

JOR 2016/315 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 21-06-2016, 200.152.979/01, ECLI:NL:GHARL:2016:5038
Bestuurdersaansprakelijkheid van indirect bestuurder jegens schuldeiser, Bestellingen en leveranties liepen via inmiddels gefailleerde vennootschap, Goederen werden geleverd onder eigendomsvoorbehoud en doorgeleverd aan gelieerde partij, Vorderingen leverancier blijven onbetaald en zijn onverhaalbaar, Aansprakelijkheid afgewezen omdat op moment van aangaan overeenkomsten faillissement niet was te voorzien, Onvoldoende onderbouwd dat bestuurders hebben bewerkstelligd dat geleverde goederen zijn onttrokken aan verhaal door schuldeiser, Verwijzing naar HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel); HR 18 februari 2000, «JOR» 2000/56 (New Holland Belgium/Oosterhof); HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38, (Ontvanger/Roelofsen); HR 23 mei 2014, «JOR» 2014/229, m.nt. Van Bekkum (Kok/Maas q.q.) en HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (RCI Financial Services/Kastrop)

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 2 artikel 9, BW BOEK 6 artikel 162

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:GHARL:2016:5038, JONDR 2016/776, OR-Updates.nl 2016-0211 , NJF 2016/351

JOR 2016/315, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 21-06-2016, 200.152.979/01, (annotatie)

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid van indirect bestuurder jegens schuldeiser, Bestellingen en leveranties liepen via inmiddels gefailleerde vennootschap, Goederen werden geleverd onder eigendomsvoorbehoud en doorgeleverd aan gelieerde partij, Vorderingen leverancier blijven onbetaald en zijn onverhaalbaar, Aansprakelijkheid afgewezen omdat op moment van aangaan overeenkomsten faillissement niet was te voorzien, Onvoldoende onderbouwd dat bestuurders hebben bewerkstelligd dat geleverde goederen zijn onttrokken aan verhaal door schuldeiser, Verwijzing naar HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel); HR 18 februari 2000, «JOR» 2000/56 (New Holland Belgium/Oosterhof); HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38, (Ontvanger/Roelofsen); HR 23 mei 2014, «JOR» 2014/229, m.nt. Van Bekkum (Kok/Maas q.q.) en HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (RCI Financial Services/Kastrop)

Ga direct naar

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

Gegevens

Instantie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden

Datum uitspraak	21-06-2016
Publicatie	JOR 2016/315 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 11, 2016
Annotator	<ul style="list-style-type: none"> • mr. G.G. Boeve
ECLI	ECLI:NL:GHARL:2016:5038
Zaaknummer	200.152.979/01
Overige publicaties	<ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHARL:2016:5038 • OR-Updates.nl 2016-0211 • NJF 2016/351 • NJF 2016/350 • JONDR 2016/776
Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters	<ul style="list-style-type: none"> • mr. Tubben • mr. Wind • mr. Van Rijssen
Partijen	<p>Texsport BV te Nieuw-Vennep, appellante, advocaat: mr. E.F. Seunke, tegen</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. A BV, 2. B BV, 3. C BV, 4. D, 5. E, <p>geïntimeerden, advocaat: mr. E.P. Eujen.</p>
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 2 - 9 • BW Boek 6 - 162

Samenvatting

De gefailleerde vennootschap heeft de facturen van appellante onbetaald gelaten. Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen die vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. (Zie HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (RCI Financial Services/Kastrop)). In geval van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering kan volgens vaste rechtspraak (zie met name HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38, (Ontvanger/Roelofsen)) naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig

verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, «JOR» 2000/56 (New Holland Belgium/Oosterhof)). Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat, kort gezegd, persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling niet persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt kan worden. (De zogenoemde Beklamelnorm naar HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel), laatstelijk geduid in HR 5 september 2014, «JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (RCI Financial Services/Kastrop) waaruit volgt dat deze norm in de kern de eis inhoudt dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden). In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn 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. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen. In dit onder (ii) bedoelde geval draait het, kort gezegd, om frustratie van betaling en verhaal. Het ligt daarbij bij zowel de hiervoor onder (i) als de onder (ii) bedoelde gevallen op de weg van de benadeelde crediteur om per aangesproken bestuurder te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat de betreffende bestuurder persoonlijk jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld. Voor indirect bestuurders geldt ten aanzien van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het onbetaald laten en onverhaalbaar blijven van schulden van de vennootschap dezelfde maatstaf als voor de directe bestuurder (HR 23 mei 2014, «JOR» 2014/229, m.nt. Van Bekkum (Kok/Maas q.q.)). Appellante heeft als eerste aan haar vordering ten grondslag gelegd dat geïntimeerden jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld, door de bestellingen en leveranties, zonder appellante hiervan op de hoogte te brengen, na 2006 via de gefailleerde vennootschap te laten lopen. De gefailleerde vennootschap was een lege vennootschap, een vehikel dat uitsluitend in het leven was geroepen vanwege fiscale redenen en voor handel met buitenlandse crediteuren, die niet met een voor hen onbekende rechtsvorm (vennootschap onder firma) wilden contracteren. Aldus was sprake van een vooropgezette constructie om verhaal door appellante als Nederlandse leverancier onmogelijk te maken. Geïntimeerden hebben aangevoerd dat er geen sprake was van een vehikel. De gefailleerde vennootschap was een vennootschap met een eigen administratie en jaarrekening. Zij beschikte over een eigen bankrekening met een kredietfaciliteit en daarmee over middelen en mogelijkheden om aan haar verplichtingen te voldoen. Crediteuren (binnenlandse en buitenlandse) werden (ook) door haar voldaan. De gefailleerde vennootschap functioneerde als leverancier van de VOF. Winsten van de gefailleerde vennootschap vloeiden naar de VOF. Gedurende de zes jaar voorafgaand aan het faillissement van de VOF was de feitelijke gang van zaken dat de levering van de goederen door appellante plaatsvond aan het adres van de VOF, waar tevens de gefailleerde vennootschap en het hoofdkantoor waren gevestigd. Appellante factureerde aan de gefailleerde vennootschap waarna betalingen aan appellante werden gedaan door de VOF. De betalingen aan appellante werden bij de VOF geadministreerd. Tot in 2012 werd appellante door de VOF betaald voor de door haar geleverde goederen. Na de opzegging van het krediet door de bank en het daarop volgende faillissement van de VOF was betaling niet meer mogelijk. Tussen partijen is niet in geschil dat vanaf 2006 tot en met 2012 de zojuist omschreven werkwijze werd gevolgd. Weliswaar liepen de bestellingen via de (thans) gefailleerde vennootschap, maar appellante werd gedurende de jaren voorafgaande aan het faillissement van de VOF steeds door de VOF betaald voor de door haar geleverde goederen. Daarnaast staat vast dat de gefailleerde vennootschap over een kredietfaciliteit beschikte en, hoewel in de relatie met appellante niet gebruikelijk, ook zelf in staat was betalingen aan appellante te verrichten. Hieruit vloeit voort dat zonder bijkomende omstandigheden, die niet zijn gesteld, niet kan worden geoordeeld dat geïntimeerden door bestellingen en facturering via de gefailleerde vennootschap te laten lopen een vehikel hebben opgezet met het doel verhaal voor appellante onmogelijk te maken. Appellante heeft voorts het volgende gesteld. (a) Ten tijde van het tot stand komen van de overeenkomsten tussen appellante en de VOF (februari 2012) en ten tijde van de levering (14 en 18 augustus 2012), wisten geïntimeerden dat de VOF noch de gefailleerde vennootschap tot nakoming van

haar betalingsverplichtingen uit die overeenkomsten in staat zou zijn. Sinds 2008 was er al sprake van ernstige financiële problemen bij de VOF, zowel de VOF als de gefailleerde vennootschap vielen onder de afdeling Bijzonder Beheer van de bank, de conceptcijfers over 2011 waren dramatisch, medio 2012 had de VOF een schuldenlast van meer dan € 12.200.000. (b) Geïntimeerden hebben het verhaal door appellante gefrustreerd door ten tijde van de surseance de door appellante onder eigendomsvoorbehoud aan de gefailleerde vennootschap geleverde kleding in de winkels van de VOF te verkopen, dan wel de kleding van de curator te kopen en daarmee een doorstart te maken onder de naam X, dit alles in de wetenschap dat de broeken onder eigendomsvoorbehoud waren geleverd en de koopprijs niet aan appellante was voldaan. Met betrekking tot het gestelde onder (a) hebben geïntimeerden het volgende aangevoerd. De VOF is niet in 2008 maar in 2009 onder toezicht van de afdeling Bijzonder Beheer van de bank geplaatst. De VOF heeft in 2009 en 2010 echter winst geboekt. In 2011 werd de bestaande kredietfaciliteit door de bank bevestigd. De bank zag in het voorjaar van 2012 nog toekomst voor de onderneming. Het opzeggen door de bank van het verleende krediet eind september 2012 kwam voor geïntimeerden als een verrassing. Doordat de bank weigerde de lonen over september uit te betalen en de financiële kraan heeft dichtgedraaid, heeft de VOF surseance moeten aanvragen. Uit de vlotte doorstart die het bedrijf heeft gemaakt, kan worden afgeleid dat ook derden toekomst in het bedrijf zagen. Uit het voorgaande vloeit voort, dat op het moment dat de bestellingen werden geplaatst bij appellante (in februari 2012, 7-8 maanden voor faillissementsdatum van de VOF) noch op het moment van uitleveren van de goederen (in augustus 2012) voor geïntimeerden was te voorzien dat de bank het krediet eind september 2012 zou opzeggen en dat in oktober 2012 het faillissement van de VOF zou volgen waardoor (ook) niet meer aan de verplichtingen van de gefailleerde vennootschap zou kunnen worden voldaan, aldus geïntimeerden. Met betrekking tot het gestelde onder (b) hebben geïntimeerden aangevoerd dat van opzettelijk doorschuiven van de geleverde goederen geen sprake is geweest. De werkwijze was immers al jaren dezelfde. De goederen werden in de winkels van de VOF verkocht. Voor het overige treffen de verwijten geen doel, want zij zijn voornamelijk gericht aan het adres van de curator, die het eigendomsvoorbehoud van appellante onvoldoende zou hebben gerespecteerd. Dit kan echter niet aan geïntimeerden worden tegengeworpen. De geïntimeerden 4 en 5 zijn niet de doorstarters waarvoor appellante ze houdt. Ze hebben niet gehandeld onder de naam X en van enige zeggenschap op ondernemersniveau was geen sprake. Gelet op hetgeen is weergegeven met betrekking tot de toepasselijke maatstaf zien de onder (a) geformuleerde verwijten van appellante deels op het daar onder (i) weergegeven geval dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Vaststaat in ieder geval dat de VOF net als de gefailleerde vennootschap over een kredietfaciliteit beschikte die kort daarvoor nog door de kredietverlenende bank was bevestigd en de leveranties van appellante waren tot op dat moment steeds voldaan. In dat licht heeft appellante onvoldoende feiten gesteld om aannemelijk te doen zijn dat de VOF ten tijde van het plaatsen van de bestelling over onvoldoende liquiditeit kon beschikken om de facturen van appellante te voldoen, dan wel dat de gefailleerde vennootschap ten tijde van het plaatsen van de bestelling niet zou kunnen betalen. Het enkele feit dat de VOF in 2011 verlies zou hebben geleden betekent niet dat geïntimeerden in februari 2012 al hadden moeten voorzien dat de VOF onvoldoende liquiditeiten zou hebben om de door de gefailleerde vennootschap gedane bestellingen te kunnen betalen. De verdere verwijten van appellante zien op de onder (ii) weergegeven situatie, kort gezegd, dat geïntimeerden zouden hebben bewerkstelligd, dat de partijen kleding die door appellante onder eigendomsvoorbehoud waren geleverd, aan verhaal door appellante zijn onttrokken. Appellante heeft hiertoe gesteld dat de goederen door de curator aan geïntimeerden 4 en 5 zijn afgegeven en zij deze onder de naam X hebben verkocht, terwijl zij wisten dat die goederen onder eigendomsvoorbehoud waren geleverd en nog niet waren betaald. Vaststaat dat de betreffende goederen onder eigendomsvoorbehoud aan de gefailleerde vennootschap zijn geleverd en zijn doorgeleverd aan de VOF. Uit de door appellante overgelegde correspondentie blijkt dat appellante haar eigendomsvoorbehoud heeft ingeroepen bij de curator van de VOF en dat er destijds nog een groot gedeelte van de door appellante geleverde goederen aanwezig was. Aan de (inmiddels gefailleerde) VOF kwam geen bescherming toe ex art. 3:86 BW en hierop is door haar evenmin een beroep gedaan, zodat het eigendomsvoorbehoud van appellante niet was aangetast. Appellante had de door haar geleverde kleding met een beroep op haar eigendomsvoorbehoud bij de VOF terug kunnen halen. Zij is daar evenwel niet in geslaagd omdat de goederen door de curator (al dan niet in het kader van een doorstart) zijn verkocht. Door appellante is op geen enkele wijze met feiten en omstandigheden onderbouwd dat geïntimeerden hiervan een verwijt valt te maken.

Uitspraak

(...; red.)

3. De feiten

3.1. [geïntimeerde 4] is enig bestuurder en enig aandeelhouder van [Holding 2 bv], die middellijk bestuurder en aandeelhouder is van [Holding 1 bv].

3.2. [geïntimeerde 5] is enig bestuurder en aandeelhouder van [B.V. 3], die (samen met [Holding 2 bv]) eveneens middellijk bestuurder en aandeelhouder is van [Holding 1 bv].

3.3. [Holding 1 bv] is enig bestuurder en aandeelhouder van [bedrijf X] en [bedrijf Y] (hierna: [bedrijf Y]).

3.4. [bedrijf X] vormt samen met [bedrijf Z] de vennootschap onder firma [vof] (hierna: de VOF).

3.5. Texsport verkoopt al ongeveer 25 jaar partijen textiel aan de VOF en, na enige jaren geen zaken te hebben gedaan, sinds 2006 aan [bedrijf Y]

3.6. Bij brief van 5 september 2011 heeft Rabobank aan de VOF en [bedrijf Y] onder meer het volgende bericht.

“(…)

– Netto limiet (...) V.O.F. [vof] € 5.969.943,--

– Netto limiet (...) [bedrijf Y] € 500.000,--

(…)

De maximale kredietlimiet bedraagt € 6.500.000,--. (...)”

3.7. Op 14 februari 2012 heeft [bedrijf Y] bij Texsport vier opdrachten geplaatst voor de levering van broeken, welke zijn ondertekend door [geïntimeerde 4]. Aflevering onder eigendomsvoorbehoud door Texsport heeft plaatsgevonden op 14 en 31 augustus 2012 op het adres waar zowel [bedrijf Y] als de VOF waren gevestigd.

3.8. Texsport heeft ter zake op 15 en 30 augustus 2012 aan [bedrijf Y] vier facturen gezonden voor een totaalbedrag van € 25.188,15. Deze facturen zijn onbetaald gebleven.

3.9. Op 25 september 2012 heeft Rabobank het krediet met een opzegtermijn van zes weken aan (onder meer) [bedrijf Y] en de VOF opgezegd.

3.10. Op 2 oktober 2012 is aan de VOF en haar vennoten [bedrijf X] en [bedrijf Z] surseance van betaling verleend. Op 5 oktober 2012 is het faillissement uitgesproken van de VOF en haar vennoten.

3.11. Op 11 februari 2013 heeft Texsport [bedrijf Y] gesommeerd om de openstaande facturen te betalen en de resterende onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken aan haar te retourneren.

3.12. Bij email van 21 november 2013 heeft de curator van de VOF aan (de advocaat van) Texsport bericht dat op de faillissementsdatum 5 oktober 2012 van de door Texsport geleverde broeken 912 broeken waren verkocht en nog 2183 broeken op voorraad waren.

3.13. Op 15 april 2014 is [bedrijf Y] failliet verklaard.

4. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1. In eerste aanleg heeft Texsport gevorderd gedaagden (waartoe in eerste aanleg ook behoorde [bedrijf Y]) hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan haar van een bedrag van € 26.100,50 inclusief wettelijke rente tot en met 8 maart 2013 en te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over dit bedrag vanaf 8 maart 2013, de buitengerechtigde kosten en de proceskosten. Texsport heeft aan haar vordering ten aanzien van [bedrijf Y] ten grondslag gelegd dat zij met [bedrijf Y] vier koopovereenkomsten heeft gesloten voor een totaalbedrag van € 25.188,15 en [bedrijf Y] niet aan haar betalingsverplichtingen ter zake heeft voldaan. Ten aanzien van de overige gedaagden in eerste aanleg heeft zij haar vordering gegrond op onbehoorlijk bestuur en/of onrechtmatig handelen. Zij heeft hiertoe gesteld dat de overige gedaagden, als (indirect) bestuurders van [bedrijf Y], ten tijde van het plaatsen van de bestellingen dan wel het uitleveren van de goederen wisten dat deze haar verplichtingen jegens Texsport niet zou kunnen nakomen, dan wel hebben zij verhaal door Texsport gefrustreerd.

4.2. Gedaagden hebben verweer gevoerd.

4.3. De rechtbank heeft de vordering tot betaling van de facturen vermeerderd met de wettelijke handelsrente ten aanzien van [bedrijf Y] toegewezen, alsmede [bedrijf Y] veroordeeld in de proceskosten. De vorderingen ten aanzien van de overige gedaagden zijn afgewezen.

5. De beoordeling van de grieven

5.1. In hoger beroep is [bedrijf Y] niet gedagvaard, noch heeft zij geappelleerd van het vonnis van de rechtbank van 30 april 2014. Voor zover de bestreden beslissing ziet op [bedrijf Y] ligt dit niet aan het hof ter beoordeling voor.

5.2. De grieven leggen het geschil ten aanzien van [geïntimeerden] in volle omvang ter beoordeling aan het hof voor. Het hof ziet hierin aanleiding de grieven gezamenlijk te behandelen.

5.3. Het hof overweegt als volgt. [bedrijf Y] heeft de facturen van Texsport onbetaald gelaten. Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen die vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. (Zie HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015, 222014/325 m.nt. SCJJK, RCI Financial Services/K.)

In geval van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering kan volgens vaste rechtspraak (zie met name het arrest van de Hoge Raad d.d. 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006: AZ0758, NJ 2006, 659, Ontvanger/Roelofsen) naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873, NJ 2000, 295 («JOR» 2000/56 (*New Holland Belgium/Oosterhof*); red.)).

Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat, kort gezegd, persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling niet persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt kan worden. (De zogenoemde Beklamelnorm naar HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990, 286, laatstelijk geduid in HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015, 22 («JOR» 2014/325 m.nt. SCJJK; *red.*), RCI Financial Services/K waaruit volgt dat deze norm in de kern de eis inhoudt dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden).

In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn 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. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen. In dit onder (ii) bedoelde geval draait het, kort gezegd, om frustratie van betaling en verhaal.

Het ligt daarbij bij zowel de hiervoor onder (i) als de onder (ii) bedoelde gevallen op de weg van de benadeelde crediteur om per aangesproken bestuurder te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat de betreffende bestuurder persoonlijk jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld. Voor indirect bestuurders, zoals geïntimeerden sub 2, 3, 4 en 5, geldt ten aanzien van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het onbetaald laten en onverhaalbaar blijven van schulden van de vennootschap dezelfde maatstaf als voor de directe bestuurder, geïntimeerde sub 1 (HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204 («JOR» 2014/229 m.nt. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*); *red.*)).

5.4. Texsport heeft als eerste aan haar vordering ten grondslag gelegd dat [geïntimeerden] jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld, door de bestellingen en leveranties, zonder Texsport hiervan op de hoogte te brengen, na 2006 via [bedrijf Y] te laten lopen. [bedrijf Y] was een lege vennootschap, een vehikel dat uitsluitend in het leven was geroepen vanwege fiscale redenen en voor handel met buitenlandse crediteuren, die niet met een voor hen onbekende rechtsvorm (vennootschap onder firma) wilden contracteren. Aldus was sprake van een vooropgezette constructie om verhaal door Texsport als Nederlandse leverancier onmogelijk te maken.

5.5. [geïntimeerden] hebben aangevoerd dat er geen sprake was van een vehikel. [bedrijf Y] was een vennootschap met een eigen administratie en jaarrekening. Zij beschikte over een eigen bankrekening met een kredietfaciliteit (rov. 3.6.) en daarmee over middelen en mogelijkheden om aan haar verplichtingen te voldoen (mvg. 35). Crediteuren (binnenlandse en buitenlandse) werden (ook) door haar voldaan (mvg 31 e.v.). [bedrijf Y] functioneerde als leverancier van de VOF. Winsten van [bedrijf Y] vloeiden naar de VOF. Gedurende de zes jaar voorafgaand aan het faillissement van de VOF was de feitelijke gang van zaken dat de levering van de goederen door Texsport plaatsvond aan het adres van de VOF, waar tevens [bedrijf Y] en het hoofdkantoor waren gevestigd (cva 3.3.). Texsport factureerde aan [bedrijf Y] waarna betalingen aan Texsport werden gedaan door de VOF (cva 3.3.). De betalingen aan Texsport werden bij de VOF geadministreerd (pv eerste aanleg). Tot in 2012 werd Texsport door de VOF betaald voor de door haar geleverde goederen. Na de opzegging van het krediet door de Rabobank en het daarop volgende faillissement van de VOF was betaling niet meer mogelijk.

5.6. Tussen partijen is niet in geschil dat vanaf 2006 tot en met 2012 de hiervoor in rov. 5.5. omschreven werkwijze werd gevolgd. Weliswaar liepen de bestellingen via [bedrijf Y], maar Texsport werd gedurende de jaren voorafgaande aan het faillissement van de VOF steeds door de VOF betaald voor de door haar geleverde goederen. Daarnaast staat vast dat [bedrijf Y] over een kredietfaciliteit beschikte en, hoewel in de relatie met Texsport niet gebruikelijk, ook zelf in staat was betalingen aan Texsport te

verrichten. Hieruit vloeit naar het oordeel van het hof voort dat zonder bijkomende omstandigheden, die niet zijn gesteld, niet kan worden geoordeeld dat [geïntimeerden] door bestellingen en facturering via [bedrijf Y] te laten lopen een vehikel hebben opgezet met het doel verhaal voor Texsport onmogelijk te maken.

5.7. Texsport heeft voorts het volgende gesteld.

(a) Ten tijde van het tot stand komen van de overeenkomsten tussen Texsport en de VOF (februari 2012) en ten tijde van de levering (14 en 18 augustus 2012), wisten [geïntimeerden] dat de VOF noch [bedrijf Y] tot nakoming van haar betalingsverplichtingen uit die overeenkomsten in staat zou zijn. Sinds 2008 was er al sprake van ernstige financiële problemen bij de VOF, zowel de VOF als [bedrijf Y] vielen onder de afdeling Bijzonder Beheer van Rabobank, de conceptcijfers over 2011 waren dramatisch, medio 2012 had de VOF over een schuldenlast van meer dan € 12.200.000,-.

(b) [geïntimeerde 4] en [geïntimeerde 5] hebben het verhaal door Texsport gefrustreerd door ten tijde van de surseance de door Texsport onder eigendomsvoorbehoud aan [bedrijf Y] geleverde kleding in de winkels van de VOF te verkopen, dan wel de kleding van de curator te kopen en daarmee een doorstart te maken onder de naam [Q], dit alles in de wetenschap dat de broeken onder eigendomsvoorbehoud waren geleverd en de koopprijs niet aan Texsport was voldaan.

5.8. Met betrekking tot het gestelde onder (a) hebben [geïntimeerden] het volgende aangevoerd. De VOF is niet in 2008 maar in 2009 onder toezicht van de afdeling Bijzonder Beheer van Rabobank geplaatst. De VOF heeft in 2009 en 2010 echter winst geboekt (mvg prod. 11 en mva prod. 5). In 2011 werd de bestaande kredietfaciliteit door Rabobank bevestigd (rov. 3.6.). Rabobank zag in het voorjaar van 2012 nog toekomst voor de onderneming. Het opzeggen door Rabobank van het verleende krediet eind september 2012 kwam voor [geïntimeerden] als een verrassing. Doordat de bank weigerde de lonen over september uit te betalen en de financiële kraan heeft dichtgedraaid, heeft de VOF surseance moeten aanvragen. Uit de vlotte doorstart die het bedrijf heeft gemaakt kan worden afgeleid dat ook derden toekomst in het bedrijf zagen. Uit het voorgaande vloeit voort, dat op het moment dat de bestellingen werden geplaatst bij Texsport (in februari 2012, 7-8 maanden voor faillissementsdatum van de VOF) noch op het moment van uitleveren van de goederen (in augustus 2012) voor [geïntimeerden] was te voorzien dat de bank het krediet eind september 2012 zou opzeggen en dat in oktober 2012 het faillissement van de VOF zou volgen waardoor (ook) niet meer aan de verplichtingen van [bedrijf Y] zou kunnen worden voldaan, aldus [geïntimeerden]

Met betrekking tot het gestelde onder (b) hebben [geïntimeerden] aangevoerd dat van opzettelijk doorschuiven van de geleverde goederen geen sprake is geweest. De werkwijze was immers al jaren dezelfde. De goederen werden in de winkels van de VOF verkocht. Voor het overige treffen de verwijten geen doel, want zij zijn voornamelijk gericht aan het adres van de curator, die het eigendomsvoorbehoud van Texsport onvoldoende zou hebben gerespecteerd. Dit kan echter niet aan [geïntimeerden] worden tegengeworpen. [geïntimeerde 4] en [geïntimeerde 5] zijn niet de doorstarters waarvoor Texsport ze houdt. Ze hebben niet gehandeld onder de naam [Q] en van enige zeggenschap op ondernemersniveau was geen sprake.

5.9. Gelet op hetgeen hiervoor in rov. 5.3. is weergegeven zien de onder (a) geformuleerde verwijten van Texsport deels op het daar onder (i) weergegeven geval dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Vaststaat in ieder geval dat de VOF net als [bedrijf Y] over een kredietfaciliteit beschikte die kort daarvoor nog door de kredietverlenende bank was bevestigd en de leveranties van Texsport waren tot op dat moment steeds voldaan. Het hof is van oordeel dat Texsport in dat licht onvoldoende feiten heeft gesteld om aannemelijk te doen zijn dat de VOF ten tijde van het plaatsen van de bestelling over onvoldoende liquiditeit kon beschikken om de facturen van Texsport te voldoen, dan wel dat [bedrijf Y] ten tijde van het plaatsen van de bestelling niet zou kunnen betalen. Het enkele feit dat de VOF in 2011 verlies zou hebben geleden betekent niet dat

[geïntimeerden] in februari 2012 al hadden moeten voorzien dat de VOF onvoldoende liquiditeiten zou hebben om de door [bedrijf Y] gedane bestellingen te kunnen betalen.

5.10. De verdere verwijten van Texsport zien op de in 5.3. onder (ii) weergegeven situatie, kort gezegd, dat [geïntimeerden] zouden hebben bewerkstelligd, dat de partijen kleding die door Texsport onder eigendomsvoorbehoud waren geleverd, aan verhaal door Texsport zijn onttrokken. Texsport heeft hiertoe gesteld dat de goederen door de curator aan [geïntimeerde 4] en [geïntimeerde 5] zijn afgegeven en zij deze onder de naam [Q] hebben verkocht, terwijl zij wisten dat die goederen onder eigendomsvoorbehoud waren geleverd en nog niet waren betaald.

5.11. Tussen partijen staat vast dat de betreffende goederen onder eigendomsvoorbehoud aan [bedrijf Y] zijn geleverd en zijn doorgeleverd aan de VOF. Uit de door Texsport overgelegde correspondentie (productie 13 tot en met 16 bij mvg) blijkt dat Texsport haar eigendomsvoorbehoud heeft ingeroepen bij de curator van de VOF en dat er destijds nog een groot gedeelte van de door Texsport geleverde goederen aanwezig was (rov. 3.12.). Aan de (inmiddels gefailleerde) VOF kwam geen bescherming toe ex artikel 3:86 BW en hierop is door haar evenmin een beroep gedaan, zodat het eigendomsvoorbehoud van Texsport niet was aangetast. Texsport had de door haar geleverde kleding met een beroep op haar eigendomsvoorbehoud bij de VOF terug kunnen halen. Zij is daar evenwel niet in geslaagd omdat de goederen door de curator (al dan niet in het kader van een doorstart) zijn verkocht. Door Texsport is op geen enkele wijze met feiten en omstandigheden onderbouwd dat [geïntimeerden] hiervan een verwijt valt te maken.

Bewijsaanbod

5.12. Texsport heeft aangeboden te bewijzen dat [geïntimeerden] in februari 2012, althans in augustus 2012 wisten dat de VOF op het punt stond failliet te gaan, althans dat de VOF er in financieel opzicht zeer slecht voor stond en geen verhaal zou bieden. Dit bewijsaanbod is niet relevant voor zover het ziet op augustus 2012, omdat bij de aan [geïntimeerden] gemaakte verwijten het moment van aangaan van de overeenkomst (februari 2012) bepalend is (zie rov. 5.9.). Texsport heeft onvoldoende concrete feiten heeft gesteld om tot het bewijs te worden toegelaten dat [geïntimeerden] in februari 2012 – kort gezegd – wisten dat de VOF op het punt stond failliet te gaan.

Slotsom

De grieven falen, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. Het hof zal Texsport als de in het ongelijk te stellen partij in de kosten van het hoger beroep veroordelen. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van [geïntimeerden] zullen worden vastgesteld op € 1.920,- aan verschotten en op € 1.737,- aan salaris advocaat conform het liquidatietarief (1,5 punt/tarief III: € 1.158,-) en de nakosten.

De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, van 30 april 2014;

veroordeelt Texsport in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*);

verklaart dit arrest (voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft) uitvoerbaar bij voorraad;

Noot

1. *Casus*. Kan verkoop tijdens (een voorlopig verleende) surseance van betaling van goederen die voorafgaand aan de surseance van betaling onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd, leiden tot aansprakelijkheid van het bestuur van de sursiet? In de voorliggende zaak ging het om de verkoop van broeken. Een deel daarvan werd verkocht tijdens de surseance van betaling. Het andere deel werd na omzetting van de surseance in een faillissement door de curator overhandigd aan Q, kennelijk in het kader van een doorstart. In beide gevallen ontbrak de instemming van de leverancier. De leverancier stelt vervolgens het bestuur van de failliet aansprakelijk vanwege het onbetaald blijven en onverhaalbaar zijn van haar facturen gericht aan de failliet. Het bestuur zou – onder andere – de verhaalsmogelijkheden van de leverancier hebben gefrustreerd door de broeken zonder instemming van de leverancier tijdens de surseance te verkopen. Het hof gaat niet in op dit verwijt (op de overige verwijten, die ik beperkt in deze annotatie bespreek, gaat het hof wel in). Bestuurdersaansprakelijkheid had hier volgens mij echter weldegelijk een issue kunnen zijn.

2. *Belang leverancier voldoende gewaarborgd?* Ingevolge art. 228 Fw is het de schuldenaar die gedurende de surseance samen met de bewindvoerder beheers- en beschikkingsdaden betreffende de boedel verricht. Het bestuur handelt namens de rechtspersoon-schuldenaar. Dit bestuur weet, althans behoort te weten, dat de leverancier die onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd, hoogstwaarschijnlijk niet zonder meer kan worden betaald en schade zal lijden als zijn zaken zonder zijn instemming tijdens de surseance worden verkocht. Deze wetenschap volgt tenminste uit het feit dat nagenoeg alle surseances eindigen in een faillissement (zo ook in de voorliggende zaak). Dit baant de weg voor een bestuurdersaansprakelijkheidsclaim van de aldus onbetaald gebleven leverancier. In mijn ogen kan het bestuur deze claim met recht weerleggen indien het bestuur aantoonbaar dat het voldoende voorzieningen heeft getroffen om het belang van de leverancier redelijkerwijs te waarborgen. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien de verkopen – tegen ten minste inkoopprijs – tijdens de surseance nauwkeurig worden geregistreerd én de verkoopopbrengst wordt gesepareerd voor de leverancier óf indien er een voldoende gemotiveerd en geloofwaardig plan ligt waaruit redelijkerwijze blijkt dat de crediteuren van de sursiet integraal kunnen worden betaald. De eerstgenoemde waarborg is mijns inziens overigens niet zonder meer afdoende als een ruim eigendomsvoorbehoud is overeengekomen en de leverancier ook nog recht heeft op betaling van andere leveranties.

3. *Vergelijking met faillissementsscenario*. Vergelijk in dit verband de aansprakelijkheid van een faillissementscurator *pro se* als hij onvoldoende rekening houdt met rechten van derden, bijvoorbeeld het eigendomsrecht van een leverancier van zaken die de curator tijdens een afkoelingsperiode verbruikt. Verzuimt deze curator de nodige voorzieningen te treffen als hij onvoldoende uitzicht heeft op voldoende boedelactief om de leverancier als boedelcrediteur te kunnen betalen, dan kan hem onder omstandigheden een ernstig verwijt worden gemaakt, hetgeen kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid (vgl. G.G. Boeve en C. de Ruijter, ‘Praktische afwikkeling van eigendomsvoorbehoud en aansprakelijkheid van de curator’, FIP 2014/172, par. 4). Vergelijk ook de situatie waarbij de curator in het kader van een doorstart voorbijgaat aan het eigendomsrecht van de leverancier door de zaken van de leverancier zonder diens instemming in de macht van de doorstarter te brengen. Onder omstandigheden leidt dit niet tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, maar slechts tot een aanspraak in zijn hoedanigheid. Dat kan het geval zijn als maatschappelijke belangen een overdracht rechtvaardigen, de curator daarbij voldoende onderzoek doet naar de doorstarter én in de koopovereenkomst wordt neergelegd dat de doorstarter de rechten van derden zal eerbiedigen en afwickelen (HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK (*Maclou*)).

4. *Kan bestuur zich verschuilen achter maatschappelijke belangen?* Maatschappelijke belangen kunnen de curator persoonlijk verschonen bij een inbreuk op andermans subjectieve recht. Uit rechtspraak is af te leiden dat dit ook geldt voor bewindvoerders (vgl. het *Maclou*-arrest en nadien gewezen lagere rechtspraak, zie o.m. Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2013, «JOR» 2014/210). Men kan vervolgens de vraag stellen of ook de bestuurder van een onderneming in surseance van betaling zich deze maatschappelijke belangen mag aantrekken en zich aldus tegen persoonlijke aansprakelijkheid (voor zover dat ziet op handelen tijdens de surseance) kan verweren. Ik vind daar wel wat voor te zeggen. De bestuurder en de bewindvoerder zijn immers, zoals gezegd slechts gezamenlijk bevoegd. Waarom zou dan voor de bewindvoerder een ander norm gelden dan voor de bestuurder? Wel kan ik mij voorstellen dat na een concrete toetsing, de uitkomst voor een bestuurder anders is dan voor een bewindvoerder, bijvoorbeeld omdat de bestuurder over meer feitelijke informatie beschikte.

5. Uit de voorliggende uitspraak blijkt overigens niet of, en zo ja hoe, het bestuur van de (latere) failliet zich het belang van de leverancier tijdens de surseance heeft aangetrokken. In het arrest wordt daar, zoals reeds opgemerkt, geen aandacht aan besteed. De vordering van de leverancier wordt bij gebrek aan voldoende feitelijke onderbouwing afgewezen.

6. *Andere verwijten aan het bestuur.* Na de omzetting van de surseance in een faillissement geeft de curator het restant van de broeken af aan “Q”, zoals gezegd kennelijk in het kader van een doorstart. Q zou door dezelfde bestuurders worden bestuurd als de failliet en daarin vindt de leverancier (nog) een argument om de bestuurders persoonlijk aansprakelijk te stellen. De bestuurders zouden het verhaal door de leverancier hebben gefrustreerd door onder andere *“de kleding van de curator te kopen en daarmee een doorstart te maken onder de naam Q, dit in de wetenschap dat de broeken onder eigendomsvoorbehoud waren geleverd en de koopprijs niet aan de leverancier was voldaan”*. Uit het arrest blijkt niet of het gaat om dezelfde bestuurders.

7. *Ernstig verwijt.* Het enkele feit dat de bestuurders van Q het eigendomsrecht van de leverancier kennen (al dan niet als gevolg van het feit dat zij ook bestuurders zijn van de failliet), maakt niet dat zij als bestuurders van Q persoonlijk gehouden zijn de door de leverancier geleden schade als gevolg van het onbetaald blijven van zijn facturen te vergoeden. Het is Q die de verplichting op zich heeft genomen om de rechten van derden te eerbiedigen en af te wikkelen (veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat dit door de curator is bedongen). Aansprakelijkheid van het bestuur van Q kan pas aan de orde zijn als het bestuur een ernstig verwijt is te maken (zie o.m. HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38(*Ontvanger/Roelofsen*)). Uit het arrest is echter onvoldoende af te leiden of daarvan sprake is.

mr. G.G. Boeve, FALCQ Advocaten LLP