhouder geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt, is de norm zoals deze door de Hoge Raad is geformuleerd in zijn arrest van 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP). Daaruit blijkt dat in het geval dat door een derde vermogensschade wordt toegebracht aan een vennootschap door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens de vennootschap of door gedragingen die jegens de vennootschap onrechtmatig zijn, alleen de vennootschap het recht heeft uit dien hoofde van de derde vergoeding van deze schade te vorderen. Ondanks dat die schade een vermindering van de waarde van de aandelen in de vennootschap zal meebrengen zolang zij niet is vergoed, kunnen de aandeelhouders op grond van dit voor hen ontstane nadeel in beginsel geen eigen vordering tot schadevergoeding tegen de bedoelde derde geldend maken. Een aandeelhouder kan die derde wel op grond van onrechtmatig handelen aanspreken wanneer hij stelt – en bij voldoende betwisting bewijst – welke specifiek jegens hem te betrachten zorgvuldigheidsnorm door de derde niet in acht is genomen, waarbij niet kan worden volstaan met het stellen van wanprestatie of onzorgvuldig handelen van de derde jegens de vennootschap.

4.3. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft niet concreet gesteld – hetgeen tegenover de gemotiveerde betwisting door de bank wel op zijn weg lag – welke jegens hem persoonlijk in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm de bank heeft geschonden. De door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] aan de bank verweten gedragingen – te weten de opschorting van het betalingsverkeer, alsmede de opzegging en de opeising van het krediet – hebben alle betrekking op een handelen jegens IEH. Het enkele feit dat [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] – als enig aandeelhouder van IEH en gezien de door hem in privé gestelde zekerheden voor het door de bank aan IEH verstrekte krediet – de financiële gevolgen van het handelen van de bank ook persoonlijk ondervindt, is onvoldoende om aan te nemen dat de bank daarmee ook een specifiek jegens hem te betrachten zorgvuldigheidsnorm zou hebben geschonden.

4.4. Anders dan [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] stelt doet zich ook niet een situatie voor als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank). In dat arrest was van doorslaggevend belang dat de aandeelhouders door de bank ten onrechte waren gedwongen om hun aandelen op een ongunstig tijdstip te verkopen, waardoor zij ook niet meer zouden kunnen profiteren van een door de vennootschap in te stellen schadevergoedingsactie. De omstandigheid dat de curator in dit geval geen aanleiding heeft gezien namens de boedel een schadevergoedingsvordering jegens de bank in te stellen, is met die situatie niet gelijk te stellen. Het verlies van de mogelijkheid van compensatie door schadevergoeding aan de vennootschap, is hier immers niet het gevolg van een verwijtbaar handelen van de bank.

4.5. Het voorgaande leidt ertoe dat de door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] gestelde schade (bestaande uit de waardevermindering van zijn aandelen) als gevolg van de aan de bank verweten gedragingen niet voor vergoeding in aanmerking komt. Onder die omstandigheden heeft hij geen rechtens te respecteren belang bij toewijzing van de onder rov. 3.1, onder a, b c en d genoemde verklaringen voor recht. De vorderingen van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] zoals hiervoor weergegeven bij rov. 3.1 onder a tot en met e, voor zover die zijn ingesteld door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] in zijn hoedanigheid als aandeelhouder, zullen derhalve worden afgewezen.

Vorderingen van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als borg

4.6. De bank voert als verweer aan dat de schade die [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als borg stelt te hebben geleden als gevolg van het faillissement van IEH niet is veroorzaakt door de opschorting van de uitvoering van de betalingsopdrachten gedurende een periode van twee dagen. Het

faillissement van IEH is veroorzaakt door het teruglopen van de winst, betalingsproblemen met schuldeisers en een liquiditeitstekort van IEH van circa € 1.000.000,- als gevolg van het feit dat de kredietlimiet van IEH bij de bank nagenoeg was bereikt. Deze financiële problemen van IEH bestonden al ten tijde van de opschorting van het betalingsverkeer van IEH door de bank. De bank verwijst in dit verband onder meer naar het door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] overgelegde leveranciersoverzicht (productie 14 bij dagvaarding) en het [naam 1]-rapport (rov. 2.11) waaruit blijkt dat IEH als gevolg van langdurige betalingsachterstanden al problemen had met haar leveranciers. Ook zonder opschorting van het betalingsverkeer zou IEH uiteindelijk zijn gefailleerd en zou [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als borg zijn aangesproken, aldus de bank.

4.7. Vast staat dat de bank het betalingsverkeer van IEH op 12 mei 2011 heeft opgeschort, op 13 mei 2011 aan IEH heeft bericht dat het betalingsverkeer weer zou worden hervat en de uitvoering van de betalingsopdrachten van IEH vervolgens op 16 mei 2011 daadwerkelijk heeft hervat. De opschorting van het betalingsverkeer heeft dus maximaal twee dagen geduurd. Uit het [naam 1]-rapport (rov. 2.11) blijkt dat de financiële situatie van IEH op dat momentslecht was. Zo bedroeg het verlies over het eerste kwartaal van 2011 (€ 151.000,-, was sprake van een afname van de winst over 2010 (€ 57.000,-) ten opzichte van 2009 (€ 594.000,-), van een debiteurensaldo van 1,9 miljoen euro (waarvan 75% langer dan 90 dagen open stond) en een crediteurensaldo van € 1.300.000,- euro waarbij volgens de rapporteur de door IEH geaccepteerde lange betalingstermijnen en regelingen tot betaling in kleine termijnen opvallend waren. Verder heeft de Bank onweersproken gesteld dat IEH voorafgaand aan 12 mei 2011 haar gehele kredietruimte al had aangewend en zelfs overschreden en dat de betalingen op 13 mei 2011 slechts konden worden ingeboekt omdat op 12 mei nog een betaling van € 59.000,- euro was binnengekomen, waardoor weer enige kredietruimte ontstond. Tegen deze achtergrond kan zonder nadere uitleg, die ontbreekt, niet als juist worden aanvaard dat, zoals [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] aan zijn vordering ten grondslag legt, de enkele omstandigheid dat de bank tussen donderdag 12 mei te 16.00 uur en vrijdagvond 13 mei heeft geweigerd betalingen voor [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] uit te voeren ertoe heeft geleid dat IEH uiteindelijk niet meer aan haar betalingsverplichtingen kon voldoen en is gefailleerd. Veeleer moet er van worden uitgegaan dat de hiervoor genoemde precare financiële situatie in samenhang met de aanzienlijke schuldenpositie en de teruglopende omzetten ervoor hebben gezorgd dat IEH uiteindelijk niet meer aan haar verplichtingen kon voldoen. Een en ander wordt nog onderstreept door het feit dat IEH de bank voorafgaand aan de opschorting in verband met een acuut liquiditeitstekort al had verzocht om aanvullende financiering van circa € 1.000.000,-, IEH na hervatting van de uitvoering van de betalingsopdrachten van IEH door de bank op 16 mei 2011 haar normale bedrijfsactiviteiten niet meer heeft hervat en IEH pas circa vijf maanden na de opschorting zelf haar faillissement heeft aangevraagd. Dit alles tezamen genomen maakt dat niet is komen vast te staan dat de opschorting van het betalingsverkeer in mei 2011 de oorzaak is geweest van het feit dat IEH uiteindelijk niet meer aan haar betalingsverplichtingen kon voldoen. Onder deze omstandigheden kan evenmin worden aangenomen dat de enkele opschorting van het betalingsverkeer door de bank op 12 en 13 mei 2011 tot gevolg heeft gehad dat de bank [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] uiteindelijk op 21 september 2011 als borg tot verhaal van haar vordering op IEH heeft aangesproken. Onder die omstandigheden kan in het midden blijven of de bank in mei 2011 al dan niet ten onrechte of onrechtmatig tot tijdelijke opschorting heeft besloten.

4.8. De bank heeft voorts bestreden dat zij is tekortgeschoten of een onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens IEH of [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] door het krediet bij brief van 6 juli 2011 op te zeggen en per 20 juli 2011 op te eisen.

4.9. Tussen partijen is niet in geschil dat IEH haar bedrijfsactiviteiten rond 13 mei 2011 heeft gestaakt en nadien niet meer heeft hervat. Daarmee staat vast dat de bank op grond van artikel III.5.1 sub c van de algemene bepalingen bevoegd was het krediet op te zeggen en op te eisen. Nu – zoals de bank onvoldoende weersproken heeft aangevoerd – ook geen zicht bestond op hervatting van de bedrijfsactiviteiten en daarmee evenmin op inkomsten voor IEH waarmee het krediet aan de bank kon worden afgelost, bestond voor de bank een voldoende zwaarwegende grond om van haar opzeggings- en opeisingsbevoegdheid gebruik te maken. Dat de bank – zoals door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] is gesteld – niet bereid was om zonder afgifte van nadere zekerheid tot herfinanciering van IEH over te gaan, maakt dat niet anders. In het licht van het voorgaande valt niet in te zien dat de bank door opzegging en opeising van het krediet in strijd met de kredietovereenkomst of enige op haar

rustende zorgplicht jegens IEH heeft gehandeld. Evenmin valt in te zien dat de bank door opzegging en opeising van het krediet onrechtmatig of onzorgvuldig jegens [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] als borg zou hebben gehandeld. Het enkele feit dat door de opzegging van het krediet [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] de mogelijkheid is ontnomen om het garanti kapitaal van 25% te halen, zoals door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] is aangevoerd, maakt (nog daargelaten dat niet is toegelicht hoe IEH dat na staking van haar bedrijf zou gaan bewerkstelligen), niet dat de bank geen gebruik meer zou mogen maken van haar bevoegdheden.

4.10. Het voorgaande leidt er toe dat ook de vorderingen van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] zoals hiervoor weergegeven bij rov. 3.1 onder a tot en met e, voor zover die zijn ingesteld door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] in zijn hoedanigheid van borg, en de vorderingen onder f, g en h zullen worden afgewezen.

4.11. Hetgeen partijen verder in conventie nog naar voren hebben gebracht kan in het licht van het voorgaande als reeds behandeld dan wel niet ter zake dienend buiten beschouwing blijven.

Proceskosten

4.12. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van deze procedure. (...; *red.*)

4.13. De door de bank gevorderde nakosten zullen als onweersproken worden toegewezen op de hierna vermelde wijze.

In reconventie

De borgtocht

4.14. De bank heeft onweersproken gesteld dat IEH in de nakoming van haar verbintenis tot terugbetaling van het krediet aan de bank is tekortgeschoten. Uit hetgeen de rechtbank in conventie heeft geoordeeld, volgt dat anders dan [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] stelt, niet is komen vast te staan dat de bank onzorgvuldig en/of onrechtmatig jegens IEH of [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft gehandeld. Onder die omstandigheden staat het bepaalde in artikel 7:855 van het Burgerlijk Wetboek (BW) er niet aan in de weg dat de bank [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] tot nakoming van de borgtocht aanspreekt. In conventie is voorts de door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] van de bank gevorderde schadevergoeding afgewezen, zodat reeds daarop het beroep van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] op verrekening strandt. Aangezien [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] overigens tegen de vordering geen verweer heeft gevoerd, zal deze inclusief de onbetwist gevorderde wettelijke rente met ingang van 4 oktober 2011 worden toegewezen.

De verkoop van de Duitse voorraad

4.15. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] voert als verweer aan dat de Duitse voorraad zo snel mogelijk moest worden verkocht om te voorkomen dat het plastic dat buiten was opgeslagen onder invloed van de weersomstandigheden waardeloos zou worden. Voorts is de gerealiseerde opbrengst voor die voorraad niet onder de marktwaarde. Dat blijkt ook uit de door de curator behaalde opbrengst voor de overige voorraad. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft de bank bovendien om toestemming voor de verkoop verzocht, maar de bank heeft daarop niet gereageerd. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] treft dus geen ernstig verwijt op grond waarvan hij zou kunnen worden aangesproken uit hoofde van onrechtmatige daad, aldus [eiseres in conventie, verweerster in reconventie].

4.16. In het onderhavige geval staat tussen partijen vast dat de verkoop van de Duitse voorraad plaatsvond nadat IEH de bedrijfsvoering had gestaakt en derhalve dat deze plaatsvond buiten de reguliere bedrijfsvoering van IEH. Ingevolge de pandakte was dan voor de verkoop van die voorraad toestemming van de bank vereist. In de opzeggingsbrief van 6 juli 2011 heeft de bank [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] hier nog eens uitdrukkelijk op gewezen.

Hoewel [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] in eerste instantie heeft betwist zonder toestemming van de bank tot verkoop te zijn overgegaan, is hij ter zitting een stuk minder stellig geweest. Hij heeft toen het volgende verklaard: “Ik herinner me niet of ik de bank van tevoren heb geïnformeerd over verkoop van de voorraad in Duitsland. Er is wel over voorraden gesproken. Het bedrijf ging failliet. Ik was erg bezorgd over de voorraad in Duitsland vanwege de opslag in de open lucht. Ik moest de beslissing tot verkoop nemen in het belang van het bedrijf. Dan kon ik tenminste een bedrag van € 100.000,- aan de bank betalen.” Gelet op deze verklaring, kan de betwisting door [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] van de stelling van de bank dat de Duitse voorraad zonder haar toestemming is verkocht, niet langer stand houden en is dit komen vast te staan.

IEH is daarmee toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van pandakte en derhalve aansprakelijk voor de daardoor door de bank geleden schade. De bank heeft met verwijzing naar de boekwaarde van de goederen en de taxatie door het NTAB gemotiveerd gesteld dat zij door de tekortkoming van IEH schade heeft geleden, doordat zij in haar verhaalsmogelijkheden is benadeeld. In dat verband had het op de weg van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] geleden om feiten en omstandigheden aan de voeren waaruit blijkt dat dit anders was. Dat heeft [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] niet gedaan. De niet nader onderbouwde stelling van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] dat de waarde van de goederen onder invloed van de weersomstandigheden snel afnam en het feit dat de gerealiseerde opbrengst voor de Duitse voorraden hoger was dan de opbrengst die de curator na faillissement van IEH voor de overige voorraad heeft gerealiseerd, is in dat kader onvoldoende.

4.17. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] is als bestuurder van IEH naast IEH voor de benadeling van de bank aansprakelijk als hij heeft bewerkstelligd of toegelaten dat IEH haar verplichtingen jegens de bank niet na is gekomen en hem terzake een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van IEH tot gevolg zou hebben dat IEH haar verbintenissen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Nu uit de brief van 6 juli 2011 blijkt dat de bank [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] heeft gewezen op het feit dat toestemming van de bank voor verkoop van voorraden was vereist, wist [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] dat IEH door eind juli 2011 zonder toestemming van de bank de Duitse voorraad te verkopen haar verplichting jegens de bank niet nakwam. Blijkens zijn verklaring ter comparitie wist [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] ten tijde van de verkoop van de Duitse voorraad dat IEH failliet zou gaan en derhalve niet (langer) in staat zou zijn haar terugbetalingsverplichtingen onder de kredietovereenkomst jegens de bank na te komen, terwijl hij bovendien moet hebben geweten dat IEH na verkoop van de aan de bank verpande voorraden geen verhaal meer zou bieden voor de eventueel daarmee gepaard gaande schade. Op grond daarvan is de rechtbank van oordeel dat [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] ter zake van het zonder toestemming van de bank verkopen van de verpande Duitse voorraden een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat hij naast de vennootschap aansprakelijk is voor de dientengevolge door de bank geleden schade.

4.18. De bank heeft blijkens het voorgaande voldoende gemotiveerd gesteld en aannemelijk gemaakt dat zij mogelijk schade heeft geleden. Op basis van het tussen partijen gevoerde debat in deze procedure is het niet mogelijk voor de rechtbank om de schade in dit vonnis te begroten, zodat [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] – zoals door de bank is gevorderd – zal worden veroordeeld tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat.

4.19. [Eiseres in conventie, verweerster in reconventie] zal als de in reconventie in het ongelijk gestelde partij in de kosten van deze procedure worden veroordeeld. (...; *red.*)

4.20. De door de bank in reconventie gevorderde nakosten zien niet op meer of andere werkzaamheden dan waarvoor in conventie reeds een vergoeding is toegekend en zullen om die reden worden afgewezen.

5. De beslissing

De rechtbank:

in conventie

wijst de vorderingen van [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] af;

veroordeelt [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] in de proceskosten, (...; *red.*);

veroordeelt [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] in de na dit vonnis ontstane kosten, (...; *red.*);

verklaart het vonnis voor wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in reconventie

veroordeelt [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] tot nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de borgstelling aan de bank, te weten tot betaling aan de bank van het bedrag van € 1.000.000,- (een miljoen euro), te vermeerderen met wettelijke rente die is vervallen sinds 4 oktober 2011 tot de dag van voldoening;

veroordeelt [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] tot vergoeding van de schade die de bank heeft geleden doordat hij als bestuurder van IEH voorraden plastic zonder toestemming van de bank heeft verkocht, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

veroordeelt [eiseres in conventie, verweerster in reconventie] in de proceskosten, (...; *red.*);

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. In deze zaak speelt een klassiek geschil tussen een ondernemer en de financierende bank in tijden van nood. De bank heeft krediet verstrekt aan de vennootschap IEH, die handelt in recyclebaar materiaal. Aandeelhouder/bestuurder X staat borg voor het krediet. IEH kampt met tegenslagen, komt in liquiditeitsproblemen en vraagt de bank om aanvullend krediet. De bank maakt zich grote zorgen om haar eigen positie en schort het betalingsverkeer op. In de onderhandelingen bedingt zij onder meer als aanvullende zekerheid een pandrecht op voorraden van IEH in Duitsland, waarna de schorsing wordt opgeheven. IEH kan het tij echter niet meer keren. De bank eist het krediet op en IEH gaat failliet. X verwijt de bank dat zij IEH om zeep heeft geholpen en vordert schadevergoeding namens IEH en in persoon in zijn hoedanigheid van borg en aandeelhouder. De bank op haar beurt spreekt X aan als borg en maakt hem voorts het verwijt dat hij als bestuurder de verhaalsmogelijkheden van de bank heeft gefrustreerd. Zowel in conventie als reconventie trekt de bank aan het langste eind. Ik belicht in dit commentaar enkel de vordering van X als aandeelhouder jegens de bank en de vordering van de bank op X wegens verhaalsfrustratie.

2. X verwijt de bank dat de opschorting van het betalingsverkeer en het opeisen van het krediet tot het faillissement van IEH hebben geleid. Door het faillissement zijn de aandelen van X in IEH blijvend waardeloos geworden. Gezien “de verwevenheid van de persoonlijke belangen van [X] met die van IEH”

zijn de verweten gedragingen van de bank tevens onrechtmatig jegens X als aandeelhouder. X probeert hiermee het obstakel van afgeleide schade te omzeilen, maar slaagt daar niet in. De rechtbank verwijst naar ABP/Poot (HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288, m.nt. Maeijer) en oordeelt dat X niet concreet heeft gesteld welke specifiek jegens hem te betrachten zorgvuldigheidsnorm de bank zou hebben geschonden (r.o. 4.3). Het enkele feit dat de waarde van de aandelen van X door de verweten handelingen van de bank jegens IEH is afgenomen, is in dat verband onvoldoende. Deze aanpak volgt de lijn van ABP/Poot en Tuin Beheer (HR 16 februari 2007, *NJ* 2007, 256, m.nt. Maeijer). De Hoge Raad heeft de lat voor een rechtstreekse normschending jegens een aandeelhouder hoog gelegd. De aandeelhouder zal bijkomende omstandigheden moeten stellen, zoals de opzet om hem te benadelen (zie nader mijn annotatie bij Hof Den Bosch 8 mei 2012, «JOR» 2012/213). X heeft aan die stelplicht kennelijk niet voldaan. Ook de poging van X om het punt van afgeleide schade met een beroep op Kip en Sloetjes/Rabobank (HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 2, m.nt. Maeijer) te omzeilen, slaagt niet. Als ik het goed begrijp, beriep X zich op die jurisprudentie omdat de curator van IEH geen schadevergoedingsactie jegens de bank had ingezet met als gevolg dat de schade van X definitief is geworden. De rechtbank overweegt in r.o. 4.4 terecht dat dit geen klacht jegens de bank behelst (maar jegens de curator). Dat is een wezenlijk verschil met de casus van Kip en Sloetjes. In dat geval had de bank Kip en Sloetjes onder druk gezet om hun aandelen te verkopen, waarmee hun schade definitief werd. Het hof achtte dit feit in samenhang bezien met andere gedragingen van de bank onrechtmatig jegens Kip en Sloetjes.

3. De bank verwijt X dat hij, in strijd met de bepalingen van de pandakte, de Duitse voorraden zonder toestemming van de bank heeft verkocht en ook nog ver onder de marktwaarde. De bank rekende op een minimale liquidatiewaarde van € 800.000 tot 1 miljoen. X verkocht de voorraden echter voor circa € 95.000. Dit handelen van X komt volgens de bank neer op verhaalsfrustratie (het betrof kennelijk een stil pandrecht) waarvan hem een persoonlijk ernstig verwijt treft. X is daarom jegens de bank schadeplichtig voor de dientengevolge geleden schade (r.o. 3.7). De vordering van de bank past in de tweede categorie van Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38). De rechtbank volgt de bank in haar stellingen. Zij stelt vast dat IEH de voorraad zonder toestemming van de bank heeft verkocht (r.o. 4.16) terwijl X wist dat die toestemming wel vereist was (r.o. 4.17). Voorts wist X dat IEH failliet zou gaan en dus dat de bank onbetaald zou blijven, terwijl X moet hebben geweten dat IEH na de verkoop van de Duitse voorraden geen verhaal zou bieden voor de “eventueel [met de verkoop van de Duitse voorraden] gepaard gaande schade”. Conclusie: het verkopen van de Duitse voorraden zonder toestemming van de bank levert een persoonlijk ernstig verwijt op en X is daarom aansprakelijk voor de schade die de bank dientengevolge heeft geleden (te bepalen in de schadestaatprocedure). Het feit dat X bewust toeliet dat IEH een bepaling die de belangen van de bank als pandhouder beoogde te beschermen, schond, weegt duidelijk zwaar mee. Dat is begrijpelijk, te meer omdat de bank nog kort voor de verkoop van de Duitse voorraden X expliciet op het toestemmingsvereiste had gewezen. De zinsnede “de eventueel daarmee gepaard gaande schade” wijst erop dat de rechtbank het voor aansprakelijkheid van X niet noodzakelijk achtte dat X wist of behoorde te weten dat de bank daadwerkelijk schade zou leiden door zijn handelen (X stelt dat hij de Duitse voorraden tegen marktwaarde heeft verkocht). Hoewel het element van voorzienbare benadeling doorgaans wel een essentiële factor is bij de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders, is het geen absolute voorwaarde. Daarnaast ligt het element feitelijk al in r.o. 4.16 besloten. De casus vertoont gelijkenissen met die van New Holland Belgium/Oosterhof (HR 18 februari 2000, «JOR» 2000/56). Het cassatiemiddel in die zaak betoogde dat er geen persoonlijke aansprakelijkheid kan zijn als het voor de bestuurder niet duidelijk was of behoorde te zijn dat de partij met het zekerheidsrecht door het verweten handelen zou worden benadeeld. Dat is geen geldende rechtsregel, oordeelde de Hoge Raad. Of een bestuurder een ernstig verwijt treft, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij De Breij Evers Boon in Amsterdam