

**JOR 2015/2 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 12-08-2014, HD 200.083.979/01, ECLI:NL:GHSHE:2014:2765** Externe bestuurdersaansprakelijkheid, Bestuurder mocht gerechtvaardigd vertrouwen op door bank gestelde reële mogelijkheid van herfinanciering bij sluiten koopovereenkomst, Evenmin waarschuwingsplicht op moment dat vennootschap in zeer zorgwekkende financiële situatie komt te verkeren, Geen ernstig verwijt, Verwijzing naar HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen)

<b>Publicatie</b>	JOR 2015 afl. 1
<b>Publicatiedatum</b>	16 januari 2015
<b>College</b>	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
<b>Uitspraakdatum</b>	12 augustus 2014
<b>Rolnummer</b>	HD 200.083.979/01 LJN <a href="#">ECLI:NL:GHSHE:2014:2765</a>
<b>Rechter(s)</b>	mr. Begheyn mr. Sijmonsma mr. Hulskes
<b>Partijen</b>	X, appellant, advocaat: mr. W.M.J. Saes, tegen Y c.s., geïntimeerden, advocaat: mr. B.C.A. Fastré
<b>Noot</b>	mr. W.A. Westenbroek
<b>Trefwoorden</b>	Externe bestuurdersaansprakelijkheid, Bestuurder mocht gerechtvaardigd vertrouwen op door bank gestelde reële mogelijkheid van herfinanciering bij sluiten koopovereenkomst, Evenmin waarschuwingsplicht op moment dat vennootschap in zeer zorgwekkende financiële situatie komt te verkeren, Geen ernstig verwijt, Verwijzing naar HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen),
<b>Regelgeving</b>	<a href="#">BW Boek 6 - 162</a>

» **Samenvatting**

Weliswaar had Rabobank op 2 juni 2005 het aan de BV verleende krediet opgezegd per 1 juli 2005 en dreigde het faillissement als er op 1 juli 2005 geen herfinanciering was voor de BV. Dat betekent echter nog niet dat de BV, en X als haar bestuurder, na de opzegging door Rabobank geen poging meer mocht ondernemen om de onderneming te redden en tijdens die reddingspoging geen normale handelstransacties meer mocht verrichten, zoals het sluiten van de onderhavige koopovereenkomst op 18 juni 2005. Evenmin was X als bestuurder na de opzegging door Rabobank verplicht om surseance van betaling voor de BV aan te vragen als hij nog normale handelstransacties wilde verrichten. Voorts is van belang dat als onbetwist vaststaat dat SNS pas op “het allerlaatste moment” voor 1 juli 2005 is afgehaakt als mogelijke nieuwe financier en dat dit op 18 juni 2005 nog niet het geval was. Gelet op het vorenstaande is het hof van oordeel dat het faillissement van de BV niet reeds op 18 juni 2005 met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar was. Voorts kan in de gegeven omstandigheden niet geoordeeld worden dat X op 18 juni 2005 wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

Het hof houdt het ervoor dat de vennootschap op 30 juni 2005 althans op 1 juli 2005 in een zeer zorgwekkende financiële situatie was komen te verkeren. Ook als kan worden aangenomen dat op de BV een zorgplicht rustte om direct na het ontstaan van deze zorgwekkende situatie op 30 juni 2005/1 juli 2005, althans in de korte periode daarna tot aan de betaling van de koopprijs op 11 juli 2005 (althans tot aan de afgesproken leveringsdatum op 14 juli 2005) de kopers van de caravan (geïntimeerden) in te lichten dat de nieuwe caravan niet kon worden geleverd en hen te waarschuwen dat zij geen geld moesten overmaken op de bankrekening van de BV, het nalaten van X als bestuurder om aan deze zorgplicht te voldoen in de gegeven omstandigheden niet zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt treft. De periode gelegen tussen deze ingrijpende gebeurtenissen en de dag waarop de kopers de koopprijs hebben overgemaakt (althans de dag waarop de caravan zou worden geleverd), is zodanig kort dat, ongeacht of X in die periode toegang had of kon afdwingen tot de in het bedrijfspannende aanwezige administratie van de BV, hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat hij de kopers in deze periode niet heeft ingelicht dat de caravan niet kon worden geleverd en hen niet heeft gewaarschuwd dat zij de koopprijs niet moesten overmaken.

In het algemeen kan geen rechtsplicht worden aangenomen voor een vennootschap, die op het punt staat haar eigen faillissement aan te vragen, om een wederkerige overeenkomst te ontbinden waaraan de wederpartij pas kort daarvoor (gedeeltelijk) uitvoering heeft gegeven en om aan de wederpartij terug te betalen al hetgeen deze ter nakoming van deze overeenkomst heeft voldaan.

#### » Uitspraak

(...; red.)

#### 3. De beoordeling

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

a. [Appellant] is bestuurder van Caravan Centrum [appellant] B.V. (hierna: [appellant] B.V.). Daarnaast is hij enig aandeelhouder en bestuurder van [Beheer B.V.] Beheer [plaats] B.V. die op haar beurt alle aandelen houdt in [appellant] B.V. [Appellant] B.V. hield zich bezig met de in- en verkoop van caravans.

b. Op 2 juni 2005 heeft Rabobank, de financier van [appellant] B.V., het aan [appellant] B.V. verleende krediet opgezegd per 1 juli 2005. Om het vinden van een andere financier te vergemakkelijken heeft Rabobank zich bereid verklaard om haar vordering op [appellant] B.V. gedeeltelijk, namelijk voor € 450.000,00, kwijt te schelden.

c. [Appellant] heeft met verschillende banken, waaronder SNS bank (hierna: SNS), vergaande gesprekken gevoerd over een mogelijke herfinanciering van [appellant] B.V.

d. Bij brief van 1 juni 2005 heeft SNS Bank aan [appellant] B.V. geschreven (mvg, prod. 1):

“Enkele weken geleden heeft u ons verzocht de kredieten van uw huidige bankier te herfinancieren. Naar aanleiding van de diverse gevoerde gesprekken mochten wij inmiddels voldoende informatie ontvangen om een eerste analyse te kunnen maken van de financiële positie van uw onderneming.

In eerste aanleg zien wij voldoende potentie voor een doorstart. Echter ten einde onze analyse af te ronden en vervolgens ons definitief standpunt te bepalen verzoeken wij u ons te voorzien van een onderbouwing van de prognose voor 2005 en ons tevens een prognose 2006 aan te leveren. Uw

accountant gaf inmiddels aan eventuele informatie binnen enkele werkdagen te kunnen aanleveren.

Zodra wij de gevraagde gegevens hebben ontvangen zullen wij onze werkzaamheden weer voortzetten. Uitgaande van een spoedige ontvangst van deze gegevens verwachten wij ons definitief standpunt te kunnen bepalen voor 21 juni. (...)”

Op 18 juni 2005 hebben [geïntimeerden] een nieuwe caravan van het merk Kip van [appellant] B.V. gekocht. In de koopovereenkomst (prod. 1 incl. dagv. en p-v comparitie) staat vermeld dat [geïntimeerden] hun oude caravan zullen inruilen voor een inruilprijs van € 3.970,00, waarna een door [geïntimeerden] te betalen koopprijs voor de nieuwe caravan resteert van € 16.000,00. Als leveringsdatum voor de nieuwe caravan is 13 juli 2005 overeengekomen. In de koopovereenkomst staat contante betaling of betaling via overboeking vermeld als betalingswijze voor de restant koopprijs ad € 16.000,00. De koopovereenkomst is door [appellant] namens [appellant] B.V. met [geïntimeerden] gesloten.

Op 24 juni 2005 heeft de heer [geïntimeerde 1] (geïntimeerde sub 1) telefonisch contact opgenomen met [appellant] met het verzoek de leveringsdatum van de nieuwe caravan te verzetten naar 14 juli 2005. [Appellant] heeft daar namens [appellant] B.V. in toegestemd.

Op 30 juni 2005 heeft de hoofdleverancier van [appellant] B.V., Kip Caravans B.V. (hierna: Kip), met een beroep op een door haar bedongen eigendomsvoorbehoud alle Kip-caravans opgehaald die zich op het terrein van [appellant] bevonden. Daaronder bevond zich ook de caravan die [appellant] na het sluiten van de onderhavige koopovereenkomst bij Kip had ingekocht ten behoeve van [geïntimeerden]

Kort na het terughalen van de caravans door Kip heeft Rabobank (onder meer) alle nog aanwezige roerende zaken van [appellant] B.V. in beslag genomen.

Vlak voordat de door Rabobank verstrekte financiering op 1 juli 2005 afliep, is SNS afgehaakt als mogelijke financier van [appellant] B.V.

[Geïntimeerden] hebben de restant koopprijs van € 16.000,00 op 11 juli 2005 overgemaakt naar de op de koopovereenkomst vermelde bankrekening van [appellant] B.V.

Vervolgens zijn [geïntimeerden] op 14 juli 2005 naar het bedrijf van [appellant] B.V. gegaan om de nieuwe caravan op te halen, maar dit bedrijf bleek inmiddels gesloten te zijn.

Op 23 juli 2005 heeft Rabobank, ter uitwinning van haar zekerheden, de door haar in beslag genomen roerende zaken van [appellant] c.s. laten veilen.

Op 27 juli 2005 is [appellant] B.V. in staat van faillissement verklaard naar aanleiding van een door [appellant] op 22 juli 2005 gedane eigen aangifte tot faillietverklaring. [Beheer B.V.] Beheer [plaats] B.V. is op 21 december 2005 failliet verklaard.

3.2.1. [Geïntimeerden] hebben [appellant] in rechte betrokken en gevorderd, samengevat, een verklaring voor recht dat hij onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld en daarnaast hebben zij gevorderd [appellant] te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 16.000,00. [Geïntimeerden] hebben hieraan ten grondslag gelegd dat [appellant] als bestuurder van [appellant] B.V. onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld, kort gezegd door (i) namens [appellant] B.V. een koopovereenkomst met [geïntimeerden] te sluiten terwijl hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat [appellant] B.V. niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden en door (ii) op verschillende momenten ná het sluiten van de koopovereenkomst te

bewerkstelligen of toe te laten dat de B.V. haar verplichtingen uit deze overeenkomst niet nakam, terwijl hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt treft.

3.2.2. [Appellant] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen.

3.2.3. Bij het bestreden vonnis heeft de rechtbank de vorderingen van [geïntimeerden] toegewezen op de hierboven in r.o. 3.2.1 onder (i) vermelde grondslag. Daartoe heeft de rechtbank geoordeeld, kort samengevat, dat [appellant] de koopovereenkomst niet namens [appellant] B.V. met [geïntimeerden] had mogen sluiten, althans niet zonder met hen af te spreken dat zij de koopprijs pas bij aflevering hoefden te voldoen, contant of per telefonische overboeking.

3.3. Bij memorie van grieven heeft [appellant] drie grieven aangevoerd tegen het bestreden vonnis. [Appellant] heeft geconcludeerd, samengevat, tot vernietiging van dit vonnis en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van [geïntimeerden], met veroordeling van [geïntimeerden] in de kosten van beide instanties.

#### *Rechtsmacht*

3.4. Het hof constateert dat de rechtbank terecht (impliciet) heeft aangenomen dat zij rechtsmacht heeft om kennis te nemen van de vorderingen tegen [appellant], die woonachtig is in België. Deze vorderingen zijn gebaseerd op onrechtmatig handelen door [appellant] jegens [geïntimeerden] en vallen binnen het toepassingsgebied van artikel 1 van de EEX-Verordening (Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke handelszaken). Nu het aan [appellant] verweten onrechtmatig handelen zich in Nederland heeft voorgedaan en de schade in Nederland is ingetreden, komt de Nederlandse rechter op grond van het bepaalde in artikel 5 lid 3 van de EEX-Verordening rechtsmacht toe om kennis te nemen van de onderhavige vorderingen.

#### *Toepasselijk recht*

3.5. De rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door Nederlands recht. Dit volgt uit artikel 3 lid 1 van de (inmiddels vervallen) Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (Stb. 2001, 190), welke wet gold ten tijde van het aan [appellant] verweten onrechtmatig handelen. Kennelijk gaan partijen ook uit van de toepasselijkheid van Nederlands recht, gezien hun verwijzingen naar Nederlandse wetsartikelen en Nederlandse jurisprudentie.

#### *Bestuurdersaansprakelijkheid?*

3.6. Zoals hierna zal blijken, slagen de grieven I en II die zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de vorderingen van [geïntimeerden] toewijsbaar zijn op de hierboven in r.o. 3.2.1 onder (i) vermelde grondslag. Het slagen van de grieven brengt mee dat het hof de in eerste aanleg niet behandelde grondslag (ii) voor de vorderingen van [geïntimeerden], welke grondslag in hoger beroep niet is prijsgegeven, opnieuw dient te beoordelen. Het hof zal beide grondslagen hierna achtereenvolgens behandelen.

3.7. Het gaat in dit geval om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal 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 artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Voor de onder (i) bedoelde gevallen geldt als maatstaf 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, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen geldt als maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap dat 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 (vgl. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758).

*Sluiten koopovereenkomst op 18 juni 2005*

3.8.1. [Geïntimeerden] verwijten [appellant] onder meer dat hij op 18 juni 2005 namens [appellant] B.V. de onderhavige koopovereenkomst met [geïntimeerden] heeft gesloten, terwijl hij toen wist of behoorde te begrijpen dat het faillissement van [appellant] B.V. onafwendbaar was, de B.V. niet aan haar leveringsverplichting zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Op 2 juni 2005 had Rabobank, de huisfinancier van [appellant] B.V., het krediet immers opgezegd en [appellant] had op 18 juni 2005 nog geen andere financier bereid gevonden om de B.V. te financieren. Hij wist op 18 juni 2005 in ieder geval zeker dat de financiering door Rabobank op 1 juli 2005 zou eindigen, waarna Kip haar eigendomsvoorbehoud zou invoeren en [appellant] B.V. niet meer zou kunnen voldoen aan haar leveringsverplichting jegens [geïntimeerden]. Ondanks deze wetenschap heeft hij de koopovereenkomst namens [appellant] B.V. met [geïntimeerden] gesloten, zonder een passende regeling te treffen voor de betaling van de koopprijs. Hierdoor heeft [appellant] het risico genomen dat de B.V. haar verplichtingen uit de koopovereenkomst niet zou kunnen nakomen. Als [appellant] tijdens de reddingspoging van zijn bedrijf caravans had willen verkopen, dan had hij surseance van betaling moeten aanvragen, dit alles aldus [geïntimeerden].

3.8.2. Het hof overweegt als volgt. Weliswaar had Rabobank op 2 juni 2005 het aan [appellant] B.V. verleende krediet opgezegd per 1 juli 2005 en dreigde het faillissement als er op 1 juli 2005 geen herfinanciering was voor [appellant] B.V. Dat betekent echter nog niet dat [appellant] B.V., en [appellant] als haar bestuurder, na de opzegging door Rabobank geen poging meer mocht ondernemen om de onderneming te redden en tijdens die reddingspoging geen normale handelstransacties meer mocht verrichten, zoals het sluiten van de onderhavige koopovereenkomst op 18 juni 2005. Evenmin was [appellant] als bestuurder na de opzegging door Rabobank verplicht om surseance van betaling voor [appellant] B.V. aan te vragen als hij nog normale handelstransacties wilde verrichten. Bij al het voorgaande neemt het hof in aanmerking dat Rabobank [appellant] B.V. tot 1 juli 2005 de tijd had gegund om een nieuwe financier te vinden en dat als onbetwist vaststaat dat [appellant] in verband daarmee vergaande gesprekken over een herfinanciering heeft gevoerd met verschillende banken, waaronder SNS. In dit kader is van belang de brief van SNS van 1 juni 2005 die [appellant] in hoger beroep alsnog in het geding heeft gebracht en die hierboven is geciteerd in r.o. 3.1 onder d. In deze brief refereert SNS aan diverse gesprekken die met [appellant] zijn gevoerd en schrijft zij dat voldoende informatie is ontvangen

om een eerste analyse te kunnen maken van de financiële positie van [appellant] B.V. Daarbij schrijft SNS met zoveel woorden dat zij voldoende potentie ziet voor een doorstart. Hoewel SNS tevens verzoekt om een onderbouwing van de prognose over 2005 aan te leveren alsmede de prognose over 2006 teneinde haar analyse te kunnen afronden en haar definitieve standpunt te kunnen bepalen, heeft [appellant] naar het oordeel van het hof aan de brief van SNS het gerechtvaardigde vertrouwen kunnen ontleen dat er een reële mogelijkheid bestond dat SNS [appellant] B.V. zou gaan herfinancieren. Overigens blijkt uit pagina 2 van het eerste faillissementsverslag van de curator van [appellant] B.V. (prod. 11 inl. dagv.) dat Rabobank kennelijk ook uitging van een herfinanciering door SNS, aangezien het latere afhaken van SNS als financier ook tegen de verwachting van Rabobank in was. Voorts is van belang dat als onbetwist vaststaat dat SNS pas op 'het allerlaatste moment' voor 1 juli 2005 is afgehaakt als mogelijke financier en dat dit op 18 juni 2005 nog niet het geval was. Gelet op het vorenstaande is het hof van oordeel dat het faillissement van [appellant] B.V. niet reeds op 18 juni 2005 met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar was. Voorts kan in de gegeven omstandigheden niet geoordeeld worden dat [appellant] op 18 juni 2005 wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat [appellant] B.V. niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

3.8.3. Bij het voorgaande betreft het hof nog dat tussen partijen vaststaat dat zij bij het sluiten van de koopovereenkomst hebben afgesproken dat [geïntimeerden] de restant koopprijs van € 16.000,00 diende te betalen voor of bij de levering van de nieuwe caravan (zie r.o. 2.2 van het bestreden vonnis, waartegen geen grief is gericht). [Geïntimeerden] hebben gesteld dat uit de koopovereenkomst blijkt dat genoemd bedrag ofwel contant moest worden betaald bij de levering ofwel giraal voor de levering (inl. dagv., nr. 7). [Appellant] heeft hier echter tegenover gesteld dat uit de koopovereenkomst blijkt dat betaling per bank moest geschieden voor of uiterlijk bij de levering (cva, nr. 32 onder a). Nu [appellant] heeft betwist dat bij het sluiten van de koopovereenkomst was afgesproken dat als [geïntimeerden] genoemd bedrag van € 16.000,00 giraal wilden betalen zij dit vóór de levering moesten doen, deze afspraak niet blijkt uit de schriftelijke koopovereenkomst en [geïntimeerden] op dit punt geen gespecificeerd bewijs hebben aangeboden, is er geen plaats voor bewijslevering en komt de door [geïntimeerden] gestelde afspraak in dit geding niet vast te staan. Het hof houdt het er daarom voor dat partijen alleen hebben afgesproken dat [geïntimeerden] de restant koopprijs van € 16.000,00 voor of bij de levering van de nieuwe caravan moesten voldoen, contant of per (telefonische) overboeking. [Geïntimeerden] hoefden dit bedrag dus niet voor de levering van de nieuwe caravan te betalen, maar mochten en konden dat doen ter gelegenheid van de levering, net zoals zij ook hun oude caravan kennelijk pas op dat moment aan [appellant] B.V. hoefden te leveren. Daar komt bij dat gesteld noch gebleken is dat [appellant] [geïntimeerden] uitdrukkelijk heeft verzocht om de koopprijs voor de levering te betalen. [Geïntimeerden] hebben alleen gesteld dat [appellant] hen bij het sluiten van de koopovereenkomst heeft aangemoedigd de koopprijs over te maken. De enkele aanmoediging om de koopprijs over te maken is echter zonder betekenis, nu, zoals hiervoor is overwogen, [geïntimeerden] de koopprijs bij de levering van de nieuwe caravan konden overmaken. In het licht van dit een en ander en van het als onbetwist vaststaande feit dat [appellant] bij het sluiten van de koopovereenkomst ook geen aanbetaling op de koopprijs heeft verlangd, kan evenmin worden geoordeeld dat [appellant] op 18 juni 2005 wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat [appellant] B.V. niet aan haar verplichtingen uit de koopovereenkomst zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.

3.8.4. Op grond van het bovenstaande slagen de grieven I en II.

3.9.1. Zoals hiervoor is overwogen, zal het hof thans beoordelen of de vorderingen van [geïntimeerden] toewijsbaar zijn op de grondslag die in r.o. 3.2.1 onder (ii) verkort is weergegeven.

3.9.2. [Geïntimeerden] stellen dat [appellant] als bestuurder van [appellant] B.V. onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld door op verschillende momenten ná het sluiten van de koopovereenkomst te bewerkstelligen of toe te laten dat [appellant] B.V. haar verplichtingen uit deze overeenkomst niet nakomt. [Geïntimeerden] stellen tevens dat [appellant] hiervan persoonlijk een ernstig verwijt treft, maar zij voegen daaraan toe dat uit het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012, ECLI:NL:HR:BX5881 volgt dat voor het kunnen aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid op deze grondslag niet langer is vereist dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt treft.

3.9.3. Het hof overweegt dat dit laatste niet volgt uit genoemd arrest van de Hoge Raad. In dit arrest heeft de Hoge Raad een onderscheid gemaakt tussen de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder op de grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting en de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting. Op laatstbedoelde aansprakelijkheid ziet grondslag (ii) van de vorderingen van [geïntimeerden] De Hoge Raad heeft echter alleen ten aanzien van eerstbedoelde aansprakelijkheid – die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder betreft, maar berust op een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm – geoordeeld dat de gewone regels van onrechtmatige daad gelden, zodat dan in het bijzonder niet is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt.

3.10. Het hof zal de verschillende momenten waarop [appellant] volgens [geïntimeerden] onrechtmatig zou hebben gehandeld, hierna bespreken.

*Telefoongesprek op 24 juni 2005*

3.10.1.1. Tussen partijen is niet in geschil dat tijdens het hierboven in r.o. 3.1 onder f gerelateerde telefoongesprek van 24 juni 2005 de heer [appellant] namens [appellant] B.V. heeft toegestemd in het verzoek van de heer [geïntimeerde 1] om de leveringsdatum van de nieuwe caravan te verzetten naar 14 juli 2005. Partijen twisten erover of tijdens dat telefoongesprek door [appellant] is gezegd dat als [geïntimeerden] de restant koopprijs ad € 16.000,00 wilden overmaken, dit bedrag voor de leveringsdatum op de bankrekening van [appellant] B.V. moest staan, en dat [geïntimeerden] dit bedrag anders contant moesten meenemen op 14 juli 2005. Verder twisten partijen erover of [appellant] de heer [geïntimeerde 1] tijdens dit telefoongesprek heeft aangemoedigd om genoemd bedrag voor de leveringsdatum over te maken. [Appellant] heeft deze stellingen van [geïntimeerden] gemotiveerd betwist, onder meer stellende dat tijdens het telefoongesprek van 24 juni 2005 helemaal niet is gesproken over de (al dan niet girale) betaling van de restant koopprijs.

In het midden kan blijven of [appellant] tijdens het telefoongesprek van 24 juni 2005 de door [geïntimeerden] gestelde mededelingen over de betaling van de koopprijs heeft gedaan. Gelet op hetgeen hieronder in r.o. 3.10.1.3. wordt overwogen, kunnen de gewraakte mededelingen, indien bewezen, niet leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van [appellant].

3.10.1.2. [Geïntimeerden] betogen dat [appellant] hen tijdens het telefoongesprek van 24 juni 2005 ten onrechte in de waan heeft gelaten dat de caravan op 14 juli 2014 kon worden geleverd. Hij wist of behoorde redelijkerwijs te begrijpen dat betaling van de koopprijs door [geïntimeerden] voor de afgesproken leveringsdatum – die was gelegen na de door Rabobank aangezegde datum waarop het krediet zou aflopen – er niet toe zou kunnen leiden dat de caravan, die onder eigendomsvoorbehoud aan [appellant] B.V. was geleverd, aan [geïntimeerden] kon worden doorgeleverd. Volgens [geïntimeerden] had [appellant] tijdens het telefoongesprek van 24 juni 2005 tegen de heer [geïntimeerde 1] moeten zeggen dat het bedrag van € 16.000,00 het beste

(contant) bij de levering kon worden betaald, zodat [geïntimeerden] geen schade zouden lijden. Met het faillissement van [appellant] B.V. in het vooruitzicht was [appellant] hiertoe verplicht, aldus [geïntimeerden]

3.10.1.3. Zo al kan worden aangenomen dat op [appellant] B.V. op enig moment een waarschuwingsplicht jegens [geïntimeerden] rustte om de koopprijs niet voor de afgesproken leveringsdatum te voldoen, dan gold die waarschuwingsplicht in ieder geval nog niet op 24 juni 2005. Tijdens het telefoongesprek van 24 juni 2005 hoefde [appellant] de heer [geïntimeerde 1] daarom niet te waarschuwen namens [appellant] B.V. Hierbij is van belang dat [appellant] aan de brief van SNS van 1 juni 2005 het gerechtvaardigde vertrouwen heeft kunnen ontlenuen dat er een reële mogelijkheid bestond dat SNS [appellant] B.V. zou gaan herfinancieren (zie r.o. 3.8.2). Verder is van belang dat de financiering van Rabobank tot 1 juli 2005 doorliep en dat SNS pas op 'het allerlaatste moment' voor 1 juli 2005 is afgehaakt als mogelijke financier van [appellant] B.V. Gesteld noch gebleken is dat SNS op 24 juni 2005 al was afgehaakt, zodat het hof ervan uitgaat dat dat toen nog niet het geval was. Nu Kip voorts pas op 30 juni 2005, dus na het telefoongesprek van 24 juni 2005, met een beroep op haar eigendomsvoorbehoud alle caravans heeft opgehaald die bij [appellant] B.V. stonden, kan niet worden geoordeeld dat [appellant] op 24 juni 2005 als bestuurder van [appellant] B.V. heeft bewerkstelligd of toegelaten dat [appellant] B.V. haar wettelijke of contractuele verplichtingen jegens [geïntimeerden] niet zou nakomen.

#### *Inroepen eigendomsvoorbehoud door Kip op 30 juni 2005*

3.10.2.1. [Geïntimeerden] stellen voorts dat – nadat Kip op 30 juni 2005 alle caravans bij [appellant] B.V. had opgehaald met een beroep op haar eigendomsvoorbehoud – [appellant] hen had moeten informeren dat [appellant] B.V. de voor [geïntimeerden] ingekochte caravan niet meer in haar bezit had en niet meer kon leveren althans dat hij de koopovereenkomst had moeten ontbinden. Volgens [geïntimeerden] had [appellant] hen moeten waarschuwen dat ze de koopprijs niet moesten overmaken naar [appellant] B.V., omdat hij wist dat de B.V. feitelijk insolvent was.

3.10.2.2. Bij de beoordeling van deze verwijten laat het hof in het midden of Kip op 30 juni 2005 terecht een beroep heeft gedaan op haar eigendomsvoorbehoud. Feit is dat Kip hoofdleverancier was van [appellant] B.V. en op 30 juni 2005 alle caravans die zich bij [appellant] B.V. bevonden, waaronder de voor [geïntimeerden] bestemde caravan, heeft opgehaald. Verder staat vast dat Rabobank [appellant] B.V. vanaf 1 juli 2005 niet langer zou financieren. Het hof gaat ervan uit dat in ieder geval op 30 juni 2005 bij [appellant] bekend was dat SNS niet wilde herfinancieren en dat er daardoor op dat moment geen reële kans meer bestond op herfinanciering. Op 30 juni 2005 verkeerde [appellant] B.V. dus in de situatie dat zij door het (al dan niet terecht) inroepen van een eigendomsvoorbehoud door haar hoofdleverancier over geen enkele caravan meer beschikte en de financiering door Rabobank een dag later zou eindigen waardoor, zo neemt het hof aan, Rabobank het verleende krediet zou opeisen, terwijl er geen reële kans meer bestond op herfinanciering. Verder is van belang dat Rabobank op 1 juli 2005 de nog bij [appellant] B.V. aanwezige zaken in beslag had genomen ter executie van haar pandrecht.

3.10.2.3. Gelet hierop houdt het hof het ervoor dat [appellant] B.V. op 30 juni 2005 althans op 1 juli 2005 in een zeer zorgwekkende financiële situatie was komen te verkeren.

Het hof is echter van oordeel dat – ook als kan worden aangenomen dat op [appellant] B.V. een zorgplicht rustte om direct na het ontstaan van deze zorgwekkende situatie op 30 juni 2005/1 juli 2005, althans in de korte periode daarna tot aan de betaling van de koopprijs op 11 juli 2005 (althans tot aan de afgesproken leveringsdatum op 14 juli 2005) [geïntimeerden] in te lichten dat de nieuwe caravan niet kon worden geleverd en hen te waarschuwen dat zij geen geld moesten overmaken op de bankrekening van de B.V. – het nalaten van [appellant] als bestuurder om aan deze zorgplicht te voldoen in de gegeven omstandigheden niet zodanig onzorgvuldig is dat hem



daarvan persoonlijk een ernstig verwijt treft. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat [appellant] eind juni 2005 werd geconfronteerd met ingrijpende gebeurtenissen die kennelijk definitief het einde van zijn bedrijf inluiden dat hij 24 jaar had gevoerd. Op 30 mei 2005 haalde Kip immers alle caravans op en op het allerlaatste moment voor 1 juli 2005 haakte SNS af als mogelijke financier, daar waar [appellant] er tot op dat moment nog gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat er een reële mogelijkheid bestond dat SNS zou herfinancieren. Vervolgens nam Rabobank op 1 juli 2005 alle bij [appellant] B.V. nog aanwezige zaken in beslag ter executie van haar pandrecht (overigens kennelijk door toepassing van een bodemverhuurconstructie waarbij Rabobank per 1 juli 2005 in plaats van [appellant] B.V. huurder werd van het bedrijfspand, zo blijkt uit het eerste faillissementsverslag van de curator (prod. 11, incl. dagv.)). De periode gelegen tussen deze ingrijpende gebeurtenissen en de dag waarop [geïntimeerden] de koopprijs hebben overgemaakt (althans de dag waarop de caravan zou worden geleverd), is zodanig kort dat, ongeacht of [appellant] in die periode toegang had of kon afdwingen tot de in het bedrijfspand aanwezige administratie van [appellant] B.V., [appellant] naar het oordeel van het hof persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat hij [geïntimeerden] in deze periode niet heeft ingelicht dat de caravan niet kon worden geleverd en hen niet heeft gewaarschuwd dat zij de koopprijs niet moesten overmaken. Dit geldt temeer nu [geïntimeerden] de koopprijs ook op de afgesproken leveringsdatum hadden kunnen voldoen en gesteld noch gebleken is dat [appellant] wist dat [geïntimeerde 1] de koopprijs eerder zouden overmaken.

*Periode 11 juli 2005 22 juli 2005 (datum storting koopprijs en faillissementsaanvraag)*

3.10.3.1. [Geïntimeerden] verwijten [appellant] verder dat hij ten onrechte de door hen op 11 juli 2005 op de bankrekening van [appellant] B.V. gestorte koopprijs niet heeft teruggestort en de koopovereenkomst niet heeft ontbonden voordat hij op 22 juli 2005 de eigen aangifte tot faillietverklaring van [appellant] B.V. bij de rechtbank indiende. Volgens [geïntimeerden] was [appellant] hiertoe verplicht, kort gezegd omdat het hem bij de voorbereiding van de faillissementsaanvraag moet zijn opgevallen dat [geïntimeerden] de koopprijs hadden betaald en hij wist dat [appellant] B.V. de koopovereenkomst niet kon nakomen en dat de curator de koopprijs ingeval van faillissement niet zou terugstorten.

3.10.3.2. Naar het oordeel van het hof kan in het algemeen geen rechtsplicht worden aangenomen voor een vennootschap, die op het punt staat haar eigen faillissement aan te vragen, om een wederkerige overeenkomst te ontbinden waaraan de wederpartij pas kort daarvoor (gedeeltelijk) uitvoering heeft gegeven en om aan de wederpartij terug te betalen al hetgeen deze ter nakoming van deze overeenkomst heeft voldaan. Nu [geïntimeerden] verder niet althans onvoldoende hebben toegelicht op grond van welke wettelijke of contractuele bepaling een dergelijke verplichting in dit geval wel op [appellant] B.V. zou rusten, moet reeds daarom de stelling van [geïntimeerden] worden verworpen dat [appellant] in de periode van 11 juli 2005 tot 22 juli 2005 als bestuurder van [appellant] B.V. heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de B.V. haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.

3.10.4. Op grond van al het bovenstaande kan niet worden geconcludeerd tot persoonlijke aansprakelijkheid van [appellant] op de grond dat hij na het sluiten van de koopovereenkomst als bestuurder van [appellant] B.V. heeft bewerkstelligd of toegelaten dat deze B.V. haar wettelijke of contractuele verplichtingen jegens [geïntimeerden] niet nakomt. De vorderingen van [geïntimeerden] zijn daarom ook niet toewijsbaar op de hierboven onder (ii) weergegeven grondslag.

*Rechtstreekse aansprakelijkheid?*

3.11. Voor zover [geïntimeerden] in hoger beroep met hun verwijzing naar bovengenoemd arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012 nog hebben bedoeld te stellen dat [appellant] een *persoonlijk* op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens [geïntimeerden] heeft geschonden, gaat het hof daaraan voorbij. Daargelaten dat [geïntimeerden] zich ter onderbouwing van deze stelling hebben beroepen op dezelfde verwijten als hierboven zijn verworpen, hebben zij geen feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat sprake is van schending van een zorgvuldigheidsnorm die tot [appellant] *persoonlijk* is gericht, dus los van het verwijt dat door de onbehoorlijke taakuitoefening door [appellant] als bestuurder, [appellant] B.V. heeft gehandeld in strijd met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting.

3.12. Nu de grieven I en II slagen en geen van de door [geïntimeerden] aangevoerde grondslagen hun vorderingen kunnen dragen, zal het hof het bestreden vonnis vernietigen en de vorderingen van [geïntimeerden] alsnog afwijzen. [Geïntimeerden] zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van beide instanties. Grief III heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft geen bespreking meer.

#### 4. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en opnieuw rechtdoende:

wijst af de vorderingen van [geïntimeerden];

veroordeelt [geïntimeerden] in de proceskosten van de eerste aanleg (...; *red.*);

veroordeelt [geïntimeerden] in de proceskosten van het hoger beroep (...; *red.*);

verklaart dit arrest voor zover het de veroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad.

#### » Noot

1. Van een bestuurder van een vennootschap in “zwaar weer” kan vanzelfsprekend niet *per definitie* worden verwacht dat hij geen rechtshandelingen meer aangaat met derden. Evenmin geldt dat hij deze derden te allen tijde zou moeten waarschuwen dat de vennootschap in zwaar weer zit. Die waarschuwing kan immers tot een “self-fulfilling prophecy” leiden omdat derden terughoudend kunnen zijn om met een “insolvente partij” zaken te doen. Maar wanneer mag het bestuur “doorgaan” met de bedrijfsvoering en wanneer mag het geen nieuwe verplichtingen meer aangaan of moet het de wederpartij waarschuwen?

2. In de zaak die leidde tot Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2008, «JOR» 2008/258 (*Luckers/Van Wersch*) overwoog het hof (zie r.o. 4.4.8) dat een zorgelijke financiële situatie op zich onvoldoende is om tot bestuurdersaansprakelijkheid te concluderen. De vraag dient te worden beantwoord of de financiële situatie zodanig slecht is, dat er sprake is van een dreigend faillissement. Dit kan volgens het hof niet worden gezegd op grond van het enkele feit dat een saneringsronde is gehouden. Daarvoor zou moeten komen vast te staan dat het een kansloze operatie is, een saneringsronde tegen beter weten in.

3. Het Hof 's-Gravenhage 16 september 2008, «JOR» 2009/5 (*VHS/Batenburg*) overwoog (zie r.o. 14) dat een bestuurder van een bedrijf in moeilijkheden zal beseffen dat het bedrijf ten onder kan gaan en vanuit die optiek zou moeten afzien van het aangaan van transacties namens het bedrijf, maar dat de kans dat het bedrijf daadwerkelijk ten onder gaat zo ook juist wordt vergroot. Gezien dit dilemma handelt een bestuurder niet onrechtmatig als ten tijde van die transacties weliswaar

het risico bestaat dat het bedrijf ten onder gaat maar er ook reële overlevingskansen zijn. Het omslagpunt ligt op het moment dat de bestuurder weet of redelijkerwijs behoort te weten dat een deconfiture van het bedrijf (nagenoeg) onafwendbaar is en er geen reële kans meer is dat het zijn verplichtingen zal kunnen voldoen en verhaal zal bieden; dan is er geen reden meer om de zorgplicht jegens derden achter te stellen bij de belangen van het bedrijf.

4. In Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, «JOR» 2010/113, m.nt. Rijckenberg (*Stoets Holding/Bohncke*) overwoog het hof (r.o. 8.6.2. en 8.6.3.) dat een bestuurder de onderneming zal moeten staken als redelijkerwijs geen mogelijkheid meer bestaat deze te laten continueren. Vanaf dat moment zal een bestuurder niet meer in het belang van de vennootschap moeten handelen, maar in het belang van haar crediteuren. In de periode voordat het zover is, kan van de bestuurder worden gevergd om een reddingspoging te ondernemen. Dat kan zelfs bestaan uit een zekere mate van selectieve betaling door die wederpartijen die de onderneming nodig heeft om haar bestaan veilig te stellen, uit overlevingsbelang eerder te betalen. Wordt de onderneming gered, dan hebben alle crediteuren daar achteraf baat bij gehad. Lukt dat niet, dan is daarmee niet automatisch gegeven dat de reddingspoging van de bestuurder onrechtmatig was. Daarvoor is doorslaggevend of de bestuurder ten tijde van zijn handelen redelijkerwijs nog kon beslissen om een reddingspoging te doen, of dat hij de onderneming had moeten staken.

5. Het Hof Amsterdam 3 juli 2012, «JOR» 2012/283, m.nt. Van Thiel (*Van den Boogers/Wanders Coating*) overwoog (zie r.o. 3.18) tot slot dat de omstandigheid dat een vennootschap in zwaar weer verkeert, niet zonder meer de conclusie kan dragen dat een bestuurder onrechtmatig handelt door nieuwe verplichtingen namens de vennootschap aan te gaan. Dit is volgens het hof ook niet zonder meer het geval als naar bedrijfseconomische inzichten de onderneming feitelijk op het randje van insolventie verkeert. Ook als de financiële toestand van de betrokken vennootschap zorgwekkend is, moeten feiten en omstandigheden worden aangevoerd waaruit blijkt dat de bestuurder wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de te lijden schade.

6. Ook voor een bestuurder van een vennootschap in “zwaar weer” moet de toets voor persoonlijke aansprakelijkheid jegens een derde dus gevonden worden in de standaardjurisprudentie uit HR 6 oktober 1989, *NJ* 1989, 286 (*Beklamel*) en HR 18 februari 2000, «JOR» 2000/56 (*New Holland Belgium*), samengevoegd in HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*). Dit wordt bevestigd in HR 23 mei 2014, «JOR» 2014/229 m.nt J. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*), dat eveneens betrekking had op selectieve betaling kort voor een faillissement.

7. Het Hof Den Bosch past in de onderhavige zaak dus de juiste maatstaf toe uit HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38. De motivering acht ik echter niet geheel overtuigend omdat het hof ten aanzien van de wetenschap van de bestuurder kennelijk groot belang hecht aan een zinsnede in de brief van 1 juni 2005 van SNS aan de vennootschap inhoudende dat SNS “in eerste aanleg voldoende potentie [ziet] voor een doorstart” en daarom overweegt dat de bestuurder daaraan “het gerechtvaardigd vertrouwen heeft kunnen ontlenen dat er een reële mogelijkheid bestond dat SNS zou gaan herfinancieren”. Op basis hiervan en het feit dat het eigendomsvoorbehoud eerst op 30 juni 2005 is ingeroepen, oordeelt het hof dat de bestuurder op 18 juni 2005 niet wist of niet redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en dat hij op 24 juni 2005 (de datum van het telefoongesprek) de koper niet hoefde te waarschuwen. In het arrest wordt echter niet ingegaan op de vraag over welke andere kennis en welk inzicht de bestuurder beschikte in de zeer korte periodes tussen 1 juni 2005 en 18 juni 2005 respectievelijk 18 juni 2005 en 24 juni 2005 terwijl daar wel alle aanleiding voor bestond. Zo blijkt uit de feiten (r.o. 3.1.b) dat Rabobank bereid was om de schuld van de vennootschap aan Rabobank ten dele, voor een bedrag van € 450.000, kwijt te schelden om een herfinanciering te stimuleren. Dat doet een bank niet zomaar. Waarom is in dat verband niet dieper

ingegaan op de vraag hoe kansrijk de bestuurder een herfinanciering achtte? Waarom is niet ingegaan op de vraag in hoeverre de bestuurder op de hoogte was of behoorde te zijn van het kennelijke voornemen van de leverancier van de caravans om zijn eigendomsvoorbehoud in te roepen en welke gevolgen dat zou hebben voor een eventuele herfinanciering? Ook blijkt niet uit het arrest hoe het gestelde “gerechtvaardigd vertrouwen” van de bestuurder op 18 en 24 juni 2005 en de overweging van het hof dat SNS “pas op ‘het allerlaatste moment’ voor 1 juli 2005” is afgehaakt, zich verhoudt tot de mededeling in de brief van 1 juni 2005 van SNS dat zij verwachtte een definitief standpunt te kunnen bepalen vóór 21 juni 2005 (zie feiten onder r.o. 3.1.c.). Dit alles geldt te meer omdat in geschil was of de bestuurder in het telefoongesprek van 24 juni 2005 de koper zou hebben “aangemoedigd” om de koopprijs over te maken (zie 3.10.1.1.) terwijl op die laatste datum geen reden meer bestond om de koper niet te waarschuwen (de koopovereenkomst was toen gesloten en de bestuurder hoefde dus niet meer te vrezen voor de hiervoor bedoelde “self-fulfilling prophecy”). Als hij op dat moment wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen kon voldoen en inderdaad zou hebben aangemoedigd om te betalen, staat aansprakelijkheid niet ter discussie. Zie ook Rb. Limburg 4 december 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:9643 (*Infomedics*) die een dergelijk handelen in strijd acht met de maatschappelijke zorgvuldigheid (zonder expliciet de vraag te beantwoorden of sprake was van een “ernstig verwijt”).

8. Het antwoord op de vraag of een bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen, moet worden beantwoord aan de hand van de kennis waarover een bestuurder beschikt of behoorde te beschikken. Dit “behoren te beschikken” impliceert een norm: welke kennis moet worden geacht aanwezig te zijn bij de bestuurder? Op dit punt raakt het leerstuk van *externe* bestuurdersaansprakelijkheid dat van de *interne* bestuurdersaansprakelijkheid. De vraag over welke kennis een bestuurder behoort te beschikken zal immers beantwoord moeten worden aan de hand van de toetsingscriteria uit HR 10 januari 1997, «JOR» 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*); men moet dus uitgaan van een bestuurder die het inzicht en de zorgvuldigheid heeft die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Gelet op dit criterium had het hof concreter op de hiervoor genoemde feiten kunnen ingaan.

10. Nadat het eigendomsvoorbehoud op 30 juni 2005 was ingeroepen, viel het doek voor de vennootschap. Vanaf deze datum bestaat er dus geen twijfel meer over de vraag of de bestuurder wist dat de vennootschap haar verplichtingen jegens de koper niet kon nakomen. Het hof overweegt echter dat “zelfs als er een zorgplicht” zou rusten op de vennootschap om de koper vanaf die datum te waarschuwen, het nalaten van de bestuurder om die zorgplicht na te komen in de gegeven omstandigheden niet zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt treft. De omstandigheden die het hof daarvoor aanvoert zijn alleszins begrijpelijk, gelet op het ernstig verwijt-criterium uit het *Staleman/Van de Ven*-arrest dat volgens de Hoge Raad in beginsel ook toegepast dient te worden bij externe aansprakelijkheid (zo is onlangs bevestigd in HR 5 september 2014, «JOR» 2014/296, m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*)). Zolang de Hoge Raad dit uitgangspunt handhaaft, blijft het in de praktijk ook voor gevallen van *externe* bestuurdersaansprakelijkheid van belang voor de advocaat van de bestuurder om specifieke omstandigheden aan te voeren die de conclusie rechtvaardigen dat geen sprake was van een ernstig verwijt. Uit de overweging van het hof in dit verband dat de bestuurder “werd geconfronteerd met ingrijpende gebeurtenissen die kennelijk definitief het einde van zijn bedrijf inluiden dat hij 24 jaar had gevoerd” blijkt dat de advocaat van de bestuurder dat goed heeft gedaan. Het leidt wel tot de uitkomst dat een willekeurige passant die niet bedacht was (en ook niet bedacht hoefde te zijn) op een dreigend financieel gevaar met de gevolgen van dat gevaar wordt opgehad. Moesten de gevolgen van deze “financiële gevaarzetting” onder de betrokken omstandigheden niet voor rekening van de bestuurder komen, hoe treurig de situatie voor hem ook was?

11. Verbunt en Van den Heuvel maken in het kader van “financiële gevaarzetting” onderscheid tussen een “gewoon” nalaten en een “zuiver” nalaten. Zie B.E.L.J.C. Verbunt en R.F. van den Heuvel, ‘De rol van toerekening van wetenschap bij aansprakelijkheid voor zuiver nalaten in het rechtspersonenrecht’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer, Kluwer 2007, p. 211-230. Bij “gewoon” nalaten dat zijn oorsprong vindt in HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136, m.nt. Scholten (*Kelderluik*) heeft de aangesprokene zelf bijgedragen aan het ontstaan van het gevaar. De vraag of hij aansprakelijk is, wordt getoetst aan de hand van (i) de waarschijnlijkheid dat de gelaedeerde zelf het gevaar zag, (ii) de waarschijnlijkheid dat het gevaar zich verwezenlijkt, (iii) de ernst van de gevolgen en (iv) de bezwaarlijkheid van ingrijpen. Bij “zuiver” nalaten zie HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149, m.nt. Scholten (*Broodbezorger*) wordt de aangesprokene verweten dat hij een waargenomen gevaarsituatie, voor het ontstaan waarvan hij niet verantwoordelijk is, niet heeft opgeheven en/of anderen daarvoor niet heeft gewaarschuwd. De vraag of hij aansprakelijk is, wordt getoetst aan de hand van de vraag of (i) de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen en (ii) er een bijzondere zorgplicht bestaat die voortvloeit uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet. Ten aanzien van die bijzondere relatie wordt door Verbunt en Van den Heuvel betoogd dat die ook kan betreffen de relatie tussen de aangesprokene (de bestuurder) en de gevaarzetters (de vennootschap).

12. Indien men ervan uit zou gaan dat voormelde leerstukken niet alleen betrekking moeten hebben op fysiek gevaar maar ook op financieel gevaar (daarover bestaat discussie maar ik meen dat dit wel het geval zou moeten zijn), rijst de vraag of toepassing van deze leerstukken in het onderhavige geval niet tot een andere uitkomst had moeten leiden. Ook als aangenomen moet worden dat alleen de vennootschap (vertegenwoordigd door de bestuurder) heeft bijgedragen aan het ontstaan van het gevaar, zou op basis van het voormelde Broodbezorgers-arrest gesteld kunnen worden dat onder bepaalde omstandigheden een bijzondere zorgplicht op de bestuurder komt te rusten. Had de bestuurder op geen enkel moment moeten waarschuwen? Interessant is in dit verband Rb. Amsterdam 25 april 2012, «JOR» 2012/177, m.nt. P.D. Olden (*Cargill/KPN Qwest*) waarin een beroep werd gedaan op financiële gevaarzetting met een verwijzing naar dit Broodbezorgers-arrest. Hoewel de rechtbank overwoog dat het bedoelde arrest alleen betrekking heeft op fysiek gevaar en niet op financieel gevaar, met welke motivering het beroep op het arrest al had kunnen worden gepareerd, achtte de rechtbank het kennelijk zinvol om te overwegen dat de eisende partijen in die zaak (financiële instellingen) geen willekeurige passant waren die niet bedacht zijn (en ook niet bedacht hoefden te zijn) op een dreigend gevaar, maar professionele contractspartijen die bij het aangaan van een omvangrijke leningsovereenkomst een zakelijke belangenafweging en daarbij behorende risico inschatting hebben gemaakt. In de onderhavige zaak was zo lijkt het daarentegen wel sprake van een willekeurige passant die niet bedacht was (en ook niet bedacht hoefde te zijn) op een dreigend en later zelfs verwezenlijkt gevaar terwijl de bestuurder dat wel was. Moet deze willekeurige passant opdraaien voor de verwezenlijking van het risico waarmee hij in het geheel niet bekend was maar de bestuurder wel? Ik vraag me dat af.

13. Dat van een bestuurder van een noodlijdende onderneming kan worden gevergd om te proberen de onderneming in enigerlei vorm voort te zetten (zie Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, «JOR» 2010/113) betekent immers niet dat het “business as usual” is. Van die bestuurder mag m.i. enige vorm van prudentie worden verwacht hetgeen in beginsel inhoudt dat de bestuurder zich onder omstandigheden dient te beperken tot hetgeen noodzakelijk is om de onderneming te redden. Zo kunnen de hiervoor bedoelde selectieve betalingen gerechtvaardigd zijn omdat *bestaande* schuldeisers daar mogelijk alsnog bij gebaat zijn. Die rechtvaardiging bestaat volgens de hiervoor uiteengezette jurisprudentie niet meer zodra het “omslagpunt” is bereikt dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat “dit tegen beter weten in is” (Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2008, «JOR» 2008/258) of dat “de deconfiture van de vennootschap (nagenoeg) onvermijdelijk was” (Hof 's-Gravenhage 16 september 2008, «JOR» 2009/5). Vanaf

dat omslagpunt bestaat er volgens het Haagse hof geen reden meer om de zorgplicht jegens derden achter te stellen bij de belangen van het bedrijf. Maar zou dat omslagpunt in specifieke individuele gevallen niet al eerder kunnen bestaan namelijk, zoals in het onderhavige geval, wanneer de betrokken transactie, gelet op de geringe omvang daarvan, voor de onderneming en de *bestaande* schuldeisers in feite van geen enkele betekenis is (en geen onderdeel vormt van een reddingspoging) terwijl deze voor een derde, een *nieuwe* schuldeiser, zware gevolgen kan hebben? Een grond hiervoor zou kunnen worden gevonden in de hiervoor uiteengezette jurisprudentie over (financiële) gevaarzetting. Het was in de onderhavige zaak immers allerminst onwaarschijnlijk dat het gevaar zich verwezenlijkte. Het was ook niet bezwaarlijk voor de bestuurder om te waarschuwen en het moet voor de bestuurder mogelijk zijn geweest om in te grijpen. Aangenomen dat gelet op de financiële toestand van de vennootschap niet talloze kooporders uitstonden, moet de bestuurder voorts bewust zijn geweest van de ernstige gevolgen voor deze specifieke koper. Mede gelet op zijn bijzondere relatie met de vennootschap, zijn contacten met de koper en de aanname dat hij geen of niet veel andere klanten moest waarschuwen, is in deze zaak, op basis van het leerstuk van gevaarzetting, verdedigbaar dat ook bij afwezigheid van een ernstig verwijt (zie HR 23 november 2012, «JOR» 2013/40, m.nt. Van Andel en Rutten (*Spaanse Villa*), een persoonlijke zorgvuldigheidsverplichting op de bestuurder rustte om te waarschuwen.

mr. W.A. Westenbroek, advocaat bij Loyens & Loeff NV te Amsterdam